



UCAM
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Programa de Doctorado de Ciencias Sociales

La súper posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal. Especial referencia a los créditos concursales laborales por salarios del administrador social de la sociedad de capital concursada como personal laboral común o especial de alta dirección

Autor/a: Carlos García-Giralda Casas

Directores/as:

Dr. D. Jaime Luis Sánchez-Vizcaíno Rodríguez

Dra. D^a. María Méndez Rocasolano

Murcia, diciembre de 2023



UCAM
UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Programa de Doctorado de Ciencias Sociales

La súper posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal. Especial referencia a los créditos concursales laborales por salarios del administrador social de la sociedad de capital concursada como personal laboral común o especial de alta dirección

Autor/a: Carlos García-Giralda Casas

Directores/as:

Dr. D. Jaime Luis Sánchez-Vizcaíno Rodríguez

Dra. D^a. María Méndez Rocasolano

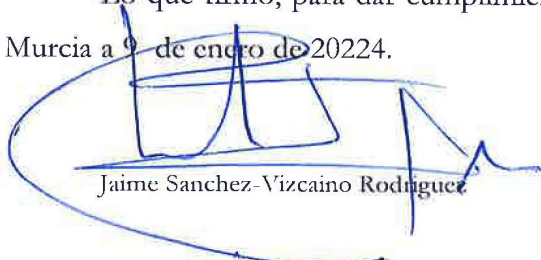
Murcia, diciembre de 2023



AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. Jaime Sanchez-Vizcaino Rodriguez y el Dr. Dña María Méndez Rocasolano como Directores⁽¹⁾ de la Tesis Doctoral titulada “La súper posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal. Especial referencia a los créditos concursales laborales por salarios del administrador social de la sociedad de capital concursada como personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena” realizada por D. Carlos García-Giralda Casas en el Programa de Doctorado de Ciencias Sociales, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, en Murcia a 9 de enero de 20224.


Jaime Sanchez-Vizcaino Rodriguez


María Méndez Rocasolano

(1) Si la Tesis está dirigida por más de un Director tienen que constar y firmar ambos.

AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer el incesante apoyo que me ha sido otorgado por toda mi familia para la realización de esta Tesis Doctoral, sin ellos no lo hubiese conseguido.

En particular, gracias a mi esposa, Jennifer Herrero Díaz, mi ángel de la guardia, por estar siempre a mi lado apoyándome durante estos largos años de estudio y trabajo.

Así mismo, es obligado destacar la tozudez de mi padre quien desde siempre me alentó para que la comenzara.

Por último, a los directores de la Tesis Doctoral, Profesores Sánchez-Vizcaíno Rodríguez y Méndez Rocasolano, quienes han sido fundamentales para conseguir guiarme por el sendero de esta Tesis Doctoral.

"La independencia no es para nosotros, sino para los
ciudadanos". Juan Martínez Moya.

RESUMEN

En esta Tesis abordamos como problemática fundamental la relativa a la casuística de la clasificación de los créditos del concurso de acreedores por salarios (aunque también derivados de indemnizaciones por despido o extinción de relación laboral, así como cuantías indemnizatorias derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional y otros créditos laborales y de Seguridad Social), contra la masa y concursales, de los administradores sociales de la sociedad de capital (o entidad empresarial), que a su vez son empleados por cuenta ajena de la misma sociedad de capital (o entidad empresarial), bien mediante relación laboral de carácter común o a través de una relación laboral de carácter especial, derivada de su condición de trabajador por cuenta ajena común o personal de alta dirección o alto cargo directivo laboral en particular, respectivamente, y cuyas sociedades de capital (o entidades empresariales) se encuentran incursas en un concurso de acreedores ante el juez de lo mercantil en sede concursal (juez concursal que también ostenta la competencia diversas materias laborales en caso de concurso de acreedores) y de la clasificación de sus créditos concursales salariales (y otros créditos laborales y de Seguridad Social), esto es, con privilegio general o especial, ordinarios o subordinados, en los textos definitivos formulados por la administración concursal tras la apertura de la pieza sexta concursal en el procedimiento concursal, así como de su incidencia en la posterior sentencia firme que recaiga en dicho procedimiento y declare el concurso de acreedores de la sociedad de capital (o entidad empresarial) como fortuito o como culpable.

El órgano de administración de las sociedades de capital (o empresas), en sus diversas modalidades de configuración u organización (individual, conjunta o consejo de administración) es una figura esencial para el buen funcionamiento y gobierno de las sociedades de capital (o empresas), y su delimitación conceptual y funcional se presenta como un reto estatal que exige el desarrollo de legislación adecuada (tanto Derecho interno, europeo como internacional), con la adecuada interpretación doctrinal científica, constitucional y jurisprudencial (a nivel interno, de la Unión Europea e internacional) que regule las funciones y responsabilidades de dicho órgano de administración así como de todos los órganos y sujetos con los

que se relaciona (entre los que se encuentran los trabajadores por cuenta ajena, en su modalidad de personal laboral común o especial de alta dirección, el empresario, los deudores y los acreedores del empresario). Resulta esencial que el órgano de administración cumpla sus funciones conforme a los parámetros legales y jurisprudenciales para que la actividad global de la sociedad resulte fructífera en relación con el cumplimiento de la finalidad social y no incurra en ilicitudes (de carácter civil o mercantil) o ilegalidades (de origen administrativo o penal) exigibles por las administraciones públicas (en especial, la de ámbito fiscal y de Seguridad Social) o los órganos judiciales (en particular, los juzgados de lo mercantil y de lo penal). De tal actividad también se pueden derivar responsabilidades para la sociedad de capital (o entidad empresarial) que den lugar a sanciones de diversa índole, desde una mera sanción económica hasta la disolución y liquidación de la sociedad, pudiendo llegar incluso a contraer responsabilidad civil y penal, lo que tendrá consecuencias nefastas e irreversibles para la situación de los trabajadores por cuenta ajena, en sus diversas modalidades contractuales laborales, para el empresario y los acreedores de este, debiéndose adoptar en todo momento las medidas necesarias y proporcionadas para ocasionar el menor perjuicio posible a los trabajadores por cuenta ajena, de cuyo salario depende el sustento de la gran mayoría de familias de España, y a la sociedad de capital o empresa, cuya actividad económica resulta necesaria para el correcto funcionamiento del mercado.

Los trabajadores por cuenta ajena de las sociedades de capital (o empresas), en su vertiente de relación laboral común o especial de alta dirección (o alto cargo directivo laboral), los cuales constituyen el grupo más abundante y característico de sujetos sustentadores de la economía y de las familias de todo Estado, también en nuestro país, y de tradicional posición más débil que los empresarios, merecen una adecuada tutela de sus derechos e intereses en todas las actuaciones en las que se haya dado, pueda darse o se dé un conflicto, individual o colectivo, entre los derechos e intereses de los trabajadores (reúnan o no a su vez la condición de administración social de la misma sociedad o entidad) y los del empresario (o sociedad de capital) y/o de los acreedores del empresario (o sociedad de capital).

Debemos estudiar y relacionar cada uno de los ordenamientos jurídicos que van a confluir o entrar en conflicto en esta obra, hablamos de los Derechos Mercantil y Concursal en relación con los Derechos Laboral y de la Seguridad

Social, a través de los cuales serán explicadas distintas figuras jurídicas o modalidades de colaboración interempresarial en las que intervienen tanto los trabajadores como los administradores sociales y empresarios, para después entrar en el análisis específico de las relaciones más profundas de los dos Derechos en conflicto en esta obra, es decir, el Derecho Laboral y el Derecho Concursal, materia que ha dado lugar al denominado Derecho Concursal Laboral (o Derecho Laboral Concursal) con la sucesión de empresas y los expedientes de regulación de empleo, sin perjuicio de la delimitación de competencias entre la jurisdicción social y mercantil con carácter previo al concurso de acreedores y una vez declarado el concurso hasta la conclusión del mismo, sin olvidarnos de la aplicación práctica fundamental objeto de esta Tesis, la relativa al carácter privilegiado y ordinario o subordinado del crédito concursal por salarios en caso de concurrencia en el administrador social de la condición de personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común de la sociedad de capital concursada en la nueva Ley Concursal con arreglo a las últimas reformas laboral y concursal, resolviéndose la problemática desde la perspectiva de la Teoría sobre la súper (superior o mega) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Mercantil y Concursal, sin perjuicio de otras posibles aplicaciones prácticas de la misma.

Palabras clave: Sociedad de capital. Administrador social. Trabajador por cuenta ajena. Personal de alta dirección. Concurso de acreedores. Créditos concursales.

ABSTRACT

In this Thesis we address as a fundamental problem the one related to the casuistry of the classification of credits from the bankruptcy proceedings for salaries (although also derived from compensation for dismissal or termination of an employment relationship, as well as compensation amounts derived from a work accident or occupational disease and other labor and social security credits), against the estate and bankruptcy, of the social administrators of the capital company (or business entity), who in turn are employees of the same capital company (or business entity), either through a common employment relationship or through a special employment relationship, derived from their status as an employed worker in general or senior management personnel or senior labor management position in particular, respectively, and whose capital companies (or business entities) are involved in bankruptcy proceedings before the commercial judge at the bankruptcy court (bankruptcy judge who also has jurisdiction over various labor matters in the event of bankruptcy proceedings) and the classification of their bankruptcy wage claims (and other labor and social security credits), that is, with general or special privilege, ordinary or subordinate, in the definitive texts formulated by the bankruptcy administration after the opening of the sixth bankruptcy piece in the bankruptcy procedure, as well as its incidence in the subsequent final judgment that falls on said procedure and declares the bankruptcy of the capital company (or business entity) as fortuitous or guilty.

The administrative body of capital companies (or companies), in its various types of configuration or organization (individual, joint or board of directors) is an essential figure for the proper functioning and governance of capital companies (or companies), and its conceptual and functional delimitation is presented as a state challenge that requires the development of appropriate legislation (both domestic, European and international law), with the appropriate doctrinal scientific, constitutional and jurisprudential interpretation (at the internal level, of the European Union and international) that regulates the functions and responsibilities of said administrative body as well as all the bodies and subjects with which it is related (among which are employed workers, in their form of common or special

senior management labor personnel , the businessman, the businessman's debtors and creditors). It is essential that the administrative body fulfills its functions in accordance with the legal and jurisprudential parameters so that the overall activity of the company is fruitful in relation to the fulfillment of the corporate purpose and does not incur illegalities (of a civil or commercial nature) or illegalities (of administrative or criminal origin) enforceable by public administrations (especially those in the tax and social security spheres) or judicial bodies (in particular, commercial and criminal courts) such activity may also result in responsibilities for the capital company (or business entity) that give rise to sanctions of various kinds, from a mere economic sanction to the dissolution and liquidation of the company, and may even lead to civil and criminal liability, which will have dire and irreversible consequences for the situation of employed workers, in their various contractual employment modalities, for the employer and his creditors, and the necessary and proportionate measures must be adopted at all times to cause the least possible damage to employed workers, on whose salary the livelihood of the vast majority of families in Spain depends, and to the capital company or company, whose economic activity is necessary for the correct functioning of the market.

Employees of capital companies (or companies), in their aspect of common or special employment relationship of senior management (or senior labor managerial position), which constitute the most abundant and characteristic group of subjects supporting the economy and the families of every State, also in our country, and in a traditionally weaker position than businessmen, deserve adequate protection of their rights and interests in all actions in which a conflict has occurred, may occur or will occur , individual or collective, between the rights and interests of the workers (whether or not they also meet the status of social administration of the same company or entity) and those of the employer (or capital company) and/or the employer's creditors (or capital company).

We must study and relate each of the legal systems that will come together or come into conflict in this work, we talk about Commercial and Bankruptcy Rights in relation to Labor and Social Security Rights, through which different figures will be explained. legal or modalities of inter-company collaboration in which both workers and social administrators and businessmen intervene, and then enter into the specific analysis of the deeper relationships of the two Rights in conflict in this work, that is, Labor Law and Bankruptcy Law, a matter that has

given rise to the so-called Labor Bankruptcy Law (or Bankruptcy Labor Law) with the succession of companies and employment regulation files, without prejudice to the delimitation of powers between the social and commercial jurisdiction prior to the bankruptcy. of creditors and once the bankruptcy has been declared until its conclusion, without forgetting the fundamental practical application object of this Thesis, that relating to the privileged and ordinary or subordinate nature of the bankruptcy credit for salaries in case of concurrence in the social administrator of the status of special senior management personnel or common labor personnel of the bankrupt capital company in the new Bankruptcy Law in accordance with the latest labor and bankruptcy reforms, resolving the problem from the perspective of the Theory on the super (superior or mega) position of Labor Law on Commercial and Bankruptcy Law, without prejudice to other possible practical applications of the same.

Keywords: Capital Company. Social administrator. Employed worker. Senioremanagement personnel. Contest of creditors. Bankruptcy credits.

ÍNDICE

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	25
INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA.....	31
CAPÍTULO I. EL DERECHO MERCANTIL COMO BASE DE LAS RELACIONES LABORALES-CONCURSALES	39
1.1. BREVE ANÁLISIS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	40
1.2. ESTUDIO DEL TÉRMINO Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR SOCIAL. BREVE REFERENCIA COMPARATIVA CON EL PERSONAL LABORAL. ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN Y EL PERSONAL LABORAL COMÚN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL	48
1.3. CONCURRENCIA DE LA DOBLE CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR SOCIAL Y PERSONAL LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN O PERSONAL LABORAL COMÚN EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL	53
1.4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	58
1.4.1. Modos de organización del órgano de administración, nombramiento, aceptación e inscripción registral de los administradores.....	58
1.4.2. Deberes y derechos	63
1.4.3. Competencias y responsabilidad	66
1.4.4. Régimen de la Seguridad Social.....	77
1.5. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA COMO MECANISMO DE COOPERACIÓN INTER EMPRESARIAL	79
CAPÍTULO II. EL DERECHO CONCURSAL Y SU ÁMBITO NORMATIVO COMO PRESUPUESTO DE LA PROBLEMÁTICA CENTRAL.....	87
2.1. ÁMBITO INTERNACIONAL	88
2.2. ÁMBITO EUROPEO	98
2.3. ÁMBITO NACIONAL	98

2.4. BREVE RECORRIDO POR EL DERECHO CONCURSAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EN ALGUNOS PAÍSES IBEROAMERICANOS	118
CAPÍTULO III. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA SÚPER POSICIÓN DEL DERECHO LABORAL EN EL ÁMBITO CONCURSAL. LAS CONEXIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONCURSAL Y LABORAL.....	123
3.1. LA SÚPER (MEGA O SUPERIOR) POSICIÓN DEL DERECHO LABORAL.....	125
3.2. LA JURISDICCIÓN CONCURSAL Y SUS RELACIONES CON LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN EL MARCO DEL CONCURSO DE ACREEDORES	126
3.3. EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL	133
3.4. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL PROCESO CONCURSAL Y SUS TRÁMITES EN EL ÁMBITO INTERNO.....	139
3.4.1. Efectos generales y especiales.....	152
3.4.2. Directiva concursal UE sobre reestructuración empresarial 2019/1023 de 20 de junio de 2019 y su adaptación al ordenamiento jurídico como vía de viabilidad empresarial	163
CAPÍTULO IV. EL DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Y SU ÁMBITO NORMATIVO COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA SÚPER POSICIÓN.....	169
4.1. EL DERECHO DEL TRABAJO.....	169
4.2. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL.....	171
4.3. NORMATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA LABORAL: LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, EL PILAR EUROPEO DE DERECHO SOCIALES, REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS	172
4.4. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y DEL CONSEJO DE EUROPA	186
4.5. VÍNCULOS LEGALES, CONVENCIONALES Y CONTRACTUALES ENTRE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS; ANÁLISIS DE LA FUENTE NORMATIVA ESPECÍFICA DEL DERECHO DEL TRABAJO: LOS CONVENIOS COLECTIVOS	191

4.6 LA NORMATIVA EN MATERIA SOCIAL DICTADA DURANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19: ESPECIAL REFERENCIA A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO	201
CAPÍTULO V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJADOR Y DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN. CON ESPECIAL REFERENCIA AL VÍNCULO CON EL EMPRESARIO.....	209
5.1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJADOR Y DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN.....	210
5.1.1. Modalidades del contrato de trabajo.....	213
5.1.2. Derechos, deberes y responsabilidad.....	213
5.1.3. Régimen de la Seguridad Social.....	219
5.2. CONCEPTO Y CARACTERES DE EMPRESARIO Y TRABAJADOR EN EL ÁMBITO ESTATAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA.....	220
5.2.1. Concepto y caracteres de empresario, clases de empresarios y empresas, con especial referencia a las facultades de vigilancia y control del empresario a través de medios digitales	220
5.2.2. El trabajador: concepto y clases. Los presupuestos de laboralidad	226
5.2.3. El contrato de trabajo: concepto, caracteres y distinción de figuras afines	233
CAPÍTULO VI. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL DERECHO LABORAL CON FUNDAMENTO EN LA SÚPER POSICIÓN	247
6.1. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS Y UNIDADES PRODUCTIVAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL	248
6.1.1. En el ámbito estatal.....	249
6.1.2. En el ámbito europeo.....	254
6.2. RELACIONES ENTRE CEDENTE, CESIONARIO Y CEDIDO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR OBLIGACIONES LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEBERES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL ÁMBITO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA LABORAL	258

6.3. EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS LABORALES: MANTENIMIENTO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: REGLAS DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS PARTICULARES	261
6.4. SUPUESTOS PARTICULARES DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL AL MARGEN DEL ARTÍCULO 44 DEL E.T.	263
6.4.1. Los convenios colectivos de sectores concretos de actividad empresarial-laboral.....	263
6.4.2. La subrogación derivada de acuerdos entre empresas.....	264
6.4.3. Las cláusulas de subrogación en pliegos de condiciones en las concesiones administrativas	265
6.5. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA COMO MECANISMO DE COOPERACIÓN INTEREMPRESARIAL EN EL ÁMBITO LABORAL.....	267
6.5.1. La contrata y subcontrata de obras o servicios.....	268
6.5.2. Las empresas de trabajo temporal.....	275
6.5.3. Especial referencia a la cesión ilegal de trabajadores	282
6.5.4. Diferencias significativas entre la cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios.....	288
6.6. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO: LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y LOS EMPRESARIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA....	289
6.6.1. Los grupos de empresas: delimitación de la figura y supuestos de imputación de responsabilidad.....	290
6.6.2. Los empresarios sin personalidad jurídica	293
6.7. EL PROCEDIMIENTO DE CARÁCTER COLECTIVO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, MOVILIDAD GEOGRÁFICA, SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O DERIVADO DE FUERZA MAYOR Y DESPIDOS COLECTIVOS	299
CAPÍTULO VII. LOS CRÉDITOS CONCURSALES LABORALES DEL ADMINISTRADOR SOCIAL.....	313
7.1. LOS CRÉDITOS CONCURSALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES: ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS EN RELACIÓN CON EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN Y LOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL.....	314

7.2. PRINCIPIOS JURÍDICOS O GENERALES DE LOS DERECHOS LABORAL Y CONCURSAL	317
7.3. DIVERSOS ASPECTOS LABORALES DEL PROCESO CONCURSAL RELACIONADOS CON LOS CRÉDITOS CONCURSALES.....	321
7.4. LOS CRÉDITOS LABORALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES	325
7.5. LOS CRÉDITOS CONCURSALES LABORALES	328
7.6. EL CARÁCTER DE PRIVILEGIADO Y ORDINARIO O SUBORDINADO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES POR SALARIOS DEL ADMINISTRADOR SOCIAL DE LA EMPRESA CONCURSADA COMO PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN O TRABAJADOR POR CUENTA AJENA DE RELACIÓN LABORAL COMÚN.....	335
CONCLUSIONES.....	343
BIBLIOGRAFÍA.....	349
WEBGRAFÍA	364
ANEXOS.....	369
ANEXO I – NORMATIVA MÁS RELEVANTE.....	369
ANEXO II - JURISPRUDENCIA.....	371

GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIATURAS

Adm/s. Púb/s.	Administración/es Pública/s.
A.C.	Antes de Cristo.
A.N.	Audiencia Nacional.
A.P.	Audiencia Provincial.
Art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
B.O.R.M.	Boletín Oficial del Registro Mercantil.
Cap.	Capítulo.
Caps.	Capítulos.
C.C.	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
C.Co.	Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
C.E.	Conformidad Europea.
C.E. de 1978.	Constitución Española de 1978.
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial.
C.P.	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
D. °/D. °s.	Derecho/Derechos.
D.C.	Después de Cristo.
D.O.U.E.	Diario Oficial de la U.E.
D.P.E.J.	Diccionario Panhispánico del Español Jurídico.
D.R.A.E.	Diccionario de la Real Academia Española.
EDJ	El D. ° -Base de datos de jurisprudencia y legislación.
E.R.E./S.	Expediente/s de Regulación de Empleo/s.
E.R.T.E./S.	Expediente/s de Regulación Temporal de Empleo/s.

E.T.T./S.	Empresa/s de trabajo temporal.
EE. UU.	Estados Unidos de América.
Et. Infra.	Y por debajo.
Etc.	Etcétera.
FO.GA.SA.	Fondo de Garantía Salarial.
L.C.	Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.
L.E.C.	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
L.E.T.T.	Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.
L.G.S.S.	Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.
L.I.S.O.S.	Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.
L.R.J.C.A.	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.
L.R.J.S.	Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.
L.S.C.	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.
L.O.	Ley Orgánica
L.O.P.J.	L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
n.º	Número.
O.I.T.	Organización Internacional del Trabajo.
O.N.U.	Organización de Naciones Unidas.
Op. Cit.	Opere citato.
Pág.	Página.

Pp.	Páginas.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia.
R.D.Lg.	Real Decreto Legislativo.
R.º	Recurso.
R.M.	Registro Mercantil.
R.A.E.	Real Academia Española.
R.D.	Real Decreto.
R.D-ley.	Real Decreto-ley.
Ss.	Siguientes.
T.C.	Tribunal Constitucional.
T.E.D.H.	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
T.J.U.E.	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
T.R.	Texto Refundido.
T.S.J.	Tribunal Superior de Justicia.
T.S./CIV.	Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.
T.S./CON-A.	Sala de lo Contencioso Adm. del Tribunal Supremo.
T.S./PEN.	Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.
T.S./SOC.	Sala de lo Social del Tribunal Supremo.
U.E.	Unión Europea.
U.T.E./S.	Unión/es Temporal de Empresas.
Ut. Supra.	Como anteriormente.
Vid.	Vide.
VV.AA.	Varios autores.

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

INTRODUCCIÓN, OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

A) INTRODUCCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DE LA CUESTIÓN

En España, desde tiempos inmemorables han existido sociedades mercantiles (nuestro primer cuerpo legal codificado fue el Código de Comercio de 1829) dentro de las cuales se encuentran las sociedades de capital, conformadas por personas, físicas o jurídicas, que constituyen una parte fundamental del tejido productivo de nuestro país al intervenir en la mayoría de las actividades mercantiles, operaciones y transacciones económicas, estando gestionadas y representadas por un órgano de administración, siendo fundamental para el desarrollo de la actividad productiva, de bienes o servicios, de las mencionadas sociedades de capital, contar una plantilla de trabajadores por cuenta ajena, en sus múltiples modalidades contractuales laborales.

Resulta esencial que el órgano de administración cumpla con las funciones reguladas en la legislación societaria, actuando en su devenir dentro de la más estricta legalidad, teniendo en cuenta las necesidades y posibilidades de la sociedad de capital a la que pertenece y los diversos puestos de trabajo que ocupan los trabajadores por cuenta ajena, cuyos derechos e intereses deben ser protegidos y tutelados en todo caso.

Debemos abordar las conexiones de ámbito internacional, europeo y nacional de las figuras que vamos a estudiar, esto es, de la sociedad de capital, del administrador social y de los trabajadores (estos últimos, con arreglo a la reforma laboral del Real Decreto Ley 32/2021 de veintiocho de diciembre), de manera separada y correlacionada, para delimitar el régimen jurídico y las relaciones de tales sujetos, consagrando la especial protección y privilegio que debe otorgarse siempre a los trabajadores sobre los empresarios mediante una súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Concursal (también sobre el Derecho Mercantil).

Con carácter especialmente relevante, en esta Tesis analizamos el Texto Refundido de la Ley 1/2020, de cinco de mayo, concursal, con la reforma de calado introducida en la Ley 16/2022, de cinco de septiembre, por la repercusión que sobre los administradores sociales y sobre los trabajadores asalariados de relación laboral

común o alto cargo directivo laboral (o personal laboral especial de alta dirección) pueda tener la sociedad de capital concursada que por su situación de insolvencia actual o inminente se vea abocada a la solicitud de concurso de acreedores, así como al estudio correlacionado de las normas que en tal situación concursal puedan entrar en conflicto, es decir, el Derecho Laboral y el Derecho Concursal, que da lugar al denominado Derecho Concursal Laboral, o como preferimos denominar en la presente Tesis, Derecho Laboral Concursal, con la sucesión de empresas y los expedientes de regulación de empleo, sin perjuicio de la delimitación de competencias entre la jurisdicción social y la mercantil con carácter previo al concurso de acreedores, y una vez declarado el concurso hasta su conclusión, con especial mención al tratamiento del carácter privilegiado, ordinario o subordinado del crédito concursal (aunque también se hará referencia a los créditos contra la masa) por salarios (y otros créditos de carácter laboral y de Seguridad Social) en caso de concurrencia en el administrador social individual de su condición de personal laboral especial de alta dirección o alto cargo directivo o de personal laboral común de la sociedad de capital concursada, resolviéndose finalmente la problemática de acuerdo con la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal, sin perjuicio de las restantes aplicaciones prácticas que se efectúan a lo largo de la presente Tesis con dicha Teoría que constituye el fundamento de la misma.

B) OBJETIVOS

Para concretar los objetivos que se pretenden alcanzar debemos estructurarlos en generales y particulares.

Los objetivos generales que se pretenden lograr, cuyos resultados se verán reflejados en las conclusiones de esta Tesis Doctoral, son los siguientes:

Objetivo Generales:

1. Concretar la súper posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal.
2. Analizar la especial referencia a los créditos concursales laborales por salarios del administrador social de la sociedad de capital concursada como personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común.

Los objetivos específicos que se pretenden alcanzar vienen supeditados a cada Capítulo en concreto de la Tesis Doctoral, la cual se distribuye en siete

Capítulos estructurados por materias de manera sistemática.

1. Establecer al Derecho Mercantil como base de las relaciones laborales-concursales.
2. Delimitar la figura del administrador social y del personal laboral, común o especial de alta dirección, dentro de una organización jurídica ya sea de carácter mercantil o societario.
3. Ahondar en el marco normativo del Derecho concursal a nivel nacional, europeo e internacional.
4. Estudiar las aplicaciones prácticas de la súper posición del Derecho Laboral en el ámbito Concursal.
5. Delimitar las conexiones de la jurisdicción concursal y laboral.
6. Establecer la normativa aplicable de ámbito laboral y de Seguridad Social a la súper posición del Derecho Laboral.
7. Concretar las aplicaciones prácticas del Derecho Laboral con fundamento en la súper posición establecida.
8. Efectuar un análisis de los términos relativos a los créditos concursales y concurso de acreedores poniéndolos en relación con los conceptos de administrador social, personal laboral común y personal laboral especial de alta dirección.

C) METODOLOGÍA SEGUIDA PARA LA RESOLUCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA Y EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS PROPUESTOS

Para cumplir los objetivos generales y específicos, citados y sistematizados, se ha realizado un estudio de investigación propio de la Ciencia Jurídica desde la perspectiva del análisis cualitativo mediante la obtención de la información sobre comportamientos reales y naturales.

Ante el planteamiento de llevar a cabo una investigación en la que se incluye el comportamiento humano y las normas sociales se piensa en términos de si la investigación ha de ser de tipo cualitativo o cuantitativo. En nuestro caso, el valor de las construcciones teóricas que incluye la investigación, conceptos, definiciones, representaciones, descripciones, etc., como hipótesis de perfectibilidad de una pequeña parte de la realidad jurídica dependen de la experiencia para su legitimación, y, a su vez, son el resultado de la coordinación de ideas recogidas en

la experiencia, para aplicarlas a la mayor extensión posible. Estas construcciones teóricas sirven de andamiaje al conocimiento de una parte de lo real y, a su vez, se correlacionan en un sistema infinitamente perfectible.

De manera que, solamente van a sobrevivir las más coincidentes con el fin último para el que fueron concebidas. Mediante la utilización de método fundamentalmente inductivo deductivo, basado en las fuentes de los diferentes ordenamientos, así como de los estudios doctrinales existentes sobre la materia, realizaremos un exhaustivo análisis sustantivo de los documentos encontrados.

El método analítico llevado a cabo lo ha sido de carácter teórico-práctico mediante el empleo de legislación (de nivel interno, europeo e internacional), doctrina (científica y administrativa), doctrina constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional y autores), jurisprudencia (sentencias de las Salas de lo Social y Civil del Tribunal Supremo, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), jurisprudencia menor (sentencias de las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia así como de diversas Audiencias Provinciales) y resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil, analizando hechos con consecuencias jurídicas concretas.

Se ha utilizado de forma sistemática la técnica jurídica que, a partir del método deductivo inductivo, la síntesis de los razonamientos propuestos y la depuración de aporías y contradicciones, nos permite examinar la realidad, con carácter general y particular, para a continuación formular afirmaciones tanto genéricas como concretas, ordenando de esta manera el discurso y estableciendo premisas que configuran el contenido básico de las consideraciones expresadas en los Capítulos de esta Tesis Doctoral.

Para dotar a esta tesis del rigor científico exigible nos hemos valido del estudio de una variada gama de monografías, artículos científicos, capítulos de libros, diversas Tesis Doctorales en Derecho, sentencias y autos de los tribunales de justicia, y obras legislativas recopiladas tanto en diversas bases de datos como en el Boletín Oficial del Estado.

Igualmente, debe destacarse el recurso a diversas páginas webs de internet donde hemos localizado algunas cuestiones de interés en relación con las distintas materias.

También se han hecho constar las aportaciones directas que hemos recibido de magistrados entendidos en la materia, así como de los propios directores de la Tesis, incluyéndose el conocimiento de la realidad práctica de los juzgados que nos otorga la condición profesional que ostento, lo que ha dado lugar a que se hayan entrelazado líneas de investigación de diversas ramas del ordenamiento jurídico (mercantiles, concursales y laborales).

La Tesis viene complementada con abundantes, sintéticas y amplias, notas a pie de página, que contribuyen a la recta comprensión y entendimiento de la forma y contenido de la investigación que se ha efectuado y de la utilización en la misma del método científico reseñado.

Por todo lo expuesto, esta Tesis doctoral se ha basado en una metodología que abarca los siguientes ámbitos:

1. En el ámbito legal, donde se analiza el marco jurídico de las leyes que se desarrollan sobre la materia aquí expuesta.
2. El ámbito documental, donde se ha adquirido las bases del conocimiento sobre la cuestión planteada en el título de este Tesis doctoral, por los diversos autores que han venido analizando el actual modelo.
3. En el refuerzo de las Fuentes Doctrinales, que ya han versado sobre las cuestiones que en mayor o menor medida tratan sobre la materia aquí planteada.
4. Y, en la opinión de los expertos en materia de Derecho, quienes han venido vertiendo y expresando sus propias opiniones sobre el modelo recogido.

Finalmente, debe reseñarse que a través de la investigación efectuada en esta Tesis Doctoral se amplía considerablemente la materia ya investigada con anterioridad, acuñando una nueva posibilidad que aún no ha sido contemplada ni por el legislador, ni por la doctrina jurisprudencial, ni siquiera por otros autores, de ahí su originalidad, y que además permite iniciar una nueva corriente doctrinal que puede servir de base para nuevas investigaciones futuras en la materia en las que se acepte o rechace la Teoría consagrada y sus consecuencias, incluso en el caso de aceptar la Tesis propuesta y sus consecuencias, de la forma en la que está concebida, cabe la posibilidad de poder introducir matizaciones y excepciones a la misma.

**CAPÍTULO I–
EL DERECHO MERCANTIL
COMO BASE DE LAS
RELACIONES LABORALES-
CONCURSALES**

CAPÍTULO I. EL DERECHO MERCANTIL COMO BASE DE LAS RELACIONES LABORALES-CONCURSALES

Como paso previo al examen de nuestra posición sobre el carácter de privilegiado y ordinario o subordinado de los créditos concursales por salarios del que reúne la doble condición de administrador social y personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común de las sociedades de capital, en la que se efectúa la aplicación más intensa de nuestra Teoría sobre la súper (mega o superior) posición del Derecho (en adelante, D.º) Laboral sobre los Derechos (en adelante, D.ºs) Mercantil y Concursal, y sin perjuicio de que a lo largo de la Tesis se efectúen diversas referencias a la mencionada Teoría con aplicaciones prácticas de la misma, resulta del todo punto indispensable estudiar las diversas problemáticas que se analizan en los Capítulos de esta obra, comenzando con los aspectos concretos del Derecho Mercantil que al fin y al cabo constituye la base sobre la que se desarrolla la problemática con los restantes ordenamientos jurídicos.

Por Derecho Mercantil debemos entender aquel sector privado especial del ordenamiento jurídico que se ocupa de regular los actos de comercio, el estatuto jurídico del comerciante o empresario mercantil como parte fundamental de la actividad de tráfico empresarial organizada, así como, la ordenación de la actividad empresarial.

Lo que caracteriza al Derecho Mercantil es que es un Derecho Privado de larga tradición histórica con vocación de universalidad, que cuenta con una larga tradición consuetudinaria, y finalmente, un Derecho cuasi autónomo al estar en gran medida subordinado al Derecho Civil.

El Derecho Mercantil es un derecho privado porque rige la relación entre particulares, es un derecho especial porque deriva de un derecho ordinario (el Derecho Civil). En esencia, el Derecho Mercantil se erige en la rama reguladora del intercambio de bienes y servicios comerciales entre particulares.

Dentro del Derecho Mercantil, comenzaremos con el estudio terminológico y conceptual de una institución de carácter principal o necesaria, la sociedad de capital, sin la cual no puede explicarse la razón de ser de su órgano representante y gestor, el órgano de administración, del cual estudiaremos su concepto con

posibilidad de concurrencia en el mismo de los presupuestos laborales o de determinación de la relación laboral, para pasar a continuación a efectuar un análisis exhaustivo del régimen jurídico de los administradores sociales y, finalizaremos el presente Capítulo con el análisis de diversas modalidades de colaboración interempresarial de carácter societario que influyen tanto en el ámbito mercantil como últimamente en el laboral.

1.1. BREVE ANÁLISIS DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

En esta parte del Capítulo (en adelante, Cap.) I vamos a examinar el origen de las sociedades de capital y su concepto, las modalidades o clases de sociedades de capital más relevantes, sin perjuicio de mencionar las otras posibles modalidades corporativas.

Las sociedades de capital vienen reguladas en el ordenamiento jurídico español, fundamental, aunque no únicamente, en el Texto Refundido (en adelante, T.R.) de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, L.S.C.) aprobado por Real Decreto Legislativo (en adelante, R.D.Lg.) 1/2010 de dos de julio del año dos mil diez. Sin embargo, esta ley solo aporta los términos y no su significado, tal y como puede observarse en su artículo (en adelante, art.) 1¹ en el que se limita a establecer la clasificación de las sociedades de capital y a describirlas someramente, lo cual es criticable.

Por lo tanto, al no otorgarnos la ley una definición somera de la sociedad de capital, acudimos a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales para hallar su significado.

¹ Boletín Oficial del Estado (en adelante B.O.E.), número (en adelante, n.º) 161, de tres de julio de dos mil diez, páginas (en adelante, pp.) 58472 a 58594. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>, efectúa una clasificación no del todo completa en su art. primero de las que denomina sociedades de capital, y decimos que no es del todo completa pues omite la existencia de otras modalidades de sociedades de capital, como son las sociedades cotizada, anónima europea o limitada nueva empresa, que si bien deben denominarse como de carácter de especial, resulta igualmente imprescindible añadirlas a las tres clásicas o comunes que sí que contempla el precepto citado cuales son las sociedades anónima, de responsabilidad limitada y comanditaria por acciones, cuyo estudio por separado y conjunto otorga la posibilidad de conocer las características de cada una de dichas entidades y sus rasgos diferenciadores.

Antes de analizar los términos desde un punto de vista académico y su significado desde la perspectiva jurídica-económica, debemos aclarar, que las sociedades de capital son sociedades mercantiles que se constituyen mediante un contrato suscrito entre varios socios o bien si se trata de una sociedad unipersonal, de un acto unilateral de una sola persona física o jurídica, que exigen para su válida constitución el otorgamiento de una escritura pública y de unos estatutos sociales que regulen tanto el funcionamiento interno como externo de la sociedad en la que los socios o el socio único tienen que aportar a su capital social fundacional bienes o derechos susceptibles de valoración económica para el cumplimiento de su objeto social.

La sociedad de capital es un concepto compuesto por dos términos que pueden tener un significado diferente por separado y, por lo tanto, debemos analizar separadamente ambos términos.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, D.R.A.E), la palabra sociedad procede del latín *societas, -ātis.*, y a pesar de establecer múltiples definiciones, la que a nosotros nos interesa es la acepción número 4:

4. f. Com. Agrupación comercial de carácter legal que cuenta con un capital inicial formado con las aportaciones de sus miembros².

Por lo que se refiere al término capital, el mismo diccionario anterior establece que procede del latín *capitālis*, pero al igual que sucede en el caso anterior, se establecen múltiples definiciones de las que solo una, la económica, es la que mejor liga con nuestros intereses:

7. m. Econ. Conjunto de activos y bienes económicos destinados a producir mayor riqueza³.

En todo caso, si acudimos al Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (en adelante, D.P.E.J.) podemos encontrar la definición jurídica española de sociedad de capital (2020):

² VV.AA., (2014), *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*, vigesimotercera edición. Recuperado el 02/03/2024 de <https://dle.rae.es/sociedad?m=form>.

³ Se ha recogido la acepción séptima de capital, *Opere Citato* (en adelante, *Op. Cit.*) Recuperado el 02/03/2024 de <https://dle.rae.es/capital?m=form>.

Merc. Sociedad mercantil en la que las aportaciones de los socios se reflejan en una cifra estatutaria, denominada capital, que determina su posición relativa en la sociedad y constituye el elemento nuclear sobre el que se construye su régimen jurídico. Resulta característico de las sociedades de capital la plena personificación jurídica y el reconocimiento de la limitación de responsabilidad en beneficio de los socios⁴.

Si partimos de los anteriores significados, podríamos construir, en cierta medida, el concepto dado sobre las sociedades de capital. No obstante, para comprender por qué se ha adoptado tal posición conceptual, debemos estudiar y analizar el origen de la institución doctrinalmente.

El origen de las sociedades de capital se encuentra en las sociedades mercantiles, como se puede comprobar del significado ofrecido por el D.P.E.J., la sociedad de capital no deja de ser una sociedad mercantil con unas especiales características.

Como manifiesta el profesor SY CORVO, debemos situar la creación o el origen de las sociedades mercantiles en el imperio que se forjó en Roma, tiempos históricos en los que ya existían sociedades civiles primitivas que funcionaban a través de actividades económicas de diversa índole. De hecho, las leyes romanas Justinianas ya reconocían entidades corporativas que ostentaban el derecho de propiedad y de ligarse por vía contractual⁵, aunque no obstante lo anterior, es bastante posible que la sociedad mercantil más antigua sea, según el citado autor, la comunidad minera *Stora Kopparberg* de Suecia de 1347, y por lo tanto, las sociedades mercantiles del Imperio Romano no pasaban de ser meros proyectos o buenas intenciones pero no constituían sociedad mercantil como la conocemos hoy en día.

⁴ VV.AA., (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico*, primera edición en línea. Recuperado el 02/03/2024 de <https://dpej.rae.es/lema/sociedad-de-capital>.

⁵ El profesor Sy Corvo considera que las sociedades mercantiles son aquellas entidades legales formadas por una asociación de personas, ya sean naturales, jurídicas, o una mezcla de ambas, para llevar a cabo una empresa comercial o industrial, cuyo objetivo es la ejecución de actos de comercio, caracterizando dicho autor a las sociedades de capital como unas sociedades mercantiles en las que el capital social es el elemento predominante, *Vide* (en adelante Vid.) Sy Corvo, H. (2019). *Sociedades mercantiles: historia, elementos, tipos, ejemplos*. *Lifeder*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.lifeder.com/sociedades-mercantiles/#:%20~:text=en%20M%C3%A9xico%2C%20etc.,Origen%20e%20historia,que%20conocemos%20hoy%20en%20d%C3%Ada>.

No obstante, tener la sociedad mercantil su origen en el antiguo Imperio Romano, la sociedad de capital que es la que estudiamos, como sociedad mercantil especializada, según criterios de clasificación doctrinales, por el elemento preponderante⁶, como dice ALFARO ÁGUILA-REAL, aunque refiriéndose únicamente a las sociedades anónimas, debemos situar su origen o nacimiento en España y Portugal, entre los siglos XV y XVI después de Cristo (en adelante, D.C.)⁷, como consecuencia del comercio entre Europa y los demás continentes del planeta tierra, quizás por el afán de aquella época de conseguir riquezas y especias, así como por el fenómeno de la colonización.

Pero tal y como se desprende de la obra de ALFARO ÁGUILA-REAL, las sociedades de responsabilidad limitada tuvieron un origen diferente al de las sociedades anónimas⁸, por lo que también resultaría conveniente fijar el origen y el motivo por el que surgieron las sociedades de responsabilidad limitada para posteriormente llevar a cabo el seguimiento de la evolución que han tenido las dos sociedades de capital más relevantes para el tráfico económico y el Derecho, la “sociedad anónima” y la “sociedad de responsabilidad limitada”, así podremos acercarnos más certeramente al concepto anteriormente adoptado.

Siguiendo con el análisis del diverso origen de las dos clases fundamentales de sociedades de capital, establecido el de la sociedad anónima, llegamos a la sociedad de responsabilidad limitada, que tuvo su origen en Inglaterra, tal y como nos señala HARFORD, quien recalca que los elementos que dieron lugar al nacimiento de las sociedades de responsabilidad limitada se dieron allá por el año 1.600 D.C., naciendo en Gran Bretaña la famosa East India Company, considerada

⁶ Este es uno de los criterios de clasificación doctrinal de las sociedades mercantiles, y dentro de este elemento preponderante se distingue por la doctrina entre las sociedades personalistas y las sociedades de capital, Vid. Madrigal García, C., Yagüe Gil, P. y Enríquez Sancho, R., (2018). Derecho Mercantil Jueces. *Las sociedades de capital*. Madrid: Carperi S.L., página (en adelante, pág.) 4.

⁷ Alfaro Águila-Real, Catedrático de Derecho Mercantil, considera a las sociedades de capital, concretamente a la sociedad anónima, como una sociedad mercantil clasificada por razón de la forma, con personalidad jurídica propia, de carácter estatutario, Vid. Alfaro Águila-Real, J. (2018). Una breve historia de la sociedad anónima y el comercio transoceánico. *Almacén Derecho*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://almacenederecho.org/una-breve-historia-la-sociedad-anonima-comercio-transoceanico>.

⁸ *Ibidem*.

la primera sociedad limitada de la historia⁹, y como su propio nombre indica, se creó para explotar los comercios con la India, y que, por lo tanto, aun teniendo diverso origen que las sociedades anónimas, fueron los mismos motivos del afán de aquella época de conseguir riquezas y especias, como el fenómeno de la colonización, los que fraguaron la constitución de las sociedades de responsabilidad limitada.

De lo expuesto, puede derivarse una primera conclusión, y es que, aunque se originaron tanto la sociedad anónima como la de responsabilidad limitada en épocas similares, su distinto país de procedencia como las diversas normas jurídicas y económicas existentes en tales países, han conducido a que una sociedad de capital, sociedad mercantil, por razón de su forma como elemento preponderante, pueda sin embargo tener una diferente estructura y organización.

Determinado el origen de las sociedades de capital, analizamos su evolución histórica de como la idea original ha ido cogiendo la forma hasta llegar a la situación actual.

La gran evolución de las sociedades de capital tiene lugar entre los siglos XVIII y XIX, sin perjuicio de sus especialidades en la actualidad, derivadas en gran medida por el gran apogeo económico y jurídico vivido, pero teniendo en cuenta que en la época citada surgen la mayoría de las especiales características de la actualidad de las sociedades de capital. Fijamos la gran evolución de las sociedades de capital en los siglos XVIII Y XIX por las aportaciones doctrinales en la materia.

FERNÁNDEZ RUIZ y MARTÍN REYES, aunque refiriéndose únicamente a las sociedades anónimas, entienden que el gran desarrollo de las sociedades de capital tiene lugar como consecuencia de las campañas coloniales del siglo XVIII D.C., debido esencialmente, a los descubrimientos geográficos y la peligrosidad de las expediciones marinas, acontecimientos que demandaban unas sociedades más especializadas para llevar a cabo los objetivos trazados, dando lugar a las sociedades de capital, caracterizadas en aquellos momentos por la limitación de la responsabilidad de los miembros y la división del capital en lo que hoy conocemos como acciones y participaciones sociales. Por aquél entonces, las sociedades de

⁹ Douglas Harford, T. (2017). Por qué las sociedades de responsabilidad limitada son consideradas uno de los grandes inventos de la historia. *BBC News*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40732589>.

capital eran de dominio público, pues pese a su carácter semipúblico estaban constituidas por los Monarcas y no por sujetos privados, de hecho, nos tenemos que adentrar en el siglo XIX D.C. para presenciar la privatización de la iniciativa para la constitución de las sociedades de capital por empresarios particulares¹⁰.

Con las anteriores referencias, se puede observar como la sociedad anónima comienza a tomar su configuración actual en base a la realidad social y económica del siglo XVIII. Sin embargo, no sucede lo mismo con las sociedades de responsabilidad limitada, las cuales, sin perjuicio de precedentes remotos ya comentados, acogen su estructura inicial fundamental en el siglo XIX.

Así lo entienden FERNÁNDEZ RUIZ Y MARTÍN REYES, quienes argumentan que es debido a la diferencia del origen de tales compañías, ya que mientras que las sociedades anónimas eran de origen latino (españolas y portuguesas fundamentalmente, pero también italianas), las de responsabilidad limitada eran de origen inglés, aunque posteriormente los alemanes las utilizaron ampliamente, influyendo de manera decisiva en el desarrollo de sus características actuales. Las legislaciones, inglesa y germánica, configuraron unas sociedades de capital constituidas por pocos socios y que originaban pocos gastos, o al menos, inferiores a los de una sociedad anónima, configurándose de esta manera una sociedad de capital con una gran flexibilidad, característica esta que sería

¹⁰ Los autores Fernández Ruiz y Martín Reyes entienden que por lo que respecta a España, la evolución legislativa de la sociedad anónima en nuestro país es posterior al Código de Comercio (en adelante, C.co.) de 1829, y que la regulación por primera vez de la sociedad anónima en España se encuentra en la citada Ley de 19 de octubre de 1869. Con posterioridad, el vigente C.co. de 1885, inspirado en el sistema liberal, imperante en la época de finales del siglo XIX, reguló la sociedad anónima de modo totalmente insuficiente en muy pocos artículos que no respondían a las exigencias del tráfico económico, al que la sociedad anónima debía servir como medio de atracción de grandes capitales, Vid. Fernández Ruiz, J.L. y Martín Reyes, M.^a de los A. (2004). La sociedad anónima: antecedentes, regulación actual y conceptos fundamentales de caracterización. *Fundamentos de derecho mercantil. Tomo I: Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales. Tercera parte. El empresario social: Las sociedades mercantiles*. Vlex. Recuperado el 02/03/2024 de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/anonima-antecedentes-conceptos-caracterizacion-228433>.

fundamental para la rápida expansión de este tipo de sociedades a nivel mundial a partir del siglo XX D.C.¹¹.

Determinadas las características esenciales de cada sociedad de capital a través de su evolución, acudimos a la legislación española precedente, la del siglo XX, y a actual del siglo XXI, para comprender las últimas novedades relacionadas con las sociedades de capital en nuestro país¹², sin perjuicio de las especialidades de las otras modalidades menos frecuentes en la práctica.

Las sociedades de capital, con carácter previo a la entrada en vigor del T.R. de la L.S.C., se encontraban reguladas en varios textos fragmentarios (dependiendo de la clase o modalidad de sociedad de capital):

1º) La Sección cuarta del Título primero del Libro segundo (que comprende los artículos [en adelante, arts.] 151 a 157) del C.Co. de 1885, estaba dedicada a la sociedad en comandita por acciones.

2º) El R.D.Lg. de 1564/1989, de veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, por el que se aprobó el T.R. de la Ley de Sociedades Anónimas regulaba este tipo de sociedad.

3º) La Ley 2/1995, de veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y cinco, de Sociedades de Responsabilidad Limitada contenía una regulación de esta sociedad de capital.

¹¹ Los citados autores entienden que en España la primera ley que regula la “sociedad de responsabilidad limitada” fue la Ley de diecisiete de julio de mil novecientos cincuenta y tres, que, aunque no exigió capital mínimo, sí estableció un número máximo de socios (cincuenta), y cuantía máxima del capital en cincuenta millones de pesetas. Esta Ley vino a llenar un gran vacío legislativo de la sociedad de responsabilidad limitada en nuestro ordenamiento societario mercantil. Posteriormente, la Ley de veinticinco de julio de mil novecientos ochenta y nueve de Reforma Parcial de la legislación mercantil y adaptación de la misma a las Directivas Comunitarias en materia de sociedades, introdujo importantes modificaciones en la de 1953, modificaciones que, sobre todo, en orden a la exigencia mínima de un capital social de 3.000 euros, frente a los 601.102 euros de la Ley de Sociedades Anónimas, de veintidós de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, fueron a partir del año 1990 esenciales en el aumento de constitución de sociedades de responsabilidad limitada, en detrimento del número de anónimas, *Ibidem*.

¹² Sobre esta normativa española, así como sobre la normativa europea e internacional sobre las sociedades de capital en relación con el concurso de acreedores, se incidirá significativamente en el Cap. II de esta obra.

4.º El Título décimo (comprensivo de los arts. 111 a 117) de la Ley 24/1988, de veintiocho de julio de mil novecientos ochenta y ocho, del Mercado de Valores, relativo a las sociedades cotizadas, con excepción de los apartados 2º y 3º del art. 114, y los arts. 116 y 116 *bis*, regulaba las especialidades de las sociedades anónimas con valores que se pueden negociar en el mercado secundario oficial.

Pues bien, toda esta regulación fragmentaria de las sociedades de capital ha sido derogada por la vigente Ley sobre sociedades de capital, la L.S.C., que tiene por misión unificar la regulación de todas las clases de sociedades de capital en una única ley y resolver algunos problemas que había planteado la regulación fragmentaria¹³.

Y así llegamos a la ley actual, L.S.C. 1/2010 de dos de julio del año dos mil veinte, que ha sido objeto de diversas modificaciones y, en la que se refunden en un solo texto los diversos textos legales hasta entonces existentes sobre las sociedades de capital, facultad esta de refundir textos legales que el Gobierno puede llevar a cabo en virtud de delegación legislativa otorgada por las Cortes Generales, expresamente prevista en el art. 82 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, C.E. de 1978)¹⁴.

De lo expuesto, se puede deducir el concepto inicialmente establecido de sociedad de capital como sociedad mercantil que se constituye mediante un contrato suscrito entre varios socios o bien si se trata de una sociedad unipersonal, de un acto unilateral de la persona, que exige para su válida constitución el otorgamiento de una escritura pública y unos estatutos sociales que regulen tanto el funcionamiento interno como externo de la sociedad en la que los socios o el socio único tienen que poner determinados bienes para el ejercicio de una actividad legal y el cumplimiento del fin social, con la finalidad de obtener un lucro y, consiguientemente ganancias, contando con un capital social distribuido en “acciones” o “participaciones sociales”.

Esta definición de las sociedades de capital, que adoptamos como propia y que se puede desprender de los términos y la evolución legislativa, puede sufrir

¹³ *Op. Cit.* Exposición de motivos y disposición derogatoria única de la L.S.C.

¹⁴ B.O.E., n.º 311, de veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, pp. 29313 a 29424. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

algunas variaciones o acoger algunos caracteres especiales dependiendo del tipo de sociedad de capital de que se trate.

1.2. ESTUDIO DEL TÉRMINO Y DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRADOR SOCIAL. BREVE REFERENCIA COMPARATIVA CON EL PERSONAL LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN Y EL PERSONAL LABORAL COMÚN DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Comenzaremos este apartado centrándonos en el órgano de administración, que es el segundo de los órganos fundamentales de las sociedades de capital, es el que siguiendo al artículo 209 de la L.S.C., ostenta la gestión y representación de la sociedad, teniendo en cuenta que también puede actuar como trabajador independiente para la misma sociedad de capital¹⁵.

Puede adoptar diversas modalidades dependiendo de la sociedad de capital de que se trate, ostenta variadas competencias y está sujeto a un régimen legal de deberes y derechos¹⁶.

En primer lugar, y sin perjuicio de distinguir posteriormente entre administrador de hecho y de derecho, el D.R.A.E. dispone que la palabra administrador procede del latín *administrātor, -ōris*, siendo válidas para el presente caso, cualquiera de las dos siguientes definiciones:

1. *adj. Que administra. U. t. c. s.*
2. *m. y f. Persona que administra bienes ajenos*¹⁷.

Sin embargo, el término administrador es demasiado amplio, debiendo delimitarse al ámbito de las sociedades de capital, recibiendo por ello la denominación de administrador social, por lo que, para concretar el significado concreto, debemos acudir al D.P.E.J. que sobre el administrador social establece que:

¹⁵ Sobre esta posibilidad y sus consecuencias concursales. Y por debajo (en adelante, *Et. Infra.*) Cap. VII de esta obra.

¹⁶ Sobre las modalidades de administración, las competencias del órgano y sus derechos y deberes, se incidirá con más énfasis en el apartado 1. 3º del presente Capítulo, debiendo en el presente centrar la cuestión terminológica y conceptual de esta figura jurídica y económica.

¹⁷ Se han recogido la acepción primera y segunda de administrador *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://dle.rae.es/administrador?m=form>.

*Merc. Órgano encargado de la gestión y representación de la sociedad*¹⁸.

Una vez concretado el término y significado de administrador social, diferenciaremos las figuras de administrador de hecho y de derecho.

Cabe resaltar que esta diferenciación tiene únicamente relevancia a efectos mercantiles, ya que por ejemplo en el ámbito penal, concretamente en los delitos societarios, se castiga al administrador que lleve a cabo la conducta típica, sea administrador de hecho o de derecho. Los delitos societarios vienen regulados por los arts. 290 a 297 del Código Penal (en adelante, C.P.) español aprobado por la Ley Orgánica (en adelante, L.O.) 10/1995 de veintitrés de noviembre de mil novecientos noventa y cinco¹⁹.

No obstante, en el ámbito mercantil sí que tiene relevancia la distinción de administrador de hecho y de derecho, así el art. 236 de la L.S.C. establece que los administradores son responsables ante la sociedad, los accionistas y los acreedores de cualquier pérdida causada por su acto contrario a las leyes, normas o reglamentos o por su negligencia o incumplimiento de los deberes de su cargo en casos de fraude o negligencia.

Ahora bien, el apartado 3 de dicho precepto legal extiende la responsabilidad a los denominados “administradores de hecho”, precisando que ostentan la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad jurídica acometa las tareas propias de la condición de administrador sin disponer de titulación, o esta fuera nula o estuviese revocada o extinguida, o al amparo de titulación diferente, como la persona que suministre directrices y mandatos asumidos y ejecutados por los administradores de la sociedad.

DE AMIL VILLARUBIA, nos da una definición de cada figura, debiendo entenderse por administrador de derecho a la persona vinculada a la sociedad de

¹⁸ Se ha recogido la acepción de administrador social, sublema de administrador aplicado al ámbito concreto de las personas jurídicas, en concreto, de las sociedades de capital *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://dpej.rae.es/lema/administrador-social>.

¹⁹ B.O.E., n.º 281, de veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, pp. 33987 a 34058. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>. Por otra parte, de la citada regulación, podemos destacar el art. 297 del C.P. que dispone que se entiende por sociedad a los efectos de poder efectuar la imputación de responsabilidad penal, estableciendo un elenco de diversas entidades de carácter mercantil, societario o empresarial.

capital en virtud de un nombramiento oficial y que incluso ha de estar registrado oficialmente en el Registro Mercantil (en adelante, R.M.) A *sensu contrario*, administrador de hecho es aquella persona que ejerce como tal las funciones de administrador pero que no está nombrado oficialmente, ni por supuesto inscrito en el R.M.²⁰.

En cuanto a la diferencia entre una y otra figura, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en adelante, T.S./CIV.²¹) (2015), en un caso de calificación del concurso como culpable²², ha establecido las características de los administradores de hecho diferenciándolo del administrador de derecho al declarar que:

El concepto de administrador de hecho implica en realidad un elemento negativo consistente en la ausencia de nombramiento o de designación formal del cargo respecto del que deben concurrir las siguientes circunstancias: i) tiene que realizar actividades gerenciales en temas específicos del administrador de la empresa; ii) la actividad debe realizarse de manera sistemática y continua, es decir, las actividades de gestión deben tener intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) debe contar con independencia, con poderes de decisión autónomos y con apoyo y/o respaldo público de la sociedad²³.

Con el autor DE AMIL VILLARUBIA, podemos entender la comparación completa de ambas figuras, administrador de hecho y de derecho, y que sujetos pueden reunir las características para ser considerado uno u otro, pues el autor citado nos ofrece el siguiente recorrido jurisprudencial comparativo (aunque derivado en primer lugar de la llamada “jurisprudencia menor” que procede de las Audiencias Provinciales y a continuación, concretando las definiciones y el papel del apoderado con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo): Con anterioridad se entendía que administrador de hecho era el que ejercía como tal administrador cuando su nombramiento estaba viciado, sin embargo, esta concepción ha sido ampliamente superada, considerándose en la actualidad, como

²⁰ De Amil Villarubia, D. (2015). Administrador de hecho = Administrador de derecho. *Derecho.Deamil.Com*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://derecho.deamil.com/wp/2015/01/30/administrador-de-hecho-administrador-de-derecho/>.

²¹ SOC. para la Sala de lo Social, PEN. Para la Sala de lo Penal y CON-A para la Sala de lo Contencioso-administrativo.

²² Sobre la calificación del concurso como “culpable” y la responsabilidad del “administrador social” *Et. Infra*. Cap. VII.

²³ Sentencia del T.S./CIV. n.º. 421-2015 de veintidós de julio de dos mil quince FJº16.

“administrador de hecho” a quien sin poseer la condición de administrador ejerce las funciones como tal (Sentencia del T.S./CIV. de 26 de enero de 2007) concretándose por la Audiencia Provincial (en adelante, A.P.) de Barcelona (2020) que una característica definitiva o esencial de la condición del actual administrador de hecho es la autonomía, independencia o no subordinación al órgano de gestión social por lo que, teniendo en cuenta la jurisprudencia mayor de nuestro T.S. y la menor de la A.P. de la Ciudad Condal, debe concluirse que además de la falta de nombramiento formal del administrador, para ostentar la condición de administrador de hecho deben ejercerse funciones prácticas/cotidianas del poder efectivo de dirección, administración y gobierno de la entidad, siendo aceptadas las acciones de esta persona (administrador de hecho) por la sociedad como obligatorias para ella y, en consecuencia, como manifestación de la voluntad societaria.

Por lo que se refiere a los apoderados no son considerados, con carácter general, administradores de hecho, aunque según nuestro T.S./CIV., en Sentencia de ocho de febrero de dos mil ocho, se adquiere el carácter de administrador de hecho si se descubre uso indebido del poder en pro de quien efectivamente toma el control y dirección de la sociedad, con el fin de derivar reclamaciones o acciones de responsabilidad contra sujetos insolventes²⁴.

Por lo tanto, de todo este recorrido doctrinal y jurisprudencial, podemos extraer como conclusión que administrador de derecho es aquél que, teniendo

²⁴ Jurisprudencia citada por De Amil Villarubia quien saca sus propias conclusiones: *Toda labor de administración por su propia importancia, ha de ir ligada a su correspondiente responsabilidad. Ya sea a través del administrador de derecho o de hecho, lo que importa es la actuación habitual de administración de una sociedad y sobre todo, garantizar que aquellos terceros que se relacionan con la sociedad por medio de tal persona, gozan de seguridad jurídica (...)* Es por ello por lo que es fundamental que el régimen de responsabilidad entre el administrador de derecho y de hecho sea exactamente el mismo, dotar de seguridad al tráfico mercantil es tarea fundamental de todo legislador mercantil. *Crear desconfianza a terceros que puedan contratar con empresas en las que no quede claro quién actúa y representa realmente a la sociedad, si la persona que figura inscrita en el RM como administrador u otra que conoce, dirige y administra perfectamente la sociedad en la que se mueve como “pez en el agua”, sería crear una inseguridad innecesaria. Los tribunales tienen claro que la responsabilidad a aplicar tanto a uno como a otro es la misma, si bien, ello no obsta para demostrar que la persona sobre la que se trata de exigir la responsabilidad concreta, es realmente administradora de la sociedad, por ello es fundamental que la habitualidad en su actuación administradora sea esencial.* Op. Cit.

título oficial, y que incluso ha de estar registrado oficialmente, desempeña las tareas de administrador social en la entidad, mientras que administrador de hecho es aquel que no dispone de título oficial alguno ni está registrado oficialmente pero que ejerce las funciones de administrador como tal.

Por lo que se refiere al carácter jurídico de esta figura, o dicho de otra manera, al régimen jurídico por el que se rige el administrador de hecho o de derecho, estamos ante una figura claramente de carácter mercantil, sin perjuicio de algunas especialidades laborales señaladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y ello sin perjuicio de que también pueda concurrir el carácter de relación o régimen laboral en el caso de que trabaje para la sociedad de capital de forma independiente al cargo de administrador.

El apartado tercero del art. 1º de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante E.T.), T.R. aprobado por R.D.Lg. 2/2015 de treinta de octubre de dos mil quince²⁵, excluye del ámbito de aplicación de las relaciones de trabajo a los miembros o consejeros de un órgano de administración, y, por lo tanto, la relación es de carácter societario o mercantil.

No obstante, lo anterior, LLUCH CORELL, al examinar los supuestos en los que concurren las condiciones de administrador social y personal laboral especial de alta dirección, o alto cargo directivo, o personal de relación laboral común, en las sociedades mercantiles, llega a conclusiones de diferente régimen o relación jurídica aplicable si concurre con el administrador social un cargo de alta dirección o un trabajo retributivo independiente del cargo de administrador mismo²⁶.

²⁵ B.O.E., n.º 255, de veinticuatro de octubre de dos mil quince, pp. 100224 a 100308. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>. Concretamente, el art. 1 del E.T. efectúa una delimitación positiva de la relación de trabajo en su apartado 1º, establece el ámbito de aplicación de esta ley, disponiendo en su apartado tercero las exclusiones de la consideración como relación laboral de diversas relaciones similares que guardan una gran relación con la relación laboral, de ahí el interés lógico por conocer las mismas, toda vez que para poder delimitar el concepto de relación laboral es necesario conocer las figuras con similitudes o semejanzas para una mayor precisión del concepto.

²⁶ Lluch Corell, F.J., (2015). La relación de los administradores de la sociedad con el derecho del trabajo. *Revista de jurisprudencia*, número: 2. Recuperado el 02/03/2024 de <https://elderecho.com/la-relacion-de-los-administradores-de-la-sociedad-con-el-derecho-del-trabajo>.

Por otra parte, tanto el personal laboral especial de alta dirección, o alto cargo directivo, como el personal laboral común de trabajadores asalariados o por cuenta ajena, de las sociedades de capital, se rigen por una relación de carácter laboral²⁷.

Por personal de alta dirección o alto cargo directivo debemos entender a las personas que tienen autoridad jurídica sobre la empresa, en este caso una sociedad de capital, y sobre los objetivos generales que deben alcanzar. Tienen total autonomía y responsabilidad, pero están sujetos a las directrices y órganos de gobierno y administración de la empresa²⁸.

Por último, en cuanto al trabajador por cuenta ajena de una relación laboral común de una sociedad de capital, puede decirse que es aquél que presta sus servicios por cuenta de la sociedad de capital y que recibe un salario por los servicios prestados²⁹.

1.3. CONCURRENCIA DE LA DOBLE CONDICIÓN DE ADMINISTRADOR SOCIAL Y PERSONAL LABORAL ESPECIAL DE ALTA DIRECCIÓN O PERSONAL LABORAL COMÚN EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL

La materia que vamos a tratar a continuación tiene gran trascendencia teórica y práctica, pues puede determinar, como veremos en el Cap. VII, una clasificación distinta de los créditos concursales, y como trataremos en este apartado también puede tener consecuencias en materia de remuneraciones y de despido, por la aplicación de la denominada Teoría del “doble vínculo”.

En el caso de concurrencia, en el sujeto de derecho, de la doble condición de administrador social y de personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común, es decir, en el caso de la aplicación práctica de la llamada Teoría del

²⁷ Sobre el régimen jurídico de las figuras de “personal de alta dirección” y “trabajador” de las sociedades de capital, incidiremos en el Cap. V de esta obra.

²⁸ Esta definición se obtiene del art. 1 del R.D. 1382/1985, de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. B.O.E. n.º 192, de doce de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 25502 a 25504. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17006>. Para un estudio más amplio del concepto *Et. Infra*. Cap. V.

²⁹ Tal conclusión puede inferirse de la regulación material contenida en los arts. 1, 8 y siguientes del E.T. en materia de contrato de trabajo, sobre el concepto de trabajador se incidirá con mayor detalle más adelante *Et. Infra*. Cap. V.

doble vínculo, la doctrina se encuentra dividida a propósito de cuál sería el régimen jurídico aplicable, el laboral o el mercantil.

Nada se dice en el cuerpo normativo que regula, con carácter general, los contratos de trabajo en España, es decir, el E.T., sobre la concurrencia en el administrador social de la condición de personal laboral común o de alto cargo directivo de la sociedad.

Al trabajador por cuenta ajena de relación laboral común le sería aplicable, la relación laboral común del art. 1. 1º del E.T. y, por lo tanto, se regirá por una relación de carácter laboral.

El art. 1. 3º letra c) del E.T. excluye del ámbito de las relaciones laborales a los miembros o consejeros de un órgano de administración y, por lo tanto, la relación es de carácter societario o mercantil cuando su actividad se circunscriba únicamente al desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las sociedades y se limiten a la realización de cometidos inherentes a tal cargo.

Por otra parte, el art. 2. 1º letra a) del E.T. considera relación laboral de carácter especial la del personal de alta dirección siempre que no ostente el cargo a que se refiere la letra c) del art. 1. 3º del E.T., y en consecuencia en este caso se regiría por una relación de carácter laboral especial, aunque excepcionalmente será considerado autónomo si presta sus servicios a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando ostente el control efectivo, directo o indirecto de la sociedad cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social³⁰, con su correspondiente inclusión en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores Autónomos, sin que en este caso se rija por el Derecho del Trabajo, al primar la condición de socio sobre la de trabajador³¹.

No obstante lo anterior, y salvo el caso excepcional mencionado, tal y como manifiesta LLUCH CORELL, posición que es confirmada por nuestra jurisprudencia, en el caso de que concurra el carácter de relación laboral conjuntamente con la mercantil o societaria, como cuando el administrador social

³⁰ Vid. art. 1.2º.c) Ley 20/2007, de once de julio de dos mil siete, del Estatuto del trabajador autónomo. B.O.E. n.º 166, de doce de julio de dos mil siete, pp. 29964 a 29978. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>.

³¹ Molero Manglano, C. (2011). El contrato de alta dirección. Madrid: Civitas, 3ª edición.

ostenta la doble condición de administrador y trabajador de la sociedad de capital, si se pueden separar sus funciones, se regiría por una relación mercantil en sus funciones como administrador y por una relación laboral común en su cometido como trabajador, sin embargo, en el caso de que concurra la condición de administrador y personal de alta dirección la vinculación o relación societaria absorbería a la laboral³² y, por lo tanto, se regiría únicamente por una relación de carácter mercantil o societaria.

DURÁN-SINDREU BUXADÉ entiende que debe excluirse de la condición de personal laboral al "mero consejero", pero no necesariamente al consejero ejecutivo ligado a la sociedad por el doble vínculo orgánico y contractual, afirmando TOVAR ROCAMORA que el consejero ejecutivo puede estar vinculado a la sociedad por otra relación aparte de la orgánica de miembro del consejo de administración³³.

Por su parte, nuestro T.S. apreció que puede concurrir la dualidad de relaciones, laboral y societaria, siempre que cada una de ellas exista realmente y con sustantividad propia³⁴, admitiendo que el consejero delegado sea a su vez jefe de producción³⁵.

Sin embargo, el Alto Tribunal entiende que, en caso de concurrencia del cargo de administrador social con un cargo de alta dirección, la relación de carácter

³² Vid. Lluch Corell, *Op. Cit.*

³³ Cohen Benchetrit, A. (2017). Encuentro de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con magistrados de lo mercantil. *Cuadernos digitales de formación n.º 32*, pp. 11 a 16. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2018/08/24/CF17032/5_PDF/CF1703203.pdf.

³⁴ Vid. Sentencia de catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho del T.S./CIV., de la que se deriva que de la forma en la que esté configurada la cúpula de la sociedad y las condiciones que concurren en la prestación de carácter laboral se determina si es posible que el cargo del administrador sea compatible con el del personal laboral, de manera que tengan una diferenciación de regímenes jurídicos aplicables, aun concurriendo tales singularidades a priori incompatibles en la misma persona, concluyéndose por nuestro Alto Tribunal que es posible siempre que exista una clara sustantividad propia y puedan separarse una y otras atribuciones.

³⁵ Vid. en Sentencia de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y uno del T.S./CIV. recalca que es necesario, no solo el desempeño efectivo de tales cargos, sino que, además, esté cobrando una retribución independiente por cada uno de los puestos desempeñados.

laboral es absorbida por la relación de carácter mercantil, produciéndose la extinción de la relación de carácter laboral³⁶.

Una de las especialidades del denominado “consejero ejecutivo”, es decir, cuando concurren la condición de administrador social y la de personal de alta dirección (o de gerente o consejero delegado), es el relativo al sistema de retribución, pues deberá hacerse constar tal retribución en el contrato social que le une con la sociedad de capital, y no en los estatutos sociales como sucede con el resto de administradores ordinarios³⁷, incluso, al contrario de lo que sucede con los administradores del consejo de administración, su remuneración será determinada por el propio consejo de administración y no por la Junta General.

De lo que ya llevamos expuesto podemos concluir que mientras que en el caso de reunirse solo la condición de administrador deberá hacerse constar su régimen en los estatutos sociales y regirse por una relación de carácter mercantil y que en el caso de reunir únicamente la condición de personal de alta dirección o personal laboral común deberá hacerse constar su régimen en un contrato de trabajo y regirse por una relación de carácter laboral, en el caso de concurrencia de la condición de administrador y de personal de alta dirección, la relación mercantil absorberá la laboral debiendo vincularse con la sociedad con un contrato social, mientras que en el caso de concurrencia de la condición de administrador y personal laboral común, siempre que se ejerciten efectivamente y por separado ambas funciones, regirá separadamente cada relación jurídica, estando vinculado a la empresa por los estatutos sociales en su condición de administrador social y por el contrato de trabajo en su condición de personal laboral común.

Lo expuesto es aplicable, sin perjuicio de la discutida Teoría doctrinal y jurisprudencial del doble vínculo.

Esta Teoría, según COHEN BENCHETRIT, surgió en el orden jurisdiccional social y consiste en averiguar qué orden jurisdiccional ostenta la competencia, la social o mercantil, para conocer de las pretensiones sobre despido, si concurre la

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de tres de junio de mil novecientos noventa y uno en relación con la Sentencia dictada por el mismo Alto Tribunal el nueve de diciembre de dos mil nueve.

³⁷ Así lo declaró la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, D.G.R.N.) en Resolución de carácter administrativo de treinta de julio del año dos mil quince.

doble vinculación de administrador social y personal de alta dirección. La citada magistrada especialista de lo mercantil de la Audiencia Provincial de Córdoba (2017, p.8) nos dice que:

La pregunta sobre la que pivota la doctrina del vínculo es la de si la relación del administrador con funciones ejecutivas es compatible con una relación laboral especial de alta dirección o, por el contrario, ésta última queda absorbida por aquélla y en virtud de la doctrina, (...), se considera que las funciones de dirección y gestión de la sociedad, por muy concretas y específicas que sean, integran necesariamente el cometido ordinario del administrador social, por lo que, si se desempeñan por un administrador, no pueden constituir el objeto de una relación laboral especial de alta dirección³⁸.

Nos encontramos ante una Teoría muy discutida por la doctrina y la jurisprudencia, sin embargo, entendemos que, en caso de concurrencia entre administrador social y personal de alta dirección o personal laboral común de las sociedades de capital, las cuestiones puramente mercantiles deben decidirse ante la jurisdicción mercantil mientras que las cuestiones puramente laborales deberían sustanciarse ante la jurisdicción social.

Las conclusiones anteriores hay que entenderlas aplicables a las cuestiones relativas al sistema de remuneraciones o retribuciones salariales, al régimen o relación de carácter laboral o mercantil con las correspondientes consecuencias y a la jurisdicción y la competencia que se atribuye a los órganos judiciales de la jurisdicción mercantil o laboral para conocer de las controversias que se susciten.

Pero tales conclusiones obtenidas no son suficientes para explicar que puede suceder con los créditos que ostenten las figuras tratadas frente a la sociedad de capital concursada a la que pertenecen, pues en estos supuestos entramos en el ámbito del Derecho Concursal, rama del ordenamiento jurídico que establece unas reglas propias, y deberá determinarse, teniendo en cuenta la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Concursal, si la concurrencia de las figuras determinadas conlleva un diferente trato legal y por lo tanto, una modificación del *status* de sus créditos concursales³⁹.

³⁸ Cohen Benchetrit, A., *Op. Cit.*, pág. 8.

³⁹ Sobre esta cuestión, la central de la presente obra, trataremos con todo género de detalle en el Cap. VII y último intitulado "Los créditos concursales laborales del administrador social".

1.4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ADMINISTRADOR SOCIAL DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

El órgano de administración, societario, único, mancomunado, solidario o colegiado, ostenta la gestión y representación de la sociedad de capital⁴⁰.

La opinión doctrinal y jurisprudencial consideran que estamos ante el poder ejecutivo de la sociedad de capital por cuanto tiene de funciones genéricas esenciales las de ejecutar la voluntad social y representar la sociedad frente a terceros.

Antes de comenzar a examinar con profundidad los aspectos orgánicos y funcionales de este órgano de administración o *poder ejecutivo*, es necesario recordar, que estamos ante una figura de carácter societario o mercantil, no sometido al Derecho Laboral, sin perjuicio de las especialidades que hemos examinado con anterioridad.

El órgano de administración, que puede constituirse de diversas modalidades, tanto para la sociedad anónima como de responsabilidad limitada, tiene una serie de derechos a los que acompañan una serie de deberes legales y/o estatutarios que, junto con las competencias legales y/o estatutarias que ostenta, puede dar lugar a exigencias de responsabilidades, de diversa índole, por incumplimiento de los mandatos legales y/o estatutarios, y ocasionar de daños y perjuicios a la sociedad, a los socios o a terceros.

1.4.1. Modos de organización del órgano de administración, nombramiento, aceptación e inscripción registral de los administradores

Las sociedades de capital pueden adoptar diversas modalidades para la constitución del órgano de administración, dependiendo en gran medida del número de sujetos que lo constituyan, previéndose la posibilidad de una administración única, la cual será llevada a cabo por un solo sujeto, una administración solidaria o conjunta, que es la que tendrá lugar cuando hayan dos o más administradores, y finalmente, un consejo de administración, modalidad que generalmente es utilizada cuando hay una pluralidad de administradores⁴¹.

⁴⁰ Vid. art. 209 de la L.S.C.

⁴¹ Vid. art. 210 de la L.S.C.

La elección de la modalidad de organización de la administración dentro del “principio de autonomía de voluntad” es libre y tiene su reflejo en los estatutos societarios de la entidad en cuestión, sin perjuicio de una serie de reglas que establece el artículo 210 de la L.S.C., el cual bajo la rúbrica de “modos de organizar la administración” obliga a que en la sociedad anónima, cuando la administración se confíe de forma conjunta a dos administradores estos deberán actuar de forma mancomunada y cuando la administración se confíe a más de dos administradores impone la obligación de constitución del consejo de administración, estableciendo, a *sensu contrario*, plena libertad estatutaria de organización del órgano de administración para las sociedades de responsabilidad limitada.

En cuanto a la modalidad a elegir, dentro de los límites señalados, MARRERO ÁLVAREZ, administrador único de Climbery advisors S.L., nos dice que *depende de la estructura que tenga la Sociedad y sobre todo de las necesidades estratégicas y del tipo de decisiones que deban tomarse en las actuaciones cotidianas*⁴².

También se prevé que se pueda otorgar la administración societaria a otra persona jurídica, aunque con la obligación de que esta otra persona jurídica administradora designe a una persona natural para el ejercicio del cargo⁴³. Pero

⁴² Este administrador, nos ofrece un pequeño resumen de cada una de las modalidades de organización del órgano de administración de las sociedades de capital, y su opinión acerca de las mismas: *ADMINISTRADOR ÚNICO: Una única persona, sea física o jurídica, será quien forme el órgano de administración y tome las decisiones pertinentes respecto al rumbo de la Sociedad. ADMINISTRADORES SOLIDARIOS: Serán como mínimo dos personas con facultad de firma, que podrán actuar de forma separada sin necesidad de que el otro esté presente en el acto ni sea necesaria su firma para efectuar cualquier acto que vinculará a la Sociedad. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS: En el lado contrapuesto, se encuentran los Administradores Mancomunados, quienes no podrán actuar si no es con la intervención de todos los componentes del órgano de administración. La ventaja que supone esta configuración es que dota de mayor seguridad a la Compañía en la toma de decisiones, puesto que no se pueden adoptar de forma unilateral, sino que dependerá de la voluntad de todos. CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: Se trata de un Órgano de carácter colegiado y, por tanto, es necesario el acuerdo de todos sus componentes para poder llevar a cabo una actuación. En el caso de las Sociedades Anónimas, existe la obligación de los acuerdos del Consejo se adopten por mayoría absoluta de los presentes en la Junta. Vid. Marrero Álvarez, C. (2015). Tipos de Órganos de Administración: Modalidades y Características. Infocif. La red social de empresas. Recuperado el 02/03/2024 de <https://noticias.infocif.es/noticia/tipos-de-organos-de-administracion-modalidades-y-caracteristicas>.*

⁴³ Vid. art. 212 *bis* de la L.S.C.

para las sociedades cotizadas, se impone la necesidad de administración por un consejo de administración⁴⁴.

El consejo de administración, para todo tipo de sociedades de capital, deberá estar formado por un mínimo de tres miembros, no habiendo límites máximos de composición del órgano, excepto para las sociedades de responsabilidad limitada, para las que se establece un máximo de doce miembros⁴⁵.

En la práctica, los consejos de administración vienen formados en su mayoría por hombres, sin embargo, desde la publicación de la L.O. 3/2007, de veintidós de marzo de dos mil siete, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres⁴⁶, y la progresiva concienciación de la sociedad, la mujer, que hasta entonces tenía escasa participación en los consejos de administración, viene adquiriendo un papel cada vez más relevante en dicho órgano de administración societario, aunque todavía queda mucho por progresar en materia de igualdad⁴⁷. Los consejos de administración de las “sociedades cotizadas” y de las grandes empresas “no cotizadas” deberán contar con, al menos, un 40% de mujeres, cuando se aprueba definitivamente el Anteproyecto de Ley Orgánica de Representación Paritaria de

⁴⁴ Vid. art. 529 *bis* de la L.S.C.

⁴⁵ Pérez Benítez, J.J. (2011). Algunas cuestiones de interés sobre Derecho de sociedades a propósito de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital. Especial referencia a la Junta General y al régimen de la responsabilidad de los administradores sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Cuadernos digitales de formación* n.º 23, pág. 6. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2013/05/24/CF11023/5_PDF/CF1102302.pdf.

⁴⁶ B.O.E., n.º 71, de veintitrés de marzo de dos mil siete, pp. 12611 a 12645. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-6115>. Esta norma establece en su art. 75 las reglas o criterios sobre intervención de las mujeres en los Consejos de administración de las sociedades mercantiles.

⁴⁷ Elósegui Itxaso, profesora de la Universidad de Zaragoza, y Lousada Arochena, magistrado, llevan a cabo en su artículo un análisis sobre la participación de la mujer en los consejos de administración de las sociedades de capital españolas, tomando como referencia el art. 75 de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, Vid. Elósegui Itxaso M. y Lousada Arochena, J.F. (2007). La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles. *Revista del Poder Judicial* n.º 86, pp. 3 a 6. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2014/05/30/PJ07086/5_PDF/PJ0708608.pdf.

Mujeres y Hombres en los Órganos de Decisión, aprobada por el Consejo de ministros y en trámite de aprobación parlamentaria.

Los primeros administradores de la sociedad deben nombrarse en la escritura de constitución de la sociedad de capital, y la regla general es que todos los nombramientos ulteriores deben efectuarse por la Junta General (de accionistas en la sociedad anónima y de socios en la sociedad de responsabilidad limitada)⁴⁸.

Efectuado el nombramiento de los administradores sociales, aceptado por estos el cargo, debe procederse a la inscripción del nombramiento en el R.M., dentro de los diez días siguientes al nombramiento⁴⁹.

Sin embargo, pese a la discusión doctrinal sobre si la inscripción registral, del administrador social en el R.M., es constitutiva (es decir, “necesaria” para que nazca a la vida jurídica) o meramente declarativa (es decir, que no es necesaria la inscripción registral para su nacimiento jurídico) BALLESTER AZPITARTE,

⁴⁸ Vid. art. 22.e) de la L.S.C. en concordancia con el art. 214 del mismo “cuerpo legal”.

⁴⁹ Vid. arts. 215 y 216 de la L.S.C.

basándose en las resoluciones⁵⁰ de la D.G.R.N.⁵¹, entiende que, aunque la inscripción tiene carácter obligatorio, es de naturaleza meramente declarativa y no constitutiva, incluso la del nombramiento del consejero delegado pese a que el art.

⁵⁰ Las Resoluciones de la D.G.R.N. de diecisiete de diciembre del año mil novecientos noventa y siete y de cuatro de junio del año mil novecientos noventa y ocho establecen que *El incumplimiento de la obligación de inscribir no afecta a la validez y eficacia del acto realizado en representación de la sociedad ya que tal incumplimiento cae fuera del ámbito de calificación que corresponde al registrador de la Propiedad respecto del acto jurídico otorgado por aquel administrador, si bien se aclara que sin perjuicio de los efectos de la publicidad material del Registro y la propia responsabilidad de los nombrados por no haber procurado la inscripción dentro del plazo que la ley señala, su actuación como tales Administradores desde que aceptaron el cargo y en tanto el mismo esté vigente ha de tenerse por válida, y dentro de esa validez han de incluirse las convocatorias de Juntas generales que a los mismos compete*, Vid. Ballester Azpitarte, L. (2014). Sobre la innecesariedad de inscribir el nombramiento del cargo representativo para la inscripción de los actos realizados en el ejercicio de este (a propósito de la resolución de carácter administrativo de la D.G.R.N. de veintiocho de enero de dos mil catorce). *Cuadernos de Derecho y Comercio* n.º 61, pág. 187. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+61+-+SUMARIO+-+Derecho+societario+-+SOBRE+LA+INNECESARIEDAD+DE+INSCRIBIR+EL+NOMBRAMIENTO+DEL+CARGO+REPRESENTATIVO+PARA+LA+INSCRIPCI%C3%93N+DE+LOS+ACTOS+REALIZADOS+EN+EL+EJERCICIO+DEL+MISMO+%28A+PROP%C3%93SITO+DE+LA+RESOLUCI%C3%93N+DE+LA+DGRN+DE+28+DE+ENERO+DE+2014.pdf/da681d2f-b758-5ad5-07fa-9c5e44a10173?t=1571241014014>.

⁵¹ En la actualidad, la D.G.R.N. se denomina “Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”, dicho cambio de nomenclatura es debido al R.D. 139/2020, de veintiocho de enero de dos mil veinte, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales. B.O.E. n.º 25, de veintinueve de enero del año dos mil veinte, pp. 8675 a 8694. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-1246>, además, el artículo 7 del R.D. 453/2020, de diez de marzo de dos mil veinte, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia, y se modifica el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado, aprobado por el R.D. 997/2003, de veinticinco de julio de dos mil tres. B.O.E. n.º 63, de doce de marzo de dos mil veinte, pp. 24626 a 24647. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-3513>, establece las nuevas competencias de dicha Dirección General, entre las que se encuentran las relativas al R.M., en concreto, en la letra h) del mencionado precepto legal que dispone que corresponde a la “Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública” ,esto es, *La organización, dirección, inspección y vigilancia de las funciones de la fe pública notarial y las de naturaleza registral de los derechos en las materias de las propiedades, bienes muebles y aspectos de naturaleza mercantil; la evacuación de cuantas consultas le sean efectuadas sobre aquellas, así como la tramitación y resolución de los recursos gubernativos contra los actos de los titulares del ejercicio de las citadas funciones*.

249.3 L.S.C. disponga que no producirá efecto alguno hasta su inscripción, entendiéndose que esta expresión se refiere a que no surtirá efectos frente a terceros, pero sí frente a la sociedad de capital⁵².

No obstante, la inscripción en el R.M., aun siendo meramente declarativa, otorga una mayor seguridad jurídica tanto al administrador social como a la sociedad de capital y a los terceros que se relacionan con los mismos, pudiendo darse, en caso de no inscripción, una especie de *tertius genus* entre las figuras de administrador de hecho y de derecho, la diferencia fundamental entre ambas figuras consiste en el nombramiento y la inscripción registral, faltando uno de estos dos requisitos nos encontraríamos ante una figura híbrida entre el hecho y el derecho.

Pues bien, el estudio de la figura del consejero delegado o ejecutivo, que es nombrado por el mismo consejo de administración, es el que puede tener desde el principio, además de una relación mercantil, una relación de carácter laboral (“común” o “especial de alta dirección”) con la sociedad de capital concursada, si tenemos en cuenta la dicción del art. 1.3 c) del E.T., que excluye de la relación laboral el cargo de consejero o miembro del órgano de administración, y que concurren los presupuestos de la contratación laboral de ajenidad y dependencia, presupuestos que no se dan en las otras figuras de administración, ya que en tales casos el órgano de administración forma parte de la misma sociedad de capital y falta la nota de ajenidad. En los restantes supuestos en los que el administrador asuma otras laborales, que no sean las propias del órgano de administración, será una odisea (en la realidad práctico-jurídica) el deslindar con precisión si concurre con la relación mercantil, una relación laboral común o especial de alta dirección.⁵³

1.4.2. Deberes y derechos

Los administradores de las sociedades de capital deben asumir y cumplir un conjunto de deberes que se pueden clasificar en generales y específicos. Los

⁵² *Ibidem*, pp. 187-188.

⁵³ Cohen Benchetrit, A. (2017). Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil. Jerez de la Frontera, del 4 al 6 de octubre de 2017. *Conclusiones de Seminarios n.º 16*, pp. 3-22. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/PROVISIONALES/2020/08/25/SE1701601/SE1701601.pdf>.

generales son aquellos que están especificados en la propia L.S.C., y que, por lo tanto, son de fácil localización. Los específicos, por el contrario, son aquellos que deben ser buscados a lo largo de las actuaciones que un administrador debe cumplir y que, por lo tanto, se encuentran fragmentados en diversos preceptos de la ley.

TOMÁS BRONUSAS nos dice que los deberes generales son los de diligencia, ejercer el cargo, informarse, imparcialidad, discrecionalidad de las decisiones empresariales, lealtad, prohibición de transacciones con la sociedad, prohibición de explotar la posición de administrador, prohibición de utilización de activos, relativos a la información, ventajas de terceros, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio y prohibición de entrar en competencia con la sociedad, mientras que los deberes específicos son los de secreto y abstención⁵⁴.

La L.S.C prevé expresamente la mayoría de los deberes del administrador en el Cap. III, arts. 225 a 232⁵⁵, intitulado de los “deberes de los administradores” del Título VI rubricado de la administración de la sociedad, encontrándose los demás deberes dispersos a lo largo del texto legislativo.

Tales deberes expresamente recogidos son los de diligencia⁵⁶, protección de la discrecionalidad empresarial⁵⁷, lealtad⁵⁸ y evitar situaciones de conflicto de interés⁵⁹. Algunos de los citados deberes, pueden ser concretados o ampliados por opiniones doctrinales y jurisprudenciales.

⁵⁴ Bronusas, T. (2014). Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades Mercantiles. *Universidad de Almería*, pág. 2. Recuperado el 02/03/2024 de http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3484/2709_Responsabilidad%20de%20los%20Administradores%20en%20las%20Sociedades%20Mercantiles.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

⁵⁵ Aunque el Cap. citado comprenda los arts. 225 a 232, lo cierto es que únicamente recogen deberes del administrador los arts. 225 a 229 de la L.S.C.

⁵⁶ El art. 225 de la L.S.C. regula el deber de diligencia que debe presidir la actuación de los administradores.

⁵⁷ El art. 226 de la L.S.C. dispone que la actuación del administrador social debe estar regida siempre por la buena fe.

⁵⁸ El art. 227 de la L.S.C. consagra el deber de lealtad que debe presidir la actuación de los administradores.

⁵⁹ El art. 229 de la L.S.C. establece la obligación del administrador de evitar los conflictos de intereses con el empresario, específicamente, con la actividad u objeto social desarrollado por la entidad a la que pertenece.

Sobre el deber de diligencia, RIBELLES ARELLANO entiende que estamos ante un deber genérico del administrador que deberá ser concretado en cada caso en concreto⁶⁰.

En cuanto al deber de fidelidad, consiste, en suma, en actuar de acuerdo con el interés social⁶¹, entendiéndose por interés social, la suma de los intereses particulares de los socios⁶².

Por lo que se refiere al deber de información del administrador, que a la vez es un derecho del socio o accionista de la sociedad de capital, tiene que ser amplio, sin restricciones que puedan dar lugar a un ilícito, incluso penal, correspondiendo al socio, y no al administrador social, valorar la pertinencia u oportunidad de la información, enjuiciarla en definitiva⁶³.

Distinto del deber de información, es el deber de informarse que tiene el administrador, deber que constituye en sí mismo una concreción del deber de diligencia⁶⁴, pues para el correcto funcionamiento de la sociedad, el administrador deberá estar al día en los asuntos que a la entidad conciernan.

Del análisis legislativo y doctrinal de los demás deberes del administrador (discrecionalidad, prohibiciones, secreto, abstención), entendemos que no dejan de ser manifestaciones concretas del deber de lealtad que el administrador social tiene para con la sociedad de capital que gestiona y representa.

⁶⁰ Ribelles Arellano, J.M. (2004). Deberes y responsabilidad de administradores de sociedades. *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º 19, pág. 4. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2014/01/31/CD04019/5_PDF/CD0401906.pdf.

⁶¹ *Ibidem*, pág. 6.

⁶² Vid. Sentencia del T.S./CIV. de diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y uno.

⁶³ Sarazá Jimena, R. (2015). Jurisprudencia reciente en materia de derecho de información y el impacto de las novedades legislativas. *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 9, pp. 4 y 5. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2016/03/31/CF15009/5_PDF/CF1500901.pdf, en esta obra también se cita la siguiente jurisprudencia en la que nuestras afirmaciones se apoyan: Sentencias del T.S./CIV. n.º 858/2011, de treinta de noviembre del año dos mil once; 986/2011, de dieciséis de enero del año dos mil once; 741/2012, de trece de diciembre del año dos mil doce; y 531/2013, de diecinueve de septiembre del año dos mil trece.

⁶⁴ Díaz Echegaray, J.L. (2006). *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital* (pág. 123). Navarra: Aranzadi.

Como derechos legales y/o estatutarios de los administradores sociales, tenemos como el más relevante, el derecho a la remuneración. No obstante, dicha remuneración del cargo de constar expresamente en los estatutos sociales⁶⁵, pues a falta de pacto expreso y por escrito, el cargo de los administradores sociales es gratuito⁶⁶.

Sin embargo, este no es su único derecho, aunque el administrador social este sometido al régimen mercantil, goza de muchos de los derechos que la legislación laboral reconoce a los trabajadores por cuenta ajena, y que se examinarán posteriormente.

1.4.3. Competencias y responsabilidad

La citada competencia genérica de gestión y representación⁶⁷ de la sociedad de capital, no es la única que ostentan los administradores, junto a ella existen otras muchas más específicas.

Las competencias que ostenta el órgano de administración vienen dispersas a lo largo de todo el texto legislativo de la L.S.C., por lo tanto, debemos acudir a los preceptos concretos de la misma para su determinación.

La primera competencia que encontramos es la de modificación, traslado o supresión de la página web de la sociedad⁶⁸.

⁶⁵ Nuestro T.S./CIV. en Sentencia 412/2013 de dieciocho de junio declaró que: *La exigencia de que consten en los estatutos sociales el carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución, aunque también tutela el interés de los administradores, tiene por finalidad primordial potenciar la máxima información a los accionistas a fin de facilitar el control de la actuación de éstos en una materia especialmente sensible, dada la inicial contraposición entre los intereses particulares de los mismos en obtener la máxima retribución posible y los de la sociedad en minorar los gastos y de los accionistas en maximizar los beneficios repartibles.*

⁶⁶ Vid. art. 217 de la L.S.C., precepto que en sus apartados 2º, 3º y 4º, establece los conceptos retributivos y las bases del sistema de remuneración de los administradores.

⁶⁷ A esta competencia se refiere expresamente le art. 233 de la L.S.C.

⁶⁸ Ello es así salvo que los "estatutos sociales" dispongan otra cosa, Vid. art. 11 bis de la L.S.C. además, el art. 539 apartado 3º de la L.S.C. establece la competencia del consejo de administración para establecer el contenido de la información a facilitar en la página web, de conformidad con lo que establezca el "Ministerio de Economía y Hacienda" o, con su habilitación expresa, la "Comisión Nacional del Mercado de Valores".

Otra de las competencias del órgano de administración es la convocatoria de la "Junta General"⁶⁹, así lo ha venido consagrando nuestra jurisprudencia con carácter previo a la entrada en vigor de la actual L.S.C (Vid. entre otras, Sentencias del T.S./CIV. 713/1999, de veintinueve de julio del año mil novecientos noventa y nueve y 688/2009, de treinta de octubre del año dos mil nueve)⁷⁰.

Mientras que la Junta General, de socios o de accionistas, ostenta la competencia para cambiar el domicilio social al extranjero, dicha competencia, cuando se trata de cambiar el domicilio social en territorio nacional, que a menos de que se disponga otra cosa en los estatutos sociales, la ostenta el órgano de administración⁷¹.

Así mismo, el órgano de administración posee la competencia para acordar la emisión y la admisión a negociación de obligaciones, así como para el otorgamiento de garantías de la emisión de obligaciones⁷².

En referencia exclusiva a las sociedades de responsabilidad limitada, la llevanza y custodia del libro registro de los socios también es competencia del órgano de administración⁷³.

Por otra parte, para el consejo de administración, el art. 249 *bis* de la L.S.C., establece las facultades que no se pueden delegar, pudiendo entenderse que esas facultades son así mismas competencias del órgano de administración⁷⁴.

Por último, y sin perjuicio de la posible consideración de la existencia de otro tipo de competencias por otros autores, hemos de señalar que la competencia para determinar la retribución o remuneración de los consejeros del consejo de administración corresponde al mismo consejo de administración⁷⁵.

A los administradores les corresponde tanto la gestión, a nivel interno y externo, de la sociedad como la representación de esta en sus relaciones externas con otras sociedades u otros entes, entidades y organismos.

⁶⁹ Vid. art. 166 de la L.S.C.

⁷⁰ Pérez Benítez, *Op. Cit.*, pág. 26

⁷¹ Vid. art. 285 de la L.S.C.

⁷² Vid. art. 406 de la L.S.C.

⁷³ Vid. art. 105 de la L.S.C.

⁷⁴ El art. 249 *bis* de la L.S.C. regula las facultades indelegables.

⁷⁵ Vid. arts. 529 *septdecies* y 529 *octodecies* de la L.S.C.

Esta gestión y representación origina una serie de responsabilidades de ámbito societario, con incidencia tanto en el funcionamiento de la sociedad como en la actuación de la sociedad y sus socios frente a terceros.

Las responsabilidades de ámbito societario deben ser cumplidas conforme dispone la ley, su incumplimiento puede acarrear sanciones civiles y penales en los administradores en particular y en la sociedad en general, sin perjuicio de las acciones que corresponden a los socios para exigir responsabilidad a los administradores a través de las acciones “individual” y “social” de responsabilidad.

Las acciones de responsabilidad son ejercitables ante los juzgados de lo mercantil, que son juzgados civiles “especializados” por razón de la materia y, competentes, según el art. 86 ter de L.O.P.J, para conocer de las acciones que se interpongan contra los administradores de las sociedades mercantiles, así como de los procesos concursales, en los que también se prevé la responsabilidad del administrador, correspondiendo a la jurisdicción penal el conocimiento de los ilícitos penales que se cometan como consecuencia de la mala praxis de la actividad del administrador y el abuso de sus funciones.

La responsabilidad, de origen societario, puede surgir por la violación de los deberes que la ley impone, y la doctrina analiza, a los administradores, es decir, aquellos deberes consagrados en los arts. 225 a 232 y concordantes de la L.S.C.⁷⁶. Dicha responsabilidad viene consagrada en el art. 236⁷⁷ de la L.S.C., precepto que establece los presupuestos y extensión de la responsabilidad societaria del administrador.

De acuerdo con SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, para que se le pueda exigir responsabilidad al administrador social, no solo es necesario que haya producido un daño a la sociedad, por incumplimiento de los deberes legales y/o estatutarios, sino que es necesario que dicho daño haya sido

⁷⁶ Zurita Vicioso, J. M. (2015). La responsabilidad de los administradores. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* n.º 10, pág. 2. DOI: 10.25115/ridj.v4i10.1822.

⁷⁷ El art. 236 de la L.S.C. establece los presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad de los “administradores sociales”.

ocasionado por una acción u omisión, dolosa o culposa, claramente contraria o prohibida por la ley o los estatutos de la sociedad⁷⁸.

La responsabilidad societaria, es de naturaleza personal, es decir, que es exigible a cada administrador social individualmente considerado, y en el caso del consejo de administración, a todas las personas físicas que lo compongan⁷⁹.

Como manifiesta el T.S./CIV. (2006):

Los administradores responderán frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales de los daños producidos en el patrimonio social o en el individual por el incumplimiento de los deberes legales, siempre que medie relación de causalidad entre la conducta de los administradores y el daño⁸⁰.

Para exigir dicha responsabilidad, la L.S.C. regula las acciones individual y social de responsabilidad, acciones que pueden ser utilizadas por quien sufra el daño⁸¹.

La L.S.C. recoge un supuesto específico de responsabilidad societaria, la denominada doctrinalmente como “responsabilidad por deudas sociales”⁸², esta responsabilidad surge o puede surgir siempre de que se cumplan los requisitos legales y jurisprudenciales.

El magistrado, VELA TORRES, nos dice que para que pueda surgir esa responsabilidad debe concurrir alguna de las causas de disolución recogidas

⁷⁸ Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Navarra: Aranzadi, pp. 528 y ss.

⁷⁹ Torres Gosálbez, L. y Sánchez Icart, F.J. (1999) La responsabilidad de los administradores y socios de las sociedades de capital desde la perspectiva laboral. *Revista del Poder Judicial*, n.º 53, pág. 407. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/EVER/Docs/PJPUBLICACIONES/00/0000/00004775/PJ9905312_1.0.0.pdf.

⁸⁰ Vid., entre otras, Sentencias del T.S./CIV. de nueve de marzo, de veintidós de marzo, de veintiocho de abril, de veintitrés de mayo y de veintiséis de mayo todas ellas del año dos mil seis.

⁸¹ La “acción individual de responsabilidad” viene recogida en el art. 241 de la L.S.C.

⁸² Esta responsabilidad viene recogida en el art. 367 de la L.S.C., precepto que ha sido modificado por la D.A. 7ª. de la reforma concursal de 2022, recibiendo ahora el título de “Responsabilidad solidaria por deudas sociales” con un contenido más precisado que parece recoger las referencias doctrinales y jurisprudenciales que se han ido vertiendo sobre la materia.

expresamente en el art. 363.1⁹⁸³ de la L.S.C. Pero además de concurrir alguna de las mencionadas causas de disolución, debe igualmente producirse la omisión, por parte de los mismos administradores sociales, de la obligación de convocatoria de la Junta para decidir sobre la disolución o de la eliminación de sus causas, o de la solicitud de concurso de acreedores, o la disolución vía judicial y además, que hayan pasado más de dos meses desde la concurrencia de la causa de la disolución o desde la fecha de la Junta General contraria a la disolución y que dicha omisión pueda ser atribuible o imputable al administrador social de la sociedad por llevar a cabo una conducta pasiva⁸⁴. También se exige por el T.S./CIV. la falta de causa justificadora de la omisión⁸⁵.

No obstante lo anterior, debido a la situación de “crisis sanitaria y económica” originada por la pandemia del coronavirus, el Gobierno de la Nación de España dictó una serie de normas que alteraban temporalmente las reglas anteriores, recogidas en el Real Decreto ley (en adelante, R.D-ley.) 16/2020, de veintiocho de abril del año dos mil veinte (Norma derogada, con efectos de 20 de septiembre de 2020 por la Disposición Derogatoria única.1º de la Ley 3/2020 de 18 de septiembre), que consagra una serie de medidas de carácter procesal y de ámbito organizativo para paliar los efectos del virus causante de la pandemia en la Administración de Justicia, contribuyendo de esta manera en la lucha contra el coronavirus, otorgando a los justiciables, a sus operadores e intervinientes unas normas especiales temporales justificadas por la situación sobrevenida que altera o quiebra las reglas normales del juego.

En concreto, el art. 18 del citado R.D-ley., precepto dirigido a paliar las consecuencias del coronavirus en las entidades mercantiles y societarias, recogía la facultad, no vigente actualmente, consistente en que se pudiera efectuar una

⁸³ Dicho precepto legal recoge las causas genéricas de “disolución de las sociedades de capital”, pero no son las únicas, ya que, también se prevé la “disolución de pleno derecho”, por apertura del concurso de acreedores, por concurrencia de causa estatutaria o por mero acuerdo de la Junta General, Vid. arts. 360, 361, 362, 363 y 364 de la L.S.C.

⁸⁴ Vela Torres, P.J. (2015). La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles de capital por deudas sociales y algo sobre la responsabilidad concursal. *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 9, pág. 2. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2016/03/31/CF15009/5_PDF/CF1500902.pdf.

⁸⁵ *Ibidem*, SSTS 942/2011, de veintinueve de diciembre, y 395/2012, de dieciocho de junio.

suspensión de la causa de disolución por pérdidas sin que se tuvieran en cuenta los resultados económicos negativos del año dos mil veinte al amparo de la aplicación 363.1 e) de la L.S.C., a *contrario sensu*, en el supuesto de que ocurrieren resultados económicos negativos para el ejercicio del año dos mil veintiuno que dejaran disminuido el patrimonio neto a una cuantía por debajo de la mitad inferior del capital social, habrá que acudir a la aplicación normal o habitual de la norma para estos supuestos conforme a lo dispuesto en el art. 365 L.S.C.⁸⁶, salvo que se recurra a la posibilidad de acudir a la técnica societaria consistente en efectuar aumentos o disminuciones de capital adecuados a la situación en que se encontrase la sociedad, sin que lo expuesto pudiese afectar en modo alguno a la obligación societaria y concursal de solicitar el concurso de acreedores al amparo de lo dispuesto en el mencionado R.D-ley⁸⁷.

Por lo tanto, el art. 18 de dicha norma con rango legal, de legislación de urgencia, deja en suspenso la causa de disolución por resultados económicos negativos o pérdidas generadas en el ejercicio 2020 al cierre del ejercicio 2021, con lo que se permite a las sociedades ganar tiempo y compensar las pérdidas provocadas por la crisis sanitaria con los beneficios que se puedan obtener en el ejercicio siguiente o mediante los mecanismos legales establecidos para lograr el equilibrio patrimonial, sin verse obligadas a promover su disolución⁸⁸. Por lo que

⁸⁶ Tras la reforma concursal de 2022 (disposición final séptima), se excluye este deber de convocatoria en el supuesto de que se hubiera solicitado en debida forma la “declaración de concurso” de la sociedad o “comunicado al juzgado competente” que se encuentra la sociedad en un trámite de negociación con los “acreedores” para alcanzar un plan de reestructuración.

⁸⁷ Norma derogada, con efectos de veinte de septiembre de dos mil veinte por la Disposición Derogatoria única. 1º de la Ley 3/2020 de dieciocho de septiembre.

⁸⁸ Según nos comentó nuestro compañero, Raúl Nicolás García Orejudo, magistrado especialista de lo mercantil, en una reunión que mantuvieron los jueces de lo mercantil de Barcelona, se acordó que: *Si la causa de disolución por pérdidas del ejercicio 2020 queda en suspenso hasta el 31 de diciembre de 2021, la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento del deber legal de promover la disolución sólo nacerá si, de persistir la situación de un patrimonio neto inferior al capital social al cierre del ejercicio 2021, estos, dentro de los dos meses siguientes, (i) no convocan junta para proceder a la disolución de capital o (ii) para acordar que se aumente o disminuya el capital social en la cuantía necesaria para que se supere la causa de disolución, o, en su caso, (iii) soliciten la declaración de concurso. No es necesario que se formulen y se aprueben las cuentas anuales del ejercicio 2021 para iniciar del cómputo de dos meses del art. 367 de la LSC.*

se refiere a la responsabilidad concursal, el administrador social, al ostentar la competencia, tiene el deber u obligación de adoptar la decisión de solicitar el concurso de acreedores cuando la sociedad de capital a la que pertenezca se encuentre en un estado de insolvencia, actual o inminente, en el plazo de 2 meses desde que tenga conocimiento de dicho estado de insolvencia⁸⁹.

El incumplimiento de esta obligación, por parte del administrador social, puede dar lugar a la calificación del concurso como culpable, pudiendo ser sancionado como responsable directo o como cómplice⁹⁰.

En todo caso, la calificación del concurso como culpable puede tener como consecuencia que el administrador social sea inhabilitado para la administración (y disposición) de bienes ajenos y para ostentar la representación de cualquier persona, física o jurídica, en un plazo de 2 a 15 años, así como la pérdida de todo D.º que tuviera como acreedor de la sociedad de capital o contra la masa y tener que indemnizar los daños y perjuicios causados, además, puede ser condenado a pagar el déficit concursal, es decir, las deudas contraídas por la sociedad de capital que no hayan podido ser satisfechas, sin embargo, y como consecuencia de la reforma concursal de 2022, en el caso de que se estime el concurso como culpable o el incumplimiento culpable del convenio, no se le condenará en costas en el caso de que fuera declarado culpable directo o cómplice (ex arts. 455⁹¹ y 456⁹² de la L.C.).

Sin embargo, para esta responsabilidad concursal, que tiene como consecuencia la inhabilitación y la posible imputación del déficit concursal, debido a la grave situación originada por la pandemia del coronavirus, el Gobierno de la Nación de España también dictó una norma especial que suspendía el deber u la obligación legal de efectuar la solicitud de concurso de acreedores y, por lo tanto, de la responsabilidad que se podía originar por la falta de solicitud.

Las anteriores excepciones de carácter temporal venían recogidas en el art. 11 del citado R.D-ley. 16/2020, de veintiocho de abril de dos mil veinte, disponiéndose que hasta el pasado treinta y uno de diciembre de del año dos mil veinte quien se

⁸⁹ Vid. art. 5. 1º en concordancia con el art. 3. 1º de la L.C. 1/2020.

⁹⁰ Vid. arts. 441, 442, 444 y 445 L.C.

⁹¹ Vid. art. 455 de la L.C. bajo la rúbrica de "Sentencia de calificación".

⁹² El art. 456 de la L.C. regula la cuestión relativa a la condena a la cobertura del déficit en que puede incurrir el administrador como persona especialmente relacionada con el concursado.

encontrara en estado de insolvencia (en lo que a nuestra Tesis interesa, sociedad de capital) estaba exento de efectuar la solicitud legal de ejecución colectiva, independientemente de que se hubiese puesto en conocimiento del Juez de lo mercantil en sede concursal (entiéndase el que resulte competente conforme a las reglas de competencia territorial) el inicio de medidas (tales como inicio de conversaciones para lograr la refinanciación, pactos no judiciales de pagos o adhesiones a propuesta anticipada de convenio) para paliar la grave situación económica que padece y, hasta el treinta y uno de diciembre de del año dos mil veinte, los magistrados de lo mercantil en sede concursal que ostenten la competencia no tramitarán las solicitudes ejecución colectiva o universal de carácter necesario que se hubiesen interpuesto desde la proclamación del estado de alarma constitucional⁹³.

En el supuesto de que la sociedad de capital en situación de insolvencia o grave situación económica hubiera presentado una solicitud de concurso voluntario antes del treinta y uno de diciembre de del año dos mil veinte, se igualmente establece la obligación del Juzgado de lo Mercantil en sede concursal de admitirla a trámite, independientemente de que fuera de fecha más avanzada a la solicitud de carácter necesario.

No obstante lo dispuesto, y pese al carácter flexible de la norma para atender o paliar las graves consecuencias del coronavirus sobre las entidades societarias, lo cierto es que la norma no efectúa una aplicación retroactiva en el sentido de que se remite a la regulación general y normal dispuesta por la ley en el supuesto de que antes del treinta de septiembre de dos mil veinte ya se hubiesen iniciado los trámites para adherirse a una propuesta anticipada de convenio, llegar a pactos de refinanciación o no judiciales de pagos⁹⁴.

Por lo tanto, cualquier deudor en situación de insolvencia, hubiera o no presentado la comunicación del art. 5 *bis* de la derogada L.C., la cual regía en aquel momento hasta el 1 de septiembre de 2020, y se haya presentado esta antes o después del 14 de marzo de 2020, no está obligado a solicitar el concurso hasta el

⁹³ Estado de alarma “constitucional” que fue declarado inconstitucional por el T.C. en Sentencia 183/2021 de veintisiete de octubre del año dos mil veinte uno que resuelve en recurso de inconstitucionalidad 5342-2020.

⁹⁴ Norma derogada, con efectos de veinte de septiembre de dos mil veinte, por la Disposición Derogatoria única. 1º de la Ley 3/2020 de dieciocho de septiembre.

31 de diciembre de 2020, aunque no haya resultado directamente afectado por la crisis sanitaria y el estado de alarma. Tampoco responderá de las consecuencias que la Ley Concursal liga con la falta de presentación del concurso, como la demora en la solicitud o la responsabilidad por el déficit concursal, aunque se haya agravado la insolvencia durante el ejercicio 2020⁹⁵.

También pueden los administradores societarios incurrir en responsabilidad penal, ya vimos que se tipifican expresamente en algunos delitos societarios la figura del administrador, de hecho, o de derecho, no obstante, existen otros delitos que el administrador puede cometer en el ejercicio de su actividad y a los que no se refieren expresamente los arts. 290 a 297 del C.P. de 1995.

De acuerdo con los arts. 31 *bis* (este precepto establece tanto los supuestos de imputación penal⁹⁶ a las personas jurídicas como los supuestos de exoneración de la responsabilidad de tales entidades, refiriéndose a los requisitos que deben cumplir los *compliance guides*⁹⁷) y 31 *ter*⁹⁸ del citado cuerpo legal penal, tales otros delitos no societarios serán de los delitos imputables a las personas jurídicas y que hayan sido cometidos por la actividad del administrador social, o en su caso, imputables directamente al administrador social bajo “la actuación a nombre de otro” a la que se refiere el art. 31 del C.P.⁹⁹, tales delitos no societarios son los delitos de “apropiación indebida”, “administración desleal”, “frustración de la ejecución”, “insolvencias punibles”, “publicidad engañosa”, “facturación fraudulenta”, “estafa de inversores”, “manipulación de los precios del mercado”, “uso de información privilegiada en el mercado de valores”, “corrupción entre particulares”,

⁹⁵ Según nos comentó nuestro compañero, Raúl Nicolás García Orejudo, magistrado especialista de lo mercantil, en una reunión que mantuvieron los jueces de lo mercantil de Barcelona, se acordó que: *El deudor que ya hubiera incumplido claramente el deber legal de solicitar el concurso al tiempo de declararse el estado de alarma no queda eximido de su obligación de instar el concurso ni queda exonerado de responsabilidad como efecto de esa declaración.*

⁹⁶ Este precepto legal establece los supuestos de imputación penal de las sociedades y su exoneración a través de un amplio elenco de supuestos y diversa casuística.

⁹⁷ Los modelos de organización y gestión mencionados en la condición 1.a del apartado 2 y el apartado anterior deben cumplir con las siguientes especificaciones que expresamente se establecen

⁹⁸ Para una mayor comprensión, Vid. el art. 31 *ter* del C.P.

⁹⁹ La actuación en nombre de otro viene regulada en el art. 31 del C.P. y hace referencia directa a la actuación del administrador.

“corrupción en actividades económicas internacionales”¹⁰⁰, “delito fiscal”, “fraudes de subvenciones y contra la Seguridad Social”, “delito contable tributario”¹⁰¹, “delitos contra los derechos de los trabajadores”¹⁰², “delito urbanístico”, “delitos ambientales”¹⁰³ y entre otras más, los “delitos de falsedades documentales”¹⁰⁴.

Como dice, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, el administrador societario puede incurrir en los ilícitos penales no solo por acción, sino también por omisión¹⁰⁵. En cuanto a los delitos societarios, en los que se prevé la imposición de una pena de multa o de prisión, son los relativos a la “falsedad contable y/o documental”, “imposición de acuerdos abusivos”, “imposición de acuerdos lesivos”, “negación de derechos societarios” y “obstaculización o negación de las labores de

¹⁰⁰ Los delitos citados hasta este momento forman parte del Título XIII del Libro II del C.P., es decir, “de los delitos contra el orden de carácter patrimonial y socioeconómico”, arts. 234 y ss.

¹⁰¹ Estos delitos que les siguen a los del “patrimonio y el orden socioeconómico”, vienen regulados en el Título XIV del Libro II del C.P., es decir, son “delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social”, arts. 305 y ss.

¹⁰² Bajo esta denominación se incluyen una pluralidad de delitos cuyo sujeto pasivo común, son los derechos de los trabajadores, el C.P. dedica a estos delitos su Título XV del Libro II, arts. 311 y ss.

¹⁰³ Los delitos urbanísticos y ambientales vienen ubicados en el Título XVI del Libro II del C.P., es decir, dentro de los delitos relativos a la “ordenación”, arts. 319 y ss.

¹⁰⁴ Estos delitos de falsedades documentales vienen regulados en el Título XVIII del Libro II del C.P., que lleva la rúbrica de falsedades y comprende los arts. 386 y ss. Sin embargo, pese la enumeración de todos los delitos anteriores, en esta obra no vamos a estudiar tales delitos, dada su extensión, debiendo centrarnos, única y brevemente, en los delitos societarios. No obstante, sí que conviene dejar constancia de los criterios de imputación penal de las personas jurídicas y del administrador social que como persona física puede cometer el ilícito penal atribuible a la persona jurídica, así como de los *compliance guides* que pueden dar lugar a atenuación o exención de responsabilidad, para ello debemos acudir a lo establecido en los arts. 31 *bis* y 31 *ter* del C.P.

¹⁰⁵ En concreto, Gutiérrez Rodríguez, estudia la jurisprudencia del T.S./PEN. sobre esta materia (Sentencias n.º 234/2010 de once de marzo y n.º 1193/2010 de veinticuatro de febrero de dos mil diez, que en resumen establecen el deber de garante, seguridad o supervisión que incumbe a quienes tienen una determinada autoridad y posibilidad de vigilancia sobre otras personas dentro de una organización. Vid. Gutiérrez Rodríguez, M. (2016). La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. En E. Beltrán, A.B. Campuzano y Á. Rojo (Eds.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (pp. 14 y 15). Valencia: Tirant Lo Blanch.

supervisión” recogidos respectivamente en los arts. 290¹⁰⁶, 291¹⁰⁷, 292¹⁰⁸, 293¹⁰⁹ y 294¹¹⁰ del C.P.

En todos los delitos societarios, se establece el requisito de la previa denuncia para su persecución, tratándose pues de una especie de delitos semipúblicos o semiprivados, aunque se convierte en un delito público cuando el ofendido sea un menor de edad o una persona con alguna minusvalía o el delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas (ex art. 296 del C.P.), previéndose en alguno de ellos (falsedad contable y/o documental, imposición de acuerdos abusivos, negación de derechos societarios y obstaculización o negación de las labores de supervisión) como “sujeto activo del delito” a los administradores sociales, de hecho y de derecho, y como dice el juez GARCÍA VIDALES, del delito de falsedad contable y/o documental, tipificado en el art. 290 del C.P., únicamente puede ser sujeto activo el administrador social¹¹¹, ya que, como hemos examinado anteriormente, el órgano de administración es el que ostenta las competencias relativas a la formulación de las cuentas anuales y los demás documentos contables.

¹⁰⁶ Vid. el art. 290 del C.P. relativo a la punición sobre falsedad contable.

¹⁰⁷ Vid. el art. 291 del C.P. a propósito de la punición a los acuerdos abusivos.

¹⁰⁸ Vid. el art. 292 del C.P. sobre el castigo penal de los acuerdos de carácter lesivo.

¹⁰⁹ Este precepto legal dispone en resumidas cuentas que los administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, que sin amparo en una norma legal negaron o impidieron a un socio el ejercicio de los D.ºs de información, participación en la gestión o control de la actividad social o suscripción preferente de acciones reconocidas por las leyes serán castigados por el juez de lo penal competente, al tratarse de un delito menos grave, con una multa de seis a doce meses tras sustanciarse el correspondiente procedimiento penal abreviado.

¹¹⁰ Vid. art. 294 del C.P. sobre obstrucción como constitutiva de responsabilidad penal.

¹¹¹ García Vidales, C. (2021). Falsedad contable societaria y auto encubrimiento impune: una delimitación jurisprudencial. *Noticias Jurídicas*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15990-falsedad-contable-societaria-y-autoencubrimiento-impune:-una-delimitacion-jurisprudencial/>. Por otra parte, de esta obra, en lo que a nuestra Tesis interesa, acogemos la jurisprudencia que cita del T.S./PEN.: *Este delito de falsedad contable tiene como finalidad la protección de los intereses superiores del tráfico económico-financiero, así como la transparencia externa de la administración social* (Sentencia de diecinueve de febrero de dos mil trece) y dentro del concepto otros documentos se incluyen *el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado y las cuentas y el informe de gestión consolidados* (Sentencia de veintiuno de marzo de dos mil diecinueve). Cito de García Vidales, C., *Op. Cit.*

Debe añadirse que, en el ejercicio de su actividad, el administrador social también puede incurrir en responsabilidades de otra índole, como la responsabilidad administrativa o con la Administración Pública, por ilícitos fiscales, tributarios o con la Seguridad Social, que no lleguen a constituir delito. Sin embargo, esta materia no será desarrollada en la presente obra, pues nosotros nos circunscribiremos a los ámbitos puramente jurisdiccionales.

1.4.4. Régimen de la Seguridad Social

En primer lugar, debemos brevemente explicar que es el “sistema de la Seguridad Social” y explicar qué regímenes en ella existen. La Seguridad Social es un sistema de carácter público establecido en nuestro país que comprende un conjunto de regímenes, general y especiales¹¹² (con posibilidad de creación de sistemas especiales dentro de cada régimen¹¹³) a través de los cuales el Estado español proporciona las prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad a los sujetos ubicados en su ámbito de aplicación, ya sea por llevar a cabo una actividad profesional y por reunir los requisitos legalmente exigibles de nacionalidad y residencia, cuando se trata de la modalidad contributiva, o solamente de nacionalidad y residencia así como ausencia de rentas o ingresos, en su modalidad no contributiva¹¹⁴, otorgando protección adecuada en las

¹¹² Dentro de los regímenes especiales se encuentran los de trabajadores por cuenta propia, minería y del carbón, del mar, de estudiantes y de funcionarios.

¹¹³ En este sentido, deben reseñarse los sistemas especiales del Régimen General de la industria resinera, de empaquetado de tomate fresco destinado a su exportación, de agrícolas por cuenta ajena, de empleados de hogar por cuenta ajena, de frutas, verduras e industria de conservas vegetales, de fijo discontinuos en salas de baile, fiestas, discoteca etc. o de opinión pública y mercado etc. y el sistema especial de agrícolas por cuenta propia del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia.

¹¹⁴ Para determinar qué requisitos se deben reunir para acceder a cada modalidad de protección social debe acudir al art. 7 del T.R. de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, L.G.S.S.) aprobado R.D.Lg. 8/2015, de treinta de octubre de dos mil quince. B.O.E. n.º 261, de treinta y uno de octubre de dos mil quince, pp. 103291 a 103519. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>, si bien ello se entiende sin perjuicio de los concretos requisitos específicos que son requeridos por cada prestación concreta para acceder a la misma.

contingencias y situaciones que la ley prevé¹¹⁵, cumpliendo así con el mandato que consagra el art. 41 de nuestra Carta Magna que consagra el denominado modelo constitucional de Seguridad Social¹¹⁶.

PÉREZ Y SOTO DOMÍNGUEZ, así como, CALDERÓN OSSA (2012, p.80) entienden que la Seguridad Social:

Es una institución legal, reglamentada especialmente para proteger los llamados derechos fundamentales, entre los que se encuentran: la vida, salud e integridad de todos los ciudadanos. Se llama Seguridad Social debido a que desde el plano normativo, tiene la pretensión de brindar seguridad a toda la población, desde la provisión de estos llamados “servicios elementales” sin distinciones basadas en raza, edad, sexo o condición socioeconómica; y es integral porque abarca un grupo de protecciones especiales para los trabajadores y sus familias; igualmente quienes se encuentren en condición de vulnerabilidad, también pueden beneficiarse de la Seguridad Social pues es un servicio público de obligatorio cumplimiento a cargo del Estado¹¹⁷.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social se incluye a los administradores sociales de las sociedades de capital en sus múltiples modalidades¹¹⁸, si bien es de reseñar que se incluyen bajo la noción, no de trabajadores por cuenta ajena, sino como de asimilados a trabajadores por cuenta

¹¹⁵ Esta definición ha sido configurada tomando como base la web oficial de la Seguridad Social del Gobierno de la Nación de España. Recuperado el 25/02/2024 de <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/Afiliacion/30348#:~:text=El%20Sistema%20de%20la%20Seguridad%20Social%20es%20un%20conjunto%20de,los%20familiares%20o%20asimilados%20que>.

¹¹⁶ No obstante, es de reseñar que este precepto también contiene la posibilidad de otorgar una Seguridad Social complementaria a través de mejoras voluntarias, pero ni las mismas tienen el carácter obligatorio de las prestaciones básicas para el Estado ni se rigen por las normas por las que las básicas se estatuyen, siendo la norma de implementación de la mejora la que determine su régimen jurídico.

¹¹⁷ Pérez y Soto Domínguez, A. y Calderón Ossa, Y.A. (2012). El concepto de Seguridad Social: una aproximación a su alcance y límites. *Justitia n.º 10*, pág. 80. Recuperado el 02/03/2024 de https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiItbT25u3uAhUvD2MBHQ_jCgIQFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fdi. alnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2494101.pdf&usg=AOvVaw07cthaPH0Qgpo uyFc_DiOG.

¹¹⁸ La L.G.S.S. establece en su art. 136 la extensión del Régimen General, que es el que en estos momentos importa, ya que incluye a los administradores societarios.

ajena, por lo que la norma que dispone dicha asimilación establece unas características especiales que difieren de las generales del Régimen General.

Cuestión distinta, por tanto, del régimen o relación jurídica aplicable, es el tema relativo a la Seguridad Social. Sin perjuicio del régimen previsto para los socios-administradores que ostenten el 50% o más de las acciones o participaciones en el capital social a los que se les aplica la legislación de trabajadores autónomos, el T.S./SOC. declaró que:

Se califica como relación laboral común y se reconoce el D.º a percibir la prestación por desempleo, a quien siendo administrador único y no percibiendo retribución por tal condición, realiza tareas de encargado en una sociedad laboral y ostentaba una participación en ella del 33% que vendió antes de ser nombrado administrador¹¹⁹.

1.5. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA COMO MECANISMO DE COOPERACIÓN INTER EMPRESARIAL

Por descentralización productiva debemos entender todo tipo de situación, jurídico-empresarial, a través de la cual una empresa, que podemos denominar como “principal”, consigue sus metas u objetivos relacionados con la producción, de obras o servicios, no utilizando únicamente los trabajadores de su plantilla sino mediante una unión o conjunción de aportaciones parciales, llevadas a cabo tanto por la misma empresa “principal” como por empresas “auxiliares” o “accesorias”, así como por colaboradores externos a las mismas¹²⁰.

Existen múltiples modalidades de descentralización productiva, en esta sede serán estudiados, con breves pinceladas, los siguientes contratos mercantiles: A) Franquicia; B) *Factoring*; C) *Merchandising*; D) *Facilities management*; E) Logística; y F) Sociedad de cuentas en participación (aunque existen otros tantos contratos, como el contrato de suministro de informática), correspondiendo el examen de las modalidades de colaboración inter empresarial de carácter laboral al Cap. VI de la presente Tesis.

Todas estas manifestaciones de descentralización productiva tienen en común constituir mecanismos de cooperación interempresarial, necesarios para

¹¹⁹ Sentencia del T.S./SOC. de cinco de marzo de dos mil trece, recaída en R.º 932/2012.

¹²⁰ Vid. López Balaguer, M. (2018). *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

ocupar un determinado sector del comercio y sobrevivir en el tráfico jurídico empresarial, así como, para que los trabajadores puedan obtener una mayor capacidad laboral al poder ser empleados en diversas empresas de las características que vamos a analizar.

A) *Franquicia*

Con la franquicia ocurre algo similar a lo examinado en las anteriores formas de descentralización productiva, la empresa principal o “matriz” conserva lo más valioso para el tráfico jurídico y que puede controlar mediante su registro oficial, esto es, la marca, logo, nombre comercial, conocimiento, tecnología o como se conoce en el mundillo empresarial el *know-how*, el/la cual ceden a una persona, física o jurídica, que se encarga de comercializar el producto o servicio temporalmente de la misma forma que la compañía matriz, mediante la explotación del mismo¹²¹.

Nos encontramos ante un contrato de carácter mercantil, consensual, semiformal, bilateral-sinalagmático, oneroso, de tracto sucesivo y de cooperación, el cual a pesar de su amplia utilización carece de una regulación completa en la legislación mercantil, la cual se limita a regular la figura de forma parcial¹²².

Tal regulación viene contenida tanto en el art. 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista¹²³ como en el R.D. 201/2010 que lo desarrolla¹²⁴. En todo caso, existen diversas modalidades de franquicias, tales como las de comercialización, distribución, de servicios o de empresa cuyo examen no vamos a efectuar por innecesario¹²⁵.

Sin entrar en más detalles sobre esta figura jurídica, la cual reiteramos sirve como vía de viabilidad empresarial al ocupar un sector concreto del tráfico jurídico,

¹²¹ Vid. Arce Gargollo, J. (1995). *El Contrato de Franquicia*. México: Themis, pág. 34.

¹²² Vid. Carrasco, P. (2005). *El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos jurídicos y económicos* (Tesis Doctoral). Universidad Internacional SEK de Quito.

¹²³ B.O.E. n.º 15, de diecisiete de enero de mil novecientos noventa y seis, pp. 1243 a 1254. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072>.

¹²⁴ B.O.E. n.º 63, de trece de marzo de dos mil diez, pp. 25037 a 25046. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/eli/es/rd/2010/02/26/201>.

¹²⁵ Para un estudio completo del contrato de franquicia puede acudirse a la obra de Lázaro Sánchez, E.J. (2000). *El contrato de franquicia (aspectos básicos)*. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.º 18, pp. 91-116.

lo más importante de la franquicia, a efectos de esta Tesis, es el amplio abanico de trabajadores que pueden ser ocupados bajo esta forma jurídica, bástese en pensar en grandes franquicias como Mc Donald o Burger King, entre otras.

B) *Factoring*

El contrato de *factoring* es un contrato de carácter mercantil (pues se utiliza en el tráfico jurídico mercantil, constituyendo una de las partes una sociedad y la otra un comerciante)¹²⁶, consensual (en cuanto que se “perfecciona” por el mero consentimiento), y sinalagmático (ya que existen derechos y deberes para ambas partes) que regula una actividad de cooperación empresarial consistente en que una de las partes intervinientes entrega a la otra su documentación sobre cobro para que esta lo gestione¹²⁷.

Existen diversas modalidades de *factoring*, aunque todas ellas son atípicas, siendo aplicable lo pactado por las partes, y en último lugar los arts. del C.Co. sobre el contrato de comisión¹²⁸. No obstante, lo anterior, existen diversas normativas, sobre todo fiscales, que hacen referencia o regulan de alguna manera el *factoring*.

Sin embargo, no merece invertir más tiempo en el estudio de esta figura jurídica, dado el objeto de nuestra Tesis, ya que se trata de una modalidad pura de cooperación empresarial sin que aparentemente intervengan trabajadores por cuenta ajena en la ecuación, sin perjuicio de los trabajadores que presten su actividad laboral para la sociedad o el comerciante, por lo que indirectamente, puede decirse que los trabajadores podrían verse beneficiados por la existencia de diversas modalidades de cooperación interempresarial, pues sin empresa no hay trabajadores.

C) *Merchandising*

Por *merchandising* o *personality merchandising* debe entenderse aquel contrato mercantil de origen anglosajón¹²⁹ que básicamente consiste en servirse de la imagen

¹²⁶ Vid. Art. 2 del C.Co. de 1885.

¹²⁷ Vid. Sánchez García, M. (2016). Aspectos generales del factoring nacional e internacional. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. n.º 11, n.º 1, pp. 153-172; en relación con la Sentencia del T.S./CIV. de veinte de marzo de mil novecientos ochenta y cinco.

¹²⁸ Vid. arts. 244 y ss.

¹²⁹ Martín Muñoz, A.J. (1996). *El contrato de merchandising* (Tesis Doctoral). Universidad Pontificia de Comillas.

de una persona, natural o jurídica, para individualizar o distinguir los bienes o servicios de un empresario¹³⁰.

Aunque las personas que intervienen en la publicidad, como por ejemplo los deportistas, actores o cantantes, están sometidos a una relación de carácter laboral, lo cierto es que en este contrato actúan como una sociedad¹³¹.

Suele decirse que estamos ante un contrato atípico por carecer de una regulación específica, aunque puede (y debe) acudir a diversa normativa legal para entender sus reglas, tales como la Ley de Publicidad 34/1988¹³², la Ley de Marcas 17/2001¹³³ o la Ley de Competencia Desleal 3/1991¹³⁴.

En este caso, aunque estemos ante un contrato con “tintes” mercantiles, no puede obviarse que se está empleando a un trabajador, por lo que considero que estamos ante un contrato mercantil-laboral, el cual cumple con los objetivos de colaboración empresarial y protección de los trabajadores.

D) *Facilities management*

Este contrato, de carácter mercantil si se contrata con otra empresa, pero con contenido laboral en cuanto que intervendrán necesariamente trabajadores, se puede conceptuar como aquél dirigido a mantener y desarrollar los servicios que se hayan acordado para apoyar y mejorar la calidad y efectividad de las actividades principales de la organización de que se trate¹³⁵.

¹³⁰ Franquet Sugrañes, M.T. (2003). *El contrato de licencia de personality merchandising* (Tesis Doctoral). Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.

¹³¹ Vid. Pedreira Menéndez, J. (2001). La tributación de los derechos de imagen de los deportistas vinculados por relaciones laborales. *Revista de contabilidad y tributación* n.º 214, pp. 3 y ss.

¹³² B.O.E. n.º 274, de quince de noviembre de mil novecientos ochenta y ocho, pp. 32464 a 32467. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>.

¹³³ B.O.E. n.º 294, de ocho de diciembre de dos mil uno, pp. 45579 a 45603. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2001-23093>.

¹³⁴ B.O.E. n.º 10, de once de enero de mil novecientos noventa y uno, pp. 959 a 962. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>.

¹³⁵ Definición dada por la Asociación Internacional de *Facility Management* en su web oficial. Recuperado el 25/02/2024 de <https://www.ifma.org/about/what-is-facility-management/>.

El *facilities management* tiene múltiples modalidades, cada una de las cuales se somete a una regulación específica, dependiendo de la disciplina en la que se use¹³⁶.

E) *Logística*

La logística, contrato de carácter mercantil, consiste en planificar, efectuar y supervisar las materias primas, bienes ya acabados, así como todo tipo de servicios y la información relacionada con las materias, bienes y servicios mencionados, desde que se crea hasta que se comercializa, todo ello para captar y mantener la clientela¹³⁷.

El contrato mercantil del que se trata en esta sede es un contrato atípico en nuestro Derecho, aunque existe diversa normativa que lo regula dependiendo, como en el caso de *facilities management*, de la modalidad de que se trate¹³⁸.

Claramente nos encontramos ante un contrato de carácter mercantil, ello no obstante en el proceso productivo de las materias, bienes y servicios, intervendrá personal laboral.

F) *Sociedad de cuentas en participación*

La sociedad de cuentas en participación constituye una forma clásica de colaboración interempresarial a través de la cual personas, naturales o jurídicas, se unen o colaboran para explotar una actividad económica, pero sin constituir una

¹³⁶ A título meramente ejemplificativo en el caso de mantenimiento de la edificación es aplicable, fundamentalmente, la Ley 38/1999, de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, de Ordenación de la Edificación. Boletín Oficial del Estado n.º 266, de seis de noviembre de mil novecientos noventa y nueve, pp. 38925 a 38934. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1999-21567>, con sus oportunas adaptaciones a las personas con discapacidad, así como otra normativa como el Código técnico de la Edificación de 2006 y numerosos reglamentos en la materia.

¹³⁷ Vid. Juan y Mateu, F. (2009). *Los contratos de logística*. Madrid: Marcial Pons, pág. 15; otras definiciones adoptadas desde diversos puntos de vista disciplinares pueden encontrarse en De la Vega García, F. (2006). *Contratos de prestación de servicios logísticos. Delimitación, contenido y estructura típica*. Madrid: Civitas, pp. 23 y ss.

¹³⁸ Si acudimos a la modalidad de transporte terrestre de mercancías, el contrato de logística viene acogido legalmente por la Ley 15/2009, de once de noviembre de dos mil nueve, del contrato de transporte terrestre de mercancías. B.O.E. n.º 273, de doce de noviembre de dos mil nueve, pp. 94903 a 94930. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-18004>.

sociedad en puridad, con el objetivo de repartir ganancias o pérdidas en función de la cuota de participación de cada uno, teniendo como función la de ser un instrumento de financiación cuando se quiere limitar la responsabilidad¹³⁹.

Su regulación viene contenida en los arts. 239 a 243 del C.Co. de 1885¹⁴⁰.

Lo que haya aportado cada una de las personas físicas o jurídicas pasa a ser propiedad del gestor, excepto en el caso de que la aportación se efectúe meramente para su uso, estando obligado el gestor a rendir cuentas y entregar a cada partícipe lo que le corresponda según su cuota de participación¹⁴¹.

Nuestra jurisprudencia menor ha declarado en reiteradas ocasiones que estamos ante una figura con sustantividad propia y que no constituye grupo de empresas¹⁴².

Realmente, en esta figura mercantil, aunque necesaria para completar las posibilidades legales de cooperación interempresarial o fenómeno de descentralización productiva, no se aprecia la existencia de trabajadores como tal al servicio de una empresa, aunque puede suceder que el partícipe tenga trabajadores a su disposición, pudiendo igualmente considerarse como trabajador al gestor de los bienes aportados.

¹³⁹ Vid. Paz-Ares Rodríguez, J. C. (2006). Curso de derecho mercantil. En Aparicio González, M.L. (coord.), Uría, R. (dir.) y Menéndez Menéndez, A. (dir.). *La sociedad mercantil: atributos y límites de la personalidad jurídica: las cuentas en participación*, vol. n.º 1 (pp. 567-612). Madrid: Civitas.

¹⁴⁰ Es la única regulación aplicable/existente en materia de sociedad de cuentas en participación según ha declarado el T.S./CIV. en Sentencia de dieciséis de marzo de dos mil diez.

¹⁴¹ Vid. entre otras, Sentencias de veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro y cinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho del T.S./CIV.

¹⁴² Vid. entre otras, Sentencias del T.S.J. de Andalucía de veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete resolutoria del recurso de suplicación 2825/1996 y de dieciséis de mayo del año dos mil dictada en el R.º de suplicación 2956/1999.

**CAPÍTULO II –
EL DERECHO CONCURSAL Y
SU ÁMBITO NORMATIVO
COMO PRESUPUESTO DE LA
PROBLEMÁTICA CENTRAL**

CAPÍTULO II. EL DERECHO CONCURSAL Y SU ÁMBITO NORMATIVO COMO PRESUPUESTO DE LA PROBLEMÁTICA CENTRAL

Una vez precisados, en el Capítulo anterior, los conceptos y términos básicos sobre las figuras que entrarán en juego en la presente Tesis, en este Capítulo II trataremos de la normativa que regula el concurso de acreedores, tanto a nivel internacional como europeo como interno, así como, las instituciones encargadas de su elaboración, aprobación y aplicación.

La anterior tarea se llevará a cabo con el propósito de que queden fijadas y explicitadas las estructuras básicas, jurídicas, económicas y sociales sobre las figuras que en los siguientes capítulos trataremos, puesto que la problemática central de la presente Tesis tiene como presupuesto el Derecho Concursal y para poder entender el fundamento de esta (desde el punto de vista del Derecho del Trabajo) debe ser estudiada en profundidad esta rama del ordenamiento jurídico.

Finalmente, y para concluir, haremos un breve estudio sobre derecho comparado, fundamentalmente en relación con el Derecho Concursal de Estados Unidos y de algunos países iberoamericanos, en concreto, de Colombia, Argentina y Perú, para comprobar la situación legislativa seguida en los ordenamientos jurídicos de esos países y así destacar los aspectos en que difieren con respecto a nuestra legislación.

Con carácter previo al análisis de lo citado, debe reseñarse que el Derecho Concursal, sector del ordenamiento jurídico que tiene una especial relevancia en esta Tesis al regular el procedimiento y las normas en los que se inserta la aplicación práctica más relevante de este trabajo, puede ser definido¹⁴³ como una institución

¹⁴³ Aunque la definición que se hace constar sea la que corresponda al Derecho Concursal, lo cierto es que nuestra Tesis se inserta en lo que un sector doctrinal viene denominando “Derecho Concursal Laboral” que es aquél que regula las situaciones laborales en situaciones concursales, en este sentido, Vid. Montoya Melgar, A. (2013). *Derecho Laboral Concursal*. Madrid: Civitas; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2003). La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales. *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 23 y 24, 18-20; García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (2003). Modificaciones de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales. *Revista de Relaciones*

jurídica dirigida a satisfacer a la generalidad de los acreedores de un sujeto jurídico (en nuestro caso, una sociedad de capital) que se encuentra en una situación de insolvencia, actual o inminente, posibilitando a los acreedores que puedan ver satisfechos sus créditos con todo el patrimonio disponible del deudor, pero a su vez, y en la medida de lo posible, asegurando la protección del mismo deudor¹⁴⁴.

Si observamos la legislación concursal en su conjunto¹⁴⁵, se puede llegar a la conclusión de que el Derecho Concursal es una rama autónoma del derecho por tener un objeto específico: “la crisis de la insolvencia”, posee una naturaleza mixta procesal-sustantiva (pues recoge, en una regulación unitaria, tanto aspectos de fondo como de procedimiento), tratándose de un Derecho público-privado, más cerca del Derecho privado, aunque combina instituciones/elementos de ambos tipos, instituciones públicas y organismos públicos (instituciones aprobadas por el Estado y Juzgados de lo Mercantil) pero intereses privados (relaciones entre los acreedores con el deudor común).

2.1. ÁMBITO INTERNACIONAL

El ámbito internacional debe ser tenido en cuenta en cualquier materia, y, por lo tanto, estudiado, pues a ello nos obliga nuestra C.E. de 1978, tal y como postula, MÉNDEZ ROCASOLANO cuando señala que: *Según el art. 96 de la C.E, forman parte del ordenamiento jurídico español los Tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente en nuestro país*¹⁴⁶.

De la búsqueda realizada consistente en exploración de la legislación, artículos doctrinales, como la información sobre tratados internacionales contenida en el portal del Ministerio de Asuntos Exteriores de España¹⁴⁷, podemos comprobar

Laborales, n.º 23 y 24, 78-79; Cano Marco, F. (2020). *Manual práctico de Derecho laboral concursal. Adaptado al texto refundido de la Ley Concursal, Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo*. Madrid: Wolters Kluwer.

¹⁴⁴ Vid. Mercader Uguina, J.R. (2020). Lecciones de Derecho del Trabajo. *La retribución del trabajador* (pág. 533). Valencia: Tirant Lo Blanch.

¹⁴⁵ Sobre la legislación concursal tanto interna como europea e internacional como anteriormente (en adelante, *ut. Supra.*) Cap. II.

¹⁴⁶ Méndez Rocalano, M. (1999). *El derecho a un entorno vital para el desarrollo de la persona* (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Pág. 105.

¹⁴⁷ En este portal procedente del Ministerio de Asuntos Exteriores de España <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Tratados/TratadosEst>

como España no tiene suscrito ningún Tratado Internacional sobre procedimientos de insolvencia o concurso de acreedores con Estado Extranjero u Organización Internacional alguna.

Aunque sí que existan diversos tratados internacionales sobre Derecho Civil y Mercantil, como, por ejemplo, el Convenio de Lugano del año 2000, no son aplicables en sede concursal, excluyéndose expresamente en sus articulados su aplicación a los procedimientos de quiebra o insolvencia.

Por lo expuesto, y tras llevar a cabo un análisis exhaustivo de nuestra legislación, se puede llegar a la conclusión de que para los procedimientos de insolvencia o concursos de acreedores en los que haya algún elemento extranjero, siempre que no se trate de un Estado Miembro de la Unión Europea (en adelante, EE.MM. y U.E.), regirán las normas concursales de nuestro país con los procedimientos de insolvencia o concursales, en particular, en materias de competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras.

Estas normas serán incluso las que se apliquen en las relaciones entre España y el Reino Unido, tras la consumación del Brexit, aunque con especialidades, ya que, los procedimientos que se encontrarán tramitándose con anterioridad al Brexit, seguirán tramitándose con arreglo a las normas europeas vigentes, normas europeas que serán posteriormente estudiadas.

Sin embargo, para los procedimientos de insolvencia que se inicien o vayan a iniciar tras el Brexit, regirán las mismas normas que para cualquier Estado extranjero que no sea miembro de la U.E. En lo que respecta a España, regirán las normas jurídicas internas propias contenidas en el texto refundido de la nueva Ley Concursal, las cuales son las aplicables a los procedimientos de insolvencia o concursales con Estados Extranjeros no miembros de la U.E. desde el pasado 1 de septiembre de 2020.

ados/Paginas/default.aspx, recuperado el 27/02/2024, podemos encontrar una guía sobre los tratados internacionales celebrados por España con Estados Extranjeros por orden alfabético, desde Afganistán hasta Yemen, los cuales versan sobre múltiples materias, pero ninguno que trate sobre los procedimientos de insolvencia, tal y como puede observarse en la guía
<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/Multimedia/Publicaciones/%20Documents/GUIA%20TRATADOS%20CON%20PAISES.PDF>. Recuperado el 27/02/2024.

A propósito de los procedimientos de insolvencia en las relaciones entre España y Reino Unido, HEREDIA CERVANTES y THERY MARTÍ (2016, pp. 10-15) en su artículo científico realizan un resumen sobre las consecuencias más importantes que acarreará el Brexit o salida del Reino Unido de la U.E. al entender que

La salida del Reino Unido de la UE tendrá importantes consecuencias sobre la tramitación de los procedimientos de insolvencia de dimensión internacional. Al margen de las dudas sobre la continuidad de este Estado como referente europeo en el ámbito concursal, la inaplicación de los instrumentos europeos sobre insolvencia transfronteriza (el Reglamento 1346/2000 y, a partir del 26 de junio de 2017, el nuevo Reglamento 2015/848) supondrá, a buen seguro, importantes modificaciones en el panorama normativo actual, pero, sobre todo, un elevadísimo nivel de incertidumbre que se manifestará especialmente en el caso del reconocimiento de los schemes of arrangements ingleses en los Estados miembros¹⁴⁸.

Las aludidas normas concursales sobre Derecho Internacional privado, siempre que no se trate de un Estado Miembro de la U.E., respecto de los cuales existen unos reglamentos específicos que luego trataremos, se encuentran en la Ley Concursal española que será examinada en el apartado sobre marco normativo e institucional de ámbito interno.

Si bien, como antes avanzábamos, debemos distinguir dos supuestos, delimitados por el ámbito temporal.

Para los procedimientos con elemento extranjero internacional que estuvieran tramitándose con anterioridad al uno de septiembre del año dos mil veinte, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor del T.R. de la nueva Ley Concursal (en adelante, L.C.), regían las normas contenidas en el Título IX de la L.C. 22/2003 de nueve de julio del año dos mil tres (a la que nos referiremos como antigua, vieja o derogada L.C.).

Sin embargo, en la actualidad, las normas concursales anteriores se encuentran derogadas, con efectos desde el pasado uno de septiembre de dos mil

¹⁴⁸ Heredia Cervantes, I. y Thery Martí, A. (2016). Brexit e insolvencia internacional. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* n.º 69, pp. 10-15. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/6975-brexite-insolvencia-internacional>.

veinte, por la Disposición Derogatoria Única¹⁴⁹ del T.R. de la nueva L.C. 1/2020, de cinco de mayo de dos mil veinte (en adelante, nueva o vigente L.C.).

De esta disposición derogatoria podemos observar un fenómeno jurídico, consistente en la derogación de una ley sin ni si quiera establecer un periodo transitorio de aplicación para los procedimientos que se iniciaron con la ley anterior, ello sucede, porque en realidad, no estamos ante una ley nueva que deroga la anterior, si no ante un texto refundido cuya finalidad principal es la de regularización, aclaración y armonización de las normas legales objeto de refundición, encargo o facultad otorgada o delegada por las Cortes Generales al Gobierno de la Nación de España¹⁵⁰, cuestión que ha dado lugar a múltiples discusiones doctrinales y jurisprudenciales por posible *ultra vires* por exceso en la delegación legislativa, problemática que será tratada en profundidad en el Cap. IV, sin perjuicio de otras referencias que se puedan encontrar a lo largo de la Tesis.

Pero dejando de un lado las normas sobre Derecho Transitorio y las reglas de la retroactividad de las leyes¹⁵¹, que aun siendo importantes en esta obra no constituyen el núcleo gordiano de la misma, debemos centrarnos en las normas que contiene la nueva L.C. sobre D.º Internacional Privado con elemento extranjero siempre que no se trata de procedimientos en que intervenga España con otro Estado Miembro de la U.E., en los que, como luego veremos, son de aplicación

¹⁴⁹ Que según su apartado primero deroga los arts. 1 a 242 *bis*, así como las D.A. 2ª, 2ª *bis*, 2ª *ter*, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª y 8ª, y las D.F. 5ª y 6ª. Sin embargo, la eliminación de sus D.A. y D.F. mencionadas no tienen influencia alguna en los contenidos de las leyes modificadas, que permanecerán en su forma actual. Disposición Derogatoria Única “Derogación normativa” del T.R. de la L.C. aprobado por R.D.Lg. 1/2020 de cinco de mayo de dos mil veinte. B.O.E., n.º 127, de siete de mayo de dos mil veinte, pp. 31518 a 31706. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>.

¹⁵⁰ Vid. punto segundo de la Exposición de Motivos (E.M.) de la nueva L.C.

¹⁵¹ Sobre el Derecho Transitorio y las reglas de la retroactividad de las normas Vid. Madrigal García, C., Yagüe Gil, P. y Enríquez Sancho, R., (2018). Derecho Civil Jueces. *Doctrina general sobre el derecho transitorio*. Madrid: Carperi S.L., pp. 4 a 8. En esta obra se proclaman las distintas doctrinas existentes sobre el Derecho Transitorio, tales como las de Savigny, la del derecho adquirido o la del hecho jurídico realizado *factum praeteritum*, entre otras, disponiéndose que el sistema general que rige en la actualidad en nuestra legislación, concretamente vía Código Civil, es el de la no retroactividad de las leyes, salvo que en ellas se establezca otra cosa, pero prohibiéndose taxativamente, por aplicación del art. 9.3º de la Constitución Española, el carácter no retroactivo de las disposiciones sancionadoras que no contengan prescripciones beneficiosas y las limitativas de D.ºs individuales.

preferente las reglas establecidas en el reglamento europeo, como, por ejemplo, la no necesidad de exequatur por el principio de confianza mutua, lo que en principio da lugar al pleno reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales extranjeras de países miembros de la Unión Europea.

Tales normas de D.º Internacional Privado vienen reguladas en el Libro IV (con anterioridad a la reforma concursal de 2022, constituida por la Ley 16/2022, de cinco de septiembre¹⁵², estaban recogidas en el Libro III) de la nueva L.C. bajo la rúbrica de “De las normas de derecho internacional privado” arts. 721 a 755 (la reforma concursal de 2022 ha introducido el Título V sobre especialidades del Derecho Pre-Concursal que comprende los arts. 753 a 755). Este Libro IV, como consecuencia de la reforma concursal de 2022, se encuentra dividido en 5 Títulos, dividiéndose a su vez el Título II en 3 Caps.¹⁵³ con un contenido muy similar al que se podía encontrar en la antigua L.C. ya derogada, aunque con la novedad introducida por la reforma concursal del compromiso de evitar procedimientos secundarios en el art. 735 *bis*, debiendo así mismo destacarse la distribución del articulado, efectuada con una mayor claridad y precisión debido a la tarea efectuada por el Gobierno de refundición, aclaración y armonización.

Sin embargo, tal y como expresa el art. 721 de la nueva L.C. en su apartado segundo, no siempre son aplicables todas las normas del Libro IV, sino que dependerá del vínculo legal que exista entre España y el otro Estado extranjero.

En concreto, la normativa de la nueva L.C., establece las normas sobre competencia estatal, reconocimiento y ejecución de resoluciones, en materia de Derecho Internacional Privado.

En cuanto a la competencia, diferencia, a los efectos de atribución de competencia, entre si el procedimiento se ha iniciado en España o en otro Estado, ya sea principal o territorial, y según la clase de bien de que se trate, rigiéndose por las leyes de cada Estado los inmuebles, los bienes con reserva de dominio, valores

¹⁵² B.O.E., n.º 214, de seis de septiembre de dos mil veintidós, pp. 123682 a 123851. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14580.

¹⁵³ Los Títulos en que se divide el Libro IV del T.R. de la nueva L.C. como consecuencia de la reforma del año 2022, utilizan la misma nomenclatura que ya se establecía en la nueva ley, cambiando principalmente la estructura de estos y añadiendo el Título V. *Ibidem*.

negociables representados mediante anotaciones en cuenta y derechos sometidos a registro que estén en un Estado distinto de España.

Por lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, la nueva L.C., al igual que su antecesora, se remite al procedimiento de exequátur, procedimiento que tiene como finalidad el reconocimiento de la validez de una resolución dictada por los órganos judiciales de un Estado extranjero para que dicha resolución pueda ser ejecutada por los órganos judiciales de un Estado distinto del que emana la resolución¹⁵⁴. Este procedimiento de exequátur, en lo que a España respecta, se encuentra regulado en el Título V la Ley 29/2015, de treinta de julio del año dos mil quince, de cooperación jurídica internacional en materia civil¹⁵⁵.

Una vez determinado y delimitado el ámbito normativo e institucional internacional, en materia de procedimientos de insolvencia o concursal, debemos entrar en el análisis del ámbito europeo, de gran transcendencia por la pertenencia de España a la U.E. y la sumisión de nuestro Estado a las normas que emanan de los órganos competentes de dicha Unión.

2.2. ÁMBITO EUROPEO

Desde que España pasó a formar parte de la U.E., que según la web oficial de la Comisión Europea fue en 1986, aunque la firma del Tratado de Adhesión se produjera en 1985¹⁵⁶, está sometida a una serie de normas que emanan de la U.E. y

¹⁵⁴ Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J. (2007). Derecho Procesal Civil Internacional. *Litigación internacional*. 2ª ed., Ed. Civitas, Madrid.

¹⁵⁵ B.O.E., n.º 182, de treinta y uno de julio de del año dos mil quince, pp. 65906 a 65942. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8564>. Esta ley dispone en su Exposición de Motivos que en el Título V se elige mantener el procedimiento de ejecución como un procedimiento especial cuyo objetivo principal es reconocer una resolución judicial extranjera y, si es necesario, permitir su ejecución. Contrario a los reglamentos de la Unión Europea, este texto se aplica a resoluciones de países con los que no se mantiene ningún vínculo y se considera adecuado mantener ciertas precauciones antes de otorgar validez a las decisiones tomadas por sus órganos jurisdiccionales.

¹⁵⁶ No obstante, España intentó formar parte de la UE, anteriormente denominada Comunidad Europea, con anterioridad a las mencionadas fechas. La primera petición para adherirse a la Comunidad Económica Europea tuvo lugar en 1962 pero no fue hasta la llegada de la democracia en 1975 cuando comenzaron los trámites para formar parte de la

que son de aplicación preferente a las españolas en las materias en las que España haya cedido sus competencias.

Precisamente, en materia de insolvencia o concurso de acreedores, la U.E. tiene asumida la competencia, habiendo legislado sobre la misma a través de sus órganos competentes para ello, el Parlamento Europeo y el Consejo de la U.E.

Sin embargo, no siempre han sido estos los órganos legisladores de la U.E. ni han tenido la plenitud de competencias que tienen en la actualidad, pues anteriormente el único órgano legislador de la U.E. era el Consejo, teniendo el Parlamento Europeo una función meramente consultiva¹⁵⁷.

Reflejo de lo anteriormente expuesto, es el hecho jurídico de que el Reglamento que existía *ex ante* a que rigiera el vigente, es decir, el Reglamento Conformidad Europea (en adelante, C.E.) n.º 1346/2000 de veintinueve de mayo del año dos mil, sobre procedimientos de insolvencia, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 31 de mayo de 2002, fue legislado únicamente por el Consejo de la UE¹⁵⁸, mientras que el Reglamento vigente, es decir, el Reglamento UE n.º 2015/848 de veinte de mayo de dos mil quince, sobre procedimientos de insolvencia, cuya entrada en vigor se produjo el veintiséis de junio de dos mil diecisiete y que deroga y sustituye al anterior, ha sido legislado entre el Consejo de la U.E. y el Parlamento Europeo¹⁵⁹.

UE, en concreto, en 1979 empezaron las negociaciones y, 7 años más tarde, España entró oficialmente a formar parte de la UE, al mismo tiempo que lo hizo nuestra vecina Portugal. Datos obtenidos de la web oficial europea, recuperada el 25/02/2024 de https://spain.representation.ec.europa.eu/index_es.

¹⁵⁷ El Parlamento Europeo ha experimentado una evolución en sus competencias con el paso del tiempo, hasta llegar a situarse en un plano de igualdad con el Consejo, en cuanto a la competencia para legislar, así viene recogido en la web oficial de la UE sobre competencias del Parlamento, web que resume el proceso evolutivo de esta institución de la UE y su asunción de competencias a través de los Tratados. Recuperado el 25/02/2024 <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/19/el-parlamento-europeo-competencias>.

¹⁵⁸ Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de veintinueve de mayo del año dos mil, sobre procedimientos de insolvencia. D.O.C.E., n.º 160, de treinta de junio del año dos mil, pp. 1 a 18. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81111>.

¹⁵⁹ Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de veinte de mayo de dos mil quince, sobre procedimientos de insolvencia. Diario Oficial de la Unión Europea (en adelante, D.O.U.E.), n.º 141, de cinco de junio de dos mil quince, pp. 19 a 72. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2015-81122>.

Con carácter previo al análisis de la anterior normativa europea en materia de insolvencia, hay que precisar que es un Reglamento de la U.E. y que rango normativo tiene. El Reglamento de la U.E. es la norma suprema en el ámbito de aplicación de del Derecho derivado europeo. Aunque los Tratado Fundacionales y demás Derecho originario o primario¹⁶⁰ de la U.E., entre el que se encuentra la Carta de Derechos Fundamentales de la U.E., tengan una aplicación jerárquica superior a los Reglamentos de la U.E., y aunque se haya intentado aprobar una especie de Constitución Europea, lo cual, y por el momento, no ha sido posible, pero que también hubiese sido de superior rango que el Reglamento de la U.E., lo cierto es que el Reglamento es una de las normas más usadas y con mayor fuerza normativa en el ámbito de aplicación del Derecho de la U.E.

Tal y como se desprende de la obra de GIL IBÁÑEZ, en una aproximación al concepto del Reglamento en el ámbito de la U.E., estamos ante una norma que, por razón de su forma o naturaleza, reúne las características que ostentan las leyes en los Estados nacionales¹⁶¹.

Como normas de Derecho derivado de la U.E. podemos citar, por su importancia, las siguientes: los Reglamentos, las Directiva, las Decisiones, las Recomendaciones y los Dictámenes. Todas estas normas tienen el objetivo de aplicar el Derecho de la U.E. y se diferencian en base a dos criterios fundamentales: 1º) Si son o no son normas vinculantes; 2º) Si van dirigidas a todos o algunos Estados miembros¹⁶².

¹⁶⁰ Por Derecho originario o primario debe entenderse el origen de la legislación de la UE, y tal origen lo constituyen los Tratados Fundacionales como son en la actualidad, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, ambos con el mismo valor jurídico, aunque desempeñen distintas misiones, a los que debe añadirse, entre otros, la reciente Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, del mismo valor jurídico que los tratados. Recuperado el 25/02/2024 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3A114530>.

¹⁶¹ Gil Ibáñez propone incluso la denominación de "EUROLEYES" para los Reglamentos de la UE. Vid. Gil Ibáñez, A. (2002). Grupo de reflexión. La Convención sobre el futuro de la Unión Europea. Horizonte 2004. *Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: Hacia un modelo más claro y transparente*, pp. 6 a 16. Recuperado el 02/03/2024 de http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/documentos/Jerarqu%C3%ADa%20normativa_Alberto%20Gil.pdf.

¹⁶² Esta clasificación, con arreglo a estos criterios, viene recogida en la propia web oficial de la UE. Recuperada el 25/02/2024 de https://europa.eu/european-union/law/legal-acts_es:

Junto a las anteriores normas esenciales de la U.E., Derecho originario o primario y Derecho derivado o secundario, algunos autores sitúan un tercer bloque o conjunto de normas a las que les suelen denominar Derecho terciario o complementario que viene integrado por los principios generales del Derecho de la U.E., la jurisprudencia de los Tribunales Europeos y normativa del *Soft Law*.

En cuanto a este último grupo de normas de la U.E., SARRIÓN ESTEVE nos dice textualmente que *incluye las disposiciones normativas de desarrollo o complemento del Derecho derivado, o incluso las fuentes de Derecho Internacional*¹⁶³.

Pero dejando a un lado las competencias de las instituciones de la U.E. y el rango normativo de las disposiciones aprobadas por tales instituciones, debemos centrarnos en los reglamentos citados en materia de insolvencia y que son aplicables en España en sus relaciones con Estados Miembros de la U.E.

El nuevo Reglamento viene a establecer algunas novedades en relación con su antecesor, como dice DE MIGUEL ASENSIO, las cuatro más importantes novedades del Reglamento 2015/848, son la ampliación de su ámbito de aplicación, la competencia judicial internacional, la reforma de procedimientos secundarios y su relación con el principal de insolvencia y las normas relativas a los grupos de sociedades¹⁶⁴.

Los Reglamentos los cuales poseen efectivo directo (tanto en sentido horizontal como vertical) sin necesidad de ningún acto de trasposición al ámbito nacional, son leyes vinculantes y directamente aplicables en los EE.MM. Es necesario que se cumplan en su integridad en toda la U.E para conseguir una interpretación y aplicación uniforme del D.U.E. Las directivas son leyes que establecen metas que todos los países de la UE deben cumplir. No obstante, es responsabilidad de cada nación establecer sus propias leyes para lograr dichos objetivos, sin bien y en principio son necesitadas de un acto trasposición al D.º Nacional no ostentando efecto directo salvo contra el Estado en concreto y por falta de trasposición o trasposición incorrecta de la Directiva. Decisiones: Las decisiones son directamente aplicables al EE.MM o una entidad empresarial específica y gozan de efecto directo desde 1970. Por último, las Recomendaciones y los Dictámenes no tienen carácter vinculante ni efecto directo solo otorgan criterios orientativos o pautas a seguir.

¹⁶³ Sarrión Esteve, J. (2018). Derecho Constitucional. *El Derecho de la Unión Europea* (pág. 2). Valencia: Tirant Lo Blanch.

¹⁶⁴ Este catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, lleva a cabo un análisis de la evolución que ha experimentado la normativa europea en materia de insolvencia o concurso de acreedores, incidiendo fundamental y profundamente, en las novedades que acabamos de mencionar que introduce el nuevo Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, Vid. De Miguel Asensio, P. A. (2015). La

En todo caso, la misma U.E. en su web oficial nos otorga un resumen bastante clarificador de lo que supone este Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia, detallando los puntos clave, las situaciones aplicables, la competencia, el derecho aplicable, el reconocimiento y ejecución, los registros de insolvencia, los procedimientos de insolvencia de un grupo, modificación de sus anexos, etcétera (en adelante, etc.)¹⁶⁵.

Por lo tanto, y a diferencia de lo que ocurre en materia de Derecho Internacional privado con países que no forman parte de la U.E., a los que, como anteriormente hemos examinado, les serán de aplicación, cuando se relacionen con España, las mismas normas españolas en materia de concurso de acreedores que establece el T.R. de la L.C. 1/2020 de cinco de mayo de dos mil veinte, las normas aplicables, en los casos de procedimientos de insolvencia o concurso de acreedores que se entablen o susciten entre España y los Estados Miembros de la U.E., serán las españolas, sin perjuicio claro está, de lo que establezca el Reglamento UE 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia¹⁶⁶ y la Directiva Concursal UE Sobre Reestructuración Empresarial 2019/1023 que ha dado lugar a la reciente reforma concursal que será tratada con precisión al final del presente Cap. así como a lo largo de la presente obra dada su repercusión sobre el ámbito concursal, laboral y societario.

evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia. *La Ley Unión Europea*, 28, pp. 1 a 8. Recuperado el 02/03/2024 de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/34705/1/PDemiguelAsensioLaLeyUE%20n%2028.pdf>.

¹⁶⁵ En la página web de la U.E., recuperada el 25/02/2024 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/LSU/?uri=CELEX%3A32015R0848>, se encuentra el mismo Reglamento disponible para su descarga, puede encontrarse la siguiente información, suficientemente expresiva para entender la finalidad y aplicabilidad del Reglamento 2015-848. El Reglamento define unas normas para toda la UE a fin de establecer: qué órgano jurisdiccional tiene competencias para abrir un caso de insolvencia; el Derecho nacional aplicable; el reconocimiento de la resolución del órgano jurisdiccional cuando una empresa, un comerciante o un particular se declaran insolventes. No es aplicable a Dinamarca. Este Reglamento ha sido modificado en dos ocasiones: El Reglamento (UE) 2017/353 sustituyó el anexo A (lista de los procedimientos de insolvencia) y el anexo B (lista de administradores concursales) del Reglamento (UE) 2015/848 con nuevas listas que consideraban la información facilitada por Polonia. El Reglamento (UE) 2018/946 sustituye los anexos A y B, según las notificaciones de cambios recibidas de parte de Bélgica, Bulgaria, Croacia, Letonia y Portugal.

¹⁶⁶ Así lo establece expresamente el art. 721 del T.R. de la L.C.

Finalmente, debe de ponerse de relieve que, aunque aún no ha sido aprobada, la U.E., el día 7 de diciembre de 2022, publicó la nueva Propuesta de Directiva de armonización de ciertos aspectos de derecho de insolvencia. La mencionada Directiva se tramitará durante 2023 y, en concreto, a grandes rasgos, podemos destacar que incidirá en siete puntos: los comités de acreedores, el rastreo de activos, los procedimientos de liquidación para microempresas, los procedimientos de *pre-pack*, la regulación de la obligación de los administradores de presentar una solicitud de concurso, las acciones revocatorias y la elaboración de una ficha por cada país que resuma su derecho concursal, si bien, gran parte de estas materias ya vienen recogidas en nuestra legislación interna por lo que no se prevé que la Directiva que finalmente se apruebe tenga un gran impacto en nuestra legislación interna.

2.3. ÁMBITO NACIONAL

Una vez determinado el ámbito internacional y europeo, normativo e institucional, del Derecho Concursal, abordamos seguidamente la normativa española en materia concursal o procedimientos de insolvencia, normativa que, por mandato de la C.E. de 1978, debe ser aprobada por las Cortes Generales, es decir, por el Congreso de los Diputados y por el Senado, mediante el procedimiento de elaboración de leyes previsto tanto en la citada Constitución como en los Reglamentos de las citadas Cámaras legislativas, sin perjuicio de la posibilidad, anteriormente tratada y que se da en esta situación, de la delegación legislativa de normas con rango de ley, pero sólo de leyes ordinarias y no de leyes orgánicas, por las Cortes Generales en el Gobierno para llevar a cabo la refundición de varios textos en uno solo¹⁶⁷.

El procedimiento de elaboración, aprobación y publicación de una ley es bastante complejo y dilatado en el tiempo, ya que, deben de cumplirse obligatoriamente una serie de trámites¹⁶⁸

¹⁶⁷ El procedimiento de elaboración de leyes se encuentra regulado tanto en el Cap. II “de la elaboración de las leyes” del Título III “de las Cortes Generales” de la C.E. de 1978, arts. 81 a 92, como por arts. dispersos de los Reglamentos de las Cámaras legislativas de la Nación de España.

¹⁶⁸ No obstante ser un procedimiento complejo, podemos acoger el resumen bastante completo recuperado el 22/02/2024 de <https://dudaslegislativas.com/procedimiento->

Como precedentes inmediatos a la regulación de la actual ley concursal, nos encontrábamos con dos procedimientos (sin perjuicio de la existencia de los procedimientos preliminares conocidos con los nombres de quita y espera y de suspensión de pagos), consecuencia de la publicación de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922, a saber:

A) La quiebra: era aplicable a los comerciantes y se regía por los C.Co. y la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente entonces (en adelante, L.E.C.)

B) El concurso: era el aplicable a los no comerciantes y se regía por el C.C. y la L.E.C.

En la actualidad, tal y como hemos avanzado anteriormente, rige en España, para los concursos de acreedores o procedimientos de insolvencia, el T.R. de la nueva L.C. 1/2020 de cinco de mayo de dos mil veinte.

Sin embargo, y como quiera que esta Tesis se inició en el año 2019, y con el máximo respeto por la evolución legislativa, debemos destacar que la norma aplicable, desde el pasado 1 de septiembre de 2003 hasta el 1 de septiembre de 2020, era la derogada L.C. 22/2003 de nueve de julio de dos mil tres, modificada y reformada en diversas ocasiones.

Dada la importancia de aplicación de ambas leyes en el tiempo, hemos llevado a cabo un análisis comparativo de sus preceptos a una materia concreta, la relativa a los administradores sociales de las sociedades de capital, que se refiera o afecte a los mismos, sin perjuicio de que en los siguientes Capítulos se lleve a cabo otros análisis comparativos, referidos a los trabajadores por cuenta ajena y personal de alta dirección, que es más sesgados atendiendo a la materia de que se trate.

Como resultado de dicho análisis se puede llegar a las siguientes conclusiones, distribuidas en 28 apartados, algunos de los cuales, sobre todo los relativos a la clasificación de créditos concursales y a la calificación del concurso, son de extrema importancia para el devenir de esta Tesis:

1) El artículo 3 en su apartado 1º párrafo 2º de ambas leyes, sobre la legitimación exclusiva para efectuar la solicitud del concurso de acreedores del órgano de administración o liquidadores cuando el deudor sea persona jurídica, coinciden exactamente en numeración y contenido.

2) Se recoge el mismo contenido de hacer constar la identidad del órgano de administración o liquidadores, aunque en la nueva L.C., el artículo 7.1.3º bajo la rúbrica de “Documentos generales” viene más especificado, consecuencia de la tarea de especificación legislativa, al incluir el término identidad, mostrándose más implícito tal término en la antigua ley en el artículo 6.2.2º bajo la denominación de “Solicitud del deudor” en lo relativo a los datos que se deben hacer constar en la memoria que debe presentarse para la solicitud del concurso el deudor persona jurídica, por lo tanto, el único cambio apreciable, además de incluir el término identidad antes de los administradores, es el cambio de numeración del artículo, como su denominación, más concreta en la nueva ley.

3) Respecto a la extensión al ámbito de competencia del juez de lo mercantil en sede concursal, exclusiva y excluyente, hay bastantes diferencias. En primer lugar, la ubicación de los artículos, ya que, en la nueva ley, el artículo que recoge esta competencia es el 52. 7º (ligeramente modificado por la reforma concursal de 2022) mientras que en la antigua ley era el artículo 8.7º. En segundo lugar, la denominación, más precisa en la nueva ley al denominarlo “Carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción” mientras que en la antigua ley recibe el nombre genérico de “juez del concurso”. En último lugar, y más importante a nuestro juicio, tiene una diferente redacción, mucho más precisa e inclusiva en la nueva ley, pues además de la fórmula genérica recogida en la ley antigua, de acciones de responsabilidad contra administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, por daños o perjuicios a la persona jurídica concursada, antes o después del concurso (incluyéndose en nuestro caso, sociedad de capital) incluye la especificación del administrador persona individual que tenga asignada permanentemente las funciones de administrador, abarcando así, en lo que a nosotros nos interesa, a las admitidas sociedades de capital unipersonales, también, contra el que ostente el más alto rango o poder en la entidad, en los supuestos de inexistencia de facultades delegadas del Consejo de Administración en uno o varios consejos delegados o, desde la reforma concursal de 2022, en una comisión ejecutiva.

4) En la nueva ley, artículo 16. 2º, se recoge, bajo la denominación de “emplazamiento del deudor”, una novedad relativa a los administradores sociales que no aparecía en la antigua ley sobre la utilización de del domicilio de los administradores, liquidadores o directores generales de la entidad para poder ser emplazada la entidad a través de tales sujetos.

5) En lo que respecta al auto de declaración del concurso, cuya denominación es correlativa en ambas leyes (aunque en la antigua ley viene regulado en el art. 21 mientras que en la nueva en el art. 28) se recoge básicamente lo mismo en relación a la determinación de las facultades del deudor sobre la administración y sobre las medidas cautelares necesarias sobre la administración hasta que los administradores concursales acepten el cargo, la única diferencia consiste en la ubicación del artículo, pues en la Ley 22/2003 es el art. 21.1.2º y 4º mientras que en la Ley 1/2020 son los arts. 28.1.2º (consecuencia de la reforma concursal de 2022, ya que el texto refundido original lo recogía en el art. 28.1.3º) y 28.3º.

6) Por lo que se refiere a la declaración conjunta de varios deudores, mientras que la ley antigua engloba tanto el concurso voluntario como el necesario y el de parejas de hecho en el artículo 25, la ley nueva los distribuye en 3 artículos sucesivos respectivamente, 38, 39 y 40. En cuanto a la novedad que nos concierne, es decir, la relacionada con los administradores sociales de las sociedades de capital, hay que atender únicamente al artículo 25.1º de la antigua ley y al artículo 38 de la nueva, que tienen básicamente el mismo contenido, sin embargo, podemos encontrar una diferencia (además de la ubicación sistemática y numeración del articulado), consistente en que en la ley antigua indica que puede solicitar el concurso voluntario conjunto, los administradores (deudores) que sean personalmente responsables de las deudas de una misma persona jurídica, como cuando formen parte del mismo grupo de sociedades, mientras que en la ley nueva, dispone que aquellos deudores que sean administradores, total o parcialmente responsables de las deudas de una persona jurídica, y las sociedades pertenecientes al mismo grupo, podrán solicitar la declaración conjunta de concurso voluntario. La diferencia consiste, fundamentalmente, en la mayor precisión en la nueva ley, al incluir los términos total o parcialmente responsables, con lo que se excluye toda duda del alcance de la responsabilidad.

7) En lo que a la acumulación de concursos se refiere, que en la ley antigua viene regulado en el artículo 25 *bis*.1.3º y en la nueva en el artículo 41.1º, establece la posibilidad de acumular el concurso ya declarado respecto, entre otros, de los administradores sociales responsables personalmente de la deuda, en cuanto a las diferencias, además del número del artículo y su ubicación sistemática, que es y va a ser una constante en el análisis de todo el articulado, en la ley nueva se instaura como novedad, la inclusión de los términos total o parcialmente responsable (en

cuanto a la responsabilidad personal por las deudas de las personas jurídicas, y por lo tanto, en lo que aquí nos compete, de las sociedades de capital.

8) Por lo que interesa al tema de la administración concursal, se establece quien no puede ser o desempeñar las funciones de administrador concursal. La redacción de los preceptos concursales, artículos 28.1º a y b de la antigua y artículos 64.1º y 65.1º de la nueva ley, es sustancialmente la misma, si bien es de destacar, que mientras en la antigua ley se acumulan las causas de incompatibilidades y prohibiciones en un solo artículo y sin distinción de las mismas, en la nueva ley se establece con precisión la separación en dos artículos, considerándose como causa de incompatibilidad la contenida en la que nos hemos referido como letra A) y como causa de prohibición la contenida en la letra B) arriba referenciada. Por lo tanto, se puede sacar como conclusión, que tanto el administrador social del concursado como quien no pueda ser administrador social de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada (las típicas sociedades de capital) no podrán ser nombrados administradores concursales.

9) La legitimación para recusar a los administradores concursales la ostenta quien esté legitimado para solicitar la declaración de concurso, por lo que se incluye a los administradores sociales de las personas jurídicas concursadas, la diferencia, únicamente es estructural y de ubicación sistemática pues en la antigua ley viene recogido en el artículo 32.1º bajo la genérica denominación, que hace de una especie de cajón de sastre, de "Recusación", mientras que la nueva ley dedica un artículo entero a su regulación, el artículo 72 bajo el título de "Legitimación para recusar".

10) En la antigua ley, ex artículo 33, encontramos, bajo la denominación de "funciones de la administración concursal", una lista de funciones que tiene atribuida la administración concursal.

Sin embargo, en la nueva ley, a falta de examen de sus artículos, no encontramos semejanza, por lo que tales funciones propias de los administradores sociales que asumen los concursales, se encuentran dispersas por todo el texto legislativo.

11) Las disposiciones sobre formular y someter a auditoría, por parte de los administradores sociales, bajo la supervisión de la administración concursal, de las cuentas anuales del deudor de persona jurídica en caso de concurso, se mantiene en la misma redacción, con la única diferencia, además de la denominación del

título del artículo que lo recoge y el número del artículo, consistente en que el artículo 46 intitulado de las "cuentas anuales del deudor" de la antigua ley incluye otras materias, como las relativas a la auditoría de cuentas, mientras que el artículo 115 "deber de formular cuentas anuales en caso de intervención" de la nueva ley se dedica únicamente a ello, es decir, sobre los administradores sociales.

12) Respecto a las facultades de administración y disposición del deudor sobre la masa activa, tanto en concurso voluntario cómo necesario y sus excepciones y, por lo tanto, facultades de administradores sociales, se mantiene similar redacción en la ley antigua (artículo 40) y en la nueva (artículo 106), simplemente, en la antigua ley, se comprenden más materias incluidas bajo la denominación "facultades patrimoniales del deudor", siendo la redacción en la nueva ley mucho más concreta y precisa en esas solas cuestiones bajo la denominación de "Efectos sobre las facultades patrimoniales del concursado", además, también puede apreciarse diversa redacción, aunque mismo significado, en lo relativo al concurso voluntario (Ley 22/2003: quedando sometido el ejercicio de éstas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad, Ley 1/2020: pero el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que podrá autorizar o denegar la autorización según tenga por conveniente).

13) Por lo que se refiere a los deberes de comparecencia, colaboración e información, artículo 42 antigua ley y artículo 135 nueva ley, se establece la misma obligación legal en ambos textos legislativos.

No obstante, la anterior afirmación, debe reseñarse en la nueva ley se aprecia una redacción mucho más clara y precisa que en la ley antigua, pues une en la misma frase al concursado persona natural y al concursado persona jurídica, y en la ley antigua se lleva a cabo en compartimentos estancos.

14) En la antigua ley, artículos 48 a 48 *quáter* (excepto *bis*), y en la nueva ley artículos 126 a 133 (excepto 131) se comprenden una serie de mandatos legislativos. En la antigua ley se comprenden en esos artículos, 48, 48 *ter* y 48 *quáter* aparece la figura del administrador social y su responsabilidad, bajo las denominaciones de efectos de la declaración del concurso sobre los órganos de la persona jurídica deudora, embargo de bienes y efectos de la declaración del concurso sobre las acciones contra los administradores de la sociedad deudora respectivamente,

mientras que en la ley nueva, se contemplan similares previsiones en los artículos 126, 127, 128, 129, 130, 132 y 133, es decir, más distribuidas y precisas según el título.

Se establece básicamente la misma regulación, sin embargo, en la antigua ley es más fragmentada porque en la nueva ley se establece el alcance de intervención y representación del órgano de administración (o administradores de hecho y de derecho) en todas las fases del concurso de acreedores, incluso en la fase de liquidación (y además, lo repite con más precisión en el artículo 413), cuando esta cuestión aparece en la ley antigua muy desconectada de la regulación de los efectos de la declaración del concurso sobre la persona jurídica concursada, en concreto, aparece ya en el artículo 145, mientras que en la nueva ley se ha efectuado una regulación mucho más depurada y compacta al reunir en una misma sección los efectos de la declaración del concurso sobre los administradores sociales, previéndose su total funcionamiento, en caso de intervención (aunque sometido a la administración concursal para la validez de los acuerdos que adopten y las reuniones que celebren), y su finalización de funciones en caso de suspensión, así como de apertura de la fase de liquidación (en la que serán cesados, sin perjuicio de que sigan ostentando la representación de la persona jurídica en el concurso y en los incidentes), ello no obstante, siguen conservando la representación de la sociedad concursada, ya sea como administrador o liquidador.

Por otra parte, se prevé la posibilidad de embargar bienes y derechos a los administradores sociales como medida cautelar para asegurar la masa activa.

Por último, se establece que una vez declarado el concurso de acreedores podrán sufrir acción de responsabilidad ejercitada únicamente por la administración concursal, que es la que viene a adquirir exclusivamente esta facultad a partir del momento en que se declara el concurso, se previéndose que, si el cargo de administrador social de la persona jurídica fuese retribuido, la posibilidad de que el juez pueda suprimir o reducir la retribución que perciba la administración social.

15) en el artículo 136 de la nueva ley, que en la antigua se corresponde con el artículo 50. 2º, se recoge similar contenido bajo la misma denominación "Nuevos juicios declarativos".

Como novedad significativa cabe destacar que mientras tanto en la antigua ley (por remisión al número anterior, es decir, artículo 50.1º) como en la nueva ley

(por el apartado 2º del artículo 136) se dispone que en caso de admitirse la demanda se ordenará el archivo de todo lo actuado, en la antigua ley se dispone que carecerán de validez las actuaciones que se hayan practicado, mientras que en la nueva ley se dispone que se ordenará el archivo pero previa declaración de nulidad de las actuaciones que se hubiesen practicado. La diferencia es significativa, pues en el mundo jurídico las palabras invalidez y nulidad tienen significados jurídicos distintos, siendo la nulidad una de las causas concretas de invalidez, aunque en la práctica de los juzgados se haya venido realizando exactamente lo mismo.

Por último, otra diferencia, no menos significativa, es la coincidencia en cuanto a la denominación de los artículos, algo que no es muy habitual vistos los precedentes de esta obra, aunque igualmente difieren en cuanto a la numeración.

16) En los artículos 51. 1º de la antigua ley bajo la denominación de “Continuación y acumulación de juicios declarativos pendientes” y artículo 138 de la nueva ley bajo la denominación “Acumulación de juicios declarativos en tramitación” se prevé la acumulación de oficio al concurso de acreedores de los juicios que se sigan contra los administradores o liquidadores, de derecho o hecho por haber incurrido en responsabilidad de carácter societario. Por lo demás, las diferencias existentes son muy significativas.

En primer lugar, en la antigua ley esta acumulación se prevé como una excepción a la regla general que se dispone en el primer párrafo, mientras que en la nueva ley adquiere esta una sustantividad propia como si fuera otra regla general.

En segundo lugar, mientras que en la antigua ley se limita a nombrar genéricamente a los administradores y liquidadores, en la antigua ley se precisa mucho más. En tercer lugar, aunque esta diferencia es menos significativa, se recogen en párrafos, diferentemente ordenados, la necesidad de que los juicios se acumulen cuando concurren los presupuestos que se establecen.

Por último, la diferencia de la denominación y numeración del artículo vuelve a ser diferente, lo que salvo excepciones como la que hemos visto en los nuevos juicios declarativos, viene a ser una constante entre ambas leyes.

17) En los artículos 51 *bis* de la antigua ley y artículo 139 de la nueva ley se recoge, respectivamente, la suspensión de juicios declarativos pendientes y suspensión de la tramitación de los juicios declarativos. Bajo estas denominaciones,

se acoge similar regulación, con la especialidad de que en la nueva ley se detallan mucho más las fases del procedimiento concursal.

Si bien la novedad consiste en que la nueva ley precisa, en el inciso anterior, que la suspensión (o paralización) de los procesos de carácter declarativo tendrá lugar desde que se declare la ejecución colectiva o universal hasta la fecha de eficacia del convenio o, en caso de liquidación, ya que, en la antigua ley solo se dispone que la suspensión se producirá *declarado el concurso y hasta su conclusión*, por lo tanto, es evidente la exhaustividad de la nueva ley.

18) En los artículos 60 de la vieja ley y artículo 155 de la nueva ley, bajo la misma denominación “interrupción de la prescripción”, se contempla la interrupción de la prescripción de las acciones contra los administradores sociales, previéndose como única especialidad en la nueva ley, la precisión del concepto o modalidades de administradores.

19) En cuanto a la clasificación de los créditos, en ambas leyes, artículo 93 en relación con artículo 92.5º (ley antigua) y artículo 282.4º y 6º en relación con 283 (ley nueva), artículos imprescindibles para el desarrollo y conclusión de esta Tesis, establecen que los créditos que los administradores de hecho o de derecho tengan contra la concursada, son créditos subordinados, por tratarse de personas especialmente relacionadas con el concursado, si bien, hay que destacar la minuciosidad de la nueva ley, porque además de la diferente enumeración y ubicación sistemática del articulado que regula esta materia, hemos de añadir que contempla por separado a los administradores de persona natural y de persona jurídica, aunque en nuestro caso, tratándose de sociedades de capital que son personas jurídicas, interesan los preceptos relativos a los administradores sociales de las personas jurídicas, en concreto, el artículo 283.

20) En los artículos 105.1. 1º de la antigua ley y artículo 335.1. 1º de la nueva ley, si bien ha sido derogado por la reforma concursal de 2022, establecía bajo la misma denominación “prohibiciones” los supuestos en los que el deudor no podía presentar propuesta anticipada de convenio, y en lo que a nosotros nos interesa (administradores sociales), disponían exactamente lo mismo ambos preceptos.

21) Calificación del concurso: En los artículos 164 “Concurso culpable”, 165 “Presunciones de culpabilidad”, 166 “Cómplices”, 172 “Sentencia de calificación” 172 bis “Responsabilidad concursal” y 173 “Sustitución de los inhabilitados” de la

antigua ley, así como, arts. 442 “Concurso culpable”, 444 “Presunciones de culpabilidad”, 445 “Cómplices”, 455 “Sentencia de calificación”, 456 “Condena a la cobertura del déficit” y 459 “Cese y sustitución de los inhabilitados de la nueva ley concursal”, se contempla la regulación de la calificación del concurso en relación con la figura del administrador social de las sociedades de capital.

Sobre la calificación del concurso como culpable, cuestión jurídica trascendental para esta Tesis dado que la consideración de concurso culpable por causa imputable al administrador social constituirá la única excepción a la Teoría de la superposición del Derecho Laboral sobre el Derecho Concursal en cuanto al cobro de los créditos concursales por salarios en caso de doble concurrencia de cargos (administrador y personal de alta dirección o personal laboral común), los artículos 164 de la derogada y 442 de la nueva Ley establecen que tiene lugar cuando en la creación o empeoramiento del estado de insolvencia hubiera habido un acto deliberado o culpable grave por parte de los administradores o liquidadores de la persona jurídica, tanto de hecho como de derecho, o de los apoderados generales, quienes hubieran tenido cualquiera de estas circunstancias dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso. La regulación en este punto es exactamente igual, solo que en la Ley 22/2003 se engloba menos artículos que en la Ley 1/2020, que vienen más diversificados.

Por lo que se refiere a las presunciones de culpabilidad (artículos 165 antigua ley y 444 de la nueva ley) se construyen las mismas causas en las que se presume la culpabilidad por culpa del administrador social, si bien es de añadir, que en la vieja ley se presumen otras causas distintas que en la nueva no, por lo tanto, dependerá del momento en que se establezca el procedimiento concursal para la aplicación de una u otra ley, siendo de aplicación la antigua para los procedimientos que estén en tramitación y no hayan concluido a la entrada en vigor de la nueva ley, excepto desde el pasado 1 de septiembre de 2022, pues tal y como hemos avanzado, aunque los procedimientos se iniciaran bajo la vigencia de la ley anterior, a partir del 1 de septiembre de 2022 continuarán tramitándose con arreglo a los preceptos de la ley vigente.

Los artículos 166 y 445 de la antigua y nueva ley, bajo la misma denominación, establecen quién se considera cómplice. En cuanto a la sentencia de calificación del concurso, los artículos 172 de la antigua ley y 455 en la nueva ley, bajo la misma rúbrica “Sentencia de calificación”, recogen la calificación del

concurso como fortuito o culpable, el contenido de la Sentencia y sus consecuencias.

La regulación, excepto la numeración y ubicación sistemática del articulado, es básicamente la misma, sin embargo, mientras que en la vieja ley se dispone que la presunción contenida en el artículo 165.2 no resulta de aplicación a los administradores sociales en el supuesto de que hubieran recomendado la recapitalización, siempre que dicha recapitalización se basara en una causa razonable, aun cuando ésta fuera a posteriori rechazada por los socios, en la ley nueva se dispone que los acreedores que tienen D.ºs especiales de información, autorización de operaciones específicas del deudor o vigilancia o control sobre el cumplimiento del plan de viabilidad no serán considerados administradores de hecho, a menos que se justifique una circunstancia diferente.

Se trata de regulaciones que nada tienen que ver, la una con la otra, pero en todo caso ambas se refieren a los administradores sociales y pueden considerarse como novedades.

En los artículos 172 *bis* y 456 de la Ley 22/2003 y Ley 1/2020, respectivamente, bajo la denominación en el primer caso de “Responsabilidad concursal” y en el segundo caso de “Condena a la cobertura del déficit” se prevé en ambas leyes similares consecuencias.

Como novedad, además de la diferente enumeración y ubicación sistemática del articulado, se prevé en la ley nueva la inclusión de “con o sin solidaridad” lo que tiene una gran transcendencia a la hora de exigir y realizar el pago, de acuerdo con las reglas generales de la solidaridad del derecho civil de acreedores y deudores (Vid. artículos 1137 a 1148 del Código Civil (en adelante, C.C.¹⁷²).

Los artículos 173 y 459 de la antigua y la nueva ley, respectivamente, regulan de manera semejante que la sentencia firme de calificación producirá el cese automático de los administradores sociales o liquidadores inhabilitados y que, si por ello no pudiera funcionar el órgano de administración o liquidación, la administración concursal procederá al nombramiento de los que deban sustituir a los inhabilitados.

¹⁷² El Real Decreto de veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve por el que se publica el Código Civil. Gaceta de Madrid, n.º 206, de veinticinco de julio de mil ochocientos ochenta y nueve, pp. 249 a 259. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

No obstante la anterior comparación de legislaciones, lo cierto es que deben destacarse las importantes reformas introducidas en la ley concursal de 2022, en primer lugar, la introducción del artículo 445 *bis* que dispone que el concurso será calificado como culpable, entre otros motivos, por dolo o culpa grave del administrador social, en segundo lugar, la modificación del artículo 450 que prevé la participación en la tramitación del concurso por parte, entre otros, del administrador social, en tercer lugar, la creación del artículo 450 *bis* que prevé que se pueda elevar informe al Ministerio Fiscal por posible delito cometido, entre otros, por el administrador social, en cuarto lugar, la introducción del artículo 451 *bis* que prevé la posibilidad de alcanzar, por el administrador social entre otros, una transacción sobre los efectos económicos de la calificación, y finalmente, y entre otras novedades, los apartados 3º y 4º del artículo 456 que señalan que no se condenará en costas, entre otros, a los cómplices (entre los que se puede encontrar el administrador social) en el caso de que se declare el concurso culpable o el incumplimiento culpable del convenio, respectivamente.

22) Bajo la denominación “Representación y defensa procesales. Emplazamiento y averiguación de domicilio del deudor” en la antigua ley y “Representación y defensa de los acreedores y demás legitimados en la nueva ley” se establece en los artículos 184.3º y 512.1º y 2º (ligeramente modificados por la reforma concursal de 2022) la misma regulación aunque distintamente distribuida, pero se refiere igualmente a la realización de actuaciones procesales de los administradores sociales de las sociedades de capital, administradores que son unos de los sujetos que, según la ley, ostentan legitimación.

Por otra parte, el contenido del apartado 7º del artículo 184 no viene incluido en el mismo artículo en la ley nueva, por lo que, podemos considerarlo como una diferencia significativa a nivel sistemático.

23) En los artículos 190.1º y 522.1º de la ley antigua y de la nueva respectivamente, ya derogado por la reforma concursal de 2022, establecía, bajo el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado, que cuando el deudor fuera una persona natural el juez valoraría especialmente si es administrador de alguna persona jurídica o si responde o es garante de deudas ajenas. La redacción es casi exactamente la misma, por lo que no hay ninguna diferencia más que el numerado del artículo y sus denominaciones “ámbito de aplicación” (Ley 22/2003) y “aplicación facultativa del procedimiento abreviado” (Ley 1/2020), sin embargo, es

de reseñar que la reforma concursal de 2022 ha derogado el procedimiento abreviado.

24) En los artículos 232.1º y 631.2º de la antigua y nueva ley respectivamente, se establecía, ya que desde la reforma concursal de 2022 se han introducido los planes de reestructuración y eliminado el acuerdo extrajudicial de pagos, que, en caso de personas jurídicas, estarían legitimados para solicitar el acuerdo extrajudicial de pagos, los administradores sociales o liquidadores de la persona jurídica. No hay ninguna diferencia, la regulación es la idéntica, la única diferencia es la ubicación sistemática que en la nueva ley viene antes del Derecho Internacional mientras que en la antigua está situado en último lugar.

25) En los artículos 700 “Presunción concurso culpable” (concurso consecutivo), 701 “Personas afectadas por la calificación del concurso” y 702 “Especialidades en materia de condena a la cobertura del déficit” de la nueva ley se comprendían, ya que la reforma concursal de 2022 los ha derogado y ha dado una nueva denominación y contenido, las especialidades en materia de calificación del concurso consecutivo, que venían bastante detalladas en lo que se refiere a la intervención/responsabilidad del administrador social, pues en la vieja ley solo se contienen esas referencias muy escasamente en el artículo 172 relativo a la sentencia de calificación y otros preceptos dispersos en la calificación del concurso, pero no se remarca que sea por concurso consecutivo sino simplemente por concurso, por lo que en la nueva ley se le otorga una especial relevancia al concurso consecutivo que no tenía en la anterior ley, igualmente el contenido de las disposiciones no consagran normas nuevas aunque si las aclara y precisa.

Si bien como hemos avanzado, la reforma concursal de 2022 ha derogado tales preceptos y los ha sustituido por la exoneración del pasivo insatisfecho y por las medidas que pueden utilizarse en el procedimiento especial de continuación.

26) En cuanto al Derecho Internacional y de la U.E. los artículos 221 “Administrador o representante extranjero”, 225 “Cumplimiento a favor del deudor”, 226 “Medidas cautelares”, 227 “Obligaciones de cooperación”, 228 “Ejercicio de los derechos de los acreedores” y 230 “Excedente del activo del procedimiento territorial” de la antigua ley y arts. 743 “Administrador o representante extranjero”, 747 “Cumplimiento a favor del deudor”, 748 “Medidas cautelares”, 749 “Obligaciones de cooperación”, 750 “Ejercicio de los derechos de los acreedores” y 752 “Excedente del activo del procedimiento territorial” de la

nueva ley, se establece la misma regulación en cuanto a contenido y denominación de articulado, la única novedad es la diferente ubicación sistemática, pues en la ley antigua se encuentra antes del acuerdo extrajudicial de pagos mientras que en la ley nueva viene recogido al final de la ley, pero el contenido es exactamente el mismo y para nuestra Tesis no es muy relevante, aunque si quisiéramos añadir alguna precisión podríamos acudir a cualquiera de las leyes que estén vigentes en el momento que de que se trate, pero el resultado sería el mismo.

27) Por último, debemos destacar que la vieja ley en su Disposición Final 2ª reformó el artículo 13.2º del C.Co. de 1885, que ahora dispone que las personas que sufran la sanción de inhabilitación por sentencia judicial firme conforme a la Ley Concursal, y mientras no haya concluido el período de inhabilitación acordado en la mencionada resolución, si se hubiera acordado que el afectado por la inhabilitación podía continuar al frente de la empresa o como administrador social de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se circunscriben a las cuestiones concretas que se hubiesen acordado por el juez del concurso en la resolución judicial que la hubiese acordado. También hay que subrayar que durante el estado de alarma los administradores sociales no respondían de las deudas sociales tal y como establece la normativa que se examina en el Capítulo I.

28) Restantes novedades de la reforma concursal de 2022 en relación con el administrador social:

- El artículo 37 *ter*, sobre las especialidades de la declaración del concurso sin masa, que prevé que la administración concursal pueda presentar al juez del concurso entre otras informaciones las relativas a la existencia de indicios suficientes para el ejercicio de la acción social de responsabilidad.

- El apartado 2º del artículo 100 que establece la separación del administrador concursal por el incumplimiento de los deberes de diligencia, imparcialidad e independencia con respecto de entre otros, los administradores sociales.

- El artículo 399 *bis* establece la facultad de los administradores sociales del aumento de capital en la ejecución de convenio.

- El artículo 473 sobre la insuficiencia sobrevenida, debiendo el administrador concursal emitir informe que disponga entre otras cuestiones que no existen indicios para el ejercicio de la acción social de responsabilidad contra, entre otros, los administradores sociales.

- El artículo 694 *ter* que prevé que los administradores sociales puedan ejercitar funciones de representación para defender los derechos en el procedimiento de liquidación como uno de los efectos de la apertura del procedimiento de liquidación de las microempresas sin transmisión de la empresa en funcionamiento.

- El artículo 696 en relación con el artículo 695 sobre acciones de responsabilidad contra administradores que deben seguir las reglas sobre las acciones de rescisión.

- Finalmente, y sin perjuicio de la modificación de la L.S.C. que ya ha sido ampliamente examinada en el Capítulo primero de esta Tesis, reseñamos la disposición adicional séptima sobre facilitar al administrador social un informe sobre la posición de riesgo de la sociedad.

Pero además de la L.C. que regula los aspectos sustantivos y procesales del concurso de acreedores, son aplicables otro tipo de normas jurídicas.

Entre otras, podemos estudiar, el E.T.¹⁷³, que se encarga de regular entre otras materias, la relación laboral común y especial, los contratos de trabajo y los salarios de los trabajadores, el citado R.D. 1382/1985, de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, que se ocupa de la figura del alto cargo directivo o personal de alta dirección, la Ley 36/2011, de diez de octubre de dos mil once, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, L.R.J.S.), que recoge, en lo que aquí interesa, el orden competencial de los órganos de la jurisdicción social, y la L.O.¹⁷⁴ 6/1985 de uno de julio de mil novecientos ochenta y cinco del Poder Judicial (en lo sucesivo, L.O.P.J.), que establece, entre otras cuestiones, la competencia de los órganos

¹⁷³ En nuestro ordenamiento jurídico, los Decretos Legislativos al igual que los Decretos Leyes, no son leyes “puras”, pues las leyes “puras” son aquellas que emanan directamente del poder legislativo, es decir, las ordinarias y las orgánicas, aunque si son normas con rango de ley.

¹⁷⁴ De acuerdo con la regulación de la C.E. de 1978 sobre la elaboración de las leyes, Cap. II del Título III, anteriormente mencionada, podemos diferenciar dos clases de leyes, las ordinarias y las orgánicas. La diferencia fundamental estriba en la reserva legal de materias y en las mayorías parlamentarias requeridas para su aprobación. Mientras la Ley Orgánica está reservada para las materias de mayor importancia, y por eso requiere para su aprobación mayoría absoluta del Congreso de los Diputados, la Ley Ordinaria puede referirse a cualquier materia que no esté reservada a Ley Orgánica, requiriendo únicamente la mayoría simple del Congreso de los Diputados para su aprobación.

judiciales encargados de la tramitación y resolución de los concursos de acreedores. Por último, también será de aplicación, la L.S.C., ya referida en el precedente Capítulo I.

Por lo que se refiere a la relación laboral, a los contratos de trabajo y a los salarios de los trabajadores como consecuencia del trabajo devengado, debemos tener en cuenta, en lo que fundamentalmente a nuestra Tesis interesa, la normativa que se recoge en los artículos 1,¹⁷⁵ y 32¹⁷⁶ del E.T., en los que se establece el ámbito de aplicación y exclusión de la ley, así como, la calificación como privilegiados de los créditos por salarios, materias sobre las que se incidirán con especial énfasis en el Cap. VII de la presente Tesis.

Del citado R.D. 1382/1985, de uno de agosto, interesa la normativa relativa a las especialidades laborales, en concreto, la de deberes, derechos y responsabilidades, que deberá extraerse del conjunto normativo y ponerla en relación con la normativa laboral común y la de derecho de sociedades, tarea que será realizada en el Capítulo V (en relación con lo ya expuesto en el Cap. I).

En cuanto a la Ley 36/2011, de diez de octubre, reguladora de la jurisdicción social, únicamente traemos a colación su artículo 2 letra a), que sintéticamente establece que esta ley es aplicable a los contratos de trabajo y de puesta a disposición que se celebren entre empresario y trabajadores y, por lo tanto, otorga a los órganos judiciales de la jurisdicción social la competencia para el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se susciten en torno a esos contratos. Sin embargo, incorpora una excepción, ya que, en caso de concurso de acreedores, de tales cuestiones litigiosas conocerán los órganos de la jurisdicción mercantil¹⁷⁷, aunque esta afirmación tiene sus reglas generales y sus excepciones tal y como se comprobará en el Capítulo III.

¹⁷⁵ El E.T. regula en sus arts. 1 y 2 las materias relativas a la relación laboral común o especial y dentro de estas las relativas a los consejeros o miembros del órgano de administración, a los directivos de régimen laboral común, al personal de alta dirección etc. En cuanto al contenido del art. 1, nos remitimos al Cap. I en el que se trató someramente el régimen jurídico del administrador social, Vid. art. 2 para las relaciones especiales laborales.

¹⁷⁶ Por otra parte, el art. 32 del E.T. intitolado "Garantías del salario" es estudiado ampliamente en el Cap. VII de esta Tesis al tratar de los créditos concursales laborales.

¹⁷⁷ B.O.E., n.º 245, de once de octubre de dos mil once, pp. 106584 a 106725. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>.

Con respecto del concurso de acreedores, la L.O.P.J., con anterioridad a la última reforma llevada a cabo, y que será examinada al final del presente Capítulo, distinguía según el concursado fuera una persona física o jurídica, y atribuía respectivamente, en los artículos 85 y 86 *ter*¹⁷⁸, la competencia a los Juzgados de Primera Instancia y a los Juzgados de lo Mercantil, aunque el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, remitido por el Gobierno de la Nación, el 4 de agosto de 2021, a las Cortes Generales, ya vislumbró la intención de modificar la competencia judicial y atribuir de nuevo el conocimiento de los concursos de acreedores de persona natural a los Juzgados de lo Mercantil, actuación que ha sido finalmente materializada como veremos y que es plausible.

Finalmente, y con carácter previo a dar por concluido el presente Capítulo, debe hacerse una breve referencia sobre el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal, remitido por el Gobierno de la Nación, el 4 de agosto de 2021, a las Cortes Generales de España, así como las diversas medidas que finalmente se han adoptado en relación con los proyectos inicialmente propuestos.

Este proyecto, dictado para cumplir con los compromisos europeos, sirve para transponer a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva Concursal UE Sobre Reestructuración Empresarial 2019/1023 de 20 de junio de 2019¹⁷⁹.

Como novedades de esta reforma¹⁸⁰ podemos destacar (5 de agosto de 2021) qué:

A) La sustitución de los antiguos acuerdos de refinanciación por los novedosos planes de reestructuración, los cuales constituyen instrumento previo al concurso que favorece la “reestructuración” en una etapa más temprana, cuando

¹⁷⁸ Por su parte, el art. 86 *ter* de la L.O. 6/1985 de uno de julio de mil novecientos ochenta y cinco del Poder Judicial. B.O.E., n.º 157, de dos de julio de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 20632 a 20678. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666>. dispone que *1. Los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones se susciten en materia concursal. Igualmente conocerán de las acciones civiles y sociales, medidas cautelares y acciones societarias dirigidas contra el concursado o sus administradores (a salvo las excepciones que establece).*

¹⁷⁹ Para un estudio amplio de esta Directiva *Et. Infra*. Cap. III., en el que trataremos sobre la sucesión de empresa concursal.

¹⁸⁰ Las medidas que se exponen a continuación han sido directamente recogidas de la web del Gobierno, recuperada el 25/02/2024 de <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/paginas/enlaces/171210-enlaceconcursal.aspx>.

se detecten indicios de insolvencia. Finalmente, esta previsión se ha cumplido, la reforma concursal de 2022 ha introducido los planes de reestructuración en los artículos 614 y ss.

Esta medida es sin duda consecuencia de la transposición de la Directiva 2019/1023, pues cumple con el objetivo de una detección precoz de la insolvencia, lo que puede contribuir a evitar el desastre de la insolvencia definitiva y, probablemente, no reversible, con nefastas consecuencias para el concursado y sus trabajadores.

B) La introducción de un nuevo procedimiento específico, dirigido únicamente a los autónomos y microempresas que cuenten con menos de 10 trabajadores, modalidad con la que se pretende simplificar el proceso concursal y reducir los costes. La reforma concursal de 2022 ha introducido un procedimiento especial dirigido a las microempresas en los arts. 685 y ss. al tiempo que ha derogado los preceptos sobre el procedimiento abreviado.

Aún no podemos conocer los beneficios que en la práctica supondrá este procedimiento, sin embargo, lo cierto es que el procedimiento concursal se antoja largo, complejo y costoso para ser aplicado a situaciones más simples.

C) Se proponen en el proyecto de 2021 y se efectúan en la reforma de 2022 modificaciones en el procedimiento de segunda oportunidad, introduciendo en el mismo los mandatos consagrados en la Directiva 2019/1023, así como *motu proprio*, la posibilidad de exoneración sin liquidación previa del patrimonio del concursado, permitiéndole mantener su vivienda habitual y en caso de ser autónomo, la continuidad en su actividad empresarial.

En este caso, nos encontramos nuevamente ante una medida consecuencia de la trasposición de la Directiva 2019/1023, medida que puede considerarse como adecuada dada la situación en que puede colocarse al concursado persona física, y probablemente a su familia, aunque también puede tener consecuencias negativas para los acreedores, por lo que habrá que ver en el futuro que bien jurídico merece ser más digno de protección, pues existen muchos acreedores cuyo patrimonio también depende del cobro del crédito que el deudor debe.

D) Medidas, propuestas por el proyecto de 2021 y adoptadas por la reforma de 2022, para agilizar el procedimiento concursal y reducir su duración, entre las

que podemos destacar los incentivos a los administradores concursales, remuneratorios y penales, con vías de que acelere su actuación.

Estas medidas son realmente adecuadas, pues, aunque no pueda dudarse, con carácter general, del buen hacer de los administradores concursales, la delicada situación por la que atraviesan tanto el concursado como sus trabajadores, exigen de una mayor celeridad, la cual probablemente se consiga, para algunos con el incentivo de la remuneración extra y para otros con el miedo por la amenaza a la “pena”, o quizás por la combinación de ambas.

E) Modificación de las competencias de los Juzgados de lo Mercantil y de los Juzgados de Primera Instancia, atribuyendo el conocimiento de los concursos de persona natural al Mercantil y las cuestiones sobre condiciones generales de la contratación, protección de consumidores o usuarios y materias de transporte a los de Primera Instancia.

Este traspaso de competencias finalmente se ha materializado mediante L.O. 7/2022 de 27 de julio de modificación de la L.O.P.J, en materia de los Juzgados de lo Mercantil¹⁸¹, motivándose en la exposición de motivos que así se recupera una competencia “original” perdida y que la condición civil del deudor no constituye argumento suficiente para continuar atribuyendo a jueces no especializados la competencia para conocer de estos concursos, argumento que comparto aunque difiera de la concepción de lo que es un Juzgado de lo Mercantil, pues entendemos que es realmente acertado atribuir el conocimiento de los concursos de personas físicas a los Juzgados de lo Mercantil, conforme a la máxima “el que puede lo más puede lo menos”, liberando así a los Juzgados de Primera Instancia de la necesidad de “especializarse” para conocer de los concursos de acreedores. También parece adecuada la atribución a los Juzgados de Primera Instancia de la competencia para conocer de las cuestiones sobre condiciones generales de la contratación y de los consumidores o usuarios, pues, en definitiva, ya conocen de esas materias en su aspecto individual. Más discutible es la competencia en materia de transportes, materia que ha originado numerosas cuestiones de competencia entre los Juzgados de Primera Instancia y los de lo Mercantil.

¹⁸¹ B.O.E., n.º 180, de veintiocho de julio de dos mil veintidós, pp. 108255 a 108270. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-12578.

2.4. BREVE RECORRIDO POR EL DERECHO CONCURSAL EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EN ALGUNOS PAÍSES IBEROAMERICANOS

Para finalizar el presente Capítulo vamos a llevar a cabo un breve estudio comparado entre nuestra legislación y las legislaciones de los países mencionados en este apartado.

A) DERECHO CONCURSAL DE ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos (en adelante, EE. UU.) el Derecho Concursal viene regulado en el *Bankrupt Code* (Pub. L. 95-598, title I, §101, nov. 6, 1978, 92 Stat. 2549) objetivo de diversas actualizaciones, y en dicha legislación se pueden contemplar dos procesos fundamentales, los procesos concursales de reestructuración y liquidación. Al igual que sucede en España, los procesos son dirigidos y controlados por un órgano judicial, aunque a diferencia del Derecho de nuestro país, en EE. UU. dicho órgano judicial recibe la denominación de “juez de quiebras” y no de juez de lo mercantil.

En todo caso, se siguen reglas similares a las de nuestro país, ya que, el órgano judicial es el encargado de dar el visto bueno y aprobar el plan de reestructuración presentado por el deudor a sus acreedores, teniendo el juez como objetivo principal el de asegurar la existencia y viabilidad de la empresa (en nuestro caso, sociedad de capital), y al mismo tiempo, la protección de los créditos concursales (entre los que se encuentran tanto los de los trabajadores por cuenta ajena y los del personal de alta dirección, como el de los administradores sociales)¹⁸².

B) DERECHO CONCURSAL DE COLOMBIA

El sistema concursal colombiano viene regulado por la Ley n.º 1116 DE 2006 por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial en la República de Colombia y se dictan otras disposiciones, publicada en el Diario Oficial de Colombia n.º 46.494 de 27 de diciembre de 2006, y que ha sido objeto de diferentes reformas.

Como especialidades de esta legislación podemos destacar, a diferencia de lo que ocurre con España o EE. UU., que compete a los acreedores la aprobación

¹⁸² Gordon Baird, G. y Crawford Morrison, E. (2002). Tomando la Decisión de Quiebra. *Ius et Veritas* n.º 25, pp. 219-230.

del acuerdo que proponga el deudor, correspondiendo al Estado la clasificación de créditos (recordemos que en España la clasificación de créditos se lleva a cabo por la Administración concursal).

C) DERECHO CONCURSAL DE ARGENTINA

El sistema concursal argentino viene regulado en la Ley de concursos y quiebras n.º 24.522 de 9 de agosto de 1995 que ha sido objeto de diversas reformas, siendo aplicable igualmente la Ley n.º 26994 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación, y se trata de un sistema muy similar al colombiano, por lo que podemos dar por reproducidas las anteriores consideraciones.

D) DERECHO CONCURSAL DE PERÚ

El Derecho Concursal Peruano viene recopilado en la Ley General del Sistema Concursal n.º 27809, modificado por Decreto Legislativo n.º 1050 de 27 de junio de 2008

La peculiaridad de este sistema consiste en que se trata de un sistema mixto a los anteriormente analizados, ya que, en unas ocasiones la competencia corresponderá al Estado y en otras a los acreedores, pues como dice BAIRD, las decisiones deben de tomarse por quienes que vaya a sufrir las consecuencias de estas¹⁸³.

En todo caso, y en lo que a nuestra Tesis interesa, la protección del crédito corresponde al Estado.

E) CONCLUSIONES

Tras el breve análisis de la legislación concursal de diversos países¹⁸⁴, se puede llegar a la conclusión de que existen tres tipos de sistemas concursales, los que otorgan la competencia al Estado, los que otorgan la competencia a los acreedores, y los mixtos.

¹⁸³ Gordon Baird, D. (2000). Cambiando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial. *Ius et Veritas* n.º 21, pp. 287-291.

¹⁸⁴ La legislación concursal utilizada para la comparación con la española ha sido obtenida de la obra de Castellanos Sánchez, L.F. (2009) Las mil y una noches del derecho concursal. Unos objetivos y principios del cuento. *Themis: Revista de Derecho* n.º 57, pp. 199-226.

En España, una vez iniciada la maquinaria concursal, la competencia es del Estado, encarnado en las figuras del juez de lo mercantil y de la Administración concursal, correspondiendo la clasificación de los créditos a la Administración concursal y la calificación del concurso como fortuito o culpable al juez de lo mercantil.

**CAPÍTULO III –
APLICACIONES PRÁCTICAS
DE LA SÚPER POSICIÓN DEL
DERECHO LABORAL EN EL
ÁMBITO CONCURSAL. LAS
CONEXIONES ENTRE LA
JURISDICCIÓN CONCURSAL
Y LABORAL**

CAPÍTULO III. APLICACIONES PRÁCTICAS DE LA SÚPER POSICIÓN DEL DERECHO LABORAL EN EL ÁMBITO CONCURSAL. LAS CONEXIONES ENTRE LA JURISDICCIÓN CONCURSAL Y LABORAL

En el presente Capítulo será examinada la Teoría que mantenemos en esta Tesis, la súper (mega o superior) posición del Derecho del Trabajo sobre el Derecho Concursal (también sobre el Derecho Mercantil) y con la misma comenzaremos a resolver cuestiones prácticas de colisión de derechos de trabajadores y empresarios en el ámbito concursal, tales como de los procedimientos de regulación de empleo concursal y de la sucesión de empresas concursal, si bien, previamente a la resolución de la problemática deberemos deslindar con precisión la competencia del juez del concurso y del juez de lo social al entenderse imprescindible para determinar qué órgano judicial debería aplicar la Tesis.

Con carácter previo al análisis de las anteriores cuestiones debemos poner de relieve determinados aspectos, y es que debe sentarse como premisa la necesaria correlación de los Derechos en liza en la presente obra, esto es, Laboral, Mercantil y Concursal, puesto que al final van a confluir dentro de una disciplina jurídica especializada, el Derecho Concursal Laboral (o Laboral Concursal como prefiere denominarse en esta Tesis), que, sin perjuicio de su posterior examen, está compuesto de elementos mercantiles, laborales, civiles y procesales civiles, por lo que es inevitable que nuestro estudio extienda sus tentáculos sobre todas las disciplinas del Derecho en liza.

Además, y aunque no pudiera enlazarse con la problemática de esta obra, es de vital importancia el examen, si quiera sea breve, del Derecho de la Seguridad Social, pues es indiscutible que el empresario (en nuestro caso, sociedades de capital *strictu sensu*) debe cumplir con una serie de obligaciones que se insertan en dicho Derecho de la Seguridad Social (disciplina jurídica que se suele tratar por los estudiosos del Derecho junto con el Derecho del Trabajo), incluso los administradores sociales y, a mayor abundamiento los trabajadores por cuenta ajena y el personal de alta dirección, no están eximidos de las obligaciones para con la Seguridad Social impuestas por el ordenamiento estatal.

Las conexiones, por lo tanto, son más que patentes, ya que no puede entenderse el funcionamiento del tráfico jurídico empresarial sin trabajadores que intervengan en el proceso productivo de bienes y servicios, aunque el fin último del Derecho Mercantil sea la regulación del tráfico jurídico empresarial y la finalidad principal del Derecho del Trabajo sea la protección de los trabajadores en el ámbito de la empresa.

De hecho, la misma C.E. de 1978 consagra dentro de la misma categoría de derechos, “derechos y deberes de los ciudadanos”, el derecho al trabajo y la libertad de empresa¹⁸⁵.

Por otra parte, se podría dudar de la necesidad del Derecho Concursal o del Derecho de la Seguridad Social en la ecuación jurídica mercantil-laboral, pero nada más lejos de la realidad.

El Derecho Concursal está instituido tanto para proteger el patrimonio de la empresa que se ve inmerso en un estado de insolvencia, actual o inminente, como a los acreedores del empresario, entre los que se encontrarán los trabajadores de la empresa, para que puedan cobrar sus créditos, existiendo así mismo la posibilidad de que existan créditos de la Seguridad Social¹⁸⁶.

El Derecho de la Seguridad Social está presente en todas las disciplinas reseñadas, la totalidad de los sujetos trabajadores deben estar dados de alta en el Régimen que corresponda, General o Especiales (existiendo dentro de cada uno de estos regímenes la posibilidad de constituir sistemas especiales), y contribuir con

¹⁸⁵ El Derecho al trabajo viene consagrado en el art. 35 de la Norma Suprema precepto que agrega los no menos importantes derechos a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo, a una remuneración suficiente y a la igualdad salarial, y según el Tribunal Constitucional (en adelante, T.C.), en Sentencia 20/1994 de veintisiete de enero, el derecho al trabajo también incluye la posibilidad de reaccionar frente a la decisión unilateral de despido. Por lo que a la libertad de empresa se refiere, viene recogida en el artículo 38 de nuestra Carta Magna incorporándose como derecho no menos importante, la defensa de la productividad.

¹⁸⁶ En este supuesto la conexión es obvia, el puesto de trabajo y el sustento económico de los trabajadores dependen de la viabilidad de la empresa para la que prestan sus servicios, ostentando, por la primacía del Derecho Laboral sobre el Derecho Mercantil y Concursal, el derecho a cobrar su salario devengado con anterioridad a la declaración del concurso, así como con posterioridad a dicha declaración judicial, constituyendo el salario de los trabajadores, tal y como se examinará en el último Cap., un crédito privilegiado general u ordinario o súper privilegiado (crédito contra la masa).

su salario al “sistema”, por su parte, las empresas deben dar de alta y baja a los trabajadores y cotizar por los mismos a la Seguridad Social, incluso la relación es extremadamente estrecha cuando se produce un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad, común o profesional, y deben abonarse al trabajador cantidades económicas en los periodos de baja médica por incapacidad temporal, compartidas entre la empresa privada y el organismo público, o derivarse sanciones por recargo de prestaciones por faltas de medidas de seguridad y/o salud en materia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional, incluso cabe la posibilidad de los empresarios asuman voluntariamente la colaboración en la gestión para materias que no vienen obligados *ex lege*¹⁸⁷.

3.1. LA SÚPER (MEGA O SUPERIOR) POSICIÓN DEL DERECHO LABORAL

Una vez examinadas las anteriores interrelaciones de ramas del ordenamiento jurídico español que son, fundamentalmente, las que sirven de soporte y apoyo para la elaboración de este trabajo, avanzaremos hacia nuestra posición doctrinal que constituirá el soporte teórico de la situación de hecho y de derecho objeto de la presente Tesis¹⁸⁸, y ello sin perjuicio de otras aplicaciones prácticas de la misma que iremos aludiendo.

Consideramos que el Derecho Laboral es superior a los demás derechos expuestos en su relación con ellos y, sobre todo, en caso de conflictos con ellos, dado su carácter tuitivo-protector de los trabajadores, grupo colectivo más abundante que los empresarios en cualquier país, y cuya posición de inferioridad frente a los empresarios y los organismos públicos requiere de una protección mayor.

Por ello, el Derecho Laboral tiene una súper (mega o superior) posición que conllevará que el derecho más importante para un trabajador, como es el percibo

¹⁸⁷ Además de las razones expuestas sobre la vinculación entre disciplinas, la C.E. de 1978 dedica su art. 41 al régimen público de la Seguridad Social, debiendo hacerse especial hincapié en la expresión “para todos los ciudadanos”, pues ello pone de relieve la inclusión de empresarios y trabajadores en esa formulación constitucional, sujetos que, si bien tienen derecho a ese sistema, también tienen la obligación, no sólo ética o moral sino constitucional y legal, de contribuir a su mantenimiento.

¹⁸⁸ Sobre la situación de hecho y derecho objeto de la presente Tesis, así como los principios jurídicos que la sustentan *et. Infra*. Cap. VII.

del salario para su sustento y el de su familia, se imponga sobre el interés empresarial en general, y sobre los créditos concursales de los demás acreedores no trabajadores en particular, sin perjuicio claro está de los diversos tramos salariales, a los que la ley otorga distinta relevancia y protección en función de la cuantía.

3.2. LA JURISDICCIÓN CONCURSAL Y SUS RELACIONES CON LA JURISDICCIÓN SOCIAL EN EL MARCO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

La función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado viene expresamente atribuida a los jueces y tribunales señalados por las leyes¹⁸⁹, quienes, pese a la corta expresión que define la generalidad de sus funciones, tienen que llevar a cabo amplios cometidos en la realidad práctico-jurídica y lidiar con supuestos jurídicos de diversa índole.

La misión constitucional encomendada a los jueces¹⁹⁰ se canaliza bien a través de órganos unipersonales o bien por medio de órganos colegiados.

Como órganos unipersonales nos interesan, por su relación con la materia de la presente obra, los Juzgados de lo Mercantil y los Juzgados de lo Social servidos por un solo magistrado¹⁹¹.

El concurso de acreedores es competencia de los Juzgados de lo Mercantil, sin embargo, cuando resultan afectadas las personas trabajadoras, algunos aspectos pueden ser competencia de los Juzgados de lo Social, por lo que debemos efectuar

¹⁸⁹ La función de que se trata tiene el rango de constitucional y viene consagrada en el apartado 3º del art. 117 de nuestra Carta Magna que dispone que: *Solo los Juzgados y Tribunales designados por la ley tienen la autoridad para ejercer la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, así como para ejecutar lo juzgado*, disponiéndose en su apartado 4º añade que: *no podrán llevar a cabo otras funciones que no sean las anteriores excepto las que la ley establezca en garantía de cualquier derecho*, como son las de carácter gubernativo o disciplinario.

¹⁹⁰ El juez, incardinado en el Poder Judicial, es el “guardián de las promesas” recogidas en las normas jurídicas sancionadas en nuestra Carta Magna, Vid. Garapon, A. (1997). *Juez y democracia*. Pág. 284. Barcelona: Flor del Viento.

¹⁹¹ Aunque la plaza de estos juzgados especializados sea de categoría de magistrado, puede ocuparse, al menos temporalmente, por un juez, concretamente, como juez de adscripción territorial, como ha sido el caso de quien suscribe.

la distribución de competencias para entender en que materias es competente cada orden jurisdiccional¹⁹².

Genéricamente, la L.O.P.J. atribuye al juez del concurso las acciones sociales y ejecución de cuestiones jurídicas relacionadas con los trabajadores de la empresa concursada, mandato que se reitera en la legislación de procedimiento laboral al excluir de la competencia de los Juzgados de lo Social las materias que estén reservadas al juez del concurso en la Ley Concursal¹⁹³.

Tales materias son las relativas a: A) Acciones sociales que tienen por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado; B) Acciones sociales que tienen por objeto la extinción o suspensión de los contratos del personal de alta dirección; C) La modificación de las condiciones laborales establecidas en convenio colectivo; D) La ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial de la sociedad de capital concursada, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado; y E) Las medidas cautelares que afecten al patrimonio de la sociedad de capital concursada.

A) Acciones sociales que tienen por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado.

Resulta decisiva la alusión de “colectivas” pues es el criterio fundamental delimitador de la competencia del Juzgado de lo Mercantil en materia de concurso, ya que, en el caso de las acciones sociales que tienen por objeto la extinción, modificación o suspensión de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado sean de carácter “individual” la competencia corresponderá al Juzgado de lo Social, sin perjuicio de que una vez firme la sentencia estimatoria, el crédito que se le reconozca al trabajador deba necesariamente hacerse valer en el concurso

¹⁹² Lo expuesto se entiende sin perjuicio de la posible influencia de las resoluciones de la jurisdicción social en el concurso (como puede ser la determinación de un crédito salarial) o de la posibilidad de iniciar ejecuciones sociales finalizado el concurso de acreedores, Vid. Marco Cano, F. (2020). Manual práctico de Derecho laboral concursal. *Competencias de la jurisdicción social y de la jurisdicción mercantil en relación a los trabajadores de la empresa en concurso* (pág. 183). Madrid: Wolters Kluwer.

¹⁹³ Vid. art. 86 ter L.O.P.J. en relación con los arts. 2 y 3 de la L.R.J.S. y con los artículos 52 a 55 de la L.C. El art. 52 L.C. ha sido objeto de una profunda modificación por la reforma concursal de 2022, afectando en una importantísima materia laboral-concursal, la sucesión de empresa, que será tratada al final del presente Capítulo.

de acreedores ante el juzgador concursal, previa información a la administración concursal para la inclusión del crédito en el informe (y la lista de acreedores), aunque en este caso, se tratará de un crédito súper privilegiado¹⁹⁴.

En todo caso, existen diversas corrientes doctrinales, sobre todo del lado de la jurisdicción social, que critican la atribución de estas competencias al juez del concurso, sin embargo, compartimos la doctrina mayoritaria, que es la acogida por el legislador, pues aunque antes había referido el Derecho Laboral ostenta una súper (mega o superior) posición sobre el Derecho Concursal, resulta que, en el caso de acciones sociales de carácter colectivo, no sólo resulta implicado el derecho de un trabajador, sino los derechos de todos o la mayor parte de los trabajadores de la sociedad de capital concursada, por lo que es indudable la necesidad de que el juez del concurso pueda disponer de todas las herramientas necesarias para que el concurso de acreedores pueda llegar a buen fin y no resulte beneficiado/perjudicado un trabajador más que otro, atendida la masa activa y pasiva del concurso¹⁹⁵.

En todo caso, el juez del concurso, para resolver sobre las acciones sociales de carácter colectivo, deberá acudir a la regulación del E.T. sobre despido colectivo,

¹⁹⁴ Por “súper privilegiado” debemos entender el crédito contra la masa, para un estudio detallado de tales créditos: *Et. Infra*. Cap. VII.

¹⁹⁵ Del lado de los que critican esta atribución competencial encontramos a Desdentado Bonete, A. (2012). La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el Concurso Laboral. *La ley*, pág. 49., autor que en la mencionada obra entiende que la competencia no es jurisdiccional. En sentido contrario encontramos a Orellana Cano, N.A. (marzo, 2013). Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo. Trabajo presentado en el *II Congreso Judicial de Derecho Concursal*. Madrid, España., congreso en el que alabó esta atribución de competencia al juez del concurso, al no tratarse de una competencia del juzgado de lo social, sino de la autoridad laboral (despidos colectivos y suspensiones del contrato de trabajo) o del empresario (modificaciones sustanciales del contrato de carácter colectivo) y que por vía de la impugnación se atribuyen a la jurisdicción social, correspondiendo el conocimiento, tanto del despido colectivo como de las modalidades de conflicto colectivo, directamente a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, T.S.J.) o de la Audiencia Nacional (en adelante, A.N.) según se circunscriba o supere el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, respectivamente. (no obstante, cabe la posibilidad de que el Juzgado de lo Social conozca del despido colectivo cuando es impugnado individualmente por los trabajadores y del conflicto colectivo cuando el ámbito del conflicto se circunscriba a la circunscripción del Juzgado de lo Social).

suspensión y reducción de jornada, modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y sobre traslado colectivo¹⁹⁶.

Finalmente, con la conclusión del concurso, ya sea por las causas del artículo 465¹⁹⁷ de la L.C., modificadas por la reforma concursal de 2022, o por aprobación de convenio¹⁹⁸, cesa la competencia del juez del concurso en las citadas materias de carácter social.

B) Acciones sociales que tienen por objeto la suspensión o extinción de contratos de alta dirección

Aunque este supuesto parezca genérico, lo cierto es que son muy específicas las materias de que puede conocer el juez del concurso, reduciéndose a las relativas a: a) la impugnación de la decisión de la administración concursal de suspender o extinguir su contrato; b) sobre la acción ejercitada por la administración concursal a fin de que el juez modere la indemnización pactada; y c) sobre la acción de aplazamiento del pago de la indemnización, así mismo ejercitada por la administración concursal.

Los restantes supuestos no contemplados en el párrafo anterior serán de la competencia de los Juzgados de lo Social¹⁹⁹.

C) La modificación de condiciones laborales establecidas en convenio colectivo

Esta competencia venía regulada en el artículo 66 de la derogada L.C.²⁰⁰, recogiendo en la actualidad en el artículo 189 de la vigente L.C.²⁰¹.

¹⁹⁶ Para comprobar los aspectos sustantivos de tales instituciones jurídico-laborales Vid. arts. 40, 41, 47 y 51 del E.T.

¹⁹⁷ Este precepto establece las causas de conclusión del concurso de acreedores convenientemente adaptadas tras la reforma de calado de 2022.

¹⁹⁸ Así parece desprenderse del espíritu del art. 394 de la L.C.

¹⁹⁹ Esta es la regla legal general, sin embargo, un sector doctrinal y jurisprudencial entienden que también debería corresponderle al juez del concurso el conocimiento de la acción de impugnación del despido disciplinario del personal de alta dirección, en este sentido Vid. Sentencia de ocho de noviembre de dos mil siete de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

²⁰⁰ Esta competencia en el marco no concursal corresponde a la Sala de lo Social del T.S.J. o a la Sala de lo Social de la A.N, en los casos de impugnación, según los efectos se circunscriban o superen el ámbito de la Comunidad Autónoma.

²⁰¹ En la realidad práctico-jurídica judicial, esta competencia se vinculaba a los procedimientos de regulación de empleo seguidos ante el juez del concurso. En el caso de

De esta regulación puede destacarse que cuando se estime conveniente modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo, se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores y la necesidad de acuerdo para modificar condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo²⁰².

D) La ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial de la sociedad de capital concursada, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado

La regla general es que desde la declaración del concurso de acreedores toda ejecución sobre el patrimonio de la sociedad de capital concursada será competencia del juez del concurso y no podrá iniciarse ninguna ejecución, judicial (cualquiera que sea el orden jurisdiccional, entre los que se incluyen el orden jurisdiccional social, que es el que, por la temática de la presente obra, al que a nosotros nos interesa), o administrativa, y las que estén en curso deberán suspenderse²⁰³.

La citada regla general no carece de excepciones, así, el art. 144 de la L.C., que ha sufrido la derogación de su apartado 3º por la reforma concursal de 2022, establece que podrán continuar las ejecuciones laborales en las que se hubiesen

que las condiciones de trabajo, de cuya modificación sustancial se trata, estén previstas en convenio colectivo, de no alcanzarse acuerdo en el período de consultas con los representantes de los trabajadores, se desestimará la solicitud al amparo del art. 66 del E.T., así lo han declarado diversos juzgados de primera instancia, Vid. entre otros, Auto de treinta y uno de enero de dos mil siete del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil n.º 10 de Santander o el Auto de veintinueve de marzo de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil de Málaga.

²⁰² Así se desprende de la Sentencia 229/2013 de quince de mayo de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Aragón, la cual dispone en su Fundamento Jurídico 5º que en el caso de que las condiciones laborales que se desean alterar estén incluidas en un Convenio, se requiere el acuerdo de los representantes de los trabajadores, según lo establecido en el artículo 66 de la Ley Concursal, denominado "Convenios Colectivos". Solo será posible modificar las condiciones establecidas en los convenios del título III del Estatuto de los Trabajadores en aquellos casos en los que sea permitido por la legislación laboral y, en cualquier caso, será necesario obtener el consentimiento de los representantes legales de los trabajadores.

²⁰³ Vid. arts. 142 y 143 de la L.C.

embargado bienes de la sociedad de capital concursada siempre que ello haya sucedido con anterioridad a la fecha de declaración del concurso de acreedores²⁰⁴.

En todo caso, esta excepción a la regla general solo rige en el caso de que el *juez de lo social* reciba resolución del *juez concursal* en la que se declare que el bien o derecho patrimonial de que se trate es innecesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin que sea revisable por la jurisdicción social la decisión del juez del concurso sobre esta materia tal y como establece el Auto de veinticuatro de mayo de dos mil veintiuno de la Sala Especial de Conflictos del Competencia del Tribunal Supremo.

Una vez finalizado el concurso de acreedores, por alguna de las causas citadas o por aprobación del convenio, podrán reanudarse las ejecuciones de los restantes órdenes jurisdiccionales²⁰⁵, estando vinculadas a lo que se hubiese decidido en el concurso de acreedores por el juez del concurso.

²⁰⁴ Aunque estemos ante una excepción recogida en disposición legal, lo cierto es que esa excepción ha sido acogida por el legislador concursal como consecuencia de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en la materia, Vid. entre otras, Sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho de la Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo (en adelante, T.S./SOC.) o Sentencia de treinta de mayo de dos mil dieciocho del T.S./CIV.

²⁰⁵ Sin embargo, es una cuestión controvertida a que orden jurisdiccional le corresponderá la ejecución, en el caso de los créditos afectados por la espera aprobada en convenio, pues según Blasco Pellicer, A. (2015). La competencia del Juzgado de lo Mercantil sobre la ejecución de créditos laborales tras la aprobación del convenio. Comentario de la Sentencia n.º 549/2014 de la Sala de lo Social TSJ Cataluña, de 27 de enero. *Anuario de Derecho Concursal* n.º 34, dependiendo del crédito de que se trate en unos casos corresponderá a la jurisdicción social y en otros a la jurisdicción mercantil, a favor de la competencia de los juzgados de lo social podemos observar, entre otras, la Sentencia de veintinueve de junio de dos mil quince de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Sentencia de nueve de enero de dos mil catorce de la Sala de lo Social del T.S.J., del lado opuesto, es decir, del lado de los que defienden que la competencia es de la jurisdicción mercantil, encontramos la Sentencia de dieciséis de mayo de dos mil diecisiete de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Valencia y las Sentencias de diecinueve de junio de dos mil quince y de veintiocho de enero de dos mil dieciséis de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Galicia.

E) Las medidas cautelares que afecten al patrimonio de la sociedad de capital concursada

Declarado el concurso de acreedores y hasta su conclusión únicamente el juez del concurso puede acordar medidas cautelares sobre el patrimonio de la concursada, teniendo la facultad que le otorga el artículo 54.2º de la L.C. de acordar la suspensión de las medidas cautelares adoptadas por los jueces o magistrados de otros órdenes jurisdiccionales (entre los que se incluyen el orden jurisdiccional social, que es el que, por la temática que tratamos nos interesa), incluso de las adoptadas por las autoridades administrativas, cuando puedan suponer un perjuicio para la adecuada sustanciación del concurso de acreedores.

Pero la competencia no se reduce a los supuestos citados, tal y como ha declarado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en sentencias de nueve de febrero de dos mil quince y de catorce de septiembre de dos mil dieciocho, es igualmente competencia de los jueces del concurso el conocimiento de los litigios sobre extinción de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso de acreedores, incluso habiendo demandas previas ante la jurisdicción social.

Pese a que las resoluciones (autos y sentencias) que dicte el juez del concurso son generalmente recurribles en apelación ante la Audiencia Provincial., y a su vez los autos y sentencias de la Audiencia, que se dicten en la tramitación del recurso de apelación o resuelvan el mismo, son recurribles en casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, cuando el juez del concurso decida sobre cuestiones laborales en el seno del procedimiento concursal, el recurso que procede es el de suplicación ante la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma²⁰⁶, y a su vez los autos y sentencias del T.S.J., que se dicten en la tramitación del recurso de

²⁰⁶ Como antes se ha dejado entrever, en el supuesto de que concurra una situación social normal sin concurso de acreedores, la competencia para conocer de los procedimientos sobre despidos colectivos y sobre modalidades de conflicto colectivo, corresponde, tras la impugnación judicial del correspondiente acuerdo adoptado por el empresario unilateral o colectivamente con los representantes de los trabajadores o tras la impugnación judicial de la decisión adoptada por la autoridad laboral, en primera instancia a la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de que se trate o a la Sala de lo Social de la A.N., según si las cuestiones litigiosas extiendan sus efectos a un ámbito territorial de comunidad autónoma o a un ámbito territorial superior al de comunidad autónoma respectivamente, correspondiendo al T.S./SOC. el conocimiento de los recursos de casación que se interpongan contra los autos y sentencias dictadas en primera instancia por los anteriores órganos colegiados.

suplicación o resuelvan el mismo, son recurribles en casación para unificación de doctrina ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo²⁰⁷.

Una vez analizadas las anteriores materias llevaremos a cabo el estudio de instituciones jurídicas concursales laborales, o como algunos autores lo denominan del “Derecho Concursal Laboral”, aunque dada nuestra posición en esta Tesis prefiero denominarlo “Derecho Laboral Concursal”, pues, aunque en el proceso concursal se pueden suscitar las cuestiones laborales, también podría afirmarse que son cuestiones laborales que surgen en el marco del proceso concursal.

Entraremos en profundidad en las competencias que el juez del concurso ostenta sobre los derechos de los trabajadores en otro tipo de procedimientos con conexión concursal laboral, para determinar hasta qué punto el destino de los trabajadores se encuentra en manos del juez del concurso, así como para concretar el alcance del poder que este ostenta sobre aquellos.

Como tales procedimientos judiciales debemos analizar los procedimientos de expedientes de regulación de empleo, los famosos E.R.E.S.

Finalmente, desentrañaremos los entresijos de la sucesión de empresas y de centros de trabajo o unidades productivas, desde su perspectiva concursal, con las implicaciones que dicha figura tiene para los Derechos Mercantil, Laboral y de Seguridad Social, para ello deberemos hacer recuento y conjugar todas y cada una de las piezas que conforman el puzle de la sucesión empresarial, hasta dejar agotada la institución.

3.3. EL PROCEDIMIENTO DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL

La nueva L.C. dedica sus artículos 169 a 183 a la regulación del procedimiento, con una estructuración de la materia de fácil seguimiento al contrario de lo que sucedía con el artículo 64 de su predecesora.

Como especialidades de esta nueva regulación podemos destacar las aclaraciones efectuadas que, a pesar de que no otorgan nada nuevo, facilitan la comprensión de las materias como son la participación (en todo caso) en el periodo

²⁰⁷ Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J. (2019). Curso de Procedimiento Laboral. *Ámbito territorial y funcional del orden social de la jurisdicción* (pp. 85-95). Madrid: Tecnos.

de consultas por parte del concursado²⁰⁸ o la continuación ante la jurisdicción social de los recursos previos en materia extra concursal, así como, una aclaración que ya se daba en la práctica consistente en la exclusión de la competencia del juez del concurso en relación con las suspensiones o extinciones de contrato por fuerza mayor, procedimiento este último que se sustanciará fuera del concurso de acreedores.

La competencia en los demás procedimientos de carácter colectivo mencionados, una vez declarado el concurso de acreedores, será del juez del concurso quien sustituirá al mismo empresario en la adopción de la decisión (ex. Art. 169 de la L.C.).

Pero para determinar cuándo nos encontramos ante un supuesto como los mencionados debe acudir a la legislación laboral, legislación que también aporta la regulación de carácter sustantivo, y, por lo tanto, lo expuesto en el apartado anterior sirve de guía para el presente, ya que el procedimiento de regulación de empleo concursal se reduce básicamente a los aspectos procesales y competenciales.

Al igual que efectuaremos en el ámbito de los procedimientos colectivos de carácter social que por razones sistemáticas serán estudiados en el Cap. VI, debemos dividir el estudio y con igual orden, a los efectos de mayor especificación individual, de los distintos procedimientos para explicar las especialidades en relación con los de carácter social, sin perjuicio de su ulterior específica tramitación.

A) MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO DE CARÁCTER COLECTIVO

Además de la especialidad del artículo 184 de la nueva L.C., consistente en la suspensión durante la tramitación del concurso del derecho del trabajador a solicitar la rescisión y con un límite de 12 meses a contar desde la resolución en forma de auto que autorice la modificación, resulta especialmente relevante el art. 189 de la L.C.

²⁰⁸ Autores consideraban que no tenía sentido la exclusión de la antigua L.C. respecto a la participación del empleador concursado en el periodo de consultas, en este sentido Vid. De Vivero de Porras, M.C. (2009). *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 103.

El artículo citado regula la modificación de condiciones establecidas en convenios colectivos que sean aplicables, y únicamente podrá afectar a las materias admitidas por la legislación social, previo acuerdo de los representantes de los trabajadores.

Sin embargo, es posible la modificación de acuerdos de empresa al estar presentes en el concurso de acreedores tanto la empresa concursada, por si o por sus representantes, y los representantes de los trabajadores que acordaron el convenio de ámbito de empresa.

Un estudio más amplio de los convenios colectivos de carácter laboral, y su diversa jerarquía vinculante, será abordado en el siguiente Cap. en el que se estudiarán las relaciones entre trabajadores y sus representantes con el empresario y sus representantes, así como el denominado “descuelgue” o inaplicación del convenio colectivo²⁰⁹.

B) TRASLADOS COLECTIVOS

La única especialidad destacable de esta modalidad es la contenida en el apartado 2º del artículo 184 de la L.C. el cual establece unos márgenes para determinar si existe derecho a la extinción indemnizada desde el primer momento o tras el transcurso de 1 año, al disponer que será aplicable la suspensión estudiada para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo en el caso de que el nuevo centro de trabajo esté ubicado en la misma provincia que el anterior centro de trabajo y a menos de 70 kilómetros de este.

C) SUSPENSIÓN DE CONTRATO O REDUCCIÓN DE JORNADA DE CARÁCTER COLECTIVO POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN

El artículo 53 de la L.C. dispone la competencia del juez del concurso en relación con la suspensión de contratos y reducción de jornada de carácter colectivo, remitiéndose para la determinación del umbral al artículo 41 del E.T., por

²⁰⁹ A favor de la posibilidad de descuelgue o inaplicación del convenio colectivo en el ámbito del concurso de acreedores se han pronunciado diversos Juzgados de lo Mercantil, en este sentido, Auto de veintinueve de marzo de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga o Auto de trece de enero de dos mil catorce del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada.

lo que en principio, nos encontrábamos ante otra extralimitación *ultra vires* de la legislación delegada, por cuanto la regulación de la L.C. anterior no contenía dicha referencia, sin embargo, ya no se puede mantener dicha posición de extralimitación *ultra vires* de la legislación delegada, toda vez que el art. 86 *ter* de la L.O.P.J. fue modificado por la L.O. 7/2022, incluyendo ya la mencionada competencia entre las atribuciones y facultades del juez de lo mercantil en sede concursal.

Ante la anterior controversia, CANO MARCO opta por seguir aplicando el procedimiento para casos individuales de suspensión, apoyándose en que no existe procedimiento distinto para la tramitación individual y colectiva en el ámbito concursal²¹⁰.

Ciertamente no tiene justificación la nueva regulación, por exceso, lo que nos debe de llevar a compartir la opción seguida por el anterior autor, quien además cita jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional para justificar su decisión de no aplicación del exceso de la delegación legislativa (en este sentido, Sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete del T.S./CIV. y Sentencias 51/1982 de diecinueve de julio, 47/1984 de cuatro de abril, 51/2004 de cinco de julio y 166/2007 de cuatro de julio del T.C.)²¹¹.

A parte de esta rocambolesca especialidad, el art. 183 de la L.C. dispone que en el caso de que se acuerde la suspensión el auto que la recoja producirá eficacia de carácter constitutiva desde la fecha en que sea dictado, dando lugar a la situación legal de desempleo de los trabajadores que se vean afectados por la medida.

D) DESPIDOS COLECTIVOS

La primera particularidad la encontramos en que en el caso de que se despida a toda la plantilla debe acudir al despido objetivo individual y no a la modalidad del despido colectivo regulada en los artículos 169 a 183 de la L.C. cuando, aunque la extinción afecte a toda la plantilla de la empresa, los afectados sean 5 o menos trabajadores, y ello pese a que algunos autores como SAÉZ LARA entiendan que deben seguirse los trámites del art. 64 de la antigua L.C. (arts. 169 a 183 de la actual)

²¹⁰ Cano Marco, *Op. Cit.* 119.

²¹¹ *Ibidem.*

cuando la extinción afecte a la totalidad de la plantilla con independencia del número de trabajadores²¹².

Igualmente, aplicable es la previsión del caso anterior contenida en el art. 183 de la L.C. relativa a la situación legal de desempleo.

Por lo que se refiere a la indemnización por extinción será la prevista en la legislación laboral sin perjuicio de que las partes puedan pactar una mayor²¹³, y respecto del crédito indemnizatorio, el artículo 242.11º de la L.C. dispone que se acreditará como crédito contra la masa el crédito indemnizatorio desde la fecha del dictado del auto.

E) TRAMITACIÓN

En el caso de que una vez declarado el concurso por el empresario se hubiesen comenzado los trámites de los procedimientos de carácter colectivos mencionados, tal circunstancia deberá ponerse en conocimiento del juez del concurso. Una vez se haya declarado el concurso de acreedores, los procedimientos de carácter colectivo se regirán por las normas concursales mencionadas (ex art. 57 del E.T.).

Resumidamente se pueden señalar como trámites de este procedimiento concursal los siguientes:

1) El proceso concursal, como su propio nombre indica, se tramita ante el juez del concurso²¹⁴ ya sea a instancia de la administración concursal, del concursado o de los representantes de los trabajadores.

²¹² Sáez Lara, C. (2012). Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal. *Relaciones laborales n.º 7*, pág. 8.

²¹³ González Bilbao, E. (2009). *Tratado Práctico Concursal. Comentario al art. 64 LC*. Navarra: Aranzadi, pág. 698.

²¹⁴ En el supuesto de despido de carácter colectivo, la Sentencia de veintiséis de enero de dos mil quince de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo aclara que la competencia del juez del concurso se adquiere cuando el despido se notifica a los trabajadores después de la declaración del concurso.

2) La solicitud del procedimiento de carácter colectivo en el ámbito del concurso deberá presentarse en el plazo de un año²¹⁵, ser motivada y con vistas a salvar la empresa y los empleos²¹⁶.

3) Por el órgano judicial, y salvo que se hubiese llegado a un acuerdo previo entre la representación de los trabajadores y la administración concursal o se hubiese acordado seguir un procedimiento de mediación o de arbitraje, se convocará a la administración concursal, al concursado y a los representantes de los trabajadores al periodo de consultas.

4) Una vez resuelto el periodo de consultas, el juez del concurso dictará auto acogiendo lo que se hubiese acordado en el periodo de consultas (salvo que aprecie fraude, dolo, coacción o abuso de derecho²¹⁷) o resolviendo lo procedente conforme a la legislación laboral en caso de no haber acuerdo entre las partes.

5) Contra el auto del juez del concurso caben los recursos establecidos en el orden social de la jurisdicción para los autos con carácter de definitivos: es decir, los recursos de suplicación y demás previstos en la jurisdicción social.

6) Las acciones de los trabajadores o del FO.GA.SA. contra el auto dictado se resolverán por el trámite del incidente concursal en materia laboral.

La súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Concursal y Mercantil determinará siempre en una resolución judicial que favorezca a los trabajadores por encima de las restantes partes que intervengan en los procedimientos colectivos concursales, debiendo el juez del concurso adoptar

²¹⁵ Vid. Sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil catorce del T.S./SOC.

²¹⁶ Orellana Cano entiende que deberían aplicarse los preceptos del Real Decreto 1484/2012 por lo que respecta a la documentación y argumentaciones a presentar con la solicitud. En Orellana Cano, N.A. (2012). Tratado Judicial de la Insolvencia. *Aspectos Laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo* (1042 y ss.). Navarra: Aranzadi.

²¹⁷ Aunque el informe de la autoridad laboral no sea vinculante para el órgano judicial, sí que puede contribuir para apreciar las causas por las que se puede denegar las medidas acordadas en periodo de consultas, como pueden ser las situaciones de estar percibiendo prestaciones por desempleo o trabajar para un tercero, Vid. Molina Navarrete, C. (2006). Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal. *Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: el art. 64 LC* (225). Granada: Comares.

una decisión flexible que garantice los derechos mínimos de los trabajadores por encima de los intereses empresariales y de los restantes acreedores de este.

3.4. LA SUCESIÓN DE EMPRESA EN EL PROCESO CONCURSAL Y SUS TRÁMITES EN EL ÁMBITO INTERNO

Con carácter previo al examen de esta figura, conviene hacer un repaso de la transformación de la legislación concursal en la materia, pasando por las disposiciones de la nueva L.C. hasta la regulación más detallada de la reforma concursal de 2022.

El R.D-Ley. de medidas urgentes en materia concursal 11/2014²¹⁸ llevó a cabo la modificación del apartado 4º del artículo 149 de la antigua L.C. para adaptar la regulación a la contenida en el art. 44 del E.T.

A partir de esa modificación, varios sectores doctrinales comenzaron a efectuar sus propias definiciones sobre el concepto de unidad productiva, apoyándose en la regulación que venía contenida en el citado artículo 149.4º de la antigua L.C., sin embargo, los autores solían confundir el concepto con la presunción de existencia de sucesión de empresa, haciendo equivalentes causa y resultado²¹⁹.

Un ejemplo peculiar de definición de unidad productiva la dieron LLORET VILLOTA y MARQUÉS VILALLONGA al considerar como tal:

El conjunto de activos y de relaciones contractuales entre agentes económicos cuya complementariedad posibilita a un empresario único aportar mayor valor que si se administra de forma separada en virtud de su transmisión a diversos agentes²²⁰.

²¹⁸ B.O.E., n.º 217, de seis de septiembre del año dos mil catorce, pp. 69767 a 69785. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-9133.

²¹⁹ Vid. Lama Salinas, C. (2019). *Concepto de unidad productiva en el ámbito concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 1-5.

²²⁰ Vid. Lloret Villota, J. y Marqués Vilallonga, J.M. (2015). *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, pág. 19.

Por su parte, LUCEÑO OLIVA otorgó una simple definición al considerar a la unidad productiva como un conjunto organizado de medios que permiten desarrollar una actividad económica²²¹.

Sin embargo, uno de los conceptos que más aceptación tuvo fue el de considerar la unidad productiva, aunque de una manera flexibilizada (al poderse suprimir los medios humanos), como un conjunto de medios humanos y materiales que se utilizan para el desarrollo y ejecución de la actividad que lleva a cabo la empresa concursada²²².

Y con esta controversia llegamos a la nueva L.C., la cual ofrece una definición de unidad productiva que acoge la denominada clásica (pero flexibilizada al no exigirse la presencia de medios humanos) que luego examinaremos, debiendo reseñarse que la nueva L.C. no contiene una regulación denominada sucesión de empresa como tal, sino preceptos aislados que hacen referencia a la venta de unidades productivas.

El anterior aserto se completa con una pequeña puntualización, pues la L.C. contiene una regulación de lo que denomina “Especialidades de la enajenación de unidades productivas” ubicada en la Subsección 3ª de la Sección 2ª que lleva por rúbrica “De la enajenación de bienes y derechos de la masa activa” del Cap. III intitulado “De la conservación y de la enajenación de la masa activa” del Título IV sobre la masa activa del Libro I denominado “De la declaración de concurso”.

El apartado 2º del artículo 200 de la L.C. recoge la definición del apartado 2º del artículo 44 del E.T. así como de la letra b) del apartado 1º del art. 1 de la Directiva 2001/23/CE, al disponer, a efectos concursales que *se considera unidad productiva el*

²²¹ Luceño Oliva, J.L. (2012). Notas sobre la enajenación de unidades productivas en el convenio concursal. *Diario La Ley* n.º 7977, pág. 3.

²²² Este es el concepto que triunfó, si bien no es el único que se propuso, pues como ponen de relieve Prieto García-Nieto y Gabaldón Codesido, en el congreso de jueces de lo mercantil que tuvo lugar en Pamplona en el año 2015 se propusieron otros conceptos tales como el “rígido” o “estricto” sin flexibilidad que considera necesario la existencia de medios humanos y materiales, el “flexible” el cual considera que no es imprescindible la existencia de medios humanos, el “relativo” que considera que deben ser el juez del concurso junto con la administración concursal los que establezcan el concepto en cada caso, y el que reducía la unidad productiva a centro de trabajo, Vid. Prieto García-Nieto, I. y Gabaldón Codesido, J. (noviembre, 2015). *Conclusiones. Jornadas magistrados especialistas de mercantil*. Pamplona, España.

conjunto de medios organizados para el ejercicio de una actividad económica esencial o accesoria.

Autores como RUBIO VICENTE entienden que con esta definición se entierran definitivamente las controversias que habían surgido en torno al concepto de unidad productiva en la anterior L.C.²²³.

RUIZ DE LARA²²⁴, apoyándose en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Almería de 5 de junio de 2015, defiende que es posible incluir en el concepto supuestos de unidades productivas sin trabajadores, posición confirmada por otros autores como CANO MARCO²²⁵, que no comparto al focalizar la misma en la perspectiva de los trabajadores, por lo que pese a que pueda ser posible jurídicamente, según la opinión de algunos autores y sectores judiciales, no puedo entender una unidad productiva sin la existencia de trabajadores que formen parte de ella.

La definición amplia y flexible que otorga el precepto concursal puede llevarnos a pensar que todos los supuestos de sucesión empresarial laboral son subsumibles en la sucesión empresarial concursal, de hecho, CANO MARCO, quién también defiende que el concepto puede incluir supuestos de unidades productivas sin trabajadores, considera que la doctrina jurisprudencial europea recaída en asuntos laborales, es también aplicable, en cuanto al concepto, requisitos y elementos a la sucesión de empresa concursal, y para ello cita las Sentencias del T.J.U.E. de dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y seis Asunto “Spijkers” 24/85, de once de marzo de mil novecientos noventa y siete Asunto “Suzen” 13/95, de diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cinco Asunto “Rygaard”

²²³ Vid. Rubio Vicente, P.J. (2020). Las Especialidades de la Enajenación de Unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n.º 33, pp. 49-78.

²²⁴ Ruiz de Lara, M. (2016). La venta y la adquisición de unidades productivas en el procedimiento concursal. Problemas básicos en fase común y en fase de liquidación. *Refor Expertos en Economía forense, Consejo General de Economistas*. Recuperado el 02/04/2024 de [https://www.coleconomistas.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_\(Ruiz_de_Lara\).pdf](https://www.coleconomistas.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_(Ruiz_de_Lara).pdf).

²²⁵ Cano Marco, F. (2020). Manual práctico de Derecho laboral concursal. *La venta de la unidad productiva en el concurso y efectos laborales* (pág. 304). Madrid: Wolters Kluwer.

48/94 de veinte de noviembre de dos mil tres Asunto “Abler” y otros 340/01 y de quince de diciembre de dos mil cinco Asunto “Guney-Gorres” 232/04 y 233/04²²⁶.

Una de las peculiaridades de la sucesión de empresas concursal en sede de concurso de acreedores es que puede tener lugar en distintas fases o trámites del procedimiento, sin perjuicio de que pueda ser acordada o pactada en una etapa pre concursal, dirigida a la evitación del concurso de acreedores: A) Fase común; B) Fase de Convenio; C) Fase de liquidación; y D) Procedimiento abreviado (derogado a partir de la reforma concursal de 2022).

Si bien, con carácter previo al estudio de las distintas fases debemos reseñar, que la reforma concursal de 2022 ha añadido a la nueva L.C. un artículo 224 *bis* que permite al deudor presentar, junto con la solicitud de concurso de acreedores, una propuesta vinculante para que se adquieran una o varias unidades productivas, y, en lo que aquí especialmente interesa, se destaca la posibilidad de que la propuesta escrita vinculante de adquisición pueda ser efectuada por los mismos trabajadores de la empresa concursada mediante la constitución de sociedad cooperativa, laboral o participada.

A) FASE COMÚN

Esta fase, sin perjuicio de las posibles actuaciones pre concursales para intentar salvar a la sociedad, que vienen reguladas en el Libro II de la L.C. tras la reforma concursal de 2022, es la que inicia el proceso concursal, probablemente sea la más conveniente para los intereses de los trabajadores, pues si la empresa concursada, en nuestro caso, sociedad de capital, consigue enajenar la unidad productiva, los trabajadores pueden verse beneficiados al continuar bajo el mandato de otro empresario que no esté en estado de insolvencia, incluso los trabajadores que continúen en la empresa concursada pueden salir airosos, aunque sea momentáneamente, al poder continuar la concursada en el ejercicio de la actividad empresarial.

Si bien la nueva L.C., al contrario que su antecesora²²⁷, no hace referencia a esta fase, en la realidad práctica de los Juzgados de lo Mercantil se ha venido

²²⁶ *Ibidem*.

²²⁷ Art. 43 de la ya derogada Ley Concursal 22/2003 de nueve de julio.

llevando a cabo²²⁸, y considero que se trata de una buena práctica del “foro”²²⁹, pues lo que se trata es de salvar a toda costa a la empresa de su desaparición del mapa jurídico-económico, con las nefastas consecuencias que tal desenlace conllevaría para los trabajadores.

B) FASE DE CONVENIO

La fase de convenio se configura, como la segunda opción más ventajosa, tanto para el empresario como para los trabajadores, para acordar la enajenación de unidades productivas, dado que en caso de cumplimiento del convenio el concursó finalizará y la empresa mantendrá su existencia, lo que correlativamente implica que los trabajadores, o al menos algunos de ellos, conservarán su puesto de trabajo.

Esta posibilidad, al contrario que en la fase común, tiene expresa regulación legal, mediante un precepto, el artículo 324 de la L.C. que, aunque por remisión de su apartado segundo le resulten igualmente aplicables las disposiciones de los artículos 215 a 224 de la L.C., se encuentra fuera de la subsección dedicada a la materia, ubicándose en el Título VII “Del convenio” del Libro I de la L.C.

²²⁸ Ejemplo de los anteriores asertos son los Autos dictados por los Juzgados de lo Mercantil n.º 7 y 13 y Madrid, de tres de octubre de dos mil dieciocho y de ocho de enero de dos mil veinte, respectivamente, y del dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Málaga de uno de julio de dos mil diez.

²²⁹ Por práctica del foro debe entenderse aquella costumbre judicial que, pese a no estar regulada en normativa alguna, es llevada a cabo en un determinado Juzgado o jurisdicción como consecuencia de un previo consenso entre los intervinientes, además del ejemplo citado, puede considerarse como tal ejemplo la intervención del Ministerio Fiscal en los Juzgados de lo Social de Murcia que se produce en último lugar en los despidos con vulneración de derechos fundamentales, pese a que la norma laboral atribuye la intervención en último lugar al trabajador, a los efectos de una adecuada defensa. En todo caso, nuestra jurisprudencia ha declarado que los usos forenses no son vinculantes, estando totalmente prohibidos los usos forenses *contra legem*, concretamente, el T.S./CIV. en Sentencia de once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, insistiendo en Sentencia de veintiocho de abril de mil novecientos noventa y ocho resolutoria del recurso de casación 356/1994 que: *La costumbre no es fuente de Derecho Procesal*. Vid. Gascón Inchausti, F. (1999). *La costumbre no es fuente de Derecho Procesal*. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998. *Tribunales de Justicia* n.º 2, pp. 167-162.

En todo caso, lo que el precepto legal consagra es el denominado “convenio de asunción²³⁰” a través del cual se podrá proponer la adquisición de las unidades productivas del concursado con el compromiso expreso del adquirente de continuar la explotación de la actividad derivada de la unidad productiva transmitida y durante el tiempo que expresamente se establezca.

C) FASE DE LIQUIDACIÓN

Nos encontramos ante la fase que, aunque sea la más habitual en la práctica, es la menos deseada de todas, por parte del empresario y de los trabajadores, pues esta fase implicará la venta de los activos de la entidad concursada para el pago de los acreedores y la posterior desaparición de la concursada de la faz de la tierra.

No obstante, lo anterior, en el caso de que se produzca la sucesión de empresa concursal, los trabajadores continuarán ejerciendo su actividad laboral para la empresa adquirente y, además, cobrarán los créditos que les deba la concursada, especialmente por salarios²³¹.

La venta de unidades productivas también tiene acogida legal expresa en la fase de liquidación, pero al igual que sucede con la fase de convenio, la L.C. consagra unos arts. específicos en el Título VIII “De la liquidación de la masa activa” del Libro I, en concreto, nos referimos a los arts. 415 y 422, ya que los arts. 417 y 418 han sido derogados por la reforma concursal de 2022.

En otro orden de cosas, tal y como declaró el T.J.U.E. en auto de veintiocho de enero de dos mil quince recaído en el Asunto C-688/13 que tiene por objeto una petición prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, en el caso de que el empresario cedente esté incurso en un procedimiento de insolvencia es lícito que la legislación de un Estado Miembro de la U.E. permita que las cargas del cedente no se transmitan al empresario cesionario siempre que se garantice adecuadamente la protección de los trabajadores.

La decisión del Alto Tribunal europeo implica, la posibilidad de transmitir no la unidad productiva en su conjunto, sino solo la parte que no tenga cargas, lo

²³⁰ Para un estudio de detallado de este tipo peculiar de convenio puede acudir a la obra de Muñoz Paredes, A. (2020). Las nieblas del convenio de asunción. *Diario La Ley* n.º 9677.

²³¹ Para un análisis de los créditos concursales, especialmente por salarios, *et. Infra*. Cap. VII.

que tiene su reflejo en la práctica judicial española, la cual, apoyándose en la expresión del derogado artículo 417 de la L.C. de “siempre que sea posible”, en pocas ocasiones ha acorado la venta unitaria de la unidad productiva.

Finalmente reseñar, que el artículo 422, modificado por la reforma concursal de 2022 ya recoge la anterior posibilidad al establecer la regla general de la enajenación como un todo salvo que el juez de lo mercantil en sede concursal hubiera autorizado la enajenación individualizada.

D) PROCEDIMIENTO ABREVIADO (DEROGADO POR LA REFORMA CONCURSAL DE 2022)

Con carácter previo a su derogación por la reforma concursal de 2022, para este tipo de procedimiento, que estaba caracterizado por la rapidez en su tramitación como consecuencia de la reducción de plazos y supresión de trámites, eran aplicables igualmente las normas específicas de la subsección de la enajenación de unidades productivas, dada la remisión que a las normas del proceso ordinario efectuaba el art. 531 de la L.C.

Como especialidad de este procedimiento, la L.C. nos aportaba el artículo 530 que disponía en su apartado 1º la posibilidad de que en la solicitud de concurso de la sociedad de capital concursada se incluyera un plan de liquidación en el que se reflejara, con carácter vinculante, una propuesta de adquisición de la unidad productiva en funcionamiento, lo que determinaba que el órgano judicial acordase mediante auto, de manera inmediata, la apertura de la fase de liquidación.

Lo más llamativo, que a su vez lo diferenciaba de las fases examinadas del proceso ordinario, era la exigencia de que la unidad productiva se encontrara en funcionamiento, si bien como hemos avanzado, este procedimiento abreviado ya no existe a partir de la reforma concursal de 2022, sin perjuicio de la institución de un nuevo procedimiento especial, el de las microempresas, al cual le es aplicable la normativa del proceso ordinario dada la remisión que se efectúa por los artículos 689 y 694 *bis* con las correspondientes adaptaciones a las peculiaridades de este proceso especial.

Con lo expuesto puede darse por concluido el examen del concepto de unidad productiva, así como de la casuística de la venta de la unidad productiva dentro de los procesos ordinario (con sus fases, común, de convenio y de liquidación) y especial de microempresas.

Por lo que procede adentrarnos en la regulación específica contenida en la subsección 3ª de la enajenación de las unidades productivas para comprender que reglas se deben seguir para el éxito de la venta y las consecuencias de esta.

Dejando para un posterior momento las reglas adicionales del artículo 214 de la L.C. aplicables cuando en la unidad productiva estén incluidos bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, nos tenemos que centrar en primer lugar en la tramitación general que viene recogida en los artículos 215 a 220 de la L.C., ya que los restantes preceptos de la subsección 3ª serán estudiados en el apartado de los efectos.

Si atendemos a la regulación legal se puede estructurar la tramitación en un modo ordinario y otro extraordinario de enajenación, las competencias de la administración concursal, las ofertas y su contenido, la preferencia en la adjudicación y audiencia a los representantes de los trabajadores²³², debiendo añadirse la finalización del trámite mediante una resolución en forma de auto y la problemática de la impugnación de la resolución.

El modo ordinario de efectuar la enajenación del conjunto de la empresa o de las unidades productivas es mediante subasta electrónica salvo que se considere más apropiado por el juzgador acudir al modo extraordinario de enajenación consistente en la venta directa por parte de la administración concursal o a través de persona o entidad especializada, formas de enajenación que guardan gran similitud con las previstas con carácter general para la ejecuciones civiles²³³ (ex art. 215 en relación con el artículo 216 de la L.C., debiendo tenerse en cuenta que la reforma de la ley 16/2022 ha dejado sin efecto el apartado 2º del art. 216 L.C., pudiéndose formular ahora la solicitud de la venta por el concursado o incluso por un tercero, y sobre la posible compra por los trabajadores habrá que estar a lo dispuesto en la Disposición Final 8ª de la L.C.).

²³² Por representantes de los trabajadores deben entenderse los delegados de personal y comités de empresa, aunque también en menor medida, los delegados y las secciones sindicales.

²³³ La L.E.C. regula en sus arts. 634 a 680 lo que se conoce como el “procedimiento de apremio” a través del cual se procede a la realización de los bienes que hayan sido embargados, y como formas de realización contempla entre otras, la subasta y la realización por persona o entidad especializada, para un estudio amplio de esta materia puede acudir a la obra de Moreno Catena, V. (2000). *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. En Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.). *La ejecución forzosa* (216-236). Madrid: Tecnos.

Los modos de enajenación que acabamos de señalar no eran aplicables al derogado procedimiento abreviado en el cual correspondía a la propia empresa concursada presentar directamente el acuerdo de enajenación que hubiera alcanzado con un tercero²³⁴, por lo que directamente se pasaba a la fase de liquidación con los trámites del traslado²³⁵, por parte del Letrado de la Administración de Justicia, a la administración concursal y a los acreedores para que pudiesen posicionarse sobre el acuerdo presentado, y en el plazo de 10 días la administración concursal debía elaborar un informe valorando el efecto sobre las masas activa y pasiva del concurso de la resolución de los distintos contratos que estuviera prevista en el mencionado plan de liquidación.

Regresando al proceso ordinario, el siguiente trámite es el relativo a las competencias que ostenta la administración concursal, o mejor dicho, los deberes legales que debe cumplir, pues la administración concursal debe determinar el plazo de presentación de ofertas (que será definitivamente fijado por el juzgador en caso de oposición), especificando los gastos que se han realizado y los que sean previsibles hasta que se produzca la adjudicación definitiva con cargo a la masa activa del concurso para conservar en funcionamiento la actividad de la unidad productiva o de la totalidad de la empresa²³⁶.

Además de los anteriores deberes, también le corresponde a la administración concursal la fijación del precio de venta de la unidad productiva o de la totalidad de la empresa, y si debe someterse a algún tipo mínimo²³⁷.

Entrando en el siguiente trámite, el del contenido de las ofertas, el artículo 218 de la L.C.²³⁸ establece el contenido mínimo que deben incluir las ofertas, del que

²³⁴ Asencio Pascual, C. (2020). *Aspecto de contenido innovador de la venta de la unidad productiva a la luz del nuevo TRLC*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 5.

²³⁵ En la realidad práctico-jurídica de los juzgados, algunos Juzgados de lo Mercantil establecen una especie de trámite extralegal (uso forense) consistente en dar también traslado a terceros para que puedan presentar mejoras a la oferta adjuntada a la solicitud del concurso con la finalidad de llevar acabo un contraste de mercado, Vid. Thery Martí, A. (2020). *Una segunda oportunidad para las unidades productivas*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 7.

²³⁶ Vid. art. 217 de la L.C.

²³⁷ Cano Marco, *Op. Cit.*, pág. 310.

²³⁸ El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 16 de Madrid de veintisiete de enero de dos mil veintidós no autoriza una venta de unidad productiva por no reunir la oferta todos los requisitos que menciona este precepto legal.

debe destacarse el de la incidencia de la oferta sobre los trabajadores, lo que supone un acierto de la legislación concursal al dar pistas al órgano judicial sobre cuál será la situación en la que se encontrarán los trabajadores con posterioridad a la transmisión, y así pueda pronunciarse sobre su adecuación al espíritu y finalidad de las normas laborales²³⁹.

Aunque la solvencia económica y los medios materiales y humanos que el adquirente tenga a su disposición constituye contenido mínimo de la oferta, el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Murcia, ha tenido en cuenta tales criterios para decantar la balanza en favor de una entre dos ofertas concurrentes, siendo necesario una oferta seria y con expectativa de continuidad²⁴⁰, sin que sea un elemento decisivo la antigüedad de la persona jurídica²⁴¹.

Sobre los restantes contenidos mínimos que exige la ley a la oferta puede destacarse que la identificación de lo que se incluye en la oferta es algo que, además de mínimo, es imprescindible, pues en caso contrario, no hay oferta alguna, y lo más adecuado y preferible será el pago al contado, en lugar del diferido, para evitar futuros problemas de solvencia o, mejor dicho, de insolvencia.

Pero además de lo expuesto, RUIZ DE LARA y SENENT MARTÍNEZ ponen de relieve que, en el caso de que nos encontremos en la fase común, en la oferta debe incluirse como contenido el relativo a los motivos de urgencia y necesidad para la venta en la citada fase²⁴².

Superado el trámite del contenido de la oferta, debe adentrarse en la regla de la preferencia, estableciéndose para el caso de subasta, aunque en la práctica la regla también lo es extensible a las demás formas de enajenación, que siempre que se pueda garantizar en mayor medida la continuidad de la unidad productiva o totalidad de la empresa, así como, no pudiendo ser de otra manera, de los puestos de trabajo, y la rápida y mejor satisfacción de los acreedores puede acordarse la adjudicación de la oferta que no difiera en más del quince por ciento de la superior,

²³⁹ Vid. art. 3 del C.C.

²⁴⁰ Manifestación que tuvo acogida en Auto de nueve de mayo de dos mil diecinueve.

²⁴¹ En este sentido, Vid. Auto de tres de diciembre de dos mil diecinueve.

²⁴² Ruiz de Lara, *Op. Cit.*, para ejemplos de urgencia o necesidad Vid. Senent Martínez, S. (2017). La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas, *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n.º 26, pp. 95-116.

regla que, tras la reforma concursal de 2022, también es aplicable a las ofertas que puedan efectuar los trabajadores de la empresa concursada interesados en la sucesión de empresa mediante la constitución de una sociedad cooperativa o laboral (Vid. Art. 219 L.C.).

Esta adjudicación debe ser efectuada por el juez del concurso, previa valoración de las circunstancias indicadas, mediante un auto cuyas posibilidades de impugnación son discutidas como luego veremos.

Pero antes de ser adoptada la decisión, y como una garantía más de los trabajadores que pone de relieve una vez más la súper posición del Derecho Laboral, debe darse audiencia previa a los representantes de los trabajadores (por plazo de 15 días), y acudirse en todo caso a las normas del que por un sector doctrinal, cuya posición comparto, denomina el Derecho Concursal Laboral²⁴³, o si lo consideran más oportuno, Derecho Laboral Concursal, en el caso de que las operaciones impliquen movilidad geográfica, despido, modificación sustancial de las condiciones de trabajo, suspensión de contrato o reducción de jornada de carácter colectivo (debe entenderse por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o debidas a fuerza mayor)²⁴⁴.

Aunque el precepto disponga que solo se dará audiencia previa a los representantes de los trabajadores “si existieran”, entendemos, de conformidad como disponen otras normas del Derecho Laboral (E.T. y L.R.J.S.) de que a falta de representantes de los trabajadores las actuaciones de que se trate deben entenderse directamente con los trabajadores, por sí mismos o a través de sus representantes procesales, siempre que se hubiesen personado en el proceso concursal.

En todo caso, en la práctica es habitual la comparecencia de los representantes legales a la audiencia, quienes podrán efectuar alegaciones, las cuales deberán ser valoradas en el auto de adjudicación²⁴⁵.

²⁴³ Sobre el origen de esta denominación y los autores puede acudirse a la obra de Cano Marco, *Op. Cit.*

²⁴⁴ Vid. art. 220 L.C.

²⁴⁵ Ejemplo de tal aserto es el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid de veinticuatro de abril de dos mil diecisiete el cual valora las alegaciones efectuadas por los representantes de los trabajadores sobre el procedimiento de venta, el precio de adquisición y la capacidad para el ejercicio de la actividad empresario-laboral.

Una vez concluidos los trámites legales debe adoptarse una decisión a través de una resolución que vendrá revestida en forma de Auto en el que se aprobará la venta, sus condiciones y efectos, también en este Auto puede acordarse la cancelación de cargas a que alude el artículo 225 de la L.C.

Contra este Auto no cabrá recurso alguno.

Esta afirmación no es apoyada por todos los sectores doctrinales, no podemos olvidar que estamos ante un Auto de carácter definitivo en cuanto a la venta de la unidad productiva o totalidad de la empresa de que se trata, por lo tanto, teóricamente, podría interponerse recurso de apelación, en todo caso y no solo en fase de liquidación (ex art. 455 de la L.E.C.²⁴⁶).

Concluido el estudio de la tramitación, ahora es el turno de traer a colación las reglas especiales del artículo 214 de la L.C. dictadas para el supuesto de que en la unidad productiva estén incluidos bienes o derechos afectos a créditos con privilegio especial, pues tales titulares gozan, como el propio apellido del crédito indica, de una situación privilegiada de especial protección. El mencionado precepto distingue dos supuestos en el caso de procederse a la venta de la unidad productiva, según se produzca la transmisión sin o con subsistencia de la garantía.

En el primer caso, si el crédito que ostenta el titular del privilegio especial no quedase, o pudiese quedar, suficientemente satisfecho, ostentará, en todo caso, derecho de veto frente a la venta de unidad productiva²⁴⁷.

En el segundo caso, si el adquirente se subroga en la obligación de pago del concursado, no tendrá sentido el derecho de veto y, por lo tanto, el acreedor con privilegio especial no podrá oponerse a la transmisión, pues el pago de su crédito estará, *a priori*, "asegurado"²⁴⁸.

²⁴⁶ B.O.E. n.º 7, de ocho de enero de del año dos mil, pp. 575 a 728. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

²⁴⁷ Vid. Sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete del T.S./CIV., la cual es rebatida por el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona mediante Auto de veintiséis de marzo de dos mil diecinueve en el que entiende que el derecho de veto solo procede en el caso de que el acreedor con privilegio especial ostente derecho de ejecución separada y que se trate de un proceso de venta directa *strictu sensu*, es decir, sin haberse seguido ningún proceso público concurrente en el proceso concursal.

²⁴⁸ Lo manifestado se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3º del art. 214 de la L.C., que prohíbe la subrogación del adquirente en los créditos tributarios y de la Seguridad Social a pesar de que subsista la garantía.

Antes de proceder al análisis de los efectos de la venta de unidad productiva o de la sucesión de empresas concursal, deben ponerse de relieve las normas en la materia, en su mayoría transitorias, que han sido dictadas por el Gobierno de España durante la pandemia por COVID-19.

Tales normas vienen recogidas fundamentalmente en la Ley 3/2020 de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia²⁴⁹, en concreto, en los artículos 9, 10 y 11.

El art. 9 bajo la rúbrica de “tramitación preferente” establece en su letra b) que hasta el 31 de diciembre de 2021 inclusive, se tramitarán con carácter preferente las actuaciones orientadas a la venta de las unidades productivas.

En el art. 10 intitulado “Enajenación de la masa activa” se dispone, en el apartado 1º, la competencia del juez del concurso para elegir el método de realización de los concursos de acreedores que se declaren hasta el 31 de diciembre de 2021 y en los que se encontraran en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la ley que estamos comentado. Por otra parte, en el apartado 2º del mismo precepto legal se proclama la preferencia por la modalidad telemática de la subasta, judicial o extrajudicial.

Finalmente, el artículo 11 establece normas dirigidas a la agilización del plan de liquidación, por lo que directamente incidirán sobre la venta de unidades productivas.

Aunque no sea un acuerdo adoptado a nivel nacional, sino autonómico, debe reseñarse el Acuerdo de 1 de octubre de 2020 de los Juzgados de lo Mercantil de Cataluña²⁵⁰, el cual, en síntesis, tiene como finalidad mejorar la publicidad para invertir en la adquisición de las unidades productivas de, en nuestro caso, las sociedades de capital concursadas.

Ahora nos sumergiremos en los efectos de la sucesión de empresa concursal, con gran repercusión en el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

²⁴⁹ B.O.E. n.º 250, de diecinueve de septiembre de dos mil veinte, pp. 79102 a 79126. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-10923>.

²⁵⁰ Protocolo de 1 de octubre de 2020 de los Juzgados mercantiles de Cataluña sobre venta de unidades productivas. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n.º 34, pp. 341-342.

3.4.1. Efectos generales y especiales

Concluidos los aspectos preliminares de la sucesión de empresa concursal, así como su tramitación procesal, debemos adentrarnos en una serie de cuestiones peliagudas y que tienen o pueden tener un gran impacto en otras ramas del ordenamiento jurídico, sobre todo del ordenamiento jurídico laboral.

Examinaremos los efectos generales que provoca la venta de la unidad productiva y los específicos en materia laboral y de Seguridad Social, los cuales además de tener una gran relación con el objeto de la Tesis, han dado lugar a múltiples problemas doctrinales y jurisprudenciales, sobre todo, en torno a las consecuencias del posible ultra vires de la nueva L.C. por exceso en la delegación legislativa.

A) EFECTOS GENERALES DE LA VENTA DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Por efectos generales debemos entender los establecidos en los arts. 222 a 224 de la L.C.

De un análisis conjunto de los preceptos se desprende la facultad de subrogación del cesionario en los contratos, licencias y autorizaciones del cedente en relación con la continuidad de la actividad productiva que le sean útiles o beneficiosos siempre que no sean laborales ni administrativos, pues respecto de estos tiene la obligación legal de subrogación.

De hecho, el T.J.U.E. en Sentencia de dieciséis de octubre de dos mil ocho declaró que la sucesión de empresa concursal no implicaba el mantenimiento del contrato de arrendamiento sobre el local en el que se ejercía la actividad productiva.

Tampoco el cesionario tiene la obligación de pagar los créditos del cedente, de cualquier clase que sean, originados antes de la transmisión de la unidad productiva.

Pero la regla comentada no es absoluta, pues el cesionario estará obligado a pagar los créditos del cedente en los siguientes casos:

- A) Cuando el cesionario se hubiera comprometido de manera expresa a esta obligación²⁵¹.

- B) Cuando una norma con rango legal disponga el deber de cumplir con la citada obligación²⁵².

- C) Cuando tenga lugar la transmisión de empresa respecto de los créditos laborales y de Seguridad Social que corresponden a los empleados de esa unidad productiva²⁵³.

- D) Cuando el cesionario sea persona especialmente relacionada con el concursado²⁵⁴.

Los efectos generales del caso concreto, así como los especiales que van a ser estudiados a continuación, serán detallados por el juez del concurso mediante Auto en todos los supuestos estudiados, excepto en el de convenio de asunción, pues los efectos constarán en la sentencia que apruebe el convenio.

B) EFECTOS ESPECIALES: EFECTOS LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Estamos quizás ante la cuestión más trascendental de la sucesión de empresas concursal para los trabajadores de la empresa concursada, aunque también es una cuestión no menos importante a la par que controvertida, tanto para el adquirente como para la Seguridad Social, si la venta de la unidad productiva lleva aparejada la subrogación en los contratos de trabajo de todos los trabajadores

²⁵¹ Quizás este compromiso puede ser una razón de peso para desequilibrar la balanza en favor de un adquirente en caso de concurrencia de adquirentes.

²⁵² Un ejemplo de disposición legal expresa de subrogación viene recogida en el párrafo primero de la letra c) del apartado 1º del art. 42 de la Ley 58/2003, de diecisiete de diciembre de dos mil tres, General Tributaria. B.O.E. n.º 302, de dieciocho de diciembre de dos mil tres, pp. 44987 a 45065. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23186>, aunque esta disposición legal no es aplicable a nuestro caso, por la razón de que el último párrafo de esta misma letra c) dispone que la anterior regla no es aplicable a los adquirentes de unidades productivas del concursado en el marco de un procedimiento concursal.

²⁵³ No obstante, esta excepción tiene a su vez una excepción pues el juez de lo mercantil en sede concursal puede adoptar la decisión de que no se produzca la sucesión en una porción de las cantidades salariales o indemnizatorias aún no abonadas previas a la sucesión que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial.

²⁵⁴ Sobre las personas especialmente relacionadas con el concursado *Et. Infra.* Cap. VII.

de la empresa concursada, así como de los créditos laborales y de la Seguridad Social tanto con respecto de tales trabajadores como de los antiguos trabajadores de la concursada.

Aunque el citado Auto de veintiocho de enero de dos mil quince del T.J.U.E. permita que no se transmitan las deudas de la empresa concursada al adquirente, lo cierto es que, desde el punto de vista de esta Tesis, la subrogación en la totalidad de los contratos de los trabajadores es inexcusablemente inevitable, aunque somos favorables a la opinión de que las deudas laborales y de la Seguridad Social no se transmitan al adquirente con tal de que pueda salir el negocio adelante, pero sin que se pueda librar de total responsabilidad, en el sentido de que debe atribuírsele una responsabilidad subsidiaria y abonar las deudas, por lo menos las salariales no abonadas, en el caso de que la empresa concursada no pueda hacer frente a las mismas, pues ese es el sentido que entendemos debe darse a la frase pronunciada en el Auto del T.J.U.E. de “siempre que se garantice la protección de los trabajadores”, sin que baste la previsión de cobertura del Fondo de Garantía Salarial²⁵⁵ (en adelante, FO.GA.SA.), cuya intervención está prevista para supuestos en los que es imposible a los trabajadores cobrar de la empresa concursada.

A continuación, debemos analizar cuando se considera que existe sucesión de empresa, cuestión no baladí, una vez llevada la citada tarea examinaremos brevemente la competencia judicial en orden a la declaración de existencia de sucesión de empresa, estudiaremos los efectos y alcance de la subrogación, y finalmente, una de las mayores cuestiones controvertidas de esta nueva L.C., dada su condición de mero texto refundido, la posible extralimitación de delegación legislativa *ultra vires*.

a) La venta de la unidad productiva como sucesión de empresa:

El apartado 1º del artículo 221 de la L.C. no puede ser más claro, a los efectos laborales y de Seguridad Social la venta de la unidad productiva se considerará

²⁵⁵ El Fondo de Garantía Salarial se constituye en organismo autónomo que se encuentra adscrito al Ministerio de Trabajo, encontrándose dotado de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar, financiándose con las aportaciones de los empresarios y que se hace cargo de determinadas prestaciones de los trabajadores, básicamente, salariales e indemnizatorias y, dentro de unos límites máximos, en supuestos de desaparición, concurso de acreedores o insolvencia de los empresarios. Vid. Roqueta Buj, R. (2009). *El fondo de garantía salarial*. Madrid: La Ley.

sucesión de empresa, de ahí la denominación de sucesión de empresa concursal que utilizo como título e indistintamente a lo largo de este apartado.

Por lo tanto, en el caso de que se aprecie por el juez competente que nos encontramos ante la transmisión de una unidad productiva, existirá sucesión de empresas, en este caso “concursal”.

Y para apreciar que existe unidad productiva, en su consecuencia, sucesión de empresa, basta con acudir a las antes comentadas normativas del E.T. y Directiva 2001/23/CE, con las respectivas interpretaciones jurisprudenciales, social, nacional y europea.

Seguramente el informe de la administración concursal en el proceso ordinario, o directamente la propuesta del concursado en el proceso abreviado (hasta su derogación), sea el que dé señales sobre si concurren los elementos determinantes de una sucesión de empresa.

b) La competencia judicial:

Si bien el T.S./SOC. ha declarado en reiteradas ocasiones que la competencia para declarar si existe sucesión de empresa en la venta de la unidad productiva corresponde a los Juzgados de lo Social²⁵⁶, el legislador concursal ha ignorado la jurisprudencia del Tribunal Supremo y ha atribuido, en el apartado 2º del artículo 221 de la L.C. (y tras la reforma concursal de 2022, en el apartado 4º del artículo 52 de la L.C.), la competencia al juez del concurso.

Un sector doctrinal, de ámbito mercantil, entiende que la redacción del precepto pretende enterrar el debate generado en torno a la atribución de competencia²⁵⁷, pero nada más lejos de la realidad como luego veremos con profundidad.

Aunque el legislador ostente la competencia para legislar, una decisión de este calado, sin entrar, por el momento, en el debate de si es más correcta que la adoptada por la jurisprudencia, dará lugar en la práctica a no pocos conflictos de competencia, y por qué no, a una lucha encarnizada entre los Juzgados de lo Social y de lo Mercantil, lo que no juega sino en contra de los intereses del concurso de

²⁵⁶ Vid. Sentencias de veintinueve de octubre de dos mil catorce y de veintisiete de febrero de dos mil veinte.

²⁵⁷ En este sentido, Vid. Asencio Pascual, C. (2020). Aspectos de contenido innovador de la venta de la unidad productiva a la luz del nuevo TRLC. *Diario La Ley n.º 9660*, pág. 5.

acreedores y, por derivación, en contra de los intereses de los trabajadores, al poder verse paralizado o afectado el proceso no solo por las cuestiones de competencia que se planteen, sino también, por los escritos sobre nulidad de actuaciones que las partes presenten ante una jurisdicción u otra por entender que el órgano judicial ha resuelto sin ostentar la competencia objetiva²⁵⁸.

c) El alcance de la subrogación:

La subrogación alcanza inevitablemente a los créditos laborales y de la Seguridad Social que correspondan a los trabajadores de la unidad productiva transmitida, excluyéndose así las deudas de los trabajadores antiguos, pues solo se subrogará en los contratos de trabajo vigentes al tiempo de las transmisión (ex art. 224.3º en relación con los artículos 221.1º y 223 de la L.C.), lo que viene a consagrar la L.C. es la tan discutida “Teoría del perímetro”, cuyo examen se efectuará dentro de la posible extralimitación *ultra vires*.

d) La excepción de la subrogación frente al Fondo de Garantía Salarial:

Sobre esta cuestión debemos acudir al párrafo 2º del número 3º del apartado 1º del artículo 224 de la L.C. que otorga al órgano judicial en sede concursal la facultad de acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de los salarios y/o indemnizaciones que no hayan sido abonados con carácter previo a la enajenación y que sea asumida por un organismo público, el FO.GA.SA.²⁵⁹, aunque esta posibilidad está expresamente vedada al órgano judicial cuando el adquirente de unidad productiva sea una persona especialmente relacionada con el concursado, según reza el apartado 2º del artículo 224 de la L.C.

Las razones para la adopción de la decisión atenderán lógicamente al interés del concurso, sin embargo, considero que el FO.GA.SA. no debería de soportar unos gastos, que, en definitiva, van a producir beneficios a otra empresa, pues el organismo público tiene la misión principal de proteger a los trabajadores y no a las empresas.

²⁵⁸ Sobre esta cuestión incidiremos con especial énfasis en el apartado sobre el posible *ultra vires* del legislador concursal por exceso en la delegación legislativa.

²⁵⁹ Un estudio sobre la intervención de este organismo público en el proceso concursal *Et. Infra*. Cap. VII.

Cuestión distinta es la de inexistencia de venta de unidad productiva, situación en la que el organismo público debe intervenir para que los trabajadores no queden sin el sustento necesario en el caso de que la concursada no pueda hacer frente a esos débitos, debiendo considerarse que la empresa adquirente es responsable subsidiaria en caso de impago de la principal, en todo caso y no solo cuando el adquirente sea una persona especialmente relacionada con el concursado.

e) *El posible ultra vires por extralimitación en el uso de la delegación legislativa constitucional:*

La expresión *ultra vires* tiene dos significados, uno general y otro relacionado con el Derecho Internacional Público²⁶⁰:

Con carácter general, estamos ante un:

Principio jurídico que considera nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, y cuyo objetivo es prevenir que una autoridad o entidad actúe más allá de su competencia o autoridad.

La definición dada para el ámbito de Derecho Internacional Público también puede tener acogida:

Expresión latina referida al acto o la circunstancia en que un organismo o un tribunal internacional han sobrepasado el marco de actuación de su tratado constitutivo, infringiendo el principio de atribución de competencias.

El T.S./CON-A. ha declarado que estamos ante una especie de juicio de contraste entre lo ordenado por el legislador y lo que ha efectuado el Gobierno de la Nación, estableciéndose expresamente por el art. 82. 6º de la C.E. de 1978, el control, por parte de los tribunales de justicia, de la legislación delegada, cuando se excedan los límites de la delegación²⁶¹.

Y debe hacerse constar que la competencia para el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los Decretos legislativos cuando

²⁶⁰ Ambos han sido obtenidos del D.P.E.J. Recuperado el 25/02/2024 de <https://dpej.rae.es/lema/ultra-vires>.

²⁶¹ En este sentido, Sentencia de veintiocho de marzo de dos mil doce [RJ 2012, 387].

excedan los límites de la delegación, corresponde a los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo²⁶².

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance de la delegación legislativa, habiendo llegado a declarar que la labor refundidora atribuida al Gobierno no solo se reduce a refundir los textos legales en uno solo, sino que también otorga al Gobierno la facultad de otorgar un contenido innovador a lo refundido²⁶³.

Centrándonos en la materia en la que nos encontramos, el conflicto que se va a exponer viene desde antiguo, en una lucha constante entre el Derecho Laboral y el Derecho Concursal.

El problema reside en si el adquirente tiene o no tiene la obligación de subrogarse en todos los contratos laborales y en todas las deudas laborales y de la Seguridad Social que ya afectaban a la empresa concursada.

Mientras que el orden jurisdiccional social consideraba que debía aplicarse *strictu sensu* la disposición del artículo 44 del E.T. que establece la responsabilidad solidaria de la empresa cedente y cesionaria de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión de empresa y que no hubieran sido satisfechas, lo que suponía que el adquirente, en el marco del proceso concursal, debía asumir tanto las deudas laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores antiguos y de los trabajadores con contrato vigente²⁶⁴, el orden jurisdiccional mercantil entendía que con esta traba iba a ser difícil, cuando no imposible, que alguien pudiese adquirir la/s unidad/es productiva/s, y por ello creó la denomina “Teoría del perímetro” conforme a la cual el adquirente únicamente se subroga en las deudas laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores cedidos pero no las de los trabajadores cuyos contratos se habían extinguido con carácter previo a la enajenación²⁶⁵.

²⁶² Esta competencia viene consagrada en el art. 1 y concordantes de la Ley 29/1998, de trece de julio de mil novecientos noventa y ocho, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, L.R.J.C.A.). B.O.E. n.º 167, de catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho, pp. 23516 a 23551. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>.

²⁶³ Sentencia 166/2007 de cuatro de julio de dos mil siete.

²⁶⁴ Vid. Sentencia de quince de julio de dos mil tres del T.S./SOC.

²⁶⁵ Vid. Auto de nueve de abril de dos mil quince del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona.

En el mismo sentido que los jueces de lo mercantil opinaba el sector doctrinal mayoritario de mercantilistas, poniendo especial acento en que solo debería subrogarse el adquirente en las deudas laborales y de la Seguridad Social de los contratos vigentes al tiempo de la subrogación²⁶⁶. Sin embargo, con las reformas legales que a partir del R.D-ley. 11/2014 se han ido siguiendo, se ha llegado a un resultado distinto del mantenido en el ámbito mercantil por la doctrina y jueces de lo mercantil, con nefastas consecuencias cuales son la falta de motivación para la adquisición de la unidad productiva de la empresa en concurso²⁶⁷.

Incluso hubo un reducido sector doctrinal, de ámbito mercantil, que intentó llegar más lejos, afirmando, además de la posición mantenida por los jueces de lo mercantil, que la sucesión de empresas en el seno de un proceso concursal no puede regirse por la legislación laboral, por lo que no pueden tenerse en cuenta las disposiciones del artículo 44 del E.T.²⁶⁸.

Sin embargo, como el orden jurisdiccional social había proclamado en reiteradas ocasiones que la competencia para conocer de los efectos de la transmisión correspondía al mismo orden social de la jurisdicción, tuvo que modificarse por el propio orden mercantil de la jurisdicción la doctrina de la Teoría del perímetro reconociendo la antigua doctrina que venía sentada con anterioridad a la creación de la Teoría del perímetro²⁶⁹.

De hecho, el T.S./SOC. ha mantenido en todo momento una doctrina contraria a la Teoría del perímetro, considerando que es al juez de lo social y no al

²⁶⁶ Bou, A. y Escolá, E. (2018). La sucesión de empresa en la venta de unidades productivas. *Fieldfisher Jausas*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.fieldfisherjausas.com/la-sucesion-empresa-las-ventas-unidades-productivas/>.

²⁶⁷ Burguera Abogados. (2018). Sobre la sucesión de empresa en la venta de unidades productivas. *Redacción A.G.X.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.burgueraabogados.com/sobre-la-sucesion-de-empresa-en-la-venta-de-unidades-productivas/>.

²⁶⁸ Vid. Sebastián Quetglas, R. (2016). Manual de fusiones y adquisiciones de empresas. En Sebastián Quetglas, R. (Dir.) y Jordano Luna, M. (Coord.). *La venta de la empresa en el concurso de acreedores* (653-681). Madrid: Wolters Kluwer.

²⁶⁹ Sentencias de catorce de enero de dos mil catorce del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Valencia, de once de julio de dos mil catorce del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Cataluña y de veintinueve de octubre de dos mil catorce del T.S./SOC. en relación con los Autos de veinticuatro de julio de dos mil quince y de veintitrés de diciembre de dos mil quince del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de la Ciudad Condal.

concurzal al que le corresponde declarar la existencia de sucesión de empresa y extender los efectos de la subrogación más allá de los trabajadores con contrato en vigor²⁷⁰.

Pero, además, en Sentencia de veintisiete de febrero del año dos mil veinte, el T.S./SOC. esgrime como razones motivadoras de esta subrogación total:

1º) Con la adjudicación se produce un cambio en la titularidad de la entidad económica que mantiene su identidad (sucesión de empresa), por lo que es inevitable la aplicación del artículo 44. 3º del E.T.

2º) El artículo 44 del E.T. forma parte del *ius cogens* y, por lo tanto, los particulares no pueden sustraerse a sus consecuencias.

3º) El apartado 4º del artículo 148 de la antigua L.C. concluye que nos encontramos ante un supuesto de sucesión de empresa, en términos similares al apartado 1º del art. 221 de la actual L.C.

4º) La conclusión alcanzada no se opone a la normativa concursal, ya que el interés del concurso no puede alcanzar el rango de norma suprema de la adjudicación, debiendo respetar el artículo 44 del E.T.

5º) Si bien la Directiva 2001/23/CE establece en su artículo 5 que no son aplicables, en el seno de un proceso concursal, las garantías que proclama el artículo 3 de la misma Directiva, pues el legislador nacional no establecía precepto alguno que excluyera la disposición del artículo 44 del E.T. (situación que si se ha producido en la actualidad con la nueva L.C. y que por ello puede hablarse de una posible extralimitación *ultra vires* en el uso de la delegación legislativa).

Pero no solo la Sala Cuarta se ha pronunciado en este sentido, en un sentido similar, aunque con matices, se pronunció el T.S./CON-A. en Sentencia de veintinueve de enero de dos mil dieciocho, cuya doctrina reiteró en las Sentencias de diecisiete de junio de dos mil diecinueve, dos de diciembre de dos mil diecinueve y once de marzo de dos mil veinte, y si bien llegó a la conclusión de que, aunque no procediera la transmisión de deudas de Seguridad Social relativas a adjudicaciones anteriores a la reforma operada en la antigua L.C. por el R.D-ley.

²⁷⁰ Además de la Sentencia del año dos mil tres pueden observarse como más recientes y con más fundamentación en la materia como consecuencia de las actuaciones legales y de la jurisdicción mercantil las Sentencias de veintinueve de octubre de dos mil catorce o de veintisiete de febrero de dos mil dieciocho del T.S./SOC.

11/2014 de cinco de septiembre del año dos mil catorce (transformada posteriormente en la Ley 9/2015, de veinticinco de mayo del año dos mil quince, de medidas urgentes en materia concursal) era obligatoria la transmisión de deudas de Seguridad Social en las adjudicaciones posteriores a la reforma operada.

Y la anterior afirmación tiene sentido por cuanto, tal y como señala ROMERO GARCÍA-MORA, la redacción del apartado segundo del artículo 149 de la antigua L.C. solo contemplaba la sucesión de empresa a efectos laborales sin disponer palabra alguna en relación con las deudas de la Seguridad Social²⁷¹.

Partiendo de estas doctrinas, de 2 órdenes jurisdiccionales diferentes, el orden jurisdiccional mercantil asumió que la antigua L.C. que debía de interpretarse en el sentido de que la sucesión de empresa concursal conllevará inevitablemente la sucesión en todos los contratos, deudas laborales y de Seguridad Social de la empresa concursada.

Pero el Gobierno, a través de la delegación legislativa, ha legislado en contra de las conclusiones expuestas.

Durante la tramitación de la nueva L.C. el vocal del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, C.G.P.J.), MARTÍNEZ MOYA, emitió el día 27 de septiembre de 2019 un voto particular frente al Acuerdo adoptado por el pleno del mismo órgano constitucional de gobierno de los jueces por el que se aprobaba el informe al proyecto de la nueva L.C.

Los dos principales argumentos aducidos en el voto particular, los cuales comparto plenamente y sostengo como propios, giraban en torno a la falta de seguridad en relación a que la atribución de competencia al juez concursal cumpliera una función clarificadora en la materia y a la más que dudable vía constitucional que se había adoptado para consagrar ese cambio de competencia, pues la atribución al juez del concurso de la competencia requiere una modificación legislativa, incluso mediante L.O.²⁷².

²⁷¹ Vid. Romero García-Mora, G. (2016). Transmisión de unidades productivas dentro del concurso. En particular, la sucesión de empresa a efectos de Seguridad Social. *Diario La Ley* n.º 8869, pág. 4.

²⁷² Voto particular del Vocal del C.G.P.J., Juan Martínez Moya, de 27 de septiembre de 2019. Recuperado el 22/02/2024 de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre->

Sin embargo, lo cierto es que tanto el C.G.P.J.²⁷³ como el Consejo de Estado²⁷⁴ dieron el visto bueno a esta atribución competencial, con unos argumentos más que discutibles y saltándose la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, lo que dará lugar a una enorme conflicto entre los órdenes jurisdiccionales, hasta que se legisle adecuadamente o hasta que el Tribunal Supremo, a través de sus Salas Tercera y Cuarta, asuman la disposición de la nueva L.C., asunción normativa cada vez más complicada si tenemos en cuenta el reciente Auto 6851/2021 de veinticinco de mayo de la Sala Especial de Conflictos del Tribunal Supremo que hace oídos sordos a la disposición de la nueva L.C. atribuyendo nuevamente la competencia a los Juzgados de lo Social.

Como conclusión señalar que resultará extremadamente difícil a un Juez de lo Social, apartarse de la doctrina consagrada por el Tribunal Supremo, y más aun compartiendo tanto las motivaciones de la Sala Cuarta como las del Vocal del órgano de gobierno de los jueces, incluso más difícil será para un organismo administrativo como es la Seguridad Social actuar en contra no solo de la doctrina del Tribunal Supremo sino también en contra de los intereses públicos, permitiendo que las deudas de la Seguridad Social, de la que todos formamos parte, queden en el olvido por salvar la viabilidad empresarial.

Pero además, la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral impide toda interpretación contraria al art. 44 del E.T., por lo que, realmente, nuestra opinión, sin perjuicio de quien pueda ostentar la competencia para declarar la existencia de sucesión de empresa, todas las deudas laborales correspondientes a los trabajadores de la concursada deben ser asumidas por la

el-proyecto-de-Real-Decreto-Legislativo-por-el-que-se-aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-Concursal.

²⁷³ En el Informe del proyecto el órgano de gobierno de los jueces manifestó su acuerdo en el sentido de que el texto proyectado se mostraba coherente con la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso y con lo dispuesto en el art. 57 del E.T. Recuperado el 23/02/2024 de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/PoderJudicial/ConsejoGeneraldelPoderJudicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-proyecto-de-Real-Decreto-Legislativo-por-el-que-se-aprueba-el-Texto-Refundido-de-la-Ley-Concursal>.

²⁷⁴ Este órgano fundó su decisión tanto en el art. 5 de la Directiva 2001/23/CE como en la Sentencia de dieciséis de mayo de dos mil diecinueve del T.J.U.E., Asunto “Plessers” C-509/7. Número de expediente 1127/2019 del Consejo de Estado de España. Recuperado el 27/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-1127>.

empresa adquirente y convertirse esta en responsable subsidiaria para las deudas laborales correspondientes a los antiguos trabajadores de la concursada cuando esta no pueda atenderlas, sobre todo, las que se refieran a los salarios, pues solo así se garantiza la total protección de los trabajadores que deriva del espíritu de la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia europea.

3.4.2. Directiva concursal UE sobre reestructuración empresarial 2019/1023 de 20 de junio de 2019 y su adaptación al ordenamiento jurídico como vía de viabilidad empresarial

La sucesión de empresa concursal, o incluso la laboral, constituye una de las herramientas que nuestro ordenamiento jurídico ofrece para la reestructuración empresarial como vía de viabilidad empresarial.

Por ello, es obligado el estudio de la Directiva UE 2019/1023 sobre del Parlamento Europeo y del Consejo, de veinte de junio de dos mil diecinueve, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)²⁷⁵.

El art. 3 de la Directiva proclama la necesidad de que el deudor cuente con herramientas que le permitan actuar de manera inmediata ante situaciones que puedan provocar una insolvencia inminente, reiterando esta proclama en el art. 4, con vistas de llevar a cabo la oportuna reestructuración empresarial con la finalidad última de protección del empleo y del mantenimiento de la actividad empresarial.

Existen diversos momentos en la vida de una empresa en la que poder acogerse a la herramienta de la sucesión de empresa sin tener que verse envuelta en un proceso concursal.

En un estadio previo a la insolvencia, pero con la suficiente previsión de que la situación de insolvencia llegará más pronto que tarde, la empresa puede acudir la sucesión de empresas de carácter laboral, de la que se puede hacer uso, no ya como modalidad de descentralización productiva, sino como vía de viabilidad

²⁷⁵ D.O.U.E., n.º 172, de veintiséis de junio del año dos mil diecinueve, pp. 18 a 55. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81090>.

empresarial, llevando a cabo la venta de centros de trabajo o unidades productivas menores sin que la empresa incurra en insolvencia, siendo en este caso aplicables, las normas y jurisprudencias ya tratadas.

En segundo término, cabe la posibilidad legal, como consecuencia de la reforma concursal de 2022 que traspone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2019/1023, de acudir a la venta de unidades productivas en fase pre concursal. Con anterioridad a la reforma concursal, no existía esta posibilidad legal, aunque se ha venido aplicando en la práctica por diversos Juzgados de lo Mercantil de Barcelona, en concreto, el n.º 10, en Auto de veintinueve de julio de dos mil veinte, resuelve, dentro de la comunicación del art. 5 *bis* de la derogada L.C. (arts. 583 y siguientes de la nueva L.C.), la solicitud del concursado, accediendo al nombramiento de un experto economista que supervisara la venta de la unidad productiva (eso sí, con simultánea declaración del concurso), con los argumentos de que ya fue adoptada una medida similar en el Auto de nueve de enero de dos mil doce por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º 3 con vistas a preparar actuaciones de reestructuración y de supervisar la preparación del proceso concursal, apoyándose así mismo en la disposición de la Directiva que aconseja una mayor rapidez en el procedimiento que ocasione un mayor porcentaje de éxito en las recuperaciones.

En cuanto a las normas aplicables, serían las previstas con carácter general en la subsección 3ª como reglas especiales de enajenación de las unidades productivas, convenientemente adaptadas al estadio procesal pre concursal.

No obstante, lo anterior, la opción que más tiene acogida en la Directiva es la de la sucesión de empresas laboral, pues si una empresa llega a la fase pre concursal es porque ya se encuentra en una más que probable insolvencia, actual o inminente.

Aunque he de admitir que cualquiera de las opciones de sucesión de empresa será adecuada si se consiguen salvar los empleos y pagar los salarios a los trabajadores, con independencia del destino final del originario empresario, pues no olvidemos que nuestra posición es la de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral y, por lo tanto, cualquier sucesión debe tener como finalidad evitar el desastre empresario-laboral, con grave repercusión para los trabajadores.

De hecho, la Directiva dedica expresamente su artículo 13 a la protección de los trabajadores en el marco de la reestructuración empresarial, estableciéndose en

el apartado 1º los mínimos necesarios que se deben respetar por el Estado Miembro al legislar²⁷⁶, y proclamando en el apartado 2º la necesidad de aprobación, por parte de los trabajadores, de las medidas de reestructuración empresarial que se adopten si modifican la organización de trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores.

²⁷⁶ Que consagra la obligación de los EE.MM. de garantizar que no se vean afectados o perjudicados por el marco de reestructuración preventiva los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional, estableciéndose a continuación un desarrollo concreto y detallado que damos por reproducido.

**CAPÍTULO IV –
EL DERECHO DEL TRABAJO
Y SEGURIDAD SOCIAL Y SU
ÁMBITO NORMATIVO
COMO FACTOR
DETERMINANTE DE LA
SÚPER POSICIÓN**

CAPÍTULO IV. EL DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL Y SU ÁMBITO NORMATIVO COMO FACTOR DETERMINANTE DE LA SÚPER POSICIÓN

En el presente Capítulo, serán analizados los Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social en sus conceptos y aspectos normativos con especial referencia al Derecho del Trabajo el cual fundamenta la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Concursal y Mercantil, ostentando especial importancia el presente Capítulo al recoger los pilares más esenciales sobre los que se asienta la disciplina jurídica del Derecho del Trabajo y en los que se refleja el carácter protector y tuitivo que dicha rama del ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores y que resulta determinante en caso de colisión con los empresarios, sobre todo, en el caso de duda sobre la interpretación de una norma.

Comenzaremos con el examen de los conceptos y caracteres de los Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social y continuaremos con la labor consistente en desgranar las diversas normativas, de ámbito Internacional, europeo e Interno relacionadas con estos ordenamientos jurídicos.

4.1. EL DERECHO DEL TRABAJO

El Derecho del Trabajo es la rama pública-privada²⁷⁷ común²⁷⁸ del ordenamiento jurídico español que regula las relaciones de trabajo, las relaciones social-económicas e intereses individuales y colectivos de los trabajadores con los empresarios.

²⁷⁷ Desde 1903 ya se sustentaba en España esta doble consideración, incluso en el ámbito internacional, Vid. Hueck, A. y Nipperdey, H.C. (1963). *Compendio de Derecho del Trabajo*, traducción española, pág. 23. Madrid: Revista de Derecho Privado. Pese a la discusión doctrinal al respecto, lo cierto es que no cabe duda del carácter público-privado del Derecho del Trabajo, pues se integra de relaciones jurídico-privadas como el contrato de trabajo, pero también se nutre de relaciones jurídico-públicas, pues es el Estado el que regula y administra el ordenamiento laboral.

²⁷⁸ Sobre la consideración del Derecho del Trabajo como Derecho Común Vid. Rivero Lamas, J. (1970). *El Derecho común del trabajo en España*, pág. 23. Zaragoza: Cuadernos del Seminario de Derecho del Trabajo n.º 1.

Como caracteres de esta disciplina del Derecho, de larga tradición histórica²⁷⁹, se resaltan por la doctrina su carácter de disciplina autónoma, de Derecho público-privado y de Derecho común, así como su finalidad tuitiva con respecto de los trabajadores.

Aunque nos encontremos ante un Derecho “autónomo²⁸⁰” no puede obviarse que, en definitiva, todas las ramas del ordenamiento jurídico están conectadas entre sí.

Lo realmente relevante del Derecho del Trabajo es la regulación de un tipo de trabajo específico: el trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena.

Es importante establecer la premisa de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral con respecto al Derecho Concursal y del Derecho Mercantil, guiándonos en nuestra opinión intencionada que vamos a plasmar a lo largo de esta Tesis, y quizás muchas de tales opiniones no serán compartidas por un gran sector doctrinal, sobre todo por los especialistas del Derecho Concursal, quienes ven en el Derecho Laboral una rama del ordenamiento jurídico de categoría “menor”.

Pero nada más lejos de la realidad, el Derecho Laboral no es un Derecho Menor sino un súper Derecho que merece la mayor protección, arbitrándose para ello los procesos laborales y concursales, los cuales conjugan, con el espíritu equilibrado que establece el legislador, los intereses de los empresarios con los de los trabajadores.

²⁷⁹ Sin perjuicio de que la revolución industrial pueda considerarse la cuna del Derecho del Trabajo, con la generalización del trabajo voluntario, dependiente y por cuenta ajena, en este sentido Vid. Montoya Melgar, A. (2020). *Derecho del Trabajo. La regulación del trabajo a través de la historia* (pp. 66-72). Madrid: Tecnos., lo cierto es que las normas laborales han existido desde la antigüedad, en civilizaciones históricas como las del Imperio Romano y Grecia, aunque en tales periodos, al igual que en la época medieval, el trabajo generalizado fuera no libre, llevado a cabo por esclavos y siervos, Vid. Bayón Chacón, G. (1955). *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho Histórico Español*, pp. 29 y ss. Madrid: Tecnos.

²⁸⁰ Esta autonomía deriva de que el Derecho del Trabajo cuenta con un objeto propio como es el trabajo en la sociedad, con un sistema normativo propio compuesto por diversos códigos, unas instituciones y una doctrina científica y jurisprudencial propias, Vid. Alonso Olea, M., Casas Baamonde, M.E. y Alonso García, E. (2013). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Navarra: Aranzadi.

4.2. EL DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Cuando hablamos del Derecho a la Seguridad Social estamos hablando de un derecho constitucional consistente en el establecimiento y mantenimiento por el Estado de un sistema técnico-jurídico que tiene por finalidad última proteger, mediante prestaciones económicas, a las personas (y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo) que se encuentran bajo su cobertura frente a ciertos riesgos o contingencias²⁸¹.

Como características básicas de esta rama del ordenamiento positivo español deben resaltarse la de Derecho público²⁸² y la de Derecho autónomo²⁸³ con vocación de protección universal.

La autonomía del Derecho de la Seguridad Social se desprende, además de su objeto específico: “la protección económica de quienes lo necesiten”, al poseer una normativa específica (La L.G.S.S.), sin perjuicio de normativas complementarias) y unas instituciones propias (Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, etc.).

Nuestro T.C. ha efectuado diversos pronunciamientos en materia del Derecho a la Seguridad Social, o más concretamente, del sistema Público de la Seguridad Social como principio rector de la política social y económica, habiendo declarado que:

²⁸¹ Esta definición, a la que se ha dado forma, puede encontrarse en el art. 2 de la L.G.S.S. En definitiva, la Seguridad Social, tal y como está configurada en nuestro país, es un remedio contra la inseguridad económica, Vid. Turnbull, J., Williams, A. y Cheit, E. (1982). *Economic and Social Security: Social insurance and Other Approaches*. Nueva York: Wiley.

²⁸² Este carácter de derecho público deriva inevitablemente de que el conjunto de sus normas y medidas son públicas, Vid. Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social*. Pág. 38. Madrid: Civitas, cito de Montoya Melgar, A. (2020) *Derecho del Trabajo. Identidad de la Seguridad Social* (pág. 658). Madrid: Tecnos.

²⁸³ Aunque se haya discutido ampliamente por la doctrina sobre si el Derecho de la Seguridad Social es un derecho autónomo o forma parte del Derecho del Trabajo, sin perjuicio de que pueda hablarse de un Derecho de Seguridad Social laboral, lo cierto es que la doctrina dominante, entre los que me encuentro, consideran que estamos ante una rama del ordenamiento jurídico autónoma, Vid. Almansa Pastor, J.M. (1991). *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid: Tecnos.

1) La garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión de varios modelos de protección²⁸⁴.

2) El sistema público de la Seguridad Social admite en él la posibilidad de ser gestionado por entidades privadas, tales como mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresas a través de la colaboración voluntaria, ejercitando en este caso, pese a su carácter de entes privados, una actuación de carácter pública²⁸⁵.

3) La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico, ni vulnera el principio de igualdad²⁸⁶.

4) Las prestaciones complementarias tienen encaje en el modelo constitucional de Seguridad Social²⁸⁷.

4.3. NORMATIVA DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA LABORAL: LOS TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA, LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, EL PILAR EUROPEO DE DERECHO SOCIALES, REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS

Desde que España forma parte de la U.E., en sentido similar a lo que sucede con una Comunidad Autónoma que forma parte de España, es obligatoria la observación, respeto e inclusión en el ordenamiento jurídico español de la normativa aprobada por los órganos competentes de la U.E.²⁸⁸.

A su vez, el Derecho de la U.E. forma parte del ordenamiento jurídico de los Estados Miembros sin que sea necesario efectuar acto alguno expreso de incorporación o transposición, excepto, la transposición de las Directivas.

Las normas de carácter social dictadas en el ámbito de la U.E. son abundantes, casi inabarcables, lo que ha dado lugar a lo que hoy se conoce como Derecho Social Europeo, por lo que teniendo en cuenta el objeto de esta Tesis, resulta del todo imprescindible conocer el alcance y significado de las normas que integran dicho

²⁸⁴ Vid. Sentencia 206/1997 de veintisiete de noviembre.

²⁸⁵ Vid. Sentencias 37/1994 y 129/1994.

²⁸⁶ Vid. Sentencias 38/1995 y 77/1995.

²⁸⁷ Vid. Sentencia 208/1998 de diez de noviembre.

²⁸⁸ Sobre quiénes son los órganos competentes de la U.E. *Ut. Supra.* Cap. II.

Derecho y que además complementan, condicionan o interpretan las normas sociales dictadas en el ámbito interno, normas que a su vez son interpretadas o precisadas por el T.J.U.E.

Así pues, materias como los despidos colectivos, la insolvencia de la empresa, la contratación de los trabajadores y sus modalidades, los derechos a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y trabajadoras, el trabajo y el descanso, la prevención de riesgos laborales, las modalidades de cooperación interempresarial, la libre circulación de los trabajadores, la Seguridad Social, las políticas de empleo, la organización del trabajo, el respeto a la igualdad y la prohibición de discriminación y un largo etc. son esenciales para el ámbito interno y sobre tales materias se ha legislado a nivel europeo.

A) TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de la Unión Europea de 7 de febrero de 1992 fue firmado en Maastricht²⁸⁹. En su Título I consagra los objetivos perseguidos por la U.E., entre los que se encuentran el progreso económico y social, política interior y exterior, protección de derechos e intereses y la cooperación.

Objetivos que son desarrollados en los Instrumentos de la U.E. son los que pasamos a examinar a continuación.

B) TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tratado de 25 de marzo de 1957, ratificado por Instrumento de 13 de diciembre de 2007. Instrumento de Ratificación del Tratado por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007²⁹⁰, más conocido como Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dedica diversos Títulos a los derechos sociales de los trabajadores.

Aunque a lo largo del Tratado se recojan diversos derechos de los trabajadores, lo cierto es que los más importantes vienen recogidos en el Título IV

²⁸⁹ D.O.U.E. n.º 340 de diez de noviembre del año mil novecientos noventa y siete y B.O.E. de trece de enero del año mil novecientos noventa y cuatro. Recuperado el 28/02/2024 de https://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/tue.html.

²⁹⁰ B.O.E. n.º 286, de veintisiete de noviembre de dos mil nueve, pp. 100309 a 100500. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2009-18898>; rectificado por el B.O.E. n.º 133, de uno de junio de dos mil diez y n.º 41, de dieciséis de febrero de dos mil diez [RCL 2009, 2300].

“libre circulación de personas, servicios y capitales”, Título IX “empleo”, Título X “política social” y Título XVIII “cohesión económica, social y territorial.

Antes de examinar el contenido de tales Títulos debemos destacar que el art. 4 del Tratado establece que sobre los ámbitos de política social y cohesión económica y social existen competencias compartidas entre la U.E. y los Estados Miembros, aunque en el ámbito de las competencias de coordinación, la actuación de la U.E. se reduce a coordinar las acciones que son competencia de los Estados.

El Título IV proclama la libertad de circulación, fundamental en el ámbito de la U.E. para que los trabajadores y/o empresas de un Estado Miembro puedan establecerse en otro Estado Miembro, tratándose de una de las libertades fundacionales que ha sido ampliamente desarrollada en diversos Reglamentos de la U.E., rigiendo en la actualidad el Reglamento 492/2011, de 5 de abril, que será examinado en el apartado sobre Reglamentos.

El Título IX se dedica a la Política de Empleo de la U.E. con los objetivos de conseguir un nivel elevado y duradero de empleo y la cooperación entre Estados Miembros en la materia de empleo.

El Título X proclama como objetivos el fomento del empleo, unas mejores condiciones de trabajo, la protección y diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos y la lucha contra las exclusiones.

El Título XVIII consagra la idea de que la U.E. tiene como finalidad reforzar la cohesión económica, social y territorial de los Estados Miembros de la U.E.

C) LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

La Carta del año 2000, pero que no entró en vigor hasta diciembre de 2009, del Parlamento Europeo, sobre Derechos Fundamentales de la U.E.²⁹¹ consagra varios artículos que recogen diversos derechos fundamentales de los trabajadores, como en el Título I “Dignidad”, en el Título II “Libertades”, en el Título III “Igualdad” o en el Título VI “Justicia”.

²⁹¹ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (en adelante, D.O.C.E.) <<Serie C>> n.º 2020, de siete de junio de dos mil veinte [LCEur 2016, 2164]. pp. 393-404. Recuperado el 28/02/2024 de https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2016.202.01.0389.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A2016%3A202%3ATOC.

Como ejemplos podemos citar la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio que se reconoce en el art. 5, incluido dentro del grupo de los derechos de Dignidad o los derechos de libertad sindical, de libertad profesional y el derecho a trabajar, los cuales se consagran, respectivamente, en los arts. 12 y 15 ubicados dentro de las Libertades, la igualdad entre mujeres y hombres sobre todo en materia retributiva que se recoge dentro de los derechos relativos al Título de la igualdad, o finalmente, al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la tutela en el grupo de los derechos fundamentales del Título de la Justicia.

Sin embargo, el grueso de derechos sociales vienen encuadrados en el Título IV “Solidaridad” que recoge una variada gama de derechos, como son los derechos a la información y consulta de los trabajadores en la empresa²⁹², a la negociación y a la acción colectiva²⁹³, a la protección en caso de despido injustificado²⁹⁴, a unas condiciones de trabajo justas y equitativas²⁹⁵, a la prohibición del trabajo infantil y

²⁹² El Art. 27 consagra los derechos de información y consulta de los trabajadores, por sí mismos o a través o sus representantes (en nuestra legislación interna, delegados de personal, comité de empresa y organizaciones sindicales)

²⁹³ El Art. 28 establece los derechos a la negociación colectiva, a celebrar convenios colectivos y al planteamiento de conflictos de trabajo (de carácter individual o colectivo) de los trabajadores y empresarios y sus organizaciones representativas respectivas (en nuestra legislación interna, delegados de personal, comité de empresa y organizaciones sindicales para los trabajadores, asociaciones empresariales para los empresarios y sindicatos o asociaciones empresariales o específicas de los trabajadores autónomos económicamente dependientes).

²⁹⁴ El Art. 30 establece el derecho de protección de los trabajadores ante los despidos injustificados (en nuestra legislación interna únicamente puede calificarse como tal el despido improcedente o nulo), debiendo entenderse como injustificado a colación de la reciente Sentencia del T.J.U.E. de dieciocho de enero de dos mil veinticuatro en el Asunto C-631/2022 que la Incapacidad Permanente Total no es causa de extinción automática de los contratos de trabajo y que se debe intentar por la empresa adaptar el puesto de trabajo del trabajador.

²⁹⁵ Del Art. 31 se desprende los derechos de todos los trabajadores a unas adecuadas condiciones de trabajo, justas y equitativas, a la seguridad y salud en el trabajo y al descanso necesario.

a la protección de los jóvenes en el trabajo²⁹⁶, a la vida familiar y profesional²⁹⁷, a la Seguridad Social y ayuda social²⁹⁸ y a la protección de la salud²⁹⁹.

Por la doctrina se viene resaltando últimamente la importancia sobre el valor jurídico de Tratado vinculante de la Carta y su posible efecto horizontal en las relaciones privadas, es un tema de interés para los prácticos del Derecho del Trabajo.

El anterior aserto tiene su plasmación en la realidad jurídica-judicial, con la abundante invocación de preceptos de la Carta por los órganos judiciales laborales españoles, así como, con las cuestiones prejudiciales planteadas por ellos ante la más Alta autoridad judicial de la U.E.

Ejemplos son los relativos a las recientes Sentencias de treinta de junio de dos mil dieciséis, caso “Sobczyszyn”, o de veintinueve de noviembre de dos mil diecisiete, caso “King”, relativas a las extinciones de relaciones de servicio de funcionarios o trabajadores interinos.

Para finalizar con el examen de la Carta de los Derechos Fundamentales de la U.E., debemos destacar que su artículo 53 establece que ninguna de sus disposiciones puede ser interpretada en un sentido limitativo o lesivo de los derechos humanos y libertades fundamentales que vienen reconocidos por las constituciones de los Estados Miembros, lo que supone un plus de protección al mínimo garante de los derechos plasmados, en nuestro caso, por la C.E. de 1978, pues en ningún caso la Carta podrá establecer una protección inferior a la que ofrece nuestra Carta Magna.

D) EL PILAR DE EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

La Información de 13 de diciembre de 2017 del Parlamento Europeo. Proclamación Interinstitucional sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales³⁰⁰.

²⁹⁶ El art. 32 prohíbe el trabajo infantil y protege el de los jóvenes.

²⁹⁷ El art. 33 consagra la protección de la familia.

²⁹⁸ El art. 34 versa sobre las prestaciones de Seguridad Social y su reconocimiento a los ciudadanos.

²⁹⁹ El art. 35 trata sobre la asistencia sanitaria.

³⁰⁰ D.O.U.E. <<Serie C>> n.º 428, de trece de diciembre de dos mil diecisiete [LCEur 2017, 2440]. Recuperado el 28/02/2024 de https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/economy-works-people/jobs-growth-and-investment/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es.

El objetivo principal de esta Proclamación Interinstitucional es servir a modo de guía a los Estados Miembros para lograr resultados ámbito social y de empleo para disponer de las armas necesarias parar combatir los desafíos que se presenten, actuales y futuros, con la finalidad de satisfacer a la población, conseguir una mejor regulación y aplicación de los denominados “derechos sociales”.

Los derechos sociales y de empleo se consideran esenciales para el aumento de la resiliencia y la consolidación de la unión monetaria y económica, por ello el Pilar Europeo de Derechos Sociales consagra los principios y derechos que se consideran esenciales para el funcionamiento de los mercados laborales y sistemas del bienestar, siendo necesaria la adopción de medidas o normativas adecuadas para que tales principios y derechos sociales tengan fuerza jurídica ejecutiva.

E) LOS REGLAMENTOS SOCIALES

Como Reglamentos dirigidos a la protección de los trabajadores es obligatorio detenerse por su importancia en el Reglamento U.E. número 492/2011 de 5 de abril del Parlamento Europeo relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión Europea³⁰¹ y en el Reglamento C.E. número 883/2004 de 29 de abril del Parlamento Europeo sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social³⁰².

El Reglamento U.E. n.º 492/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2011 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la U.E. ha llevado a cabo la codificación del anterior Reglamento C.E. n.º 1612/68 del Consejo de 15 de octubre de 1968 relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y sus posteriores modificaciones.

Este “nuevo” Reglamento de 2011 consagra la libre circulación de los trabajadores y sus familias dentro de los territorios de los Estados Miembros, elevando esa libertad a la categoría de derecho fundamental³⁰³, pues se considera

³⁰¹ D.O.U.E. n.º 141 de veintisiete de mayo de dos mil once [LCEur 2011, 768]. Recuperado el 28/02/2024 de <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/>.

³⁰² D.O.U.E. n.º 166 de treinta de abril de dos mil cuatro; rectificado por D.O.U.E. n.º 204 de cuatro de agosto de dos mil siete, n.º 188 de nueve de julio de dos mil cuatro y n.º 200 de siete de junio de dos mil siete [LCEur 2004, 2229 y LCEur 2007, 1369]. pp. 1-123. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-81111>.

³⁰³ En el ámbito interno, la libertad de circulación, junto con la libertad de residencia, constituye igualmente un derecho fundamental proclamado en el art. 19 de la C.E. de 1978.

esencial que los trabajadores de países miembros de la U.E. puedan ejercer la actividad de su elección dentro de la U.E., derecho que debe reconocérsele a cualquier trabajador, con independencia de su modalidad de contratación.

Pero para que el derecho sea efectivo resulta necesario que los Estados Miembros garanticen una igualdad de trato de los trabajadores comunitarios y nacionales en temas como el ejercicio de la actividad, acceso a la vivienda e integración de las familias de los trabajadores, debiendo ostentar unos y otros la misma prioridad en el empleo.

Por lo que se refiere al Reglamento C.E. n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, tiene como objetivo fomentar la movilidad de los trabajadores, complementando las garantías de trabajo dentro de la U.E.

Se incluyen dentro del ámbito de aplicación del Reglamento las cuestiones sobre prejubilación y sus prestaciones, la concesión de subsidios familiares y de atención sanitaria al trabajador de que se trate.

Este Reglamento regula tanto prestaciones familiares clásicas como específicas sobre las que ha recaído abundante jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo³⁰⁴.

F) LAS DIRECTIVAS SOCIALES

Son múltiples las Directivas de la U.E. en la materia, por lo que resulta conveniente distribuirlas por las siguientes materias: 1) Relativas al principio de igualdad; 2) Sobre condiciones de trabajo; 3) Sobre modalidades contractuales; 4) Sobre vicisitudes empresariales; 5) Relativas a los derechos de información y participación; y 6) Relativas a la seguridad y salud laborales.

³⁰⁴ Vid. Sentencia de diez de octubre de mil novecientos noventa y seis, recaída en los Asuntos acumulados "Hoever" y "Zachow" C-245/94 y C-312/94, respectivamente, así como la Sentencia de once de junio de mil novecientos noventa y ocho dictada en el Asunto "Kuusijärvi" C-275/96.

1) Principio de Igualdad:

Con carácter previo al examen del principio de igualdad en el ámbito europeo debe dejarse claro que tanto la C.E. de 1978³⁰⁵ como el E.T.³⁰⁶ contienen previsiones específicas en el ámbito interno sobre la igualdad de trato y prohibición de discriminación en el ámbito de las relaciones de trabajo, sin perjuicio de diversa normativa dictada en la materia como la Ley 62/2003, de treinta de diciembre del año dos mil tres específicamente laboral³⁰⁷ o la L.O. 3/2007, de veintidós de marzo de dos mil siete, de igualdad general entre mujeres y hombres.

Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la igualdad y prohibición de discriminación en el ámbito laboral, y podemos destacar como pronunciamientos en la materia los siguientes:

- 1) El despido disciplinario es nulo cuando tiene por móvil algunas de las causas de discriminación expresamente prohibidas³⁰⁸.
- 2) La protección se extiende a las reacciones frente a actos preparatorios de la tutela judicial y frente a represalias por reclamaciones extrajudiciales orientadas al ejercicio de la tutela judicial³⁰⁹.

Centrándonos en la normativa europea sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, deben estudiarse 3 Directivas así como la jurisprudencia recaída en relación con las mismas, la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre, del Consejo sobre establecimiento de un marco general para la

³⁰⁵ El art. 14 declara expresamente la igualdad, como principio y como derecho, estableciendo la prohibición de discriminación por una serie de razones fundamentadas en motivos odiosos que son desarrolladas por Ley 15/2022, de doce de julio del año dos mil veintidós, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. B.O.E. n.º 167, de trece de julio de dos mil veintidós, páginas 98071 a 98109. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-11589>.

³⁰⁶ El art. 17 del E.T. y concordantes reiteran lo dispuesto en el art. 14 de la C.E. de 1978 y añade otras circunstancias prohibitorias de discriminación.

³⁰⁷ B.O.E. n.º 313, de treinta y uno de diciembre de dos mil tres, pp. 46874 a 46992. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23936.

³⁰⁸ Sentencias 17/2003 de treinta de enero y 41/2006 de trece de febrero, entre muchas otras.

³⁰⁹ Sentencias 168/1999 y 55/2003.

igualdad de trato en el empleo y la ocupación³¹⁰, la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico³¹¹ y la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, del Parlamento Europeo que trata sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación³¹².

La Directiva 2000/43 consagra como objetivo el de la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico con la finalidad de que sea aplicado el principio de igualdad de trato.

Por su parte, la Directiva 2000/78, pretende erradicar la discriminación por religión, convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual³¹³ con la misma finalidad de que sea aplicado el principio de igualdad de trato.

Por último, la Directiva 2006/54 tiene como finalidad lograr la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en los asuntos de empleo y ocupación.

Sobre estas Directivas han recaído diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la U.E.³¹⁴, y como tales podemos señalar:

A) Se considera discriminación por razón de edad: 1) la contratación temporal de mayores de 52 años como medida de fomento del empleo al alejar al

³¹⁰ D.O.C.E. n.º 303, de dos de diciembre del año dos mil, pp. 16 a 22. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>.

³¹¹ D.O.C.E. n.º 180, de diecinueve de julio del año dos mil, pp. 22 a 26. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81307>.

³¹² D.O.C.E. n.º 204, de veintiséis de julio de dos mil seis, pp. 23 a 36. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2006-81416>.

³¹³ En España se han introducido los conceptos por orientación e identidad sexual, características sexuales o expresiones de género en diversas normas.

³¹⁴ Algunos de los más importantes y polémicos pronunciamientos han sido los relativos a no discriminación por razones religiosas por el uso del pañuelo islámico (Sentencias de catorce de marzo de dos mil diecisiete Asunto “Bougnoui” C-188/15 y Asunto “Achbita” C-157/17) o sobre no discriminación por razón de enfermedad de duración incierta y su equiparación a la discapacidad (Sentencia de uno de diciembre de dos mil dieciséis Asunto “Mohamed Daouidi” C-395/15).

colectivo de la estabilidad en el empleo; 2) Establecer en 30 años la edad máxima para concursar a Policía Local sin justificación objetiva y razonable³¹⁵.

B) Sobre discriminación en función de la duración del contrato, se considera discriminatoria la exclusión de indemnizaciones por despido a los mayores de 50 años que vayan a percibir su jubilación del empleador³¹⁶.

2) Condiciones de trabajo:

Las condiciones de trabajo en el ámbito de la UE vienen ampliamente tratadas en 4 Directivas, la Directiva 2019/1158/UE de 20 de junio del Parlamento Europeo sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores por la que se deroga la anterior Directiva 2010/18/UE del Consejo³¹⁷, la Directiva 1996/71/CE de 16 de diciembre del Parlamento Europeo relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios³¹⁸, la Directiva 2008/104/CE de 19 de noviembre del Parlamento Europeo que regula el trabajo a través de empresas de trabajo temporal³¹⁹, que ha sido tratada en el Capítulo III de esta obra, y la Directiva 2014/66/UE de 15 de mayo del Parlamento Europeo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados interempresariales³²⁰.

³¹⁵ Sentencias de veintidós de noviembre del año dos mil cinco Asunto “Mangold” y de trece de noviembre del año dos mil catorce Asunto “Policía Municipal de Oviedo”.

³¹⁶ Sentencia de doce de octubre de dos mil diez Asunto “Ole Andersen”.

³¹⁷ D.O.U.E. n.º 188 de doce de julio del año dos mil diecinueve [LCEur 2019, 1222]. Recuperado el 28/02/2024 de <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/?uri=CELLAR%3A4119596d-a475-11e9-9d01-01aa75ed71a1>.

³¹⁸ D.O.C.E. n.º 18, de veintiuno de enero de del año mil novecientos noventa y siete, [LCEur 1997, 105]. Recuperado el 28/02/2024 de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.1997.018.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A1997%3A018%3ATOC. Modificada por la Directiva UE 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo de veintiocho de junio del año dos mil dieciocho, D.O.C.E. n.º 176, de nueve de julio del año dos mil dieciocho. Recuperado el 28/02/2024 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32018L0957>.

³¹⁹ D.O.C.E. n.º 327, de cinco de diciembre de dos mil ocho, [LCEur 2008, 1962]. Recuperado el 28/02/2024 de <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0104>.

³²⁰ D.O.C.E. n.º 157, de veintisiete de mayo de dos mil catorce, pp. 1 a 22. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-81078>.

La Directiva 2019/1158 regula los requisitos para lograr la igualdad entre mujeres y hombres en lo relativo al mercado laboral facilitando la conciliación de los trabajadores, sean hombres o mujeres.

La antigua Directiva 1996/71 tiene como objetivo la prestación transfronteriza de servicios, la protección de los trabajadores desplazados y evitar la competencia desleal entre los competidores locales y extranjeros.

Finalmente, la Directiva 2014/66 va encaminada a facilitar la movilidad de trabajadores dentro de la UE en el ámbito de la cooperación interempresarial y a la reducción de las cargas que suponen los desplazamientos entre los países miembros.

3) Modalidades contractuales:

De modalidades contractuales solo encontramos 2 Directivas, la Directiva 1999/70/CE de 28 de junio del Consejo sobre el Acuerdo Marco entre CES, UNICE Y CEEP sobre el trabajo de duración determinadas de 18 de marzo de 1999³²¹ y la Directiva 1997/81/CE de 15 de diciembre del Consejo relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por UNICE, CEEP Y CES³²².

Estamos ante Directivas suscritas por similares organismos, aunque la Directiva 1999/70 tiene por objeto el trabajo con contratos de duración determinada mientras que el objeto de la Directiva 1997/81 es el trabajo con contratos a tiempo parcial.

4) Vicisitudes empresariales:

Las vicisitudes empresariales aparecen tratadas en 3 Directivas, la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo del Consejo sobre aproximación de las legislaciones de los EE.MM. relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, que ha sido estudiada ampliamente en el Cap. III, la Directiva 2008/94/CE de 22 de octubre del Parlamento Europeo de protección de los

³²¹ D.O.C.E. n.º 175, de diez de julio de mil novecientos noventa y nueve, pp. 43 a 48. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1999-81381>.

³²² D.O.C.E. n.º 14, de veinte de enero de mil novecientos noventa y ocho, pp. 9 a 14. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1998-80092>.

trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario³²³ y la Directiva 1998/59/CE de 20 de julio del Consejo sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos³²⁴.

La Directiva 2008/94 es aplicable a los créditos en favor de los trabajadores asalariados frente a las empresas que se encuentren en estado de insolvencia, por lo que estamos ante una Directiva fundamental para el objeto de esta Tesis y que garantiza que un organismo público pueda asumir los pagos de los créditos de los trabajadores en caso de imposibilidad de que la empresa pueda hacer frente a los mismos, sin perjuicio de la oportuna subrogación por pago en los derechos de los trabajadores³²⁵.

Por su parte, la Directiva 1998/59 establece una serie de reglas comunes que deben reflejarse en los procedimientos de despido colectivo regulados en los diversos Estados Miembros y que se traducen en unos deberes y derechos de información y consulta, así como unos trámites que se inexorablemente se deben cumplir en la sustanciación del procedimiento.

5) Derechos de información y participación:

El grupo de Directivas dictadas en orden a la protección de los derechos de información y participación de los trabajadores de la UE es el más amplio con un total de 6 Directivas, la Directiva 1991/533/CEE de 14 de octubre del Consejo sobre obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral³²⁶, la Directiva 2009/38/CE de 6 de mayo del Parlamento Europeo que trata sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas³²⁷, la Directiva 2001/86/CE de 8

³²³ D.O.C.E. n.º 283, de veintiocho de octubre de dos mil ocho, pp. 36 a 42. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82124>.

³²⁴ D.O.C.E. n.º 225, de doce de agosto de mil novecientos noventa y ocho, pp. 16 a 21. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1998-81564>.

³²⁵ Para un estudio sobre esta materia *Et. Infra*. Cap. VII.

³²⁶ D.O.C.E. n.º 288, de dieciocho de octubre de mil novecientos noventa y uno, pp. 32 a 35. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1991-81483>.

³²⁷ D.O.C.E. n.º 122, de dieciséis de mayo de dos mil nueve, pp. 28 a 44. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2009-80852>.

de octubre del Consejo por la cual se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores³²⁸, la Directiva 2002/14/CE de 11 de marzo del Parlamento Europeo que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea³²⁹, la Directiva 2019/1152/UE de 20 de junio del Parlamento Europeo sobre condiciones transparentes y previsibles en la Unión Europea³³⁰ y la Directiva 2019/1937/UE de 23 de octubre del Parlamento Europeo que versa sobre protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea³³¹.

Siguiendo el orden de fechas en que se han dictado comenzaremos con la Directiva 1991/533 cuya finalidad última es la protección de los trabajadores ante la falta de reconocimiento de sus derechos, así como, lograr un mercado transparente.

En segundo lugar, la Directiva 2001/86 será examinada con mayor detalle en el apartado que incluye la referencia a la Sociedad Anónima Europea en este capítulo.

Por lo que respecta a la Directiva 2002/14 dispone unas reglas generales sobre información y consulta de los trabajadores en la U.E. dirigido a aumentar las posibilidades de empleo y a la conservación del empleo.

Sobre la Directiva 2009/38 reiteramos las mismas consideraciones que hemos transcrito sobre la Directiva 2001/86.

Por su parte, la Directiva 2019/1152 establece una serie de derechos mínimos que deben ser aplicados a todos los trabajadores de la U.E. en relación con las condiciones de trabajo, transparentes y previsibles.

³²⁸ D.O.C.E. n.º 294, de diez de noviembre de dos mil uno, pp. 22 a 32. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001-82442>.

³²⁹ D.O.C.E. n.º 80, de veintitrés de marzo de dos mil dos, pp. 29 a 34. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2002-80524>.

³³⁰ D.O.C.E. n.º 186, de once de julio de dos mil diecinueve, pp. 105 a 121. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81159>.

³³¹ D.O.C.E. n.º 305, de veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve, [LCEur 2019, 1855]. Recuperado el 28/02/2024 de <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/LSU/?uri=CELEX%3A32019L1937>.

En último lugar, la Directiva 2019/1937 que establece unas normas mínimas de carácter común para conseguir una alta protección para que las personas se sientan protegidas a la hora de informar sobre infracciones del Derecho de la U.E.

6) *Seguridad y salud laborales:*

Finalmente, el grueso de Directivas sociales se completa con las 2 Directivas en materia de seguridad y salud laborales, la Directiva 1989/391/CEE de 12 de junio del Consejo sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo³³² y la Directiva 2003/88/CE de 4 de noviembre del Parlamento Europeo que regula determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo³³³.

La Directiva 1989/391 tiene la misión de promover la seguridad y salud de los trabajadores y la Directiva 2003/88 establece una serie de disposiciones sobre salud y seguridad en la ordenación del tiempo de trabajo.

Finalmente, debemos poner de relieve las recientes directivas (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea que tiene por finalidad conseguir unos salarios mínimos en el ámbito de la U.E. estableciéndose mecanismos dirigidos a comprobar su cumplimiento por parte de las mercantiles³³⁴ y la Directiva (UE) 2023/970 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su cumplimiento, que tiene como finalidad relevar sesgos o discriminaciones por razones de género y combatirlos³³⁵.

³³² D.O.C.E. n.º 183, de veintinueve de junio de mil novecientos ochenta y nueve, pp. 1 a 8. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1989-80648>.

³³³ D.O.C.E. n.º 299, de dieciocho de noviembre de dos mil tres [LCEur 2003, 3868]. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/doue/2003/299/L00009-00019.pdf>.

³³⁴ D.O.U.E. n.º 275, de veinticinco de octubre de dos mil veintidós, páginas 33 a 47. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2022-81556>.

³³⁵ D.O.U.E. n.º 132, de diecisiete de mayo de dos mil veintitrés, páginas 21 a 44. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2023-80668>.

4.4. BREVE REFERENCIA A LA NORMATIVA SOCIAL DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO Y DEL CONSEJO DE EUROPA

El Derecho Internacional del Trabajo se divide en público y privado, el público es el que regula las relaciones entre países en materia laboral y de Seguridad Social³³⁶ y el privado se ocupa de regular las relaciones de trabajo en las que interviene un elemento extranjero³³⁷.

Un estudio completo de la normativa en materia de los derechos sociales que rigen las relaciones entre empresarios y trabajadores exige acudir a normativas de carácter internacional, como son las aprobadas por la Organización de Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, O.I.T.). Si bien, antes de examinar dicha normativa, conviene brevemente explicar cada una de las instituciones que las han dictado.

La Organización de Naciones Unidas, también conocida como la O.N.U., nació en 1945 después de la Segunda Guerra Mundial, con la finalidad primordial de alcanzar la paz y evitar futuras guerras a través de la proclamación de instrumentos que recogían los derechos de la humanidad que se deben respetar. España fue admitida como Estado Miembro el día 14 de diciembre de 1955³³⁸.

El Consejo de Europa es un organismo internacional que fue creado el día 5 de mayo de 1949 para la defensa, protección y promoción de derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. España forma parte de este organismo desde el 24 de noviembre de 1977³³⁹.

La Organización Internacional del Trabajo, conocida como la O.I.T., fue creada en 1919 con la finalidad principal de establecer unas normas mínimas internacionales relacionadas con los aspectos del trabajo y la economía. España ha sido parte de la O.I.T. desde su fundación, sin perjuicio de paréntesis motivado por la dictadura³⁴⁰.

³³⁶ Truyol y Serra, A. (1955). *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Tecnos, pág. 123.

³³⁷ Aguilar Navarro, M. (1963). *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Artes gráficas Clavileno, I, 1, pág. 460.

³³⁸ Vid. <https://www.un.org/es/about-us>. Recuperado el 17/02/2024.

³³⁹ Vid. <http://www.exteriores.gob.es>. Recuperado el 17/02/2024.

³⁴⁰ Vid. <http://www.ilo.org>. Recuperado el 17/02/2024.

Como instrumentos o convenios internacionales en materia de derechos sociales debemos estudiar obligatoriamente los siguientes:

Por parte de la Organización de Naciones Unidas: A) Declaración Universal de Derechos Humanos Y D) Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

Por lo que respecta a la O.I.T., debemos analizar brevemente E) Los Convenios, considerados como tratados internacionales, aunque también dicta recomendaciones que, pese a que no son obligatorias, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios³⁴¹.

Y finalmente, por lo que respecta al Consejo de Europa: B) El Convenio Europeo de Derechos Humanos y C) La Carta Social Europea los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo.

A) LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de Derechos Humanos, que puede considerarse como el instrumento internacional que establece por primera vez los derechos humanos fundamentales dignos de protección en el mundo entero (entre ellos, los de carácter social que de los trabajadores que deben ser respetados por los empresarios y la sociedad), fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948³⁴².

Este instrumento internacional proclama como derechos de carácter social, en sus arts. 23 a 26, los de Seguridad Social, al trabajo y a la libre elección del trabajo, a la protección frente al desempleo, a condiciones adecuadas de trabajo, remuneración salarial suficiente y equitativa, a la sindicación, al descanso, a vacaciones, a la educación y a la formación profesional.

B) EL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El resumidamente denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos fue ratificado en España mediante Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho

³⁴¹ Vid. Sentencias 38/1981, 184/1990 y 191/1998.

³⁴² Recuperado el 20/02/2024 de <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.

en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente³⁴³.

Realmente poco hay que decir de los derechos sociales consagrados en el Convenio pues viene a reiterar los proclamados en la Declaración.

Lo destacable del Convenio es la creación del Tribunal de Estrasburgo, el denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que se erige en el órgano de control del Convenio y a quien le corresponde la concreción de los derechos proclamados en el instrumento que lo instituyó. Sin perjuicio de la función hermenéutica que tienen los derechos proclamados en el Convenio sobre los derechos fundamentales proclamados en nuestra Carta Magna (ex. Art. 10 de la C.E. de 1978), debe ser respetados por lo Estados signatarios, entre los que se encuentra España, los derechos proclamados en el Convenio y la interpretación de estos por el Tribunal de Estrasburgo³⁴⁴.

C) LA CARTA SOCIAL EUROPEA

La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 firmada en Turín (revisada el 3 de mayo de 1996), como su propio nombre indica, puede considerarse el texto fundamental internacional en materia de los derechos sociales. En España fue ratificada por Instrumento de 29 de abril de 1980, sin perjuicio de la reciente ratificación de la revisión de la Carta³⁴⁵.

Como derechos sociales podemos destacar, artículos 1 a 19, los del trabajo, condiciones equitativas de trabajo, seguridad e higiene, remuneración equitativa, libertad sindical, negociación colectiva, protección de la juventud, Seguridad Social, asistencia social y médica, servicios sociales, formación y readaptación

³⁴³ B.O.E. n.º 243, de diez de octubre de mil novecientos setenta y nueve, pp. 23564 a 23570. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010>.

³⁴⁴ En este sentido, Vid. Sentencias 38/1981, 78/1982, 36/1984, 114/1984, 38/1985, 245/1991, 85/1994, 49/1999 y 91/2000 del T.C.

³⁴⁵ B.O.E. n.º 153, de veintiséis de junio de mil novecientos ochenta, pp. 14533 a 14540. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1980-13567>. Rectificado por el Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el tres de mayo de mil novecientos noventa y seis. B.O.E. n.º 139, de once de junio de dos mil veintiuno, pp. 71274 a 71327. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-9719>.

profesional de los discapacitados, protección social (jurídica y económica) de la familia, protección y asistencia de trabajadores migrantes y sus familias.

Sobre la eficacia y valor jurídico de la Carta en nuestro ordenamiento jurídico, nuestra jurisprudencia menor ha declarado reiteradamente que la Carta forma parte del derecho interno, siendo directamente aplicable y vinculante para los órganos judiciales y administrativos (ex artículo 96 de la Constitución Española de 1978)³⁴⁶.

D) LOS PACTOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Los denominados Pactos Internacionales de Derechos Humanos, creados ambos el 19 de diciembre de 1966 en Nueva York, vienen constituidos por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁴⁷ y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁴⁸.

No obstante contener ambos Pactos derechos en materia social, lo cierto es que es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales el que recoge un amplio catálogo de los derechos de los trabajadores.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en los arts. 8 y 22 la prohibición de trabajo forzoso y el derecho a la sindicación.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales comprende, en los arts. 6 a 15, los siguientes derechos: al trabajo, prohibición de discriminación salarial, seguridad e higiene, igualdad, jornada razonable y descanso, protección madre trabajadora y menores, libre sindicación, huelga, Seguridad Social, asistencia médica y sanitaria, nivel adecuado de vida, educación, cultura, tecnología y ciencia.

³⁴⁶ Vid. Sentencia de treinta y uno de enero de dos mil diecisiete recaída en el R.^o de suplicación 1300/2016 del del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias y Sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis [RJ 2016, 2099] del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

³⁴⁷ Este Pacto fue ratificado en España mediante Instrumento de 1977. B.O.E. n.º 103, de treinta de abril de mil novecientos noventa y siete, pp. 9337 a 9343. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733.

³⁴⁸ Este Pacto fue ratificado en España mediante Instrumento de 1977. B.O.E. n.º 103, de treinta de abril de mil novecientos noventa y siete, pp. 9343 a 9347. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10734.

E) LOS CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO

La O.I.T. ha aprobado 190 Convenios a lo largo de su centenaria historia, habiendo sido ratificados por España 133 de ellos.

Dado que no procede hablar de los 133 Convenios ratificados por España, lo que sí que puede llevarse a cabo es la agrupación de estos en Convenios sobre derechos fundamentales y convenios y en Convenios prioritarios, constituyendo la conjunción de ambos convenios lo que por la doctrina se conoce como el Código de Derecho Internacional del Trabajo.

En relación al primer grupo, podemos, por su importancia, señalar los siguientes Convenios: n.º 29 de 1930 sobre trabajo forzoso u obligatorio, n.º 87 de 1948 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación, n.º 98 de 1949 sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, n.º 100 de 1951 sobre igualdad de remuneración entre mano de obra masculina y mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, n.º 105 de 1957 sobre abolición del trabajo forzoso, n.º 111 de 1958 sobre discriminación en materia de empleo y ocupación, n.º 138 de 1973 sobre edad mínima de admisión al empleo y n.º 182 de 1999 sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil³⁴⁹.

Del segundo grupo cabe destacar el Convenio n.º 122 de 1964 sobre política de empleo³⁵⁰.

El último Convenio de la O.I.T. ratificado por España ha sido en el relativo a la protección del trabajo doméstico y ello tuvo lugar mediante Instrumento de diciembre de 2022 si bien fue publicado oficialmente en el B.O.E. en 2023.

Finalmente, además de todos los instrumentos internacionales reseñados, España ha suscrito diversos convenios bilaterales y multilaterales con países no comunitarios relativos a formas de cooperación social y emigración tales como EE. UU., Marruecos, China, Japón, Rusia, Australia, Nueva Zelanda, Filipinas (bilaterales) con los países Iberoamericanos (multilaterales).

³⁴⁹ Mercader Uguina, J.R., *Op. Cit.* pág. 76.

³⁵⁰ *Ibidem.*

4.5. VÍNCULOS LEGALES, CONVENCIONALES Y CONTRACTUALES ENTRE TRABAJADORES Y EMPRESARIOS; ANÁLISIS DE LA FUENTE NORMATIVA ESPECÍFICA DEL DERECHO DEL TRABAJO: LOS CONVENIOS COLECTIVOS

Vamos a tratar ahora de la parte fundamental de las relaciones legales y convencionales de trabajadores y empresarios en el ámbito laboral, las normas que establecen los mínimos de derecho necesario que el contrato de trabajo debe de respetar, y habiéndose examinado las normas europeas e internacionales sociales, deben exponerse a continuación las normas nacionales sociales influenciadas por las anteriores.

Las normas que vamos a estudiar a continuación son las que rigen las relaciones entre empresario y trabajador, relaciones que serán desarrolladas en el Capítulo siguiente a los efectos de una adecuada exposición de sus posiciones, tal y como ya se hizo en el Capítulo I con las relaciones entre empresario y administrador social.

Por lo tanto, ahora es el momento de entrar en el estudio de las fuentes del Derecho Laboral de ámbito nacional, o como prefieren denominarlo algunos autores, sistema normativo del Derecho Laboral³⁵¹.

Comenzaremos con el análisis de las normas nacionales que emanan de los poderes legislativo (para las normas con rango de ley) y ejecutivo (para las normas con rango de ley por delegación del legislativo y para las normas reglamentarias de rango inferior a la ley en virtud de competencia propia *ex constitutione*).

A continuación, entraremos en el examen de las normas emanadas de la voluntad colectiva de las partes implicadas, trabajadores y empresarios, por sí mismos o a través de sus representantes, a través de diversos convenios o acuerdos, aplicables a distintos ámbitos según el escalón en el que se produce la negociación.

³⁵¹ Defienden la postura de sistema de fuentes autores como Santamaría Pastor y Alonso Olea al entender que el análisis del sistema normativo toma como elemento básico del mismo las normas y no las fuentes del Derecho, Vid. Santamaría Pastor, J.A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Ceura; Alonso Olea, M. (1990). *Las fuentes del derecho: en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución*. Madrid: Civitas. Entendemos que la postura adoptada por estos autores es la correcta al encontrarnos ante un Derecho, como es el de Trabajo, de marcado carácter positivo.

A) NORMATIVA LEGAL EN MATERIA SOCIAL

Sin perjuicio de la aplicación preferente de las normas del Derecho de la U.E., y de acuerdo con la letra a) del apartado 1º del art. 3 del E.T., las disposiciones legales constituyen la primera fuente del Derecho Laboral, o como dice el precepto, de las relaciones laborales.

En primer lugar, dentro de esas disposiciones legales, y en la cúspide de la escala normativa legal, se encuentra, evidentemente, la Constitución Española de 1978, Norma Suprema del ordenamiento jurídico, cuyo garante máximo es el Tribunal Constitucional, y tal y como hemos ido examinando a lo largo de esta obra, consagra diversos derechos o principios en materia laboral, sintéticamente podemos recordarlos y traerlos a colación: Derechos Fundamentales como la libertad sindical y la huelga (artículo 28). Derechos y Deberes de los ciudadanos como el trabajo, la libre elección de profesión, la remuneración suficiente, la paridad sexual, la negociación colectiva laboral y la adopción de medidas de conflicto colectivo (artículos 35 y 37). Principios rectores de la política social y económica como la política orientada al pleno empleo, la formación y readaptación profesional, la seguridad e higiene en el trabajo, el descanso necesario, las vacaciones periódicas retribuidas, la promoción de centros adecuados, el régimen público de la Seguridad Social, los derechos económicos y sociales de los trabajadores en el extranjero y la política de retorno de estos (artículos 40, 41 y 42). Finalmente, dentro del Título VII de Economía y Hacienda, las formas de participación de los ciudadanos en la Seguridad Social y en la empresa, así como el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción (artículo 129).

Después de la Norma Suprema, y con permiso de la aplicación preferente de los Tratados Internacionales extracomunitarios, es el turno de las normas con fuerza de ley.

En materia laboral las normas con rango de ley son de competencia exclusiva del Estado, sin perjuicio de la ejecución de estas por las Comunidades Autónomas (ex art. 149.1. 7º de la C.E. de 1978).

Nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado que, por legislación laboral, la cual comprende tanto la ley como el reglamento ejecutivo que la desarrolla, deberá entenderse únicamente aquella que regula directamente la relación laboral,

y con respecto a la misma, el Estado español es la única fuente de normas laborales³⁵².

Partiendo de esta base como normativa legal³⁵³ en materia social podemos destacar las siguientes³⁵⁴:

Leyes Orgánicas: sobre Libertad Sindical 11/1985 de dos de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, la General Penitenciaria 1/1979 de veintiséis de septiembre de mil novecientos setenta y nueve, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social 4/2000 de once de enero del año dos mil, de Universidades 6/2001 de veintiuno de diciembre del año dos mil uno, de medidas de protección integral contra la violencia de género 1/2004 de veintiocho de diciembre del año dos mil cuatro, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007 de veintidós de marzo del año dos mil siete, sobre Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales 3/2018 de cinco de diciembre de dos mil dieciocho, 10/2022 de seis de septiembre de dos mil veintidós sobre garantía integral de la libertad sexual etc.

Debería de estar regulado por L.O. el Derecho de Huelga por ostentar el carácter de Derecho Fundamental, sin embargo, se sigue rigiendo por el Real Decreto-ley de Relaciones de Trabajo 17/1997 de cuatro de marzo de mil novecientos noventa y siete con la depuración que del mismo hizo nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia 11/1981 de ocho de abril de mil novecientos ochenta y uno (Sentencia también influyente en la regulación relativa al cierre patronal como medida de conflicto colectivo de los empresarios).

Leyes Ordinarias: Con anterioridad a lo que puede calificarse como exceso en la utilización de la legislación delegada, los derechos en materia laboral y otras cuestiones que inciden en las relaciones laborales venían regulados por Ley Ordinaria.

³⁵² Vid. Sentencias 35/1982, 39/1982, 7/1985 y 195/1996 entre otras.

³⁵³ Como dice Gallego Anabitarte nos encontramos ante las normas principales del ordenamiento jurídico de un país, Vid. Gallego Anabitarte, A. (1971). Ley y Reglamento en el Derecho público occidental. *Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública* n.º 6, pág. 19.

³⁵⁴ Las normas que van a ser citadas a continuación han sido extraídas de la obra de Galiana Moreno, J. M. y Sempere Navarro, A. V. (2020). *Legislación Laboral y de Seguridad Social*. Navarra: Aranzadi, pp. 7-20.

En la actualidad siguen vigentes, entre muchas otras, la de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995 de ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cinco, la de Empresas de Trabajo Temporal 14/1994 de uno de junio de mil novecientos noventa y cuatro, la 10/1997 de veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y siete sobre D.ºs de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, la 45/1999 de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y nueve sobre Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, la 53/2002 de treinta de diciembre de dos mil dos sobre Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la 31/2006 de dieciocho de octubre de dos mil seis sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, la 43/2006 de veintinueve de diciembre de dos mil seis para la Mejora del crecimiento y del empleo, la 20/2007 de once de junio de dos mil siete del Estatuto del trabajo autónomo, la 36/2011 de diez de octubre de dos mil once reguladora de la jurisdicción social, la 3/2012 de seis de julio de dos mil doce de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la 15/2022 de igualdad y no discriminación, la 2/2023 de veinte de febrero de dos mil veintitrés de protección de los derechos del denunciante (sobre todo, su art. 36), la 3/2023 de veintiocho de febrero de dos mil veintitrés de empleo, la 4/2023 de veintiocho de febrero de dos mil veintitrés LGTBI etc.

Decretos Ley: Esta herramienta legislativa es utilizada sobre todo para situaciones excepcionales de crisis económicas³⁵⁵.

Son múltiples los Decretos Leyes que han ido dictándose a lo largo del milenio, como tales debemos reseñar el 5/2001 de dos de marzo de dos mil uno relativa a la reforma del mercado de trabajo, el 16/2001 de veintisiete de diciembre de dos mil uno que versa sobre la jubilación gradual y flexible, el 5/2002 de veinticuatro de mayo de dos mil dos para la protección de desempleo y mejora de la ocupabilidad, el 3/2004 de veinticinco de junio de dos mil cuatro sobre racionalización e incremento del salario mínimo interprofesional³⁵⁶, el 5/2006 de

³⁵⁵ Sobre el carácter excepcional del Decreto-ley, Vid. Arana García, E. (2013). Uso y abuso del Decreto-ley. *Revista de Administración Pública* n.º 191, pp. 337-365.

³⁵⁶ En la Sentencia 1340/2022 de veinte de octubre de dos mil veintidós del T.S./CON-A. recaída en el recurso 585/2021, y dándose por reproducidos los fundamentos de derecho de la misma en relación a la interpretación de la normativa legal en materia de SMI y de

nueve de junio de dos mil seis para la mejora del crecimiento y el empleo, el 2/2009 de seis de marzo de dos mil nueve relativo al mantenimiento del empleo, mejora de la protección social de los trabajadores y a incentivar el empleo de los desempleados, el 10/2010 de dieciséis de junio de dos mil diez de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, de 2011 a 2015 los relativos a la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral, el 1/2016 de dieciséis de diciembre de dos mil dieciséis para la prórroga del Programa de Activación para el Empleo, el 28/2018 de veintiocho de diciembre de dos mil dieciocho sobre revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en el ámbito social, laboral y de empleo, el 6/2019 de uno de marzo de dos mil diecinueve de medidas urgentes para la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y ocupación, el 8/2019 de ocho de marzo de dos mil diecinueve relativo a las medidas urgentes de protección social y lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, los dictados en tiempo de pandemia desde el 8/2020 de diecisiete de marzo de dos mil veinte a los que se siguen dictando en la actualidad (9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 24 o 25/2020 entre otros) o los recientes 1/23 de diez de enero del año dos mil veintitrés sobre, principalmente, la protección de los artistas, 2/23 de dieciséis de marzo del año dos mil veintitrés, principalmente, en materia de pensiones o 5/23 de veintiocho de junio del año dos mil veintitrés en materia de permisos y licencias y del R.C.U.D., entre otras materias.

Decretos Legislativos: Este instrumento legislativo viene siendo el más importante pero no menos abusivo en materia laboral.

Lo afirmado puede fácilmente comprenderse citando como tales disposiciones el E.T. 2/2015 de veintitrés de octubre de dos mil quince, el T.R. de la

inembargabilidad de las pensiones (art. 27 E.T., R.D. 1462/2018 y art. 607 L.E.C.), procede declarar no ajustada a derecho la resolución del I.N.S.S de veintiuno de enero de dos mil veintiuno en la que se procedía al embargo de la pensión de jubilación en las cuantías que resultaban de aplicar en los meses de paga extraordinaria únicamente el límite de una mensualidad de S.M.I., debiendo computarse el doble del SMI como forma correcta de calcular ese límite inembargable en los meses con paga extraordinaria. Como consecuencia de la citada Sentencia, se dio una nueva redacción al apartado 2º del art. 27 del E.T. por la Ley 3/2023 de veintiocho de febrero de dos mil veintitrés de empleo, disponiéndose actualmente como novedad la elevación del límite de inembargabilidad al doble del S.M.I. cuando se perciba la mensualidad y la paga extraordinaria.

Ley de Empleo 3/2015 de veintitrés de octubre de dos mil quince (Derogada por la Ley 3/2023 de 28 de febrero de Empleo), la L.G.S.S. 8/2015 de treinta de octubre de dos mil quince, la L.I.S.O.S.³⁵⁷ 5/2000 de cuatro de agosto del año dos mil o el E.B.E.P. 5/2015 de treinta de octubre del año dos mil quince.

B) NORMATIVA REGLAMENTARIA EN MATERIA SOCIAL

Las disposiciones reglamentarias del Gobierno, de los Ministros y de otros organismos administrativos, pese a tener el rango de fuente del ordenamiento laboral, y al contrario de lo que sucede habitualmente en los demás ordenamientos jurídicos, no han sido habitualmente utilizadas en el ámbito de las relaciones laborales, limitándose en los casos en que han sido dictadas a cumplir o desarrollar las disposiciones legales sin que puedan establecer condiciones de trabajo distintas a las recogidas en una norma legal (ex art. 3.2º del E.T.).

Es poco frecuente en la práctica la promulgación de un reglamento en materia laboral, las disposiciones reglamentarias de rango inferior a la ley que suelen encontrarse en la realidad jurídica son los denominados “decretos”, “órdenes” y “resoluciones”, y como tales podemos destacar a título meramente ejemplificativo: R.D. de las relaciones especiales de trabajo, R.D. 231/2020 de cuatro de febrero de dos mil veinte por el que se fija el S.M.I. para 2020 y los sucesivos R.D. sobre S.M.I. para los años siguientes, R.D. 1561/1995 de veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y cinco que regula las jornadas especiales de trabajo Orden ESS 1680/2015 de veintiocho de julio de dos mil quince que desarrolla el R.D. por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de trabajo temporal, Orden TAS 770/2003 de catorce de marzo de dos mil tres que desarrolla el Real Decreto por el que se regula la comunicación del contenido de los contratos de trabajo y de sus copias básicas a los Servicios Públicos de Empleo, y el uso de medios telemáticos en relación con aquella, Orden ESS 2518/2013 de veintiséis de diciembre de dos mil trece que regula los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, Orden de veinte de agosto de mil novecientos ochenta y cinco que desarrolla el R.D. en materia de devolución de cantidades satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial, Resolución de once de diciembre de dos mil dieciocho de la Secretaría General Fondo de Garantía Salarial que aprueba el modelo de

³⁵⁷ B.O.E. n.º 189, de ocho de agosto de del año dos mil, pp. 28285 a 28300. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-15060>.

certificación de créditos laborales incluidos en la lista de acreedores del procedimiento concursal, Resolución de la Dirección General del Trabajo de diecisiete de julio de dos mil dieciocho que registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva³⁵⁸ etc.

C) CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS

El Convenio Colectivo denominado estatutario es el resultado del D.º a la negociación colectiva laboral ejercitado, en virtud de la autonomía colectiva, entre los representantes de los trabajadores y empresarios, derecho que viene garantizado por el art. 37. 1º de nuestra Carta Magna configurándose, así como una garantía institucional que el legislador debe proteger y respetar, exigiéndose incluso que el legislador adopte una posición activa en la concreción y desarrollo del derecho³⁵⁹.

La negociación colectiva asciende así a fuente de norma laboral convencional, de carácter vinculante entre las partes, pero necesariamente subordinada a la ley, pues la ley ostenta un rango jerárquico superior al convenio colectivo, siendo la ley la que determinará que materias pueden ser objeto de negociación colectiva y cuales están excluidas de la misma³⁶⁰.

A su vez, el convenio colectivo posee mayor rango jerárquico que el contrato de trabajo el cual debe respetar lo acordado entre los titulares del derecho a la negociación colectiva, siendo dichos titulares por excelencia los trabajadores y los empresarios, así como las representaciones legales de unos y de otros. No obstante, esta afirmación, también se le reconoce el derecho a la negociación colectiva a los funcionarios públicos a través de sus representantes sindicales, como contenido esencial de la Libertad Sindical, vía art. 28. 1º de la C.E. de 1978, ostentando en este caso la categoría de derecho fundamental y no de “simple garantía institucional”³⁶¹.

³⁵⁸ Galiana Moreno, J. M. y Sempere Navarro, A. V., *Op. Cit.*

³⁵⁹ Vid. Sentencias 73/1984 y 80/2000 del T.C.

³⁶⁰ En este sentido, Vid. Sentencias 58/1985, 177/1988, 210/1990, 171/1999 y 119/2014 del T.C.

³⁶¹ Así se desprende de un análisis combinado de las Sentencias 173/1994, 80/2000 y 224/2000 del T.C.

Estos convenios colectivos “estatutarios” son los regulados en el Título III del E.T. y son los que ostentan la mayor eficacia, normativa y general, con permiso de los Convenio o Acuerdos Marco que luego trataremos.

En suma, nos encontramos ante la manifestación más importante de la autonomía colectiva, surgida como herramienta para otorgar de mayor estabilidad a las tan desequilibradas relaciones entre trabajadores y empresarios, constituyendo remedio contra las carencias o ineficacias del contrato de trabajo³⁶².

Como caracteres del convenio colectivo por la doctrina se remarca que nos encontramos ante un contrato libre, resultado de un acuerdo sindical, con eficacia normativa, documentado por escrito y sometido a unas condiciones legales³⁶³.

Estamos en presencia de una auténtica norma jurídica que se impone de manera automática a todos los trabajadores y empresarios incluidos dentro de su ámbito de aplicación, pues ostenta eficacia *erga omnes*, pudiendo las partes, mediante contrato individual de trabajo, mejorar, pero no empeorar las condiciones de trabajo proclamadas en el convenio colectivo³⁶⁴, sin perjuicio del denominado “descuelgue” o inaplicación de ciertas condiciones de trabajo del convenio³⁶⁵.

Aunque algunos autores como MONTOYA MELGAR entiendan que solo puede hablarse de los estatutarios como verdaderos convenios colectivos, al afirmar que la Carta Magna únicamente reconoce una modalidad de convenio

³⁶² Vid. Bureau, P., *Op. Cit.*, pág. 9.

³⁶³ Vid. Von Gierke, O. (2020). *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile: Olejnik; Gallart Folch, A. (2000). *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*. Granada: Comares; y Montoya Melgar, A., *Op. Cit.*, pág. 162.

³⁶⁴ La eficacia normativa y general viene otorgada por el mismo E.T. (arts. 3.1º. b) y 82. 3º), la aplicación automática del convenio y su fuerza expansiva vienen reiteradamente proclamadas por el T.C. (en este sentido, Vid. Sentencias 58/1985 y 177/1998).

³⁶⁵ El descuelgue o inaplicación de ciertas condiciones de trabajo del convenio colectivo es un procedimiento que viene regulado en el art. 82.3º del E.T., considerado ajustado a Derecho por la Sala de lo Social de la A.N. en Sentencias de nueve de diciembre de dos mil trece y de once de febrero de dos mil catorce, así como por el T.C. en Sentencia 8/2015, a través del cual, y mediante acuerdo de las partes legitimadas para negociar el convenio colectivo, se pueden inaplicar en el ámbito de la empresa ciertas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo en materia de *jornada, horario y distribución del tiempo de trabajo, sistema de turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, movilidad funcional que exceda los límites del art. 39 del E.T. y mejoras voluntarias de la Seguridad Social*.

colectivo, el de eficacia general y normativa, silenciando los restantes, calificando a los restantes ajenos a la regulación del Título III del E.T. como convenios ilegales viciados de nulidad por afectar al interés público, lo cierto es que seguidamente reconoce que la Tesis mayoritaria defiende la validez de las demás modalidades de convenio o acuerdo colectivo³⁶⁶, como el convenio colectivo extraestatutario que pasamos a examinar.

D) CONVENIOS COLECTIVOS EXTRA-ESTATUTARIOS

Este tipo de convenio colectivo es el que se celebra al margen de las disposiciones del Título III del E.T., y pese a que hemos afirmado que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias admiten la legalidad de este tipo de convenios, no ostentan la eficacia general y normativa de los estatutarios, sino más bien, una eficacia limitada y contractual, pues solo tiene fuerza vinculante para quienes lo suscriben, sin perjuicio de la posibilidad de posteriores adhesiones³⁶⁷.

Como dice MERCADER UGUINA, este tipo de convenio tiene acogida vía art. 37. 1º de la C.E. de 1978 pero se regirá por las normas generales de las obligaciones y contratos del Derecho Civil, convenientemente adaptadas a las particularidades del Derecho del Trabajo³⁶⁸.

E) ACUERDOS O CONVENIOS MARCO O INTERPROFESIONALES O SOBRE MATERIAS CONCRETAS

Los convenios sobre los que ahora tratamos son aquellos que, con carácter de generalidad o para materias concretas, vienen negociados por las organizaciones

³⁶⁶ Vid. Sentencias de veinticinco de enero de mil novecientos noventa y nueve, de veinticuatro de junio de dos mil ocho, de once de julio de dos mil doce y de catorce de diciembre de dos mil dieciséis del T.S./SOC. en relación con las Sentencias de veinticuatro de enero de dos mil seis y veintiocho de marzo de dos mil seis de la Sala de lo Social de la A.N. Cito de Montoya Melgar, A. *Op. Cit.*, pág. 174.

³⁶⁷ Nuestra jurisprudencia ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la adhesión a este tipo de convenios, y pese a que han afirmado que no pueden generar derechos objetivos admiten que los sujetos se adhieran libremente al convenio "contractual", sin que la adhesión de un sindicato lo convierta en estatutario, Vid. Sentencia 108/1989 del T.C. en relación con las Sentencias de treinta de marzo de mil novecientos noventa y nueve recaída en recurso de casación 2947/1998, de veintitrés de noviembre de dos mil tres dictada en R.º 4579/2002 y de uno de junio de dos mil siete resolutoria del R.º 71/2006 del T.S./SOC.

³⁶⁸ Vid. Mercader Uguina, *Op. Cit.* pág. 102.

sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal o autonómico³⁶⁹ (ex art. 83 del E.T.).

En contadas ocasiones se procede a la regulación de condiciones de trabajo por parte de estos convenios o acuerdos, ya que su función es más bien la de establecer unas reglas por las que debe regirse la negociación de los convenios colectivos de ámbito inferior como los estatutarios y, en consecuencia, se trata de acuerdos que van dirigidos a los negociadores y no tienen aplicación automática sobre las relaciones individuales de trabajo³⁷⁰.

La diferencia entre los acuerdos o convenio marco y los relativos a materias concretas reside en que estos últimos suelen establecer regulaciones sobre una determinada materia y son aplicables directa e inmediatamente a las relaciones individuales de trabajo sin necesidad de un posterior desarrollo vía convenio colectivo de ámbito inferior³⁷¹.

F) ACUERDOS DE EMPRESA

Como su propia denominación indica, los acuerdos de empresa son aquellos que se originan en una determinada empresa o centro de trabajo, y suelen celebrarse para completar una determinada regulación, legal o convencional, ya sea por existencia de una laguna legal en algún punto o para mejorar los mínimos consagrados en los convenios colectivos, clasificándose por ello en acuerdos de empresa subsidiarios e informales, ostentando las características de eficacia limitada y contractual³⁷².

³⁶⁹ Sobre que organizaciones sindicales y empresariales ostentan la condición de más representativas en sus respectivos ámbitos Vid. arts. 87. 2º y 3º del E.T., preceptos cuya constitucionalidad ha sido manifestada en las Sentencias 4/1983 de veintiocho de enero y 12/1983 de veintidós de febrero del T.C. En el supuesto de que alguna de las partes no ostente legitimación, lo acordado no tendrá validez alguna y originará la nulidad del convenio (Vid. Sentencia de siete de marzo de dos mil doce del T.S./SOC.).

³⁷⁰ Así lo entiende el T.S./SOC. en Sentencia de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve.

³⁷¹ *Ibidem*

³⁷² Vid. Sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, de veinte de junio de dos mil cinco y de tres de noviembre de dos mil ocho del T.S./SOC.

El E.T. recoge diversos supuestos en los que se puede acudir a estos acuerdos de empresa (arts. 22, 24, 29, 31, 34 o 67), preceptos que tratan sobre la clasificación profesional, jornada, horario etc.

G) OTROS ACUERDOS

Para finalizar con las disposiciones de ámbito nacional debemos acudir a la posibilidad de que se lleguen a otros acuerdos posibles gracias a la negociación colectiva, pues como acabamos de comprobar, no existe un único resultado de esa negociación, sino varios posibles.

Tales acuerdos son los previstos en los arts. 8 y 24 del Decreto-ley de Relaciones de Trabajo relativos a las acciones de huelga y conflicto colectivo, los adoptados en el procedimiento de solución extrajudicial de conflictos colectivos y finalmente, los previstos en el arts. 13 de la Ley del Estatuto del trabajo autónomo. Concluido el Cap., aunque no lo diga expresamente nuestro legislador, pues ello supondría dar preferencia a un ordenamiento jurídico sobre otro, con los naturales conflictos que ello comportaría, la normativa examinada que relaciona a los empresarios con los trabajadores demuestra la ultra protección que, como figura más débil, se otorga al trabajador, lo que viene a consagrar indirectamente la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Mercantil, pero también sobre el Derecho Concursal como hemos expuesto en capítulos anteriores y como se expondrá con especial énfasis en el último Cap., en el cual tendrá lugar el nacimiento de una nueva Teoría sobre un supuesto de hecho concreto, la cual será bautizada en el momento oportuno y justificada a través de los principios jurídicos que rigen las disciplinas en disputa, y que dará lugar a una situación de privilegio más allá del previsto por el legislación aunque con una natural excepción dirigida a la protección de la colectividad de los trabajadores.

4.6 LA NORMATIVA EN MATERIA SOCIAL DICTADA DURANTE LA PANDEMIA DE LA COVID-19: ESPECIAL REFERENCIA A LOS EXPEDIENTES DE REGULACIÓN TEMPORAL DE EMPLEO

Sin ánimo de extendernos más de lo necesario, pues estamos ante una normativa que, aunque consolidada tras la reforma efectuada por la reforma laboral efectuada por el R.D-ley. 32/2021, de veintiocho de diciembre de dos mil

veintiuno³⁷³, puede considerarse que se encuentra en continua evolución, nos vamos a dedicar en este último apartado a dar breves pinceladas de las diversas normativas que se han ido dictando para la combatir los efectos negativos en la economía y trabajo originados por la COVID-19.

Como bien es sabido por todos, la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) elevó a categoría de pandemia internacional la originada por la COVID-19, lo que dio lugar a que el Gobierno Español decretara el estado de alarma mediante Real Decreto 463/2020 de catorce marzo de dos mil veinte, cuya constitucionalidad siempre fue discutida hasta el punto de que el Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 148/2021 de catorce de julio de dos mil veintiuno declaró en el fallo que eran inconstitucionales y nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 y los términos “modificar o ampliar” del apartado 6 del artículo 10, en la redacción resultante del artículo único del Real Decreto 465/2020, de diecisiete de marzo de dos mil veinte.

Pero centrándonos en lo que a nosotros nos interesa, para hacer frente a la grave y excepcional situación en la que llegamos a encontrarnos se dictó por el Gobierno de la Nación de España diversas normas para paliar los efectos que el confinamiento y las restricciones ocasionarían a la economía y al trabajo.

Desde el R.D-ley. 8/2020 de diecisiete de marzo de dos mil veinte se han ido dictando diversos Reales Decretos Leyes (más de 50 en 2020 y otros tantos en 2021), que regulan aspectos como el teletrabajo o trabajo a distancia, el permiso retribuido recuperable, el ingreso mínimo vital etc., aunque gran parte de estos están ya derogados.

Lo que más interesa en esta sede son los expedientes de regulación temporal de empleo que a pesar de no ser un instrumento de nueva creación, ya que también fueron utilizados en la crisis económica que nuestro país sufrió en el año 2008 y posteriores, sí que ha sido ampliamente utilizado por el Gobierno para incentivar a las empresas para el mantenimiento del empleo.

No debemos olvidar que la diferencia entre un E.R.E. y un E.R.T.E. es básicamente la temporalidad, pues tal y como hemos examinado, mientras un E.R.E. se utiliza para poner fin de forma definitiva a los contratos de trabajo (ya que

³⁷³ B.O.E. n.º 313, de treinta de diciembre de dos mil veintiuno, pp. 166882 a 166935. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-21788>.

son por naturaleza despidos colectivos) un E.R.T.E. tiene carácter temporal y a la finalización de la causa motivadora de su utilización la empresa tiene la obligación de reincorporar al trabajador al puesto de trabajo. Otra diferencia significativa es que mientras con un E.R.E. se indemniza al trabajador al tratarse de un despido, en un E.R.T.E. no hay derecho a indemnización pues no se ha producido despido alguno.

De toda la normativa que ha ido dictándose se desprende que los denominados E.R.T.E.S han sido el instrumento estrella de la pandemia utilizándose para las suspensiones y reducciones de jornada por fuerza mayor o por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, para paliar los efectos de la crisis económica y social.

A través de tales instrumentos se le otorgan exoneraciones a las empresas en las cotizaciones y parte del salario de los trabajadores es asumido por el Estado, sin embargo, la empresa que se acoja al E.R.T.E. tiene la obligación de salvaguardar el empleo durante seis meses desde la reanudación de la actividad económica, añadiéndose otras medidas como imposibilidad de efectuar despidos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción bajo amenaza de no ser calificado como procedente.

En el orden social de la jurisdicción también se han establecido medidas de carácter excepcional en relación con los procedimientos de suspensión de contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción relacionadas con el coronavirus, incluso se estableció en la letra d) del apartado 1º del artículo 2 de la Ley 3/2020, de dieciocho de septiembre de dos mil veinte, la tramitación con carácter urgente y preferente de las impugnaciones individuales, colectivas o de oficio de los expedientes de regulación temporal de empleo por las causas expresadas en los artículos 22 y 23 del R.D-ley. 8/2020, de diecisiete de marzo, hasta el día treinta y uno de diciembre de dos mil veinte inclusive.

No obstante, lo anterior, en el apartado 2º del mismo artículo se dispone que los procedimientos de impugnación individual o colectiva de E.R.T.E.S. por las causas expresadas en los artículos 22 y 23 del R.D-Ley. 8/2020, de diecisiete de marzo de dos mil veinte, tendrán carácter urgente a todos los efectos y serán preferentes respecto de todos los que se tramiten en el Juzgado con la excepción de

los que tengan por objeto la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas.

En los citados artículos 22 (por fuerza mayor) y 23 (por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) se regulan, las especialidades sustantivas y procesales con respecto a la regulación existente en materia de E.R.T.E.S. (ex art. 47 del E.T.) y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

El apartado 1^o³⁷⁴ del artículo 22 establece los supuestos que se consideran de fuerza mayor estableciendo las especialidades en el apartado 2^o consistentes en:

a) A la solicitud de la empresa por la que se inicie el procedimiento debe acompañarse el informe que vincule las pérdidas a la situación de coronavirus y la documentación acreditativa, debiendo poner en conocimiento de los trabajadores tal situación y entregar a los representantes de estos el informe y documentación referida.

b) Corresponde a la autoridad laboral la competencia para constatar si existe o no fuerza mayor.

c) La autoridad laboral dictará resolución en un plazo de 5 días a contar desde la solicitud, y solo podrá pronunciarse sobre la existencia o no de la causa de fuerza mayor, teniendo efectos desde la fecha en que hubiera acaecido la causa de fuerza mayor, pudiendo valerse para dictar la resolución de un informe previo de la Inspección de Trabajo, el cual se evacuará en el plazo de 5 días.

Por último, en el apartado 3^o establece unas especialidades para la protección de los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales.

Por su parte, el artículo 23 lo que hace es establecer, en su apartado 1^o, una tramitación especial para el periodo de consultas en los casos en que se decida la suspensión o reducción por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, que sobre todo viene referida a una reducción de los plazos ordinarios, lo que evidencia el carácter de urgente del procedimiento, recogiendo en el apartado 2^o una regulación específica para los socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado y sociedades laborales.

³⁷⁴ Este precepto consagra las causas acreditativas de la situación de fuerza mayor.

Finalizado el estudio, a grandes rasgos, de los supuestos que pueden encuadrarse en el denominado Derecho Concursal Laboral (Derecho Laboral Concursal en esta obra, sobre todo si traemos a colación la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Mercantil y sobre el Derecho Concursal³⁷⁵), denominación que puede afirmarse se deriva de la conexión expuesta y relacionada de ambos Derechos, procede seguir con el examen de las relaciones entre trabajadores (y en su caso, representantes) con el empresario (y en su caso, representantes) lo que se llevará a cabo en el Cap. siguiente, en el que también será tratada la figura del trabajador en los aspectos del contrato de trabajo y demás de la relación de trabajo que lo relacionan con el empleador .

³⁷⁵ Pese a que esta Teoría es explicada en el Cap. III, pueden verse aplicaciones prácticas de la misma también en gran parte de la Tesis, pero, sobre todo, en el Cap. VII, fundamental de esta obra.

**CAPÍTULO V –
EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL
TRABAJADOR Y DEL
PERSONAL DE ALTA
DIRECCIÓN. CON ESPECIAL
REFERENCIA AL VINCULO
CON EL EMPRESARIO**

CAPÍTULO V. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJADOR Y DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN. CON ESPECIAL REFERENCIA AL VINCULO CON EL EMPRESARIO

Habiéndose examinado en Capítulos anteriores los conceptos, estructuras y tipos de sociedades de capital, de las normativas aplicables a la cuestión objeto de Tesis y de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos que vienen involucrados, en la presente sede corresponde el análisis de las relaciones interprofesionales de los trabajadores con los empresarios, desde antes del comienzo de la relación laboral como durante el desarrollo de esta hasta su extinción.

Entre los trabajadores y empresarios concurren casi siempre intereses opuestos, pues al trabajador le suele interesar trabajar menos horas y ganar más salario por hora trabajada y al empresario le interesa pagar menos salario y que el trabajador prolongue su actividad laboral, al trabajador le interesa que sus funciones y estatuto jurídico estén claramente definidos para reducir el poder de dirección empresarial y al empresario le interesa que las funciones del trabajador sean las más amplias posibles.

Los anteriores son solo unos de tantos ejemplos de la difícil relación existente en la realidad jurídico-empresarial-laboral entre empresarios y trabajadores.

Por regla general, como ya se ha avanzado en Capítulos anteriores, la normativa tiende a la protección del trabajador, dada su posición más debilitada o inferior con respecto a la posición de supremacía del empresario.

En el presente Capítulo examinamos estas dos figuras en sus relaciones, desde la normativa española que resuelve los conflictos en un sentido *pro operario*, y a través de la normativa europea e internacional fundamental sobre los derechos sociales que el empresario debe respetar.

En concreto, es el turno de examinar los conceptos y caracteres de ambas figuras, el contrato de trabajo como vínculo entre las mismas.

5.1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRABAJADOR Y DEL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN

Los trabajadores por cuenta ajena de las sociedades de capital, así como el personal de alta dirección de tales entidades que no reúna la condición de administradores, están sometidos a un régimen o relación laboral.

Sin embargo, hay algunas diferencias entre las citadas figuras que vamos a tratar pues en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, es una relación laboral de carácter común la que rige su régimen jurídico, mientras que en el caso del personal de alta dirección es una relación laboral de carácter especial.

La relación laboral común es la que viene regulada como un contrato de prestación de servicios y por las reglas generales del E.T.³⁷⁶.

La relación laboral especial es la que viene regulada como un contrato laboral no común con una serie de especialidades, ya sean relativas al sujeto que desempeña la actividad o a la finalidad perseguida con tal actividad o al lugar en que dicha actividad se presta, y que, en nuestro caso, viene regulada en el citado R.D. 1382/1985 de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco por el que se regula el personal de alta dirección.

Por lo tanto, es importante un examen conjunto de estas figuras, ya que son ambas de carácter laboral, pero a la vez también es importante llevar a cabo un estudio de las diferencias que existen entre las mismas, al ser relaciones laborales con rasgos comunes y especiales diferenciados.

5.1.1. Modalidades del contrato de trabajo

Con carácter previo al examen de las distintas modalidades de contrato de trabajo o laboral, debemos de refrescar la definición de lo que se entiende por contrato de trabajo.

Contrato de trabajo es aquél que, reuniendo las características de principal, voluntario, sinalagmático, bilateral, oneroso, conmutativo, de ejecución continuada o periódica, personal y patrimonial, escrito o verbal, vincula a una persona, natural o física³⁷⁷, que se compromete a desarrollar su trabajo a cambio de una

³⁷⁶ Sobre los aspectos básicos y fundamentales del contrato de trabajo de la relación laboral común *Ut. Supra.* Cap. IV.

³⁷⁷ La doctrina mayoritaria entre la que se encuentra la profesora Meléndez Morillo-Velarde, entienden que solo puede reunir la condición de trabajador una persona física y

remuneración y siempre debiendo ceder los frutos de su trabajo a la entidad empresarial o empresario que lo contrata y cumplir las órdenes e instrucciones que sean dadas por el empresario o entidad empresarial³⁷⁸.

Como señala CHARRUTTI GARCÉN, el contrato de trabajo origina una relación jurídico-bilateral entre el trabajador y el empresario, relación que tiene efectos tanto socioeconómicos como organizativos³⁷⁹.

Centrándonos en el trabajador por cuenta ajena de relación laboral común, ya que para el personal de alta dirección se establece un contrato específico que examinaremos a continuación, las modalidades del contrato de trabajo se suelen clasificar, principalmente, y atendiendo a su duración, en indefinido o para una duración determinada.

Dentro de los contratos para una duración determinada o temporales³⁸⁰, podemos encontrar, tras la reforma efectuada por el R.D-ley. 32/2021 de 28 de

no jurídica o entidad sin personalidad jurídica como si puede suceder en el caso del empresario, y ello es debido al carácter personal de la prestación que el trabajador debe llevar a cabo, Vid. Meléndez Morillo-Velarde, L. (2020). Concepto y objeto del Derecho del Trabajo. Principios de aplicación. Contratación. Condiciones de trabajo. *Iniciación a la Jurisdicción Social* n.º 5, pág. 4. Recuperado el 02/03/2024 de https://moodle.poderjudicial.es/moodle/pluginfile.php/69500/mod_resource/content/1/Tema%201%20v.%202020.pdf.

³⁷⁸ Esta definición ha sido obtenida teniendo en cuenta el artículo 1 del E.T. y la restante regulación contenida en dicho cuerpo normativo sobre los contratos de trabajo. El art. 1 del E.T., establece en su apartado 2º que tienen la condición de empresario incluyéndose desde las personas físicas y jurídicas (en lo que a nosotros interesa, con las sociedades de capital, cualquiera que sea su clase, anónima, de responsabilidad limitada o cualquiera de las otras modalidades especiales de las que ya tratamos en el Cap. I de esta obra) como a las entidades sin personalidad tales como comunidades de bienes, U.T.E.S. o herencias yacentes, teniendo como finalidad el precepto el otorgar la máxima protección a los trabajadores.

³⁷⁹ Charrutti Garcén, M.J. (2015). *Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador: especial consideración de la profesionalidad del trabajador* (Tesis Doctoral). Universidad de Castilla la Mancha.

³⁸⁰ Los contratos de duración determinada otorgan un amplio margen de contratación laboral tal y como afirman Lahera Forteza y García Quiñónés. No obstante, estos autores entienden que, pese al amplio margen de contratación laboral y ser contratos flexibles, por lo general se trata de contratos que motivan la precariedad del empleo, Vid. Lahera Forteza, J. y García Quiñones, J.C. (2007). La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido. *Cuadernos de Relaciones Laborales* 25 n.º 2, pp. 39-54. Recuperado

diciembre, las variantes de circunstancias de la producción o sustitución de persona trabajadora, habiendo sido derogados los anteriores contratos temporales para obra o servicio determinado, y se han modificado y adaptado los antiguos contratos temporales de carácter eventual y para sustituir a trabajadores con derecho a la reserva de puesto de trabajo³⁸¹ (sin perjuicio de otras modalidades de carácter temporal como son los contratos formativos que tienen por objeto la formación en alternancia con el trabajo retribuido por cuenta ajena o el desempeño de una actividad laboral destinada a adquirir una práctica profesional adecuada a los correspondientes niveles de estudios, que sustituyen, como consecuencia de la reforma laboral citada, a los anteriores contratos en prácticas y para la formación o aprendizaje).

Pero, además, dentro de las modalidades, atendiendo a su duración, de indefinido³⁸² o de duración determinada, se encuentran a su vez otros contratos más específicos como son los de común, en grupo, a tiempo parcial, de relevo, a distancia o fijo discontinuo, teniendo cada uno unas características específicas³⁸³.

A diferencia del trabajador por cuenta ajena de relación laboral común que puede concertar contratos de trabajo bajo las múltiples modalidades mencionadas, el personal de alta dirección debe vincularse laboralmente, por un contrato especial y específico regulado en su R.D. 1382/1985 de uno de agosto³⁸⁴.

el 02/03/2024 de
<https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiwgp7ZmvuAhU8UUhUIHYMMaIQFjAEegQIChAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FCRLA%2Farticle%2Fdownload%2FCRA0707220039A%2F32280&usq=AOvVaw1FIqzbNgt9wsFlxsIrJeAz>

³⁸¹ Estas son las clasificaciones generales de los contratos de trabajo cuyas características vienen recogidas en el art. 15 del E.T.

³⁸² Un estudio llevado a cabo por los profesores, Santos Cesáreo, Guillén Gestoso y Montalbán Peregrín obtuvo como resultado que los trabajadores indefinidos o fijos presentaban mayor compromiso afectivo y satisfacción laboral que los trabajadores de duración determinada o a tiempo parcial, Vid. Santos Cesáreo, F., Guillén Gestoso, C. y Montalbán Peregrín, F.M. (2012). Contrato de trabajo, compromiso y satisfacción. *Revista de Administração de Empresas* 52, n.º 3.

³⁸³ Vid. arts. 10 a 16 del E.T.

³⁸⁴ Para que no quede huérfano este apartado, en cuanto a la mención al personal de alta dirección, debe acudir a los arts. 4 a 7 del citado R.D. 1382/1985 que establece las especialidades de este contrato.

5.1.2. Derechos, deberes y responsabilidad

La U.E., desde su constitución, ha venido preocupándose de los derechos laborales, hasta el punto de que el Tratado de la U.E., en su preámbulo, confirma su adhesión a los D. ̄s sociales fundamentales recogidos en la Carta Social Europea de dieciocho de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989, además, el Tratado de Funcionamiento de la U.E. le dedica su Título X a la “Política Social”³⁸⁵.

Por lo tanto, a nivel europeo, a diferencia de lo que pueda suceder a nivel interno, muchos de los derechos sociales tienen el carácter de fundamental.

En todo caso, el T.J.U.E. ha proclamado en repetidísimas ocasiones la supremacía del Derecho de la U.E. sobre el Derecho interno de los Estados Miembros³⁸⁶.

En España, tenemos como derechos laborales fundamentales el de huelga y libertad sindical³⁸⁷, consagrados ambos en el art. 28 de la Constitución Española de 1978³⁸⁸, sin embargo, la normativa internacional y europea considera como

³⁸⁵ Un estudio detallado de esta normativa se lleva a cabo en el Cap. IV.

³⁸⁶ Vid. entre otras, Sentencias del T.J.U.E. 93/1971, 34/1973 y 106/1977.

³⁸⁷ Sobre el derecho fundamental de huelga Vid. la Sentencia del T.C. de 8 de abril de 1981, en cuanto al derecho fundamental de libertad sindical el Alto Tribunal protector de nuestra Carta Magna ha declarado que: *El art. 28.1 CE tutela la actividad sindical de aquellos trabajadores que, aun no estando afiliados a un sindicato, siguen una actividad promovida por los sindicatos* (Sentencia 134/1994, de nueve de mayo [RTC 1994, 134]). Por último, declaró que: *En lo que concierne a la titularidad de los derechos de libertad sindical, presentan una doble vertiente. Así, desde un punto de vista subjetivo, se distingue, por un lado, la titularidad individual, que atañe a los trabajadores singularmente considerados y, por otro lado, la colectiva, referida solo al propio sujeto sindical, esto es a los sindicatos legalmente constituidos* (Sentencias 134/1994, de nueve de mayo [RTC 1994, 134]; y 95/1996, de veintinueve de mayo [RTC 1996, 95]).

³⁸⁸ Estos derechos fundamentales de los trabajadores vienen recogidos en los 2 apartados del art. 28 de la C.E. de 1978, el apartado 1º se refiere al derecho a la libertad sindical y el apartado 2º al derecho de huelga, y de acuerdo con el art. 53 de la Norma Suprema de España estamos ante unos derechos que por ser fundamentales gozan de una especial protección, son derechos con unos mandatos que vinculan a todos los poderes públicos y personas en España, físicas y jurídicas, además, pueden ser ejercitados ante los Tribunales Ordinarios y tramitados a través de un procedimiento preferente y sumario (en el orden jurisdiccional social los arts. 177 a 184 de la L.R.J.S. establecen un proceso privilegiado de los que gozan mayor preferencia y urgencia en nuestro ordenamiento jurídico, lo que no obsta a que incluso se pueda acudir a la vía penal puesto que el C.P. tipifica diversos delitos

fundamentales otros derechos que en España tienen otro rango normativo inferior, importantes y protegidos pero no con la intensidad que nuestra legislación otorga a los derechos fundamentales, lo que considero un acierto dada nuestra postura sobre la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral.

En todo caso, el art. 35 de la C.E. de 1978 establece como derecho y deber de los españoles, el del trabajo³⁸⁹.

Sin embargo, debemos destacar que nuestro Tribunal Constitucional ha resaltado que el precepto constitucional se refiere solo a los españoles, lo que significa que los españoles tienen preferencia sobre los extranjeros para el empleo en España, pero una vez empleados los derechos laborales de españoles y extranjeros son los mismos³⁹⁰.

Los derechos³⁹¹ y deberes, tanto de los trabajadores por cuenta ajena como del personal de alta dirección, aunque en el caso del personal de alta dirección pueden ser modificados por la voluntad de las partes al tratarse de sujetos sometidos a una relación laboral especial a la que se aplica supletoriamente el E.T, se encuentran recogidos en el articulado del E.T., previéndose algunas especialidades para el personal de alta dirección en la citada normativa específica que lo regula.

Con carácter general, ostentan los siguientes derechos:

Como derechos básicos: al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, a la libre sindicación, a la negociación colectiva, a la adopción de medidas de conflicto colectivo, a la huelga, al de reunión, información, consulta y participación en la empresa.

contra tales DD.FF. como en el art. 315 que castiga las conductas más graves antisindicales) y quizá, lo más relevante, es que son susceptibles de protección tanto por vía del recurso de inconstitucionalidad como del recurso de amparo ante nuestro T.C.

³⁸⁹ Este precepto constitucional se enmarca en los derechos y deberes de los ciudadanos contenidos en la sección 2ª del Cap. II del Título de la Carta Magna y, por lo tanto, vincula a los poderes públicos, solo puede regularse dicho derecho y deber mediante ley y cabe la tutela de este a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 53. 1º de nuestra Norma Suprema).

³⁹⁰ Sentencia 507/1984 de veintitrés de noviembre.

³⁹¹ Se deben considerar los derechos laborales como derechos humanos fundamentales. Vid. Avendano Murillo, G.E. (2014). El Derecho Laboral como Derecho Humano. *Revista Verba Iuris* n.º 32, pp. 53-72. Recuperado el 02/03/2024 de <https://core.ac.uk/download/pdf/229911681.pdf>.

Como derechos en la relación de trabajo: a la ocupación efectiva, a la promoción y formación profesional en el trabajo, a no sufrir discriminación directa ni indirecta por motivo alguno³⁹², a la integridad física, a la intimidad y dignidad³⁹³, a ser remunerados, al ejercicio de acciones individuales derivadas del contrato de trabajo³⁹⁴.

A los derechos anteriormente mencionados, y dado que vivimos en un mundo tecnológico, debemos añadir el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales y a la desconexión digital a los que se refiere el art. 20 *bis* del E.T.³⁹⁵.

Como especialidad del personal de alta dirección, frente a la regulación laboral común aplicable a los trabajadores, encontramos la relativa al derecho de representación del art. 16 del R.D. 1382/1985 de uno de agosto, del cual puede extraerse la negación, al personal de alta dirección, del derecho de participar como elector o elegible en los órganos de representación del Título II del E.T., es decir, no puede participar ni como elector ni elegible de los comités de empresa ni de los delegados de personal.

Pues bien, el personal laboral, sobre todo, tiene la obligación o el deber de cumplir las obligaciones estipuladas en el contrato laboral conforme a las exigencias de la buena fe, cumpliendo las órdenes e instrucciones del empresario, en caso contrario puede incurrir en una serie de responsabilidades que pueden tener diversas consecuencias, según se trate de personal de alta dirección o de trabajador por cuenta ajena de relación laboral común, pero además de esta obligación de carácter principal, el trabajador deberá observar las medidas de seguridad e higiene que se adopten, no concurrir con la actividad de la empresa,

³⁹² Sobre la discriminación por motivos o razones religiosas puede observarse la Sentencia del T.J.U.E. de veintidós de enero de dos mil diecinueve recaída en el Asunto “Cresco Investigation” C-193/17.

³⁹³ Nuestro T.C. ha tenido multitud de ocasiones para pronunciarse sobre el acoso sexual Vid. Sentencia 136/2001 de veinticinco de noviembre.

³⁹⁴ Estos derechos vienen recogidos en el art. 4 del E.T.

³⁹⁵ Este precepto legal ha sido introducido en el E.T. a través de la Disposición Final 13ª de la L.O. 3/2018, de cinco de octubre de dos mil dieciocho, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. B.O.E. n.º 294, de seis de diciembre de dos mil dieciocho, pp. 119788 a 119857. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673#df-13>.

contribuir a la mejora de la productividad y a cuantos otros se deriven específicamente del contrato de trabajo (art. 5 del E.T.).

En materia de responsabilidad, como especialidad, frente a los trabajadores por cuenta ajena, para el personal de alta dirección, son aplicables, para dicho personal, las mismas disposiciones sobre responsabilidad previstas para los administradores sociales de las sociedades de capital, aunque a diferencia de estos, será competente la jurisdicción social y no la mercantil, para conocer de los conflictos que se originen³⁹⁶.

Diferente es la responsabilidad en la que puede incurrir el trabajador por cuenta ajena de relación laboral común de la sociedad de capital. Desde nuestro punto de vista, y sin perjuicio de las responsabilidades penales y civiles en que pueda incurrir por cometer ilícitos en su puesto de trabajo, la responsabilidad se suele circunscribir al ámbito disciplinario laboral³⁹⁷.

Como causas que pueden originar la responsabilidad laboral o disciplinaria, podemos tener en cuenta las mismas causas que prevé el E.T., para que el empresario pueda acordar el despido³⁹⁸ disciplinario³⁹⁹ o por causas objetivas, a saber:

- las faltas frecuentes e injustificadas en el trabajo⁴⁰⁰.

³⁹⁶ Vid. art. 490 de la L.S.C. en relación con el art. 14 del R.D. 1382/1985 de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco del alto cargo directivo laboral.

³⁹⁷ La sanción se ejercerá por el empresario y puede consistir bien en una suspensión de empleo y sueldo o si la infracción cometida por el trabajador reviste cierta intensidad, incluso el despido Vid. Meléndez Morillo-Velarde, L. (2020). Vicisitudes y extinción de la relación laboral. *Iniciación a la Jurisdicción Social n.º 5*, pág. 3. Recuperado el 02/03/2024 de https://moodle.poderjudicial.es/moodle/pluginfile.php/69502/mod_resource/content/1/Tema%202%20v.%202020.pdf.

³⁹⁸ La Sala Cuarta de lo Social del Tribunal Supremo entiende que el despido es la declaración extintiva de la relación laboral invocada por el empresario (Sentencia de siete de diciembre de dos mil nueve).

³⁹⁹ El T.C., que se ha pronunciado en múltiples ocasiones en relación con las conexiones entre despido y proceso penal, entiende que no es aplicable en el ámbito laboral la presunción de inocencia que viene consagrado como principio con rango de derecho fundamental para el proceso penal, Vid. Sentencias 24/1984 de veintitrés de febrero, 62/1984 de veintiuno de mayo, 36/1985 de ocho de marzo, 37/1985 de ocho de marzo, 81/1988 de veintiocho de abril, 27/1993 de veinticinco de enero y 53/1995 de veintitrés de febrero.

⁴⁰⁰ Con anterioridad a la reforma operada en el E.T. por el artículo único del ya derogado R.D-ley. 4/2020, de dieciocho de febrero de dos mil veinte, por el que se deroga el despido

- la falta de disciplina en el trabajo⁴⁰¹.
- los insultos u ofensas verbales o físicos al empresario, a los empleados de la empresa o a los miembros de la familia que viven con él⁴⁰².
- La vulneración de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el devenir del trabajo⁴⁰³.
- la disminución persistente y voluntaria del rendimiento de trabajo habitual o acordado⁴⁰⁴.
- si la embriaguez o la toxicomanía tienen un impacto negativo en el trabajo, exigiéndose el requisito de habitualidad en la embriaguez, llevándolo ya implícito el concepto de toxicomanía⁴⁰⁵.

objetivo por faltas de asistencia al trabajo (a su vez derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2020, de quince de julio de dos mil veinte, por la que se deroga el despido de carácter objetivo individual por faltas de asistencia al trabajo), se consideraban como causas de despido objetivo individual las faltas de asistencia al trabajo justificadas pero intermitentes en un determinado periodo, Esta regulación ha sido consecuencia de la Sentencia del T.J.U.E. de dieciocho de enero de dos mil dieciocho recaída en el Asunto “Ruiz Conejero” C-279/16 al entender que el Derecho de la U.E. se opone a computar como ausencias al trabajo las relativas a enfermedades que padezca el trabajador. Sobre las faltas repetidas e injustificadas como causa de despido disciplinario, Vid. Sentencia 21/1992 de catorce de febrero del T.C.

⁴⁰¹ Esta causa podría concurrir por no cumplir, reiteradamente, las obligaciones contractuales o las órdenes empresariales.

⁴⁰² Por ofensas verbales debemos tener en cuenta aquellas que alcancen una intensidad suficiente pero que no constituyan acoso, por falta de reiteración en el tiempo, para un análisis extenso de la constitucionalidad de esta causa de despido disciplinario puede acudir a la Sentencia 126/1990 de cinco de julio del T.C.

⁴⁰³ Estas expresiones vienen generalmente referidas a los supuestos en los que el trabajador se aproveche de su trabajo y sus conocimientos para competir con la empresa o boicotearla, así como, un incumplimiento reiterado de la obligación legal de cumplir las obligaciones contractuales conforme a las exigencias de la buena fe, Vid. Sentencias 114/1984 de veintinueve de noviembre, 88/1985 de dieciséis de julio y 6/1988 de veintiuno de enero del T.C.

⁴⁰⁴ Deberá compararse una situación anterior de plena normalidad con la situación de anormalidad que concurra y las razones de ese cambio para poder apreciar esta causa de despido y determinar si el empeoramiento es justificado o injustificado.

⁴⁰⁵ Para que concurra esta causa de despido disciplinario, deben concurrir los requisitos de consumo habitual y repercusión negativa, así lo ha declarado nuestra jurisprudencia, la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-La Mancha, en Sentencia de veinte de enero de dos mil cuatro declaró que: *Se precisa de forma acumulativa la concurrencia de un consumo habitual*

- el acoso por diversos motivos o razones, entre ellos, puesto que la lista es meramente ejemplificativa, por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (e identidad sexual, características sexuales o expresiones de género) y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o los compañeros de trabajo⁴⁰⁶.

- falta de aptitud del trabajador conocida o aparecida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa⁴⁰⁷.

- el trabajador no se adapta a las modificaciones técnicas que se llevan a cabo en su puesto de trabajo cuando dichos cambios son razonables.⁴⁰⁸

La apreciación de una de esas causas puede dar lugar a la consecuencia más terrible para un trabajador, es decir, a su despido. Pero en el caso de que sucediera lo anterior, el trabajador despedido podrá impugnar el despido ante los órganos judiciales de la jurisdicción social, incluso en el caso de que la sociedad de capital empleadora esté inmersa en un concurso de acreedores, puesto que la competencia solo corresponde al juez del concurso cuando se trate de un despido colectivo (estableciéndose la posibilidad de que la administración concursal pueda solicitar la suspensión o extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección o, acordarse esta decisión en un plan de reestructuración conforme a la novedad establecida por la ley 16/2022).

y una repercusión negativa en el trabajo, aclarando, la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco, en Sentencia de catorce de febrero de dos mil seis, que: La repercusión negativa en el trabajo pueda darse bien porque se realiza menos trabajo del encomendado o cuando se lleva a cabo una ejecución defectuosa, tomando como parámetro la profesión habitual, lo que no equivale a las concretas labores que desempeña el trabajador normalmente y ni tan siquiera a las de su categoría profesional.

⁴⁰⁶ Sin perjuicio de que pueda constituir una causa de despido, el acoso, en su modalidad de acoso sexual, está configurado como un delito en nuestro C.P., en concreto, en el art. 184.

⁴⁰⁷ El T.S./SOC., en Sentencia de dos de mayo de mil novecientos noventa, considera la ineptitud, como causa del despido, como una carencia de aptitudes para el cargo que tiene su origen en la persona del trabajador.

⁴⁰⁸ Estas causas, en nuestra opinión, motivos de responsabilidad laboral, han sido recogidas de los arts. 54 y 52 del E.T. que regulan los despidos disciplinarios y por causas objetivas, respectivamente.

5.1.3 Régimen de la Seguridad Social

Por lo que se refiere al Régimen de la Seguridad Social aplicable a los trabajadores por cuenta ajena y al personal de alta dirección de las sociedades de capital, es el mismo Régimen General que el aplicable a los administradores sociales, con la única especialidad de que se incluyen más variedades en cuanto a los puestos de trabajo incluidos, dada la pluralidad de modalidades contractuales⁴⁰⁹.

Como conclusión, en la materia relativa a la Seguridad Social, sin entrar en muchos más de detalles ya que no es materia que constituya parte esencial de esta obra, la relación jurídica que existe entre la Seguridad Social y la persona incluida en el campo de aplicación de un régimen, en nuestro caso el general (tanto para administrador social como para el personal de alta dirección y trabajadores por cuenta ajena), es la relativa a un derecho prestacional a cambio de una contribución previa, pues el sujeto asegurado es titular de un derecho de prestaciones y la Seguridad Social es, como institución, la titular del derecho de percibir las cuotas o primas necesarias para sostener al asegurado⁴¹⁰.

Por lo tanto, y sin perjuicio de la existencia de unas modalidades prestacionales no contributivas, en nuestros casos existe una obligación de cotizar a la Seguridad Social para el mantenimiento del sistema, que se inicia con el mismo inicio de la relación laboral y se extingue cuando se cesa en la prestación del trabajo⁴¹¹.

Una vez determinado el régimen jurídico básico tanto del trabajador por cuenta ajena de relación laboral común, como del personal de alta dirección, procede avanzar en el análisis de las relaciones entre trabajadores y empresarios.

⁴⁰⁹ Vid. art. 136 L.G.S.S.

⁴¹⁰ Meléndez Morillo-Velarde, L. (2020). Derecho de la Seguridad Social. *Iniciación a la Jurisdicción Social n.º 5*, pág. 3. Recuperado el 02/03/2024 de https://moodle.poderjudicial.es/moodle/pluginfile.php/69508/mod_resource/content/1/Tema%205%20v.%202020.pdf.

⁴¹¹ *Ibidem*, pp. 5 y 6.

5.2. CONCEPTO Y CARACTERES DE EMPRESARIO Y TRABAJADOR EN EL ÁMBITO ESTATAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA

A pesar de parecer una incongruencia hablar de concepto y caracteres en el ámbito nacional y de la U.E., lo cierto es que no lo es, ya que el Derecho de la U.E. viene a completar aspectos no suficientes del Derecho nacional.

Pese a la mecánica seguida en otros Capítulos conforme a la cual se ha distribuido en apartados distintos lo relativo a lo nacional y a lo europeo, procede en esta sede cambiar el método y hacer referencia conjuntamente a ambos ordenamientos jurídicos, utilizando como diferenciación las figuras concretas que se van a relacionar, es decir, los trabajadores y los empresarios.

Aunque nuestra posición sea la de la súper posición del Derecho Laboral, procede comenzar con el análisis, a efectos sistemáticos, de la figura que es necesaria para la creación del empleo, pues no cabe duda de que sin empresario no pueden existir los trabajadores.

Tras finalizar la anterior tarea, y con carácter previo al estudio de la figura del empleado, procederemos a examinar la potestad de control del empresario sobre sus empleados a través de dispositivos de vigilancia y control de carácter digital, tras lo cual entraremos de lleno en el análisis de una de las figuras más importantes de la presente Tesis, la del personal laboral.

5.2.1. Concepto y caracteres de empresario, clases de empresarios y empresas, con especial referencia a las facultades de vigilancia y control del empresario a través de medios digitales

No obstante referirse este apartado conjuntamente a concepto, caracteres y clases de empresarios y/o empresas, lo cierto es que debe efectuarse por separado el estudio de cada una de tales singularidades pues, aunque no se trate de compartimentos estancos, facilitará al lector la ubicación individual de cada aspecto fundamental relacionado con el empresario.

A) CONCEPTO DE EMPRESARIO

Cuando se habla de concepto de empresario no encontramos una sola definición, por lo que debe acudir al concreto ámbito desde donde va a ser estudiado.

Nosotros vamos a estudiar al empleador⁴¹² fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho Laboral, en su posición de parte del contrato de trabajo que le une con el trabajador, ostentando la doble posición de acreedor de salario y deudor de trabajo. Pero, desde es el punto de vista del Derecho Mercantil, el empresario es el titular de una empresa, disfrutando de diversos poderes como son el de dirección, de organización laboral de la empresa y el disciplinario⁴¹³.

Aunque estas dos definiciones sean las que básicamente interesan, no podemos obviar, si queremos completar el concepto, las diferentes definiciones otorgadas por otros autores.

Así, unos definen al empresario como una persona o grupo de personas, o incluso una entidad, que por propia motivación y voluntad toma la decisión de asumir un “riesgo” en la realización de una actividad económica con el propósito de sacar rédito de esta⁴¹⁴.

Otros apuestan por la clásica definición de persona natural o jurídica que ostenta la titularidad de un servicio o de una unidad productiva, asumiendo el riesgo de esta⁴¹⁵.

O simplemente, se considera empresario a quien algo produce o intercambia, arriesgando su dinero, tiempo y esfuerzo⁴¹⁶.

Por su parte, DE LA VILLA considera que empleador es aquella persona, física o jurídica o comunidad de bienes, que ocupa a otra persona, en este caso física, como trabajador⁴¹⁷.

En todo caso, el art. 1. 2º del E.T. dispone, a efectos laborales, que son empresarios todas las personas, sean físicas o jurídicas, incluyendo a las

⁴¹² Sobre las controversias entre la denominación empresario o empleador por ser o no ser ajustada a la tradición jurídica laboral Vid. De Buen Lozano, N. (2002). *Derecho del Trabajo*. México: Porrúa.

⁴¹³ Montoya Melgar, *Op. Cit.*, pp. 304 y 586.

⁴¹⁴ Pallares Villegas, Z., Romero Buj, D. y Herrera Herrera, M. (2005). *Hacer empresa: Un Reto*. Bogotá (Colombia): Fondo Editorial Nueva Empresa.

⁴¹⁵ Andrade Espinoza, S. (2005). *Diccionario de Economía*. Lima (Perú): Andrade.

⁴¹⁶ Ferre, G., Hirt, L. y Henderson, N. (2010). *Introducción a los negocios en un mundo cambiante*. México: McGraw-Hill.

⁴¹⁷ Vid. De la Villa Gil, L.E. (2010). El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo. En. Blasco Pellicer, A.A. (Coord.). *El empresario laboral* (13-41). Valencia: Tirant lo Blanch.

comunidades de bienes, que reciban la prestación de servicios por parte de los trabajadores.

Y con esta definición es con la que nos tenemos que quedar, ya que la concepción laboral no admite similitud con la de derecho mercantil pues mientras que en la concepción de derecho mercantil se atiende a una realidad multifactorial, en la concepción de derecho laboral se atiende a una prestación de servicios⁴¹⁸.

B) CARACTERES DE EMPRESARIO

Si partimos de la anterior concepción laboral del empresario, puede comprenderse que a efectos laborales es irrelevante el tipo de negocio o explotación, la naturaleza de la titularidad del negocio o explotación, la existencia de ánimo de lucro⁴¹⁹, la creación de una organización de empresa o la posesión de personalidad jurídica.

Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo, y teniendo en cuenta las definiciones reseñadas, podemos caracterizar al empresario como: a) el titular de derechos y obligaciones de la relación laboral; b) la parte de un contrato de trabajo; c) el empleador u ocupador de trabajadores; y d) el director y organizador de la actividad laboral.

C) CLASES DE EMPRESARIOS Y EMPRESAS

En primer lugar, pueden ser empresarios, a efectos laborales, las personas físicas, las personas jurídicas y los titulares colectivos sin personalidad. Esta primera clasificación se dará en todo caso, por lo que las demás clasificaciones ostentan la categoría de subclasificaciones.

⁴¹⁸ En este sentido, Vid. Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de quince de diciembre de mil novecientos noventa y cinco [R.º 7156/1993] y Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía de nueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho [RJ 1998, 462].

⁴¹⁹ El T.J.U.E., en Sentencia de dieciséis de octubre de dos mil tres Asunto “Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana” C-32/02, declaró que es irrelevante para el Derecho del Trabajo el propósito que busque el empresario/empleador al contratar.

En segundo lugar, pueden ser empresarios laborales las entidades de derecho público y de derecho privado⁴²⁰.

En tercer lugar, también puede ser empresario laboral, con un carácter peculiar, el titular de una Empresa de Trabajo Temporal.

Finalmente, se consideran empresarios vinculados a la legislación de trabajo a los profesionales con funciones públicas como notarios o registradores, debiendo recalarse que esta subclasificación entra dentro de la clasificación general de personas físicas.

Dentro del grupo de los titulares colectivos sin personalidad se encuentran las comunidades de bienes ordinarias, los copropietarios de un edificio en régimen de propiedad horizontal, las sociedades y las agrupaciones de empresas sin personalidad jurídica, la herencia indivisa o yacente y las uniones temporales de empresas⁴²¹. A través de estas empresas se trata de asegurar la existencia de contrato de trabajo, aunque según PALOMEQUE esta finalidad se hubiera logrado igualmente, incluso de modo más completo, atribuyendo la condición de empresario laboral a quienes celebran contratos de trabajo⁴²².

Ahondando en las entidades de derecho privado, estas pueden ser múltiples tales como sociedades civiles, mercantiles, laborales, cooperativas, partidos políticos, sindicatos⁴²³, asociaciones patronales etc.

Por el contrario, las entidades de derecho público son más reducidas en su tipología inicial, pueden citarse el Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales, las Universidades Públicas etc.⁴²⁴.

⁴²⁰ El T.C., en Sentencia 206/1987 de veintiuno de diciembre, declaró que las entidades de derecho público están sujetas a las mismas reglas jurídicas que las entidades de derecho privado.

⁴²¹ Un estudio de estos empresarios sin personalidad jurídica es llevado a cabo con profundidad en el Cap. VI. de esta obra.

⁴²² Vid. Palomeque López, M. C. (1980). Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes. *Revista española de derecho del trabajo* n.º 2, pág. 229.

⁴²³ Sobre el sindicato como empresario Vid. Tárraga Poveda, J. (2001). *El sindicato como empresario. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato* (Tesis Doctoral). Universidad de Murcia.

⁴²⁴ Aunque el T.C. haya declarado que las reglas jurídicas aplicables a las entidades de derecho público y de derecho privado son las mismas, lo cierto es que existen diferencias de régimen como en materia de selección e incompatibilidades, Vid. Montoya Melgar, A.

ESPECIAL REFERENCIA AL CONTROL EMPRESARIAL DE LA ACTIVIDAD LABORAL PRESTADA POR SUS EMPLEADOS

En esta materia debemos referirnos, además de a los arts. 20 y 18 del E.T. que consagran las potestades fiscalizadoras del empresario de las que son buena muestra la posibilidad de que pueda efectuar registros personales sobre la persona del trabajador para salvaguardar el patrimonio de la empresa o de otros trabajadores de la misma pero siempre con respecto a su dignidad e intimidad, debiendo efectuarse dicho control empresarial en horario y tiempo de trabajo y en presencia de otro trabajador o representante de los mismos, y por otra parte, la también facultad empresarial de exigir a su trabajador que se someta a reconocimientos médicos a cargo del empresario en el supuesto de que hubiese alegado enfermedad o accidente para no acudir al puesto del trabajo, tratándose de una medida más que apropiada para evitar el absentismo laboral y que da lugar, en caso de negativa del trabajador, a que se puedan suspender derechos económicos que estuviese percibiendo de la empresa y por parte de la empresa.

Pero sin desechar la importancia de los anteriores controles, lo que debemos analizar es la vigilancia y control concreto de la actividad laboral del trabajador a través de medios digitales, siendo ya comúnmente conocida la legalidad del uso de un detective privado para controlar al trabajador siempre que no se vulneren derechos fundamentales con su utilización ni se provoque el error del trabajador o la causa de sanción o de despido, o la grabación de una conversación privada entre empresario y trabajador a través de un teléfono móvil para poder utilizarlo exclusivamente como prueba en un litigio.

Pero en concreto, en este apartado nos referimos al control a través de un dispositivo GPS o a través de cámaras de vigilancia, en cuanto al primero, el T.S./SOC. ha declarado en Sentencia 766/2020 de quince de septiembre de dos mil veinte que la utilización del GPS por parte de la empresa siendo conocido su implantación por parte del trabajador no vulnera los D.ºs del art. 18 C.E. y puede dar lugar a causa de sanción o despido si se descubre que el trabajador está utilizando el vehículo de la empresa para fines distintos de los autorizados, posición está confirmada por el T.E.D.H. que, en Sentencia de trece de diciembre

(2011). Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n.º 93*, pp. 13-46.

de dos mil veintidós, Asunto “Alfonso Florindo vs Portugal” ha declarado que tal uso del GPS es conforme a los arts. 6 y 8 del C.E.D.H.

En cuanto a la utilización de las cámaras de videovigilancia, el T.E.D.H. en el Asunto “Barbulescu I” (Sentencia de cinco de septiembre del año dos mil diecisiete) interpretó el D.º a la vida privada del trabajador estableciendo límites a la potestad empresarial, y señaladamente, la obligación de comunicar a los trabajadores acerca de la existencia y modo de uso de las cámaras de videovigilancia, si bien en el Asunto “Barbulescu II” declaró que el D.º a la vida privada era un criterio importante pero no decisivo, y en el Asunto “López Ribalda” de consideró conforme al C.E.D.H. la utilización de las cámaras de videovigilancia, posición esta asumida por nuestro Tribunal Constitucional que en Sentencia 119/2022 de veintinueve de septiembre avanza más en la cuestión declarando conforme a Derecho la prueba obtenida con la utilización de las cámaras de videovigilancia y ello, aunque el trabajador no supiese de su existencia.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ya manifestó en Sentencia 61/2021 de quince de marzo que, aunque una prueba se obtuviese ilícitamente vulnerando DD.FF. no quiere decir que la sanción o despido deban ser nulos por vulneración de DD.FF. deslindando así prueba ilícita y despido nulo por vulneración de DD.FF. pero en todo caso debe concederse una indemnización por parte del juzgador si se ha producido la violación de los DD.FF.

Para concluir debemos reseñar que no obstante considerar ajustada a Derecho las anteriores resoluciones como no puede ser de otra manera, partiendo una vez más de la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Mercantil (y sobre el Derecho Concursal) los controles del empresario al amparo del art. 20 *bis* del E.T. y de la L.O. de protección de datos se deben ceñir a lo estrictamente imprescindible y no usarse como un medio de control de forma abusiva lo que ocasionaría la vulneración de los DD.FF. del art. 18 de la C.E., por lo que de acuerdo con la súper posición únicamente estaría legitimado el uso de los anteriores medios de control en caso de serias sospechas de que el trabajador ha cometido o está cometiendo ilícitos laborales, rayanos incluso a los ilícitos penales.

5.2.2. El trabajador: concepto y clases. Los presupuestos de laboralidad

Al igual que sucede con el empresario, debe efectuarse por separado el estudio de cada una de tales singularidades pues, aunque estén íntimamente relacionadas, el examen individual de los aspectos que atañen al trabajador ocasionará que sea fácilmente localizables.

A) CONCEPTO DE TRABAJADOR

Ni la C.E. de 1978 (a pesar de que dedica diversos preceptos a los que califica como trabajadores), ni el E.T. (a pesar de establecer los presupuestos de laboralidad) otorgan una definición legal de trabajador, resultando más bien la noción de trabajador una creación doctrinal y jurisprudencial.

Una definición de trabajador, tanto en sentido estricto como amplio, nos la ofrece ALMANSA al señalar que en un sentido estricto el trabajador es el sujeto de un contrato de trabajo, titular de derechos y obligaciones, mientras que en un sentido amplio del término también es trabajador el sujeto que ha perdido su empleo y ostenta la condición de beneficiario de prestaciones (desempleo, jubilación, incapacidad etc.)⁴²⁵.

No obstante, lo anterior, algunos autores entienden que el trabajador no solo es el titular del contrato de trabajo, sino que también es la figura central del Derecho del Trabajo⁴²⁶.

El concepto de trabajador es completado con precisiones provenientes de la U.E., y así se considera como tal a cualquier persona natural que lleve a cabo actividades de carácter real y efectivo, excluyéndose en todo caso las actividades realizadas a tan pequeña escala que sean meramente marginales y accesorias,

⁴²⁵ Vid. Almansa Pastor, J. M. (1978). El concepto de trabajador. *Revista de Derecho Público* n.º 73, pp. 259 y 261.

⁴²⁶ Así lo entienden entre otros Pérez Botija, E. (1955). *Curso de derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos; Pérez Amorós, F. (1982). *El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo Español*. (Su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del Trabajo). *Revista de Política Social* n.º 133, pág. 82; y Montoya Melgar, A. (2006). El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales. *Aranzadi social* n.º 5, pp. 471-482.

durante un cierto tiempo en favor y bajo la dirección de otra persona cambio de las cuales reciba una retribución⁴²⁷.

En todo caso, y al contrario que sucede con el empresario, el trabajador solo puede ser una persona natural o física, pues el trabajo que realiza, y que luego estudiaremos con detalle en cuando hablemos de los presupuestos de laboralidad, es el del trabajo voluntario, personal, dependiente, retribuido y por cuenta ajena.

B) CLASES DE TRABAJADORES

Los trabajadores pueden ser clasificados atendiendo a diversos criterios, como tales podemos señalar los relativos: a) al sector económico a la que pertenezca la actividad realizada; b) a la dedicación manual o intelectual; c) a la clasificación vía convenio colectivo de ingenieros y licenciados, técnicos y administrativos, obreros y subalternos; y d) a la duración de la relación laboral.

Adentrándonos en el primer criterio, por la doctrina se distinguen los trabajadores agrícolas, de la industria y de los servicios⁴²⁸.

A la segunda categoría o criterio corresponde la clasificación de trabajadores manuales o intelectuales, según predomine el trabajo manual o intelectual⁴²⁹.

Dentro del tercer criterio ya viene incluido el tipo de trabajador, destacándose por MONTROYA MELGAR que dentro del grupo de los licenciados, ingenieros y técnicos se “reclutan” a los cargos de dirección de la empresa, en el grupo de los obreros cabe integrar a los pinches, aprendices, oficiales, peones y jefes de equipo, y en la categoría de subalternos, incluye a los guardas, almaceneros y listeros⁴³⁰.

Atendiendo a la duración de la relación laboral, pueden distinguirse trabajadores indefinidos fijos (no fijos de plantilla en el caso de las Administraciones Públicas cuando se produce “fraude” en la contratación) o fijos

⁴²⁷ Vid. Sentencias del T.J.U.E. recaídas en los Asuntos “Lawnie-Blum” C-66/85, “Trojani” C-456/02 y “Neidel” C-337/10.

⁴²⁸ Martín Valverde, A. y Villanueva García, E. (1981). Sistema económico y agricultura en la Constitución Española. *Agricultura y Sociedad* n.º 21, pp. 9-59.

⁴²⁹ Durán López, F. (1977). *Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados*. Madrid: Fundación Juan March.

⁴³⁰ Montoya Melgar, *Op. Cit.* pág. 297.

discontinuos, por un lado, y trabajadores por tiempo determinado, eventual, interino o para obra o servicio determinado por otro lado⁴³¹.

También se consideran trabajadores, aunque no sujetos a relación laboral común sino especial: a) personal de alta dirección (sobre el que incidiremos ampliamente en los siguientes capítulos para determinar sus diferencias con el trabajador común y sus similitudes con el administrador social)⁴³²; b) trabajadores familiares o en hogar familiar⁴³³; c) penados en las cárceles o instituciones penitenciarias⁴³⁴; d) deportistas de carácter profesional⁴³⁵; e) artistas y

⁴³¹ Vid. Barreiro González, G., Fernández Domínguez, J.J. y Cavas Martínez, F. (1993). *Contratos laborales temporales: guía legal, jurisprudencial y práctica*. Madrid: Wolters Kluwer; Fernández Domínguez, J.J. (2012). Un dato más sobre la precaria situación de los laborales indefinidos no fijos: acerca de la inviabilidad de acceder a una excedencia voluntaria (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de junio de 2011 - Rec. 5401/2007-). *Revista técnico laboral vol. 34^o. n.º 131*, pp. 83-90; y Fernández Domínguez, J.J. (2015). Novación del contrato indefinido a tiempo parcial en fijo discontinuo y protección por desempleo. *La protección por desempleo en España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, pp. 627-638.

⁴³² Por lo que respecta a esta figura, que viene regulada en el ya mencionado R.D. 1382/1985, el lector puede ilustrarse con las Sentencias 49/1983 de uno de junio, 79/1983 de cinco de octubre, 103/1990 de cuatro de junio y 20/1994 de veintisiete de enero del T.C.

⁴³³ Esta relación laboral especial viene regulada en el R.D. 1620/2011, de catorce de noviembre de dos mil once, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. B.O.E. n.º 277, de diecisiete de noviembre de dos mil once, pp. 119046 a 119057. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-1797518898>. Con las reformas operadas por el R.D-ley. 16/2022. Al respecto de esta figura Vid. Sentencias 26/1984 de veinticuatro de febrero, 12/1988 de tres de febrero, 268/1993 de veinte de septiembre y 377/1993 de veinte de diciembre del T.C.

⁴³⁴ La relación laboral de los penados viene regulada tanto en la L.O. 1/1979, de veintiséis de septiembre, General Penitenciaria. B.O.E. n.º 239, de cinco de octubre de mil novecientos setenta y nueve, pp. 23180 a 23186. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1979-23708>; como en el R.D. 782/2001, de seis de julio de dos mil uno, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los penados que realicen actividades laborales en talleres penitenciarios y la protección de Seguridad Social de los sometidos a penas de trabajo en beneficio de la comunidad. B.O.E. n.º 162, de siete de julio de dos mil uno, pp. 24769 a 24774. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2001-13171>. Vid. entre otras, Sentencias 172/1989 de diecinueve de octubre, 17/1993 de dieciocho de enero del T.C.

⁴³⁵ Acúdase al R.D. 1006/1985, de veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cinco y a la Sentencia 6/1995 de diez de enero del T.C.

colaboradores de espectáculos⁴³⁶; f) trabajadores que intervienen en operaciones sin asumir el riesgo y por cuenta ajena⁴³⁷; g) trabajadores con discapacidad en los centros especiales de empleo⁴³⁸ etc. (*ex art. 2 E.T.*).

Nuestro Tribunal Constitucional, en Sentencia 49/1983, de 1 de junio, consideró que los trabajadores sometidos a una relación laboral de carácter especial ostentan rasgos o características que los diferencian tanto del contrato de trabajo común como de los demás especiales.

Un supuesto peculiar de trabajador es el que desempeña su prestación laboral, con carácter de temporalidad, para la Administración Pública, pues pese a que el funcionario es el empleado por regla general y el personal laboral sea el empleado muy excepcional, lo cierto es que en la práctica no se da la Teoría y es cada vez más habitual que la Administración recurra a este tipo de trabajadores para cubrir puestos de trabajo.

⁴³⁶ R.D. 1435/1985, de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. B.O.E. n.º 194, de catorce de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 25797 a 25799. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-17303>, modificado a su vez por el R.D-ley. 5/2022 de veintidós de marzo de dos mil veintidós por el que se adapta el régimen de la relación laboral de carácter especial de las personas dedicadas a las actividades artísticas, así como a las actividades técnicas y auxiliares necesarias para su desarrollo, y se mejoran las condiciones laborales del sector. B.O.E. n.º 70, de veintitrés de marzo de dos mil veintidós, páginas 37421 a 37435. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2022-4583> y en los aspectos de Seguridad Social por el R.D-ley. 1/2023 de diez de enero de dos mil veintitrés de medidas urgentes en materia de incentivos a la contratación laboral y mejora de la protección social de las personas artistas. B.O.E. n.º 9, de once de enero de dos mil veintitrés, páginas 4164 a 4228. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-625>.

⁴³⁷ R.D. 1438/1985, de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquellas. B.O.E. n.º 195, de quince de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 25917 a 25919. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-17410>.

⁴³⁸ R.D. 1368/1985, de diecisiete de julio de mil novecientos ochenta y cinco, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en los Centros Especiales de Empleo. B.O.E. n.º 189, de ocho de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 25135 a 25139. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-16663>.

Como hemos avanzado, la Administración Pública puede ser empresario al igual que una entidad de derecho privado y, por lo tanto, puede suscribir contratos de trabajo sometidos a la legislación laboral, pero con alguna especialidad, siendo lo más común la celebración de contratos de duración determinada de interinidad o vacante por sustitución.

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en la reciente Sentencia 649/2021 de veintiocho de junio, rectifica la aplicación que venía haciendo de su propia doctrina sobre duración de un contrato de interinidad por vacante en el sector público tras la Sentencia del T.J.U.E. de tres de junio de dos mil veintiuno, en la cual se llegó a la conclusión de que la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada, debía interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa como la española que sin justificación carece de disposiciones dirigidas a sancionar y/o prevenir la utilización abusiva de contratos temporales por las Administraciones Públicas, sin que la crisis económica de 2008 sea suficiente para justificar la falta de adopción de tales medidas, siendo igualmente contrario a la normativa que en los procesos para cubrir definitivamente una vacante del sector público no se establezca un plazo tasado para su finalización prorrogando a su vez la duración de los contratos de los trabajadores y a la vez prohibiendo la asimilación de estos a trabajadores indefinidos no fijos.

Pues bien, la conclusión a la que llegó nuestro Tribunal Supremo reunido en pleno, que además se adoptó por unanimidad, fue la de afirmar que se debe acudir a la normativa legal o reglamentaria que prevea el plazo para cubrir el puesto vacante de empleado público y en el caso de que la norma no disponga nada sobre el plazo de finalización se considera injustificado un plazo superior a tres años, por lo que en el caso de superarse dicho plazo, el trabajador de duración determinada adquirirá la condición de indefinido no fijo de plantilla, sin que se puedan aprobar normas sobre paralización de la oferta pública alegando insuficiencia presupuestaria pues los puestos de trabajo que se van a cubrir ya están desempeñándose por el personal laboral por lo que no implica incremento alguno en el gasto presupuestario.

El Gobierno de España, tras el varapalo judicial, primero europeo y luego español mismo, ha dictado normativa dirigida a la reducción de la temporalidad en el empleo público a través del derogado R.D-ley. 14/2021 de seis de julio (actualmente, rige la ley 20/2021, de veintiocho de diciembre, de medidas urgentes

para la reducción de la temporalidad en el empleo público), respecto del que debemos destacar que contiene una serie de normas dirigidas a cumplir los compromisos europeos contemplando diversas modificaciones de la normativa administrativa de trabajo, acogiendo la jurisprudencia de los tribunales en el sentido de que la Administración Pública debe cumplir con una serie de obligaciones, previéndose sanciones en caso de incumplimiento, así como la obligación de compensación a los trabajadores temporales a través de una indemnización, reputándose nulo de pleno derecho todo acto o resolución administrativa que infrinja los límites temporales de la contratación⁴³⁹.

Pues bien, resultaba obligado detenerse en este punto ante una figura de trabajador que solo existe en la Administración Pública y por ello debía citarse la jurisprudencia más reciente que supone un cambio importante tanto para los trabajadores temporales como para los mismos organismos públicos empleadores.

Ese tipo de trabajador único que se denomina indefinido no fijo de plantilla, constituye un *tertius genus* entre lo temporal y lo indefinido (aunque el T.J.U.E. en Sentencia de veintidós de febrero de dos mil veinticuatro lo configura como un trabajador de duración determinada), tratándose de una figura que es creada por el órgano judicial cuando se produce fraude en la contratación (ya sea por abuso en la interinidad, concatenación fraudulenta de contratos temporales o consecuencia de opción en caso de cesión ilegal de trabajadores), aunque se asemeja más a un temporal en el sentido de que cesa cuando es cubierta la plaza por amortización, tiene una serie de derechos que no poseen los interinos temporales, como por ejemplo, el de la indemnización de 20 días por año de servicio al cesar por cubrirse el puesto por el empleado público, pues debemos recordar que ya el T.J.U.E., en Sentencia de cinco de junio de dos mil dieciocho caso “Montero Mateos”, declaró que la ausencia de indemnización por extinción del contrato de interinidad al cubrirse el puesto no se opone al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada⁴⁴⁰.

⁴³⁹ B.O.E. n.º 312, de veintinueve de diciembre de dos mil veintiuno, páginas 165067 a 165083. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-21651>.

⁴⁴⁰ En sentido similar se ha pronunciado el T.S./SOC. en Sentencias de trece de marzo de dos mil diecinueve y de veinticinco de junio de dos mil diecinueve.

Sin embargo, no es menos cierto que, pese a que viene admitiéndose esta figura, existen ciertos sectores doctrinales y jurisprudenciales que entienden que el fraude de la administración debería castigarse con la fijeza, posición ante la que no estoy de acuerdo en absoluto, pues con todos los respetos para los profesionales interinos, no puede ser que por un fallo de la administración una persona pueda conseguir un puesto de trabajo de empleado público sin haber superado los necesarios y durísimos procesos selectivos públicos por los que debe atravesarse para llegar hasta la ansiada plaza.

En todo caso, parece que nuestra opinión ha sido superada por la reciente Sentencia del T.J.U.E. de veintidós de febrero de dos mil veinticuatro, recaída en los Asuntos acumulados C59-22, C110-22 y C159-22 a propósito de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, en la cual el Alto Tribunal considera que a nivel estatal no disponemos de las medidas adecuadas para sancionar el abuso en la contratación de interinos en el ámbito de las administraciones o entidades públicas a la espera de la cobertura de las plazas vacantes, debiendo procederse a la transformación de tales trabajadores interinos, que ocupan las vacantes durante más de 3 años, en indefinidos fijos de plantilla, sin que resulten medidas suficientes para sancionar el abuso en la contratación temporal la consideración de tales trabajadores como de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, tampoco una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite máximo de 12 mensualidades, ni tan siquiera la promoción de procesos selectivos de consolidación de las plazas.

C) PRESUPUESTOS DE LABORALIDAD

El art. 1. 1º del E.T. consagra los presupuestos de laboralidad, también denominados notas configuradoras del concepto de trabajador o rasgos y características que debe reunir una determinada prestación de servicio para adquirir la categoría de laboral, señalando como tales los de voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad:

a) Voluntariedad: Este presupuesto hace referencia a que el trabajo que preste el trabajador ha de ser por su propia voluntad a través de una decisión libremente tomada.

b) **Retribución:** El trabajo que preste el trabajador debe tener como contraprestación una remuneración o retribución denominada salario, el cual puede ser en dinero o en especie.

c) **Dependencia:** El trabajador, en su quehacer laboral, ha de quedar sujeto a las órdenes e instrucciones del empresario actuando en el ámbito de la organización y dirección de este⁴⁴¹.

d) **Ajenidad:** Pero además de los anteriores presupuestos, e íntimamente ligado con el de dependencia, se encuentra el de ajenidad pues el trabajador debe prestar sus servicios por cuenta del empresario⁴⁴².

5.2.3. El contrato de trabajo: concepto, caracteres y distinción de figuras afines

Resulta esencial detenernos en el contrato de trabajo como tal, pues no olvidemos que es el que recoge las relaciones laborales más íntimas entre empresario y trabajador, sin perjuicio de que por normas legales o convencionales, las cuales hemos examinado en el Cap. anterior, se establezca la regulación básica de algunas cuestiones que deben regir las relaciones entre empresarios y trabajadores dentro de su ámbito de aplicación, debiendo el contrato de trabajo regular los pormenores de la relación laboral respetando en todo caso los mínimos de derecho necesario establecidos por la ley o la negociación colectiva.

El contrato de trabajo constituye así el vínculo más íntimo, más individual, de la relación entre empresario y trabajador, siendo fundamental para la relación laboral al tener que hacerse constar en el contrato aspectos básicos como son los elementos esenciales del mismo y las principales condiciones de ejecución de la prestación laboral⁴⁴³.

Deberá hacerse constar en todo caso: a) la identidad de las partes; b) la fecha de comienzo de la relación laboral y la duración de la misma; c) el domicilio social de la empresa; d) la categoría o grupo profesional del trabajador (o sus funciones

⁴⁴¹ El T.S./SOC., en Sentencia de catorce de mayo del año mil novecientos noventa [R.º 1990, 4314], declaró que nos encontramos ante el presupuesto de laboralidad más decisivo de la relación laboral.

⁴⁴² Vid. Alarcón Caracuel, M.R. (1986). La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Revista Española del Derecho del Trabajo* n.º 28, pp. 495-544.

⁴⁴³ Vid. apartado 5º del art. 8 del E.T.

específicas); e) La cuantía del salario, los complementos salariales y la fecha de pago; f) la duración y distribución de la jornada de trabajo; g) la duración de las vacaciones así como los modos de atribución y determinación de las mismas; h) los plazos de preaviso; y i) el convenio colectivo que resulte aplicable⁴⁴⁴.

Pero además de lo anterior, en el caso de que el trabajador vaya a prestar los servicios en el extranjero se exige que se haga constar una información adicional: a) la duración del trabajo en el extranjero; b) la moneda en la que se va a pagar el salario; c) las retribuciones en dinero o especie, y las ventajas vinculadas a tal trabajo; y d) las condiciones de repatriación del trabajador⁴⁴⁵.

Una vez precisado el contenido “obligatorio” del contrato de trabajo, debemos dar un concepto de que se entiende por contrato de trabajo, a continuación, se reseñarán brevemente los caracteres de este, con el fin de precisar su naturaleza y diferenciarlo de otras figuras afines, y concluiremos con el análisis de los elementos del contrato (consentimiento, objeto, causa y forma) y su posible ineficacia (nulidad o anulabilidad).

A) CONCEPTO DE CONTRATO DE TRABAJO

Múltiples son las definiciones que pueden darse del contrato de trabajo.

El binomio trabajador-empresario que es regulado específicamente en el contrato de trabajo, da lugar a un contrato específico, de ámbito laboral y no civil ni administrativo ni mercantil, resultando conveniente dar un concepto de contrato para a continuación darle el toque específico laboral del trabajo.

⁴⁴⁴ Art. 2 del R.D. 1659/1998, de veinticuatro de julio del año mil novecientos noventa y ocho, desarrolla el artículo 8 apartado 5º, del E.T. de 1995, de veinticuatro de marzo del año mil novecientos noventa y cinco, en materia de información al trabajador sobre elementos esenciales del contrato de trabajo. B.O.E. n.º 192, de doce de agosto de mil novecientos noventa y ocho, pp. 27512 a 27514. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-19580>.

⁴⁴⁵ Art. 3 del R.D. 1659/1998 de veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho, Vid. el art. 4 del mismo cuerpo legal sobre la información relativa a la modificación de las condiciones de trabajo.

Por contrato puede entenderse el resultado de dos o más declaraciones de voluntad que concordantes⁴⁴⁶o, desde otro punto de vista, como un negocio jurídico de carácter bilateral con intereses contrapuestos⁴⁴⁷.

La doctrina civilista considera al contrato como el instrumento para constituir, extinguir o modificar una relación obligatoria⁴⁴⁸, existiendo desde que los sujetos consienten en obligarse a entregar un objeto o cumplir una prestación⁴⁴⁹.

Por su parte, la doctrina laboralista, anexionando al contrato el término “de trabajo”, consideran que estamos ante un contrato que crea una obligación bilateral con la finalidad de creación o constitución de una relación obligacional entre las partes⁴⁵⁰, a lo que debo añadir, que tiene el carácter de norma inferior a la estatal y convencional colectiva, sirviendo en la práctica como complemento de la relación jurídica entre las partes y sin que pueda establecer condiciones inferiores a lo dispuesto en la ley y en el convenio colectivo⁴⁵¹.

No faltan autores como ALONSO OLEA que consideran al contrato de trabajo como un acuerdo entre trabajador y empresario por el que el trabajador presta de manera voluntaria unos servicios de carácter retribuidos por cuenta del empresario y dentro del ámbito de la organización y dirección de este⁴⁵².

Las consecuencias de la vulneración contractual de lo dispuesto en normas de rango superior, en perjuicio del trabajador, conlleva la nulidad de la cláusula

⁴⁴⁶ Esta es una de las definiciones otorgadas por la doctrina civilista internacional, Vid. Von Thur, A. (1934). *Tratado de las Obligaciones*, I. Madrid: Reus, pág. 134 y Windscheid, B. (1925). *Diritto delle Pandette*, II. Turín: Unione Tipografico Editrice Torinese; citados por Montoya Melgar, A., *Derecho del Trabajo*, Op. Cit., 279.

⁴⁴⁷ Un ejemplo de esta concepción puede encontrarse en Betti, E. (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.

⁴⁴⁸ Vid. Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.

⁴⁴⁹ Así se desprenden del art. 1254 del C.C. el cual dispone que el contrato es el acuerdo entre una o varias personas para dar alguna cosa o prestar algún servicio a otra u otras personas.

⁴⁵⁰ Vid. Enneccerus, L. y Lehmann, H. (1954). *Derecho de Obligaciones*, I. Barcelona: Bosch, pág. 342.

⁴⁵¹ Este mandato deriva de una combinación de las letras a, b y c del apartado 1º del art. 3 del E.T.

⁴⁵² Vid. Alonso Olea, M. (1967). En torno al concepto de contrato de trabajo. *Anuario de Derecho Civil n.º 1*, pp. 117 a 151.

pactada⁴⁵³, la cuál será sustituida por la que venga establecida en la ley o convenio colectivo⁴⁵⁴, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa que proceda⁴⁵⁵.

Sobre el contrato de trabajo ha tenido ocasiones de pronunciarse el Tribunal Constitucional, habiendo llegado a declarar que son contrarios a la negociación colectiva los pactos individuales en masa, aunque hayan sido aceptados de manera individual por cada uno de los trabajadores afectados⁴⁵⁶.

B) CARACTERES DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por la doctrina y jurisprudencia españolas se han ido desglosando a lo largo de la historia los rasgos característicos del contrato de trabajo que sirven para diferenciarlos de otras figuras a fines.

Sintéticamente, puede afirmarse que el contrato de trabajo es un contrato:

- a) típico y nominado, pues se encuentra regulado de forma expresa por la ley;
- b) bilateral o sinalagmático, regido por el principio de reciprocidad sin perjuicio de los evidentes desequilibrios entre las posiciones de las partes⁴⁵⁷;
- c) es oneroso, en cuanto que el empresario recibe la prestación del trabajador a cambio de otorgar una remuneración al mismo;
- d) es conmutativo, aunque se admita la posibilidad de contratos aleatorios⁴⁵⁸;

⁴⁵³ La jurisprudencia del orden social cita como ejemplo de cláusulas nulas, las que sean abusivas (en este sentido, Vid. Sentencia de cuatro de diciembre del año dos mil siete del T.S./SOC.).

⁴⁵⁴ Vid. Palomeque López, M. C. (1973). *La nulidad parcial del contrato de trabajo* (Tesis Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.

⁴⁵⁵ Según el apartado 10 del art. 7 de la L.I.S.O.S., el establecimiento de condiciones contractuales de protección inferior, o más perjudiciales, para los trabajadores que las establecidas en la ley o convenio colectivo constituye una infracción administrativa grave.

⁴⁵⁶ Vid. Sentencia 238/2005 de veintiséis de septiembre, sobre otras cuestiones relativas a la imposibilidad de que el contrato establezca condiciones inferiores a la norma legal o convenio colectivo so pena de nulidad puede acudir a las Sentencias 105/1992 de uno de julio y 208/1993 de veintiocho de junio de este Alto Tribunal.

⁴⁵⁷ Vid. Cabrera Bazán, J. (1982). Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1^º, n.º 16, pp. 149-157.

⁴⁵⁸ La posibilidad de contratos aleatorios no es una posibilidad como tal sino una realidad jurídica pues como pone de manifiesto Rivero Lamas "la cuantía del salario depende de las comisiones, de la participación en beneficios o en el producto de la empresa" Vid. Rivero Lamas, J. (1972). Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, n.º 1, pp. 153-187.

e) tiene carácter consensual, ya que se perfecciona por el consentimiento de las partes;

f) es un contrato en el que resulta irrelevante la denominación que las partes den al mismo⁴⁵⁹;

g) viene caracterizado por las notas de trabajo personal, voluntario, dependiente y por cuenta ajena⁴⁶⁰;

h) se puede prestar para más de un empresario, no siendo requisito esencial la prestación de trabajo en régimen de exclusividad⁴⁶¹.

i) puede consistir en obligarse a realizar una obra o prestar un servicio a cambio de un salario dentro del proceso productivo de bienes y servicios.

C) DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO CON FIGURAS AFINES

Sin duda alguna, la anterior caracterización del contrato de trabajo servirá al lector para comprender la distinción entre el contrato de trabajo con otras figuras contractuales a las que tradicionalmente se ha querido subsumir.

Algunas de tales figuras contractuales presentan unos rasgos similares a los del contrato de trabajo que puede dar lugar a entender como en el pasado se intentó encajar la figura del contrato de trabajo en ellas, pero otras figuras carecen de vinculación o conexión alguna con el contrato de trabajo que hacen pensar cómo en algún momento se intentaron asimilar.

⁴⁵⁹ Así lo ha declarado en repetidísimas ocasiones el T.S./SOC., afirmando en Sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil nueve [RJ 2009, 170], que la calificación del contrato depende de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas por las partes y de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, dejando sentado por Sentencias de veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, de once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, de siete de noviembre de dos mil siete y de veintisiete de noviembre de dos mil siete que será precisado por la Jurisdicción la verdadera naturaleza del contrato en caso de conflicto entre las partes, y en Sentencias de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco y de veinticuatro de enero de dos mil dieciocho, dejó claro que en el caso de que las partes den otro nombre a su relación jurídica, ya sea por simulación o por error, prevalecerá el verdadero contrato sobre el fingido o aparentado.

⁴⁶⁰ Vid. art. 1.1º del E.T.

⁴⁶¹ En este sentido, Vid. Sentencia de once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña. También trata de esta posibilidad la obra de Magno, P. (1976). *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*. Padova: CEDAM, pp. 125 y 126.

Una vez sentadas las premisas anteriores, es obligado el estudio de las siguientes figuras contractuales afines: a) El contrato de compraventa; b) El contrato de sociedad; c) El contrato de mandato; d) El arrendamiento de servicios; y e) El contrato de ejecución de obra.

a) Contrato de compraventa:

El contrato de compra y venta civil⁴⁶² viene regulado en el Título IV “Del contrato de compra y venta” del Libro IV “De las obligaciones y contratos” del C.C. (arts. 1445 y ss.).

El trabajo como hoy lo conocemos, con las notas características anteriormente reseñadas, no tiene encaje en la figura del contrato de compraventa por mucho que antiguos autores entiendan que el empresario compra y el trabajador vende la fuerza de trabajo a cambio de un precio⁴⁶³, pues la fuerza de trabajo no puede calificarse de mercancía⁴⁶⁴ ya que no es un objeto o una cosa, ni si quiera una energía⁴⁶⁵, sino una prestación personal, por lo que difícilmente pueden aplicarse las normas de la compraventa de “cosas”.

b) Contrato de sociedad:

Recordemos que en capítulos anteriores ya ha sido abordado el contrato de sociedad, tanto el civil como el mercantil.

Fácilmente puede comprenderse como es imposible que un trabajador y un empresario se rijan por un contrato de sociedad, al no concurrir las notas de ajenidad ni dependencia, además, las posturas en cada contrato son totalmente no

⁴⁶² Recalamos la expresión “civil” pues también existe la compraventa mercantil que se rige por los arts. 325 a 345 del C.Co. de 1885, regulación que a su vez se remite a la regulación del C.C. al objeto de colmar las lagunas legales.

⁴⁶³ Las posturas doctrinales que apoyan esta versión son realmente antiguas, y por qué no decirlo, desfasadas, sin que en la actualidad a nadie le quepa duda de la imposibilidad de asimilación de figuras, en todo caso, sobre la inclusión del contrato de trabajo como contrato de compraventa puede acudir a J. R. Hicks. (1973). *La teoría de los salarios*. Barcelona: Labor; y Friedrich Hegel, G. W. (1972). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ullstein Buch, Frankfurt/M- Berlín- Wien.

⁴⁶⁴ Sobre el trabajo como mercancía Vid. Bureau, P. (1904). *El contrato colectivo de trabajo*. Madrid: Daniel Jorro, pág. 136.

⁴⁶⁵ Vid. Carnelutti, F. (1916). *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*. Roma: Studi di Diritto Civile pp. 221 y ss.

asimilables, pues en el contrato de sociedad hay intereses coincidentes relativos a poner bienes en común para obtener unas ganancias y las posiciones de los socios son iguales, mientras que en el contrato de trabajo los intereses de empresario y trabajador son contrapuestos y sus posiciones son desiguales.

Las razones por las que se intentó la subsunción se basaban en el que el trabajador tenía derecho a la copropiedad del producto del trabajo y a la imposibilidad de subsumir el contrato de trabajo en el contrato de arrendamiento de servicios⁴⁶⁶, pero nada más lejos de la realidad, como luego veremos fue precisamente el contrato de arrendamiento de servicios la figura contractual más semejante al contrato de trabajo que hoy conocemos, precisamente, el contrato de trabajo no deja de ser en resultado de un desarrollo histórico del contrato de arrendamiento de servicios.

No obstante, lo anterior, aunque no pueda considerarse que el contrato de trabajo sea asimilable al contrato de sociedad, debe tenerse en cuenta que entre la sociedad y el socio puede existir una relación laboral si concurren los presupuestos de laboralidad⁴⁶⁷.

c) Contrato de mandato:

El contrato de mandato de carácter civil⁴⁶⁸ viene acogido legalmente en los arts. 1709 y ss., preceptos que vienen ubicados en el Título IX “Del mandato” del Libro IV del C.C.

Es extremadamente difícil la subsunción del contrato de trabajo en el contrato de mandato⁴⁶⁹ toda vez que se supone gratuito a falta de pacto, cuando la prestación

⁴⁶⁶ Como defensor a ultranza de esta Tesis podemos citar Chatelain, E. (1903). El contrato de trabajo. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 51, n.º 102.

⁴⁶⁷ Así lo afirma y ratifica el T.S./SOC. en Sentencia de veintiséis de diciembre de dos mil siete dictada en el recurso de casación 1652/2006.

⁴⁶⁸ Se insiste en la denominación de civil puesto que también existe un mandato mercantil, generalmente denominado comisión mercantil, que viene regulado en los arts. 244 y ss. del C.Co. de 1885, y no vamos a hacer hincapié en el mismo, pues se requiere ostentar la condición de comerciante o agente mediador del comercio por una de las partes, además, se rige por las normas mercantiles, supletoriamente civiles, y no por las del Derecho Laboral.

⁴⁶⁹ Puede considerarse a Troplong el autor más radical en sostener esta posición, para un análisis de las razones de el por qué considera ciertos trabajos como contratos de mandato

laboral debe ser siempre retribuida, y no solo eso, sino que además, el mandato solo comprende la realización de actos de administración o de riguroso dominio por sustitución o encargo de una tercera persona⁴⁷⁰, cuando el trabajador lo que efectúa es una prestación personal y por cuenta ajena, sin que pueda atender a sustitución o encargo alguno.

d) Contrato de arrendamiento de servicios:

El contrato de arrendamiento de servicios viene regulado en la Sección 1ª del Cap. III de dedicado a los arrendamientos de obras y servicios del Título VI sobre contrato de arrendamiento del Libro IV del C.C. (arts. 1583 a 1587).

Nos hallamos ante la figura contractual que adquirió mayores adeptos a la hora de intentar subsumir el contrato de trabajo, considerándose por la doctrina como el germen de lo que hoy conocemos como contrato de trabajo⁴⁷¹.

De hecho, las relaciones de trabajo comenzaron a ser reguladas por la normativa civil hasta que se llegó a la conclusión de que debían ser reguladas bajo una normativa propia más extensa que abarcara todas las peculiaridades de la figura jurídica que no podían ser subsumidas en el arrendamiento de servicios, lo que dio lugar a la regulación del contrato de trabajo por el Código del Trabajo de 1926.

Son muchos los rasgos que comparten la figura del arrendamiento de servicios civil y la laboral aunque la mayoría de los arrendamientos de servicios de carácter civil han ido incorporándose progresivamente al contrato de trabajo, perviviendo únicamente aquellos arrendamientos que poseen unos caracteres que les impide asimilarse al contrato de trabajo, como ocurre con el caso de los trabajadores autónomos los cuales se rigen por una ley propia, la Ley del Estatuto de Trabajadores Autónomos, y la normativa en ella citada.

Vid. Troplong, R. T. (1846). *Del mandato della fidejussione e delle transazioni. Commenti dei tit. XIII, XIV, e XV del libro III° del codice civile*. Napoles: Batelli.

⁴⁷⁰ Vid. García Valdecasas, G. (1944). La esencia del mandato. *Revista de Derecho Privado*, pp. 769 y ss.

⁴⁷¹ Vid. Galiana Moreno, J. M. (1980). Status y contrato en el proceso de configuración de las relaciones de trabajo. *Derecho y Proceso, Estudios Jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*. Murcia: Universidad de Murcia, pp. 207-236.

Pese a la reciente discusión sobre si los denominados “riders” estaban vinculados por un contrato de arrendamiento de servicios en situación de autonomía o por un contrato de trabajo, el T.S./SOC. zanjó definitivamente la cuestión declarando, en Sentencia 805/2020 de veinticinco de septiembre recaída en recurso de casación 4746/2019, que existe una relación de carácter laboral entre los repartidores de Glovo (o Deliveroo) y la empresa, pues es la empresa la que ejercita facultades de coordinación y organización del servicio productivo, fija el precio y las condiciones de pago y es titular de los activos esenciales, mientras que los repartidores no poseen una organización empresarial propia y autónoma, sino que presta servicios en la organización del empleador, el cuál además, controla la actividad y no solo el resultado, condiciona los horarios y el rechazo de pedidos, ostentando poder sancionador.

Esta Sentencia ha sido recogida por el Gobierno en el ya derogado R.D-ley. 9/2021 de once de mayo del año dos mil veintiuno (en la actualidad, Ley 12/2021, de veintiocho de septiembre, por la que se modifica el E.T., para garantizar los D.ºs laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales)⁴⁷², habiendo sido plasmada mediante la creación en el E.T. de la disposición adicional vigesimotercera⁴⁷³.

e) Contrato de ejecución de obra:

Este tipo de contrato, que no deja de ser un contrato de arrendamiento, pero en este caso de obra y no de servicios, viene regulado en la sección 2ª del Cap. III del Título VI del Libro IV del C.C. (arts. 1588 a 1600).

Aunque ciertamente exista el contrato de duración determinada para obra, la obra de carácter laboral no puede asemejarse a la de carácter civil, pues la primera reúne los caracteres de obra dependiente y por cuenta ajena mientras que la segunda viene caracterizada por ser una obra retribuida a tanto alzado.

Con carácter general suele aludirse a la obra en el ámbito laboral para definir un servicio temporal, mientras que en la obra civil no se pacta un servicio sino un resultado, que, aunque pueda ser voluntario y retribuido faltan las notas de

⁴⁷² B.O.E. n.º 223, de veintinueve de septiembre del año dos mil veintiuno, pp. 119341 a 119344. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-15767>.

⁴⁷³ Vid. D.A. 23ª del E.T.

ajenidad y dependencia, además, la obra suele realizarse por otro empresario aún con trabajadores a su servicio y la retribución se suele establecer en función del número o medida de la obra. No obstante, pese a esta afirmación diferencial de carácter doctrinal, lo cierto es que el contrato temporal para obra o servicio ha desaparecido de la regulación del E.T. como consecuencia de la reforma efectuada por el R.D-ley. 32/2021 de 28 de diciembre cuya finalidad es precisamente reducir la temporalidad en la contratación y conseguir una estabilidad en el empleo.

D) LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO Y SU INEFICACIA

A los contratos de trabajo, al igual que a todo tipo de contratos en general, les es aplicable la Teoría general de las obligaciones o del negocio jurídico. Los elementos de todo contrato hacen referencia al consentimiento, al objeto, a la causa y a la forma, la ausencia de estos puede acarrear la nulidad del contrato u otro tipo de consecuencias jurídicas.

El consentimiento, objeto y causa, son elementos esenciales de todo tipo de contrato, también del contrato de trabajo, por lo que la ausencia o el vicio de alguno de ellos determina la invalidez o nulidad del contrato de trabajo (ex arts. 1261 y 1272 a 1276 del C.C.).

Por objeto del contrato debe entenderse la obra o servicio que se realice por cuenta y bajo dependencia ajena y el salario obtenido por la realización de la obra o servicio, para ALONSO GARCÍA el objeto del contrato es *la sustancia económica que cae bajo la voluntad de las partes*⁴⁷⁴. Como objeto de todo contrato, el del contrato de trabajo también ha de ser posible, lícito y determinado.

Entrando en la causa del contrato, por tal elemento contractual esencial debe entenderse la voluntad concorde de intercambiar el trabajo por el salario, voluntad que debe ir dirigida a la producción de bienes y servicios, según BETTI la causa es "la función económico-social del negocio"⁴⁷⁵ que según MESSINEO sirve para

⁴⁷⁴ Alonso García, M. (1980). *Curso de derecho del trabajo*. Barcelona: Ariel; en el mismo sentido Vid. Cariota Ferrara, L. (2019). *El negocio jurídico*. Santiago de Chile (Chile): Ediciones Jurídicas Olejnik.

⁴⁷⁵ Betti, E., *Op. Cit.*, pp. 135 y 141.

caracterizar al contrato de trabajo y hacerlo único o diferente frente a los demás contratos⁴⁷⁶.

El consentimiento de todo contrato, también del de trabajo, es el encuentro de dos declaraciones de voluntad dirigidas a celebrar el negocio jurídico.

Por forma del contrato de trabajo debe entenderse el vehículo o medio que utilizan las partes para expresar su voluntad, para que consten expresamente los acuerdos sobre los que el consentimiento recae.

En nuestro Derecho, también para el contrato de trabajo, rige el principio de libertad de forma del art. 1278 del C.C, el cual también viene plasmado en el art. 8. 1º, al poder celebrar el contrato por escrito o de palabra, sin perjuicio de los casos en que por el E.T. u otra norma jurídica se exija la celebración del contrato de trabajo en forma escrita (ex art. 8. 2º en relación con los arts. 10. 3º, 14. 1º, 21. 4º y 15. 1º del E.T.).

La falta de forma escrita, la cual constituye infracción administrativa grave⁴⁷⁷, no conllevará la nulidad del contrato sino su consideración como contrato de duración indefinida a tiempo completo, tratándose en todo caso de una presunción *iuris tantum*, susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario que acredite el carácter de duración determinada o a tiempo parcial del contrato de trabajo (ex art. 8. 4º E.T.).

Una vez determinados los elementos (esenciales) del contrato de trabajo, le toca ahora el turno a la posible ineficacia del contrato por nulidad total o parcial o anulabilidad, lo que tendrá lugar en caso de ausencia o vicio de del consentimiento, objeto o causa (no así de la forma como hemos precisado).

Comenzaremos con la nulidad total que es aquella que tiene lugar en caso de que el contrato de trabajo se celebre con vulneración de norma imperativa o prohibitiva (art. 6 del C.C.).

Algunos autores entienden que también da lugar a la nulidad total, aunque estén confundiendo algunas de las causas que son propias de la anulabilidad (y ello pese a que nuestra jurisprudencia del orden civil ha declarado que pueden ser aplicables a la nulidad total la regulación de la anulabilidad): la ausencia de

⁴⁷⁶ Vid. Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato*, I. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Jurídicas Europa América, pág. 113.

⁴⁷⁷ Vid. art. 7.1º L.I.S.O.S.

elemento esencial, básicamente, el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo (ex art. 1265 del C.C.), la ausencia de causa o de que la misma vaya dirigida a la producción de bienes y servicios o vaya en contra de la moral o se ilícita, la ausencia de objeto o la imposibilidad, ilicitud o indeterminación (si no puede determinarse posteriormente) del objeto del contrato (arts. 1255, 1261 y 1275 del C.C.).

Como consecuencias de la nulidad, para el ordenamiento jurídico en general, podemos recalcar que produce efectos *ex tunc* e *ipso iure* y no es susceptible de confirmación ni convalidación. Sin embargo, como especialidad del ordenamiento jurídico laboral los efectos de la nulidad se producen *ex nunc* y no *ex tunc*, tal y como viene plasmado en el art. 9. 2º del E.T.⁴⁷⁸.

Por nulidad parcial debe entenderse aquella que solo afecta a una parte del contrato, pero en este caso, la nulidad de que se trata, no vicia el contrato, sino que de acuerdo con el principio de conservación del negocio o de los contratos, solo será ineficaz la parte del contrato que resulte afectada, la cual se entenderá completada con los preceptos adecuados⁴⁷⁹, es decir, por ministerio de la ley se produce la sustitución automática de la parte viciada por la norma imperativa aplicable al supuesto⁴⁸⁰.

Finalmente, la anulabilidad del contrato de trabajo no se diferencia de la prevista en el Derecho Civil, por lo tanto, tiene lugar cuando a pesar de que el contrato de trabajo reúne los elementos esenciales se incurre en algún vicio o irregularidad como son el dolo, error, violencia, intimidación, falsedad de la causa o falta de capacidad de obrar.

En este caso, los efectos se producen hasta que se ejercita con éxito la acción de nulidad, sin embargo, puede quedar convalidado el contrato, ya sea por confirmación expresa de las partes o por el transcurso de 4 años sin ejercitar la acción de anulabilidad⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ Este precepto establece que en el supuesto de que el contrato resulte nulo, el trabajador tiene derecho a exigir que se le pague por el trabajo que ya haya realizado, considerándose como si el trabajo realizado lo hubiese sido al amparo de un contrato no afectado de nulidad.

⁴⁷⁹ Vid. art. 9.1º del E.T.

⁴⁸⁰ Vid. Palomeque López, M.C. (1975). *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos.

⁴⁸¹ Vid. art. 1300 y 1301 del C.C.

**CAPÍTULO VI –
APLICACIONES PRÁCTICAS
DEL DERECHO LABORAL
CON FUNDAMENTO EN LA
SÚPER POSICIÓN**

CAPÍTULO VI. APLICACIONES PRÁCTICAS DEL DERECHO LABORAL CON FUNDAMENTO EN LA SÚPER POSICIÓN

En el penúltimo Capítulo de esta Tesis se tratarán, desde la perspectiva de la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal, diversas problemáticas que suelen darse en la práctica de los Juzgados de lo Social (y en los recursos de suplicación y casación para unificación de doctrina ante las Salas de lo Social de los T.S.J. y del T.S., respectivamente) entorno a los derechos y situación de los trabajadores en los supuestos de sucesión de empresas y de unidades productivas y de diversas modalidades de cooperación interempresarial, con enormes efectos en el ámbito laboral, como son las contratas y subcontratas de obras o servicios y la cesión de trabajadores (legal e ilegal).

A continuación, analizaremos la protección que ofrece nuestro ordenamiento jurídico laboral ante las irregularidades que suceden en supuestos de grupos patológicos de empresas a efectos laborales y ante la problemática de la existencia de empresarios laborales sin personalidad jurídica respecto de los cuales el nuestra legislación y jurisprudencia han dispuesto de una serie de garantías para que los trabajadores nunca queden desprotegidos.

Finalmente, concluiremos el presente Capítulo analizando los procedimientos de carácter colectivo de modificación sustancial de condiciones de trabajo, de movilidad geográfica, de suspensión temporal del contrato o de reducción temporal de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas, de producción o derivado de fuerza mayor, así como, el despido colectivo, todos ellos cuando la competencia no es del juez del concurso, ya examinada en el Cap. III, sino de la jurisdicción social en sus diversas posibilidades de competencia funcional, lo que nos permitirá igualmente constatar las diferencias y similitudes con las anteriores modalidades en procesos concursales, debiendo igualmente la jurisdicción social resolver los pleitos de la manera más flexible y en pro del trabajador para hacer valer la Tesis de la súper posición del Trabajo sobre el Derecho Mercantil (también Concursal).

Este Cap. que vamos a analizar a continuación es realmente importante, puesto que la manera de entender y conceptualizar todas las instituciones jurídicas del Derecho del Trabajo que vamos a estudiar repercutirá en el alcance de las diversas modalidades del procedimiento de regulación de empleo concursal que se recoge en los arts. 242, 270, 280 y 433 L.C. y que es objeto de un estudio amplio en el Cap. III de esta Tesis, estableciéndose por los citados preceptos de la legislación concursal las especialidades que concurren en el ámbito del concurso de acreedores con respecto a las contenidas con carácter general en los preceptos que regulan tales instituciones en el orden laboral y que vamos a examinar en esta sede, por lo que para un análisis completo y detallado se recomienda al lector ir comparando los Caps. III (procedimiento de regulación de empleo concursal) y VI (sucesión de empresas, empresas de trabajo temporal, cesiones ilegales, contratas, modificación sustancial de condiciones de trabajo, movilidad geográfica, expediente de regulación temporal de empleo y despidos de carácter laboral)⁴⁸².

Una vez estudiados estos diversos supuestos de hecho y de derecho, se procederá al estudio en el Cap. VII de la aplicación más relevante de nuestra Tesis.

6.1. CONCEPTO Y REQUISITOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS Y UNIDADES PRODUCTIVAS EN EL ORDEN JURISDICCIONAL SOCIAL A LA LUZ DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL Y EUROPEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

El E.T. dedica a la sucesión de empresa el artículo 44, ubicado en la Sección 2ª intitulada “Garantías por cambio de empresario” del Cap. III rubricado “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo” del Título I que el legislador denominó “de la relación individual de trabajo”.

Pese a que el artículo ya es de por sí extenso, la importancia que tiene la sucesión de empresa (o de centros de trabajo o unidades productivas) ha llevado al dictado de numerosa jurisprudencia en la materia, tanto de ámbito nacional como europea, que vienen a delimitar esta figura jurídica estableciendo

⁴⁸² Para un análisis detallado de tales figuras resulta especialmente ilustrativo: Arrieta Idiákez, F.J. (2021). Cuestiones controvertidas del procedimiento de regulación de empleo concursal. *En Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la AEDTSS*. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021, pp. 357-376.

escrupulosamente los requisitos que se deben de cumplir, y las consecuencias por incumplimiento.

Decimos que es importante esta figura porque de ella depende el devenir de numerosos trabajadores, los cuales, ante un cambio en la titularidad del empresario, pueden entender que su situación laboral va a dar un giro de 360 grados o incluso que van a perder su puesto de trabajo.

Comenzaremos con la regulación de esta figura en el ámbito nacional para después adentrarnos en el estudio de la Directiva europea sobre vicisitudes empresariales en la materia y la jurisprudencia recaída en la U.E. sobre la misma, que unas veces ratifica y otras rectifica la doctrina sentada por nuestro Tribunal Supremo.

6.1.1. En el ámbito estatal

Por sucesión de empresa o centro de trabajo o unidades productivas puede entenderse el cambio o sustitución en la posición que ocupa el empresario subrogándose el entrante en los derechos y deberes laborales y de Seguridad Social del empresario saliente, sin que el cambio de titularidad extinga las relaciones laborales⁴⁸³.

Estamos ante un fenómeno peculiar de no extinción de relación laboral, pues no puede olvidarse que es imposible que se cambie o sustituya a la persona del trabajador manteniendo el mismo contrato de trabajo, por lo que en este caso solo cabría la extinción del contrato de trabajo seguido de la celebración de uno nuevo, lo que sí es posible es la sustitución de la persona del empresario sin que los contratos se extingan, continuando la relación laboral⁴⁸⁴.

La anterior afirmación jurisprudencial tiene acogida legal, el apartado 1º del art. 44 del E.T., considerándose como despido improcedente la no subrogación del

⁴⁸³ Sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de sucesión de empresa, además de la normativa de la U.E. que luego examinaremos, puede acudir a los arts. 142 y 168 de la L.G.S.S. así como a la Sentencia 66/1987 de veintiuno de mayo de nuestro T.C.

⁴⁸⁴ En este sentido se pronunció el T.S./SOC. en Sentencias de veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y cinco y veinte de enero de mil novecientos noventa y siete, unificando la doctrina en la materia.

empresario entrante⁴⁸⁵ o como despido nulo el despido colectivo efectuado con carácter previo a la transmisión de la empresa⁴⁸⁶, aunque, a *sensu contrario*, no se considerará nulo el despido colectivo o individual por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción tras la consumación de la sucesión empresarial y vinculadas con la transmisión.

Por otro lado, el T.S./SOC. ha declarado recientemente, en Sentencia 2788/2023 de quince de junio de dos mil veintitrés, que se comete despido improcedente por la entidad saliente cuando la misma no hubiese cumplido con su deber legal de poner en conocimiento de la entidad entrante las condiciones de jornada y horario de los empleados a subrogar, puesto que la documentación no entregada que acredite esas circunstancias es de carácter esencial y supone un incumplimiento de la normativa legal.

Al margen de lo anterior, se considera legítimo llevar a cabo una modificación de las condiciones de trabajo de los trabajadores afectados por la transmisión si es necesario⁴⁸⁷, aunque para ello ha de desarrollarse el periodo de consultas al que nos referiremos en el apartado relativo a los deberes de información de los empresarios cedente y cesionario.

Sentada la definición y la situación de hecho de la sucesión empresarial laboral, procede examinar los elementos que deben darse para que estemos ante una auténtica sucesión de empresa, cuestión que resuelve el apartado 2º del art. 44 del E.T., que, sin perjuicio de su posterior desarrollo, alude a que el objeto de la sucesión sea la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad.

Pero además de lo expresado en el precepto legal, tal y como afirma MERCADER UGUINA, deben concurrir dos elementos: uno de carácter subjetivo consistente en determinar la vía de transmisión y otro de carácter objetivo que

⁴⁸⁵ Dicha afirmación es objeto de una copiosa jurisprudencia del orden social, a título meramente ejemplificativo puede acudir a las Sentencias de veinticuatro de abril de dos mil doce, de cinco de junio de dos mil doce, de dos de julio de dos mil doce o de catorce de marzo de dos mil diecisiete del más Alto Tribunal del orden social en ámbito nacional.

⁴⁸⁶ En este sentido, Vid. Sentencia de dieciocho de febrero de dos mil catorce de la Sala de Cuarta del Tribunal Supremo.

⁴⁸⁷ Apartado 9º del art. 44 del E.T.

viene referido a que el objeto de la transmisión sea susceptible de una explotación unitaria⁴⁸⁸.

A) *Las vías de transmisión para el cambio de la posición jurídica del empresario*

Cualquier modalidad de transmisión es admitida, sea traslativa de dominio o de mero goce, en vida o para después de la muerte, oneroso o gratuito. Tanto por la doctrina como por la jurisprudencia se admite cualquier negocio jurídico para llevar a cabo la sucesión, siempre que, claro está, el negocio jurídico de que se trate suponga un cambio en la posición jurídica del empresario.

Por lo tanto, bajo la amplia cobertura pacíficamente admitida, cabe incluir, entre otros negocios jurídicos, la compraventa, las transmisiones sucesorias, la venta judicial, la cesión, los usufructos, los traspasos, los arrendamientos, la absorción, fusión y escisión de empresas⁴⁸⁹, las contratas o concesiones administrativas⁴⁹⁰ etc.

⁴⁸⁸ Mercader Uguina, J.R. (2020). Lecciones del Derecho del Trabajo. *Vicisitudes de la relación de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 565-609.

⁴⁸⁹ En materia de modificaciones estructurales, como son la transformación, la fusión, la escisión o cesión global de activos y pasivos, es aplicable la Ley 3/2009, de tres de abril del año dos mil nueve, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. B.O.E. n.º 82, de cuatro de abril del año dos mil nueve, pp. 31928 a 31964. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5614>, cuya D.A. 1ª dispone que en el caso de que las modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles impliquen un cambio de titular en el empresario, también son de aplicación las normas del art. 44 del E.T.

⁴⁹⁰ En el caso de las contratas o concesiones administrativas solo es posible la subrogación del art. 44 del E.T. si así lo prevé el convenio o pliego de condiciones de la concesión, en este sentido, Sentencia 66/1987 del T.C. en relación con las Sentencias de catorce de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, dieciocho de marzo de dos mil veinte, veintinueve de mayo de dos mil ocho, veintiuno de julio de dos mil trece, veinticuatro de julio de dos mil trece, treinta de septiembre de dos mil trece, doce de diciembre de dos mil trece y dieciséis de diciembre de dos mil catorce del T.S./SOC. Esta doctrina jurisprudencial ha recibido acogida normativa en el artículo 130 de la Ley 9/2017, de ocho de noviembre del año dos mil diecisiete, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de veintiséis de febrero de dos mil catorce. B.O.E. n.º 272, de nueve de noviembre de dos mil diecisiete, pp. 107714 a 108007. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2017-12902>. También es aplicable la normativa sobre transmisión a los supuestos de transferencias de competencias desde el Estado a las Comunidades Autónomas o cuando la Administración Pública adopta la decisión de prestar directamente un servicio que había sido previamente externalizado

Si bien, no constituye sucesión de empresa la venta de acciones de una sociedad a otra, la venta judicial de un inmueble sin incluir máquinas y mobiliario cuando el objeto social de las empresas intervinientes es distinto o el cambio de titular de una notaría⁴⁹¹.

Si atendemos a la naturaleza jurídica del negocio jurídico de la sucesión de empresa, no cabe duda de que estamos ante una subrogación, sin embargo, se trata de una subrogación especial que conviene delimitar.

Como afirma RIVERO LAMAS, la subrogación del art. 44 del E.T. no es una novación⁴⁹², ni una cesión de créditos⁴⁹³ o de contrato⁴⁹⁴, tampoco nos encontramos ante una mera asunción de deuda⁴⁹⁵, sino más bien ante una subrogación legal, con

(Vid. Sentencias de tres de junio de mil novecientos noventa y dos R.^o 1380/1991 y veintinueve de junio de mil novecientos noventa y cuatro R.^o 1746/1992).

⁴⁹¹ Pronunciamientos obtenidos de las Sentencias de veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, de veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, de ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, de diez de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (que unificó la doctrina negando la aplicabilidad del art. 44 del E.T. al cambio de titular de una Notaría) de doce de febrero de dos mil trece y de diez de mayo de dos mil trece del T.S./SOC.

⁴⁹² La novación (arts. 1203 a 1213 del C.C.) puede ser extintiva o modificativa, la primera produce la extinción del contrato y la creación de uno nuevo, la segunda mantiene el mismo contrato, pero con diversas condiciones Vid. Castellanos Cámara, S. (2019). Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del Código Civil español. *Revista Boliviana de Derecho* n.º 28, pp. 168-203; Muñiz Espada, E. (2011). Revisión crítica de la figura de la novación. *Cuadernos de Derecho Registral* n.º 1, pp. 1-314.

⁴⁹³ En la cesión de créditos se transfiere un "puro" crédito, cualquiera que sea su clase, sin ir acompañado de débito, es decir, únicamente se transmite la titularidad activa de la relación obligatoria Vid. Requejo Isidro, M. (2002). La cesión de créditos en el comercio internacional. *Revista De conflicto legum* n.º 5; Figueroa Yañez, G. (1984). La cesión del contrato y la asunción de deudas. *Editorial Jurídica de Chile*, pág.50.

⁴⁹⁴ La cesión de contrato tiene lugar cuando en virtud de un contrato o convenio el cesionario pasa a ocupar la relación del cedente en la relación contractual originaria Vid. García Amigo, M. (1964). La cesión de contratos en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, pág. 83; Cristóbal Montes, A. (1968). La cesión de contratos. *ADC*, pág. 857; Valls Taberner, L. (1955). *La cesión de contratos en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch; Escalona Marchal, N. (2016). Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional. *La cesión de contrato* (501-532). Madrid: Civitas.

⁴⁹⁵ Consiste en la mera transmisión de deuda, es decir, en la titularidad pasiva de la obligación, Vid. Espinella Menéndez, A. (2009). Derecho contractual. Una visión de Derecho

particularidades, pues la subrogación se produce *ope legis* tanto en los derechos como en los deberes, sustituyendo, a todos los efectos, el empresario cesionario al empresario cedente en la entera posición jurídica de este, sin que la voluntad de las partes o su consentimiento sea relevante más allá del pacto de transmisión, pues en ningún caso pueden impedir las consecuencias establecidas en la ley⁴⁹⁶.

B) *Explotaciones unitarias: empresa, centro de trabajo o unidad productiva*

Entrando en el análisis del elemento objetivo, lo fundamental es que la entidad transmitida sea susceptible de explotación unitaria, no siendo necesario que la empresa se transmita en su integridad pues la sucesión también tiene lugar cuando se transmitan piezas de la empresa de menor alcance como son un centro de trabajo o una unidad productiva, exigiéndose que conserven su identidad, es decir, un conjunto de medios que estén organizados para poder llevar a cabo una actividad económica-empresarial, incluso la negociación colectiva puede establecer sucesiones de empresa sin necesidad de transmisión de infraestructura patrimonial⁴⁹⁷.

Sin embargo, no puede ser objeto de sucesión empresarial la ejecución de una actividad económica como es el supuesto de contratos o concesiones administrativas en las que no se produce la transmisión de los elementos materiales o inmateriales⁴⁹⁸.

Se viene discutiendo por la doctrina si, tal y como permitían legislaciones laborales anteriores, el E.T. permite excluir el mecanismo de la subrogación mediante pacto expreso, sin embargo, y pese a que nuestra jurisprudencia admite que, en el caso de lo que se denomina reflotamiento de la empresa por los trabajadores, pueda moderarse la regla de la subrogación, siempre que los trabajadores asuman directamente el riesgo empresarial, conservando en todo caso

comparado y transnacional. *La asunción de deudas* (1201-1248). Madrid: Civitas; Adame Martínez, M. A. (1996). *Asunción de deuda en Derecho Civil*. Granada: Comares.

⁴⁹⁶ Vid. Rivero Lamas, J. (1963). *La novación del contrato de trabajo*. Barcelona: Bosch, pp. 248 y ss.

⁴⁹⁷ Vid. Sentencias del T.S./SOC. de nueve de julio de dos mil catorce, de diez de octubre de dos mil dieciséis, de catorce de marzo de dos mil diecisiete y de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho. Cito de Montoya Melgar, A. *Op. Cit.* pág. 465.

⁴⁹⁸ Vid. Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de veintitrés de mayo de dos mil cinco [R.º 1674/2004].

los trabajadores afectados su antigüedad sin poder ser considerados de nuevo ingreso⁴⁹⁹, tal y como dice DIÉGUEZ CUERVO, ese pacto de excluir la subrogación se puede considerar un residuo civilista fuera de lo laboral, pues evidentemente, los empresarios pueden pactar las consecuencias de la subrogación entre ellos, pero en ningún caso pueden eludir la legislación laboral ni pactar en un sentido perjudicial para los trabajadores, y aunque el pacto civilista pueda desplegar todos sus efectos, en caso de insolvencia de la empresa que asume las consecuencias de la subrogación deberá responder la otra empresa interviniente, y ello al amparo de las reglas laborales fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico⁵⁰⁰.

Puede darse por finalizado el estudio del concepto y requisitos de la sucesión de empresa a nivel nacional, interpretado por la jurisprudencia nacional, por lo que debemos proceder al análisis de los aspectos europeos, interpretados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los cuales dotan de un sentido unitario y de fortaleza a la institución para los Estados Miembros de la U.E.

6.1.2. En el ámbito europeo

Vamos a efectuar, en primer lugar, el estudio de la normativa europea y a continuación, haremos referencia circunstanciada a la jurisprudencia europea

La normativa europea en la materia viene constituida básicamente por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, del Consejo de la U.E. y se denomina "Aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad"⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Vid. entre otras, Sentencias de dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y siete, de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, de quince de abril de mil novecientos noventa y nueve, de once de abril de dos mil uno y de diecinueve de septiembre de dos mil trece del T.S./SOC.

⁵⁰⁰ Diéguez Cuervo, G. (1998). *La sucesión de empresa*. Comentarios a las leyes laborales VIII; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. (2003). Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. En Kurczyn Villalobos, P. y Puig Hernández, C.A. (coords.). *Descentralización productiva y sucesión de empresas* (733-765). Universidad Autónoma Nacional de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.

⁵⁰¹ D.O.C.E. n.º 82, de veintidós de marzo del año dos mil uno [LCEur 2001, 1026], pp. 16 a 20. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2001->

La citada Directiva, posterior en el tiempo a su antecesora Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977 del Consejo⁵⁰² con igual denominación que la vigente que fue modificada a su vez por la Directiva 90/58/CE del Consejo⁵⁰³, ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico, de manera que el art. 44 del E.T.⁵⁰⁴ ya recoge las disposiciones necesarias consagradas en la normativa europea.

Si entramos en la estructura de la Directiva, la misma cuenta con 4 Caps.: Cap. I “Ámbito de aplicación y definiciones”; Cap. II “Mantenimiento de los derechos de los trabajadores”⁵⁰⁵; Cap. III “Información y consulta”; y Cap. IV “Disposiciones finales”, con un total de 14 artículos que consagran las disposiciones básicas en materia de sucesión de empresas.

Una vez examinada la Directiva, al menos en lo que se refiere a su estructura pues su contenido debe estar plasmado en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, es decir, E.T. y normativa concordante, corresponde entrar en el ámbito del Poder Judicial europeo, el cual confirma o rectifica la doctrina jurisprudencial española.

De hecho, con carácter previo al estudio de las decisiones del Alto Tribunal europeo, es de señalar que el hecho de que nuestra legislación recoja que la sucesión también puede predicarse de los centros de trabajo o unidades productivas menores, siempre que mantengan su identidad, procede de una de sus resoluciones de cuando todavía se denominaba Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea⁵⁰⁶, con la casualidad de que el año en la que se dictó fue el mismo en el que España y Portugal se convirtieron en miembros de pleno Derecho de la U.E.

80646. Esta Directiva ha sido a su vez modificada por la Directiva 2015/1794 del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁵⁰² D.O. L 61 de cinco de marzo de mil novecientos setenta y seis.

⁵⁰³ D.O. L 201 de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y ocho.

⁵⁰⁴ De hecho, la fórmula de presunción de existencia de la sucesión de empresa ha sido recogida directamente de la Directiva.

⁵⁰⁵ Sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores puede acudir a las recientes Sentencias del T.J.U.E. de veintisiete de abril del año dos mil diecisiete correspondiente al Asunto “Asklepios Kliniken” C-680/15 y la de veinte de julio del año dos mil diecisiete relativa al Asunto “Piscarreta” C-416/16.

⁵⁰⁶ Sentencia de dieciocho de marzo del año mil novecientos ochenta y seis recaídas en el caso “Spijkers”.

Pues bien, partiendo de la normativa europea, el T.J.U.E. se ha pronunciado en múltiples ocasiones tanto sobre el concepto como sobre los requisitos de la sucesión de empresa:

1) Constituye sucesión de empresa, en el caso de empresas sin activos significativos, la mera transmisión de plantilla⁵⁰⁷.

2) Existe subrogación cuando se produce la transmisión del servicio de restauración colectiva de un hospital siempre que se transmitan elementos materiales relevantes⁵⁰⁸.

3) La transmisión existe en todo caso, aunque los medios materiales transmitidos permanezcan al servicio de la explotación contratada por el titular del Aeropuerto a una empresa y aunque ésta no pueda integrarlos en su patrimonio con libertad de disposición⁵⁰⁹.

4) La subrogación también se produce cuando lo transmitido no mantiene su autonomía organizativa por disolverse en estructuras preexistentes⁵¹⁰.

5) Se entiende que subsiste la autonomía cuando las facultades conferidas a los responsables de la entidad cedente permanecen, en lo esencial, en la organización del empresario⁵¹¹.

6) Para que haya sucesión de empresa es necesario transmitir toda o la mayor parte de la plantilla, de los directivos, de la organización y de los métodos de empresa⁵¹².

⁵⁰⁷ Sentencias de once de marzo del año mil novecientos noventa y siete, caso "Suzen", de dos de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, caso "Allen" y de veinticuatro de enero de dos mil dos, caso "Temeo".

⁵⁰⁸ Sentencia de veinte de noviembre del año dos mil tres, recaída en el Asunto "Sodexo" C-340/01.

⁵⁰⁹ Sentencia de quince de diciembre del año dos mil cinco recaída en el Asunto "Aeropuerto de Dusseldorf" C-233/04.

⁵¹⁰ Sentencia de doce de febrero del año dos mil nueve, recaída en el Asunto "Klarenber".

⁵¹¹ Sentencia de veintinueve de julio del año dos mil diez, recaída en el Asunto "UGT-FSP".

⁵¹² Sentencia de veinte de enero del año dos mil once, recaída en el caso "CLECE" (empresa española). No obstante, el T.S./SOC. en Sentencia 197/2023 de quince de marzo, ha declarado que cuando la empresa entrante viene convencionalmente obligada a asumir ciertos trabajadores se produce la subrogación empresarial y no cabe invocar la doctrina sobre sucesión de plantillas so pretexto de que ha asumido a menos de la mitad.

7) La Directiva debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de que el empresario cedente esté incurso en un procedimiento de insolvencia⁵¹³, la legislación del Estado Miembro puede permitir que las cargas del cedente no se transmitan al empresario cesionario siempre que se garantice adecuadamente la protección de los trabajadores⁵¹⁴ (es la conocida doctrinalmente como doctrina del perímetro).

8) Hay sucesión de empresa cuando una sociedad municipal es disuelta y su actividad es redistribuida entre otros entes públicos, pero solo en el caso de que, con posterioridad, se mantenga la identidad de la empresa⁵¹⁵.

9) En el caso de que se despida a un trabajador subrogado un año después de producirse la subrogación, deberá tomarse en cuenta la antigüedad arrastrada por el trabajador⁵¹⁶.

10) Es contrario al Derecho de la U.E. un convenio colectivo que excluye del concepto de transmisión de empresa o de centro de actividad la pérdida de un cliente de un operador como consecuencia de la adjudicación del servicio a otro operador, pues la infraestructura transmitida y relevante para apreciar si existe sucesión de empresa es la imprescindible y efectivamente utilizada⁵¹⁷.

11) Es aplicable en todo caso el régimen de la subrogación legal de la sucesión de empresa cuando la empresa contratista de vigilancia cambia y la nueva asume, por vía de convenio colectivo, una parte esencial de la plantilla, en el caso de que exista una transmisión económica⁵¹⁸.

⁵¹³ Sobre la sucesión de empresas y unidades productivas en el marco de un proceso concursal Vid. *Infra*. Cap. III.

⁵¹⁴ Auto de veintiocho de enero de dos mil quince que consagra la denominada Teoría del perímetro.

⁵¹⁵ Sentencia de veinte de julio del año dos mil diecisiete recaída en el Asunto “Piscarreta Ricardo” C-416/16.

⁵¹⁶ Sentencia de seis de abril del año dos mil diecisiete recaída en el Asunto “Unionen” C-336/15.

⁵¹⁷ Sentencia de diecinueve de octubre del año dos mil diecisiete recaída en el Asunto “Securitas” C-200/16.

⁵¹⁸ Sentencia de once de julio del año dos mil dieciocho recaída en el Asunto “Somoza Hermo e Ilunion Seguridad” C-60/17.

12) Existe transmisión de empresa cuando una Escuela de Música revierte al Ayuntamiento y dos meses después se adjudica a un nuevo contratista⁵¹⁹.

Estos son solo unos ejemplos de la doctrina jurisprudencial europea recaída en el ámbito de la sucesión de empresa sobre integración del concepto y de los requisitos necesarios para apreciar la sucesión.

A lo largo del Capítulo se irán citando más decisiones del Alto Tribunal europeo, pues no puede olvidarse que es el que ostenta el monopolio de la última palabra en justicia para España, sin perjuicio de que tenga que compartir ese privilegio con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, T.E.D.H.) en materia de Derechos Fundamentales.

6.2. RELACIONES ENTRE CEDENTE, CESIONARIO Y CEDIDO: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR OBLIGACIONES LABORALES Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DEBERES DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN EL ÁMBITO DE LA SUCESIÓN DE EMPRESA LABORAL

Pese a la subrogación legal-empresarial, la legislación laboral establece una garantía más en protección de los trabajadores, otorgando una extraordinaria fuerza a la Teoría de la súper posición, pues cedente y cesionario están obligados a responder solidariamente durante tres años (tratándose este de un plazo de caducidad según las recientes Sentencias del T.S./SOC. 3530/2023 de diecinueve de julio del año dos mil veintitrés y 3629/2023 de doce de septiembre del año dos mil veintitrés declarándose además que la prescripción va referida en general al plazo

⁵¹⁹ Sentencia de siete de agosto del año dos mil dieciocho recaída en el Asunto “Colino Siguenza” C-472/16.

de un año del art. 59 del E.T.⁵²⁰) de las obligaciones laborales⁵²¹ nacidas con carácter previo a la transmisión, y obviamente, que no hubiesen sido satisfechas, pero es que además, la citada responsabilidad solidaria se extiende también a las obligaciones posteriores a la transmisión si la cesión hubiese sido declarada delictiva por sentencia firme de la Jurisdicción Penal⁵²².

El delito al que hace referencia el precepto legal es el recogido en el artículo 311.3º en relación con los apartados 1º y 2º del artículo 311 del C.P. de 1995, castiga la conducta relativa al mantenimiento con conocimiento, por parte de los cesionarios de empresas o partes de ellas, de las condiciones de trabajo impuestas a los trabajadores por el empresario cedente, siempre que sean perjudiciales, supresoras o restrictivas de derechos⁵²³.

En cuanto a las deudas anteriores a la consumación de la sucesión de empresa, deben entenderse comprendidas no solo las de los contratos vigentes sino también las derivadas de los contratos que ya se hubieran extinguido⁵²⁴, y dentro

⁵²⁰ Con anterioridad, tal y como expone la Sentencia de trece de noviembre de mil novecientos noventa y dos del T.S./SOC., se consideraba que estábamos ante un plazo de prescripción de carácter especial, uno de los aludidos en el art. 59. 1º del E.T., precepto que dispone que las acciones que no tengan señalado un plazo especial prescriben al año, sin embargo, a *sensu contrario*, no se aplicaba el plazo de un año al haber sido calificada como una prescripción especial, con su propio plazo de 3 años. Sobre este precepto de prescripción ha recaído abundante doctrina constitucional, habiendo declarado nuestro Alto Tribunal, máximo garante de la C.E. de 1978, que es imposible que comience a correr el plazo de la prescripción para la exigencia de responsabilidad indemnizatoria laboral derivada de un accidente de trabajo si todavía no se ha producido la notificación de la providencia de archivo de la causa penal, cuando el perjudicado no ha renunciado a la acción civil Vid. Sentencia 93/2004 de veinticuatro de mayo. En relación con otras cuestiones de este precepto puede acudir a las Sentencias 21/1982 de doce de mayo, 7/1983 de catorce de febrero, 8/1983 de dieciocho de febrero, 13/1983 de veintitrés de febrero, 15/1983 de cuatro de marzo y 86/1983 de veintiséis de octubre.

⁵²¹ También de las obligaciones de Seguridad Social y recargo de prestaciones Vid. Sentencias de veintidós de noviembre de dos mil cinco, de trece de noviembre de dos mil seis, de veintitrés de marzo de dos mil quince y de once de julio de dos mil dieciocho del T.S./SOC.

⁵²² Vid. Apartado tercero del art. 44 del E.T.

⁵²³ Las penas son las de prisión y multa con las horquillas de 6 meses a 6 años y 6 a 12 meses respectivamente, Vid. Montoya Melgar, A. *Op. Cit.* pág. 467.

⁵²⁴ Sobre el alcance de la garantía Vid. Sentencias de julio del año dos mil [RJ 2001, 3442] y de cuatro de octubre de dos mil tres [RJ 2003, 585] del T.S./SOC.

de esas deudas están las salariales de los trabajadores, las fundamentales para esta Tesis, que deberán ser satisfechas con prioridad a todas las demás obligaciones o deudas que estuvieran pendiente de abonar⁵²⁵. Por lo que se refiere a las obligaciones de la Seguridad Social, debe acudir a los artículos 142⁵²⁶ y 168.2⁵²⁷ de la Ley General de la Seguridad Social.

La seguridad jurídica, y por derivación, la protección al obrero, vienen una vez más a ponerse de relieve al proclamar el apartado 6º del artículo 44 del E.T., las obligaciones de información del cedente y cesionario, pues ambos deben comunicar a los representantes de los trabajadores, y en su defecto, a los trabajadores mismos, con anterioridad a que se vean afectados por la transmisión, de las circunstancias relativas a la fecha, motivos, consecuencias jurídicas, económicas y sociales, de la transmisión y a las medidas de la misma con respecto a los trabajadores.

En caso de incumplimiento de los deberes de información (derechos en el caso de los trabajadores), no se verá afectada la sucesión, pero los empresarios incurrirán en responsabilidad administrativa grave⁵²⁸.

Buceando de lleno en el periodo de consultas, respecto de este, debe reseñarse que está instituido como un procedimiento de carácter previo a la adopción de medidas con respecto de los trabajadores, dentro del cual los empresarios y los representantes legales de los trabajadores negociarán de acuerdo con las reglas de la buena fe que debe presidir cualquier negociación, y más en el caso de que el sujeto afectado sea un trabajador, en este caso, más de uno (ex art. 44. 9º del E.T.).

Si una vez concluido el periodo de consultas, las medidas objeto de consenso se refirieran a traslados o a modificaciones sustanciales de las condiciones de

⁵²⁵ La Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Andalucía declaró, en Sentencia de cuatro de octubre de dos mil tres [RJ 2003, 585], que el apartado 3º del art. 44 del E.T. es discutible en orden a la responsabilidad sociales por deudas laborales preexistentes con relación a un trabajador no cedido pero llega a la conclusión de mantenimiento del espíritu del legislación haciendo responder a ambas empresas de las deudas laborales con respecto al trabajador no cedido, que estuvieran pendiente de abonar.

⁵²⁶ Este precepto, que establece los sujetos responsables en materia de Seguridad Social, en relación con la problemática que estamos tratando, recoge unas reglas básicas.

⁵²⁷ El mismo precepto anterior se remite al art. 168 del mismo cuerpo legal, y es necesario traerlo a colación para una completa regulación de la materia.

⁵²⁸ Vid. apartado 11º del art. 7 de la L.I.S.O.S.

trabajo de carácter colectivo deben cumplirse inexorablemente los trámites de los arts. 40. 2^o⁵²⁹ y 41. 4^o⁵³⁰ del E.T.

En el supuesto de que un trabajador o los trabajadores no estén de acuerdo con la decisión acordada pueden seguir, respectivamente, el procedimiento individual⁵³¹ o colectivo⁵³² judicial, impugnando para ello la decisión empresarial adoptada en consenso con los representantes de los trabajadores ante los Juzgados de lo Social o ante la Sala de lo Social del T.S.J. o la Sala de lo Social de la A.N., respectivamente.

6.3. EFECTOS DE LA SUCESIÓN DE EMPRESAS LABORALES: MANTENIMIENTO DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: REGLAS DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS PARTICULARES

El efecto general de la sucesión de empresas, centros de trabajo o unidades productivas menores es el que se establece con carácter general en el apartado 4^o del art. 44 del E.T., es decir, la aplicación a la relación laboral del trabajador cedido del convenio colectivo por el que se viniera rigiendo en la empresa o unidad cedente, hasta que se extinga o resulte otro nuevo aplicable a la entidad transmitida.

El T.J.U.E. ha tenido oportunidad de pronunciarse en esta materia habiendo declarado que:

A) El Derecho de la U.E. no se opone a que, transcurrido el tiempo de vigencia del convenio colectivo, la relación laboral quede al margen del convenio

⁵²⁹ En el supuesto de que en este trámite surjan discrepancias, podemos acudir al art. 85. 1^o del E.T. relativo a los convenios colectivos para su resolución.

⁵³⁰ Siguiendo con la jurisprudencia del T.J.U.E., de sus Sentencias de veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, recaídas en los Asuntos “Ciupa” C-429/16 y “Socha” C-149/16, se desprende que el Derecho de la U.E. equipara los despidos con la modificación unilateral de las condiciones de trabajo y de retribución por parte del empresario, en perjuicio de los trabajadores, quienes en caso de rechazo ven extinguido su contrato de trabajo.

⁵³¹ Este procedimiento judicial, correspondiente a una modalidad procesal, viene recogido en el art. 138 de la L.R.J.S.

⁵³² Vid. art. 153 a 162 de la L.R.J.S. Estamos ante la modalidad específica en la que se garantiza la tutela judicial efectiva de los afectados planteada a través de los correspondientes instrumentos de carácter colectivo (Sentencia 74/1983 de treinta de julio del T.C.).

colectivo sectorial que venía aplicándose, aunque el contrato se remitiera al convenio expirado para su regulación⁵³³.

B) La subrogación legal empresario-laboral se extiende a la cláusula contractual conforme a la cual la relación laboral está regulada, además de por el convenio colectivo en vigor, por convenios colectivos posteriores a la transmisión que completan, modifican o sustituyen el convenio de origen cuando el Derecho nacional del Estado Miembro prevea posibilidades de adaptación⁵³⁴.

C) Las mismas reglas examinadas son aplicables a los convenios colectivos denunciados y en situación de ultraactividad⁵³⁵.

Tal y como ha declarado nuestro Tribunal Supremo, las anteriores reglas son así salvo que exista un ulterior pacto en contrario una vez consumada la sucesión, es decir, que los trabajadores deseen expresamente y así se pacte a través de sus representantes con la empresa cesionaria, que les sea aplicable el convenio colectivo que rige para la empresa cesionaria⁵³⁶, a falta de ese pacto expreso en contra de lo dispuesto en la ley, pero posible atendida la autonomía de la voluntad que rige en las normas convencionales, el convenio colectivo de la empresa cedida solo se aplicará a los trabajadores de esta que sean cedidos a la cesionaria pero no puede sustituir el convenio colectivo de la cesionaria, por lo que los trabajadores de la empresa cesionaria continuarán rigiéndose por el convenio colectivo que le resultase de aplicación⁵³⁷.

Finalmente, otro de los efectos es la continuidad de los representantes legales de los trabajadores cuando la entidad transmitida conserve su autonomía (ex. Art. 44. 5º E.T.).

⁵³³ Sentencia de nueve de marzo de dos mil seis C-499/04.

⁵³⁴ Sentencia de veintisiete de abril de dos mil diecisiete Asunto "Asklepios Kliniken" C-680/15.

⁵³⁵ Sentencia 220/2014 (en el mismo sentido se pronunció con anterioridad nuestro T.S./SOC. en Sentencia de veintiséis de diciembre del año dos mil trece).

⁵³⁶ Si bien esta posibilidad no es ilimitada, pues el nuevo pacto no puede contener, en su conjunto, condiciones más perjudiciales para los trabajadores Vid. Gorelli Hernández, J. (2011). La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral. *Temas Laborales* n.º 108, pp. 13-52.

⁵³⁷ Así lo ha declarado en repetidísima jurisprudencia, Vid. Sentencias de treinta y uno de marzo de dos mil trece, quince de abril de dos mil catorce y catorce de mayo de dos mil catorce.

6.4. SUPUESTOS PARTICULARES DE SUBROGACIÓN EMPRESARIAL AL MARGEN DEL ARTÍCULO 44 DEL E.T.

Pese a la rigurosamente protectora regulación legal que acabamos de examinar, cabe la posibilidad de que se efectúen subrogaciones entre empresarios sin la concurrencia de los elementos que dan lugar a la sucesión empresarial.

Deben estudiarse por separado los supuestos permitidos por nuestro ordenamiento jurídico, según se trate de una subrogación plasmada como cláusula de convenio colectivo o derivada de un acuerdo entre empresas o el supuesto peculiar de los pliegos de condiciones de las concesiones administrativas.

6.4.1. Los convenios colectivos de sectores concretos de actividad empresarial-laboral

Pese a encontrarnos en un supuesto de subrogación que no reúne todos o algunos de los elementos determinantes de la sucesión empresarial legal, recordando las palabras del Tribunal Constitucional, no puede negarse la capacidad de incidencia del Convenio Colectivo en el campo de los derechos e intereses laborales, tanto individuales como colectivos, como es en el presente caso, la subrogación⁵³⁸.

Y así se permite que para determinados sectores de actividad laboral-empresarial en régimen de contratas, tales como de hostelería, vigilancia, seguridad, limpieza etc.⁵³⁹, el convenio colectivo, que rige las relaciones laborales colectivas, incorpore cláusulas de subrogación, estando en este supuesto ante una subrogación convencional que no se regirá por las reglas del artículo 44 del E.T., pese a que tomen a este como base, sino por las reglas proclamadas en el mismo convenio colectivo⁵⁴⁰, y siempre claro está, no establezcan una protección inferior a la legal.

⁵³⁸ Vid. Sentencia 58/1985 de treinta de abril.

⁵³⁹ Como ejemplo de tales convenios podemos citar la Resolución de dieciocho de noviembre de dos mil veinte, de la Dirección General del Trabajo, por la que se registra y se publica el Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad para el año 2021 B.O.E. n.º 310, de veintiséis de noviembre de dos mil veinte, pp. 105425 a 105494. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-15038.

⁵⁴⁰ Mercader Uguina, *Op. Cit.* pág. 603.

No obstante, la anterior afirmación es solo nuestro criterio, pues lo cierto es que muchos de los convenios que regulan la subrogación exigen el cumplimiento de una serie de requisitos formales, o una antigüedad al trabajador o que este se encuentre vinculado por un tipo de contrato determinado⁵⁴¹.

Aunque se haya dicho que estas subrogaciones se rigen por convenio colectivo y no por las reglas del art. 44 del E.T., el T.J.U.E. ha declarado que será aplicable el régimen jurídico previsto en el artículo 44 del E.T. en el caso de que la subrogación tenga lugar con respecto de actividades que descansan en la mano de obra, siempre que el empresario cesionario se haga cargo de toda o la mayoría de la plantilla⁵⁴².

Sobre esta modalidad de subrogación al margen del artículo 44 del E.T. debe destacarse su amplia flexibilidad al abarcar diversos supuestos y su auténtico valor de acuerdo colectivo, al alcanzarse entre los representantes de los trabajadores y la representación de las organizaciones empresariales. No obstante, quizás en algunos supuestos, los requisitos formales que se establezcan para poder ser subrogado pueden implicar una discriminación, positiva o negativa, según el caso, con respecto a los compañeros de trabajo que, si cumplan con tales requisitos, pues, en definitiva, el principio de igualdad constitucional debe presidir toda clase de relaciones, y más las de carácter laboral.

6.4.2. La subrogación derivada de acuerdos entre empresas

Este tipo de subrogación, que podemos denominar “contractual”, tiene lugar entre empresas fuera de los supuestos legales del artículo 44 del E.T. y de los convencionales al no haberse pactado colectivamente en Convenio sino surgir de la voluntad bilateral de los empresarios.

A través de esta modalidad la empresa cedente acuerda traspasar los trabajadores a la cesionaria para que trabajen para esta, sin embargo, al contrario que en las demás subrogaciones, en esta debe aplicarse la normativa civil pues

⁵⁴¹ La licitud de los supuestos en los que se condiciona la subrogación al cumplimiento de determinados requisitos ha sido declarada reiteradamente por el T.S./SOC. (Vid. entre muchas otras, la Sentencia de veintitrés de mayo de dos mil cinco recaída en el recurso de casación 1674/2004).

⁵⁴² Sentencia de once de julio de dos mil dieciocho recaída en el Asunto “Somoza-Hermo” C-60/17.

estamos ante un pacto novatorio que se rige realmente por el Derecho Mercantil (Civil) y no por el Derecho Laboral, y de acuerdo con el artículo. 1205⁵⁴³ del C.C se requiere el consentimiento del trabajador afectado, de manera que, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, nos encontramos ante una subrogación lícita pero que no opera automáticamente, sino que requiere el consentimiento de los trabajadores que entren en la ecuación de la subrogación, con la consecuencia de que si no aceptan la cesión que se haya acordado, seguirán prestando sus servicios laborales a la empresa cedente⁵⁴⁴.

Realmente este supuesto es respetuoso con el Derecho Laboral al otorgar más posibilidades a las empresas para ser viables, pero respetando la decisión de los trabajadores, los cuales solo si prestan su consentimiento acabarán siendo subrogados.

Sin embargo, el problema que padece esta figura es obvia, al no existir una garantía legal o convencional que “obligue” tanto al trabajador como al empresario, el trabajador se puede ver presionado para aceptar la subrogación por temor a posibles represalias del empresario, o incluso puede ser objeto de represalias por sus mismos compañeros de trabajo, lo que supone en la práctica una enorme presión psicológica.

6.4.3. Las cláusulas de subrogación en pliegos de condiciones en las concesiones administrativas

El T.J.U.E., interpretando el tenor del art. 1. 1º de la Directiva 2001/23/CE, ha declarado que para que sea aplicable la Directiva deben concurrir los requisitos de que la transmisión origine un cambio de empresario, se refiera a una empresa, un

⁵⁴³ Este precepto establece que no se puede hacer una novación sin el consentimiento del acreedor, aunque pueda efectuarse la sustitución entre deudores sin que lo conozca el deudor “primitivo” considerándose por lo tanto por nuestra jurisprudencia que, en este caso de subrogación, las empresas serían los deudores y los trabajadores ostentarían la condición de acreedores.

⁵⁴⁴ A esta conclusión ha llegado nuestra jurisprudencia en multitud de ocasiones y sobre ella se han pronunciado tanto en el orden jurisdiccional civil como social, en todo caso, en este sentido se ha posicionado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de veinte de diciembre de dos mil cinco [R.º 3076/2004].

centro de actividad o una parte de una actividad y derive de un contrato de trabajo⁵⁴⁵.

En principio, esta situación puede darse en los supuestos de cambios de contratistas en las contrataciones del sector público⁵⁴⁶.

Y decimos que en principio, porque tal y como ha declarado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, la subrogación, en términos similares a la del artículo 44 del E.T., solo se dará en el caso de que se entregue al concesionario o contratista la organización empresarial básica para la explotación, sin que sea aplicable la regla del ámbito laboral de sucesión de plantillas en los sectores en los que la actividad se desarrolla fundamentalmente con mano de obra, pues la sucesión de contrataciones administrativas no puede ser considerada por sí mismo un supuesto de hecho encuadrable en el artículo 44 del E.T.⁵⁴⁷.

De lo expuesto se deriva que no cabe la aplicación automática del artículo 44 del E.T. a la subrogación de contratistas en las concesiones administrativas⁵⁴⁸, por lo que resulta procedente el examen individual y pormenorizado de todos y cada uno de los requisitos de la contrata para determinar si nos encontramos en un supuesto de subrogación subsumible en el art. 44 del E.T.⁵⁴⁹.

Como puede observarse, parece que nuestro Tribunal Supremo reduce, contradiciendo la jurisprudencia europea, los supuestos en que procede la

⁵⁴⁵ Vid. Fita Ortega, F. (2016). El artículo 44 ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contrataciones y concesiones administrativas. *Revista de Derecho Social* n.º 76, pág. 190.

⁵⁴⁶ Aunque la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en Sentencia de dieciocho de junio de dos mil diecinueve recaída en recurso de casación 702/2016, declaró que el pliego de condiciones no puede imponer la obligación de que el nuevo concesionario se subrogue en los contratos de trabajo del anterior.

⁵⁴⁷ Vid. Sentencias de veinticuatro de julio de dos mil trece recaída en el recurso de casación para unificación de doctrina 3328/2012, de siete de junio de dos mil dieciséis resolutoria del recurso de casación 2911/2014 en relación con la Sentencia de veintisiete de octubre de dos mil cuatro dictada en el recurso de casación 899/02.

⁵⁴⁸ Así lo afirma la profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Huelva, Pérez Guerrero, M.L. (2019). Subrogación de los trabajadores en el ámbito de la sucesión de contrataciones en la Administración Pública. Subrogación ex pliegos de condiciones de contrataciones y concesiones administrativas. *Temas Laborales* n.º 149, pp. 225-241.

⁵⁴⁹ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. (2016). Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo. *Temas Laborales* n.º 135, pág. 133.

subrogación en este ámbito, lo que conlleva a su vez una reducción en la protección que merecen los trabajadores, quizás por el estricto margen que ofrece la temporalidad de los contratos en la Administración. Pública.⁵⁵⁰ o por los mismos límites de los pliegos de condiciones⁵⁵¹, ello no obstante, y dado el objeto de la Tesis, considero errónea la jurisprudencia del T.S./CON-A. al no dar cobertura a todos los supuestos de subrogación proclamados tanto por la Sala Cuarta del mismo Alto Tribunal como por el T.J.U.E., pues si el trabajador ostenta una posición inferior al empresario que determina que deba ser protegido, esa posición es mucho más inferior cuando el poder lo ostenta una Administración Pública por la propia normativa que protege a esta.

6.5 LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA COMO MECANISMO DE COOPERACIÓN INTEREMPRESARIAL EN EL ÁMBITO LABORAL

Como hemos avanzado al comienzo de esta Tesis, existen múltiples modalidades de descentralización productiva, si bien en el presente Capítulo vamos a examinar especialmente las contrataciones y subcontratas de obras y servicios y la cesión legal e ilegal de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal, ya que, las modalidades de cooperación empresarial sobre los contratos de franquicia, de *factoring*, de *merchandising*, de *facilities management*, de logística, de suministro de información y sociedad de cuentas en participación ya fueron estudiadas en el Cap. I de esta Tesis, debiendo estudiarse en el presente Cap. las contrataciones y subcontratas y la cesión temporal de trabajadores dado, que, aunque se traten de modalidades contractuales civiles o mercantiles, tienen una enorme repercusión en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y constituye un campo esencial para la aplicación de la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre los Derechos Mercantil y Concursal.

⁵⁵⁰ Cuyo carácter abusivo ha sido puesto de relieve últimamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a consecuencia de la cuestión prejudicial por aquél resuelta, un estudio detallado sobre esta cuestión Vid. *infra*. Cap. V.

⁵⁵¹ Que tienen prohibido la imposición de subrogación.

6.5.1. La contrata y subcontrata de obras o servicios

Con carácter previo al examen de esta figura “contractual”, debe ponerse de relieve la indudable relación que la sucesión de contratas otorga entre el Derecho Laboral y de la Seguridad Social con el Derecho Mercantil, dada la implicación empresarial de esta modalidad de cooperación interempresarial y sus consecuencias sobre los trabajadores.

En todo caso, en esta figura puede apreciarse la Teoría que sostenemos, la de la súper posición del Derecho Laboral, pues como luego veremos, la regulación legal está claramente orientada a la protección de los trabajadores, estando ante una de las garantías por cambio de empresario, sin perjuicio de que también estemos en presencia de una modalidad de viabilidad empresarial.

La contrata y subcontrata de obras o servicios es aquella modalidad de descentralización productiva a través de la cual una empresa denominada frecuentemente como “principal” requiere para su proceso de producción los servicios de otras empresas que con habitualidad se denominan “auxiliares” o “contratistas” (o subcontratista, en el caso de que la empresa auxiliar o contratista pacte a su vez ciertas obras o servicios con otra empresa). En todo caso, las partes intervinientes en esta modalidad conservan su autonomía e independencia⁵⁵².

Por contratista debemos entender aquella persona física o jurídica que se compromete contractualmente para con el promotor, con medios humanos y/o materiales, propios o ajenos, con la finalidad de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. Por subcontratista debemos entender a la persona física o jurídica que asume contractualmente ante el contratista (su

⁵⁵² Como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia del orden social, esta modalidad de descentralización productiva se ha utilizado tradicionalmente para sectores como el de la construcción y obras públicas, en la construcción naval, en las concesiones administrativas de servicios públicos, u otros sectores de servicios como la limpieza, vigilancia, restauración etc., habiéndose incrementado en la actualidad el recurso a esta modalidad tradicional a otras actividades del tráfico jurídico empresarial. Sin embargo, se excluye de la posibilidad de contrata o subcontrata: la cesión de derechos de explotación, los contratos de distribución, los contratos de suministro y la cesión de una parte de una superficie comercial para el desarrollo de actividades comerciales. En este sentido, Vid. entre otras, Sentencias del T.S./SOC. de quince de julio de mil novecientos noventa y seis [RJ 1996, 1089] y de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis unificadora de doctrina.

empresario principal) el compromiso de realizar determinadas partes (del servicio) o instalaciones de la obra, con sujeción al proyecto por el que se rige su ejecución⁵⁵³.

Tal y como ha declarado la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, entre la empresa principal y la contratista existe un contrato civil para cooperar o colaborar en la ejecución de una obra o servicio, asumiendo la empresa contratista el compromiso de aportar sus propios trabajadores para la realización de la prestación convenida, encontrándonos ante una alternativa lícita a la contratación directa de trabajadores⁵⁵⁴.

La regulación de esta figura, que podría calificarse como de social-mercantil dada su especial relevancia tanto para las posibilidades de las empresas de supervivencia en el tráfico mercantil como para que los trabajadores puedan optar a diversos y dinámicos puestos de trabajo, se encuentra ubicada en el art. 42 del E.T.⁵⁵⁵, precepto legal que establece como requisito⁵⁵⁶ para la existencia de una contrata que en todo caso *las obras o servicios contratados o subcontratados por la empresa principal han de corresponder a la propia actividad de esta*⁵⁵⁷.

⁵⁵³ Vid. Art. 1 del R.D. 1627/1997, de cuatro de octubre de mil novecientos noventa y siete, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y de salud en las obras de construcción. B.O.E. n.º 256, de veinticinco de octubre de mil novecientos noventa y siete, pp. 30875 a 30886. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1997-22614>.

⁵⁵⁴ Vid. Sentencia de quince de julio de dos mil trece de la Sala de lo Social de la A.N.

⁵⁵⁵ Este artículo es aplicable a los denominados *enclaves laborales* que vienen regulados en el R.D. 290/2004, de veinte de febrero de dos mil cuatro, por el que se regulan los enclaves laborales como medida de fomento del empleo de las personas con discapacidad. B.O.E. n.º 45, de veintiuno de febrero de dos mil cuatro, pp. 8386 a 8391. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-3277>. Así lo dispone el apartado 4º del artículo 1 de la citada normativa. Para el sector de la construcción deberá acudirse a la Ley 32/2006, de dieciocho de octubre de dos mil seis, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción. B.O.E. n.º 250, de diecinueve de octubre de dos mil seis, pp. 36317 a 36323. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-18205>.

⁵⁵⁶ Así lo recoge el apartado 1º del precepto legal, estableciendo a renglón seguido las responsabilidades y obligaciones de los empresarios principales y de los contratistas y subcontratistas.

⁵⁵⁷ Como ha declarado el T.S./SOC., estaremos en presencia de “propia actividad” cuando se contratan actividades inherentes al fin de la empresa principal dentro de cuyo ciclo productivo se inserta (en este sentido, Sentencias de dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco, de quince de junio de mil novecientos noventa y seis, de

Para RODRÍGUEZ-PIÑERO, además de este requisito legal, nuestra jurisprudencia exige otros tantos requisitos para acreditar la veracidad de la contrata o subcontrata, con la finalidad de que no se utilice la figura para efectuar simulaciones o fraudes, y como tales requisitos podemos destacar por su relevancia:

- a) Que la contrata obedezca a necesidades reales de la empresa principal.
- b) Que el contratista sea titular de una organización empresarial con una finalidad productiva determinada.
- c) Que el contratista ostente una pluralidad de clientes
- d) Que, en definitiva, el contratista asuma la dirección de sus trabajadores⁵⁵⁸.

Pero además de los requisitos citados para la existencia de una verdadera contrata o subcontrata de obras o servicios, el art. 42 del E.T. establece (junto con normativa concordante en la materia recogida en diversos cuerpos legales que iremos detallando) una serie de obligaciones y responsabilidades de diversa naturaleza tanto de la empresa principal como de la contratista, en aras a comprobar la solvencia de las empresas y otorgar garantías a los trabajadores.

Como primera obligación-deber en la materia, MERCADER UGUINA destaca el general de comprobar la afiliación y alta de los trabajadores de la empresa contratista⁵⁵⁹, deber legal que en este caso incumbe al empresario principal y que deberá cumplir con carácter previo a la prestación de la actividad⁵⁶⁰.

veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, de ocho de noviembre de dos mil dieciséis, de veintinueve de octubre de dos mil trece o de dieciséis de febrero de dos mil dieciocho).

⁵⁵⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1980). Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. *Interposición y trabajo en contratas a través de la Jurisprudencia* (64-94). Madrid: Tecnos.

⁵⁵⁹ Mercader Uguina, J.R. (2020). Lecciones de Derecho del Trabajo. *Empresario, empleador y empresa*, pp. 200 y 201. Valencia: Tirant Lo Blanch.

⁵⁶⁰ Esta obligación legal no viene recogida en el art. 42 del E.T. sino en el apartado 5º del art. 16 de la L.G.S.S. Sin embargo, este deber general no carece de excepciones, pues el apartado 6º del mismo precepto legal exceptúa de la obligación de comprobación cuando la actividad que se contrate se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar el titular o cabeza de un hogar, cuando se refiera a reparaciones o

En el caso de que este deber resulte infringido el empresario estará sujeto a responsabilidad administrativa por cada uno de los trabajadores afectados⁵⁶¹.

Un segundo deber legal u obligación, también del empresario principal antes de concertar la contrata (aunque deber legal del contratista respecto del subcontratista), es la comprobación de que el contratista se halle al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social⁵⁶².

Si en el plazo de 30 días no es librada la certificación o se emite certificación negativa, pese a la discusión sobre qué tipo de responsabilidad exonera, si la responsabilidad por cuotas anteriores a la contrata⁵⁶³, la responsabilidad solidaria⁵⁶⁴ o la subsidiaria⁵⁶⁵, yo mantengo la posición de que debe ser la responsabilidad total en cualquiera de sus modalidades, pues el empresario ha cumplido con su obligación legal y por ello no procede imputarle ninguna responsabilidad.

Por el contrario, en el caso de que el empresario no cumpla con la obligación legal de solicitar el certificado o habiéndola cumplido la certificación recaída sea

construcciones sobre su propia vivienda, o cuando el propietario de la obra o servicio no contrate su realización por razón de su actividad empresarial.

⁵⁶¹ La falta de cumplimiento de este deber legal se considera infracción administrativa grave por el art. 22. 11º del T.R. de la L.I.S.O.S.

⁵⁶² El apartado primero del art. 42 del E.T., después de establecer el requisito de la propia actividad, recoge esta obligación legal al declarar que: *Deberán verificar que los contratistas estén pagando las cuotas de la Seguridad Social, para ello, recibirán por escrito una certificación negativa por descubiertos en la T.G.S.S., con la identificación de la empresa involucrada, esta entidad, deberá emitir dicha certificación sin excepción en un plazo de treinta días sin prórroga y en los términos establecidos vía reglamentaria, no siendo el empresario solicitante responsable después de este plazo.*

⁵⁶³ Adopta esta postura el T.S./SOC. en Sentencias de veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y seis resolutoria del recurso de casación 777/1991 y veintidós de diciembre del año dos mil resolutoria del recurso de casación 4069/1999.

⁵⁶⁴ Mantiene el criterio de la responsabilidad solidaria la Sentencia de seis de julio de dos mil cinco de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo por la que resuelve el recurso de casación 451/2004.

⁵⁶⁵ No es nuestra jurisprudencia sino la Tesorería General de la Seguridad Social la que sostiene este criterio en su Circular 5/1997.

demostrativa de descubierto, si celebrase la contrata será responsable⁵⁶⁶ de las cuotas atrasadas y no prescritas⁵⁶⁷.

En tercer lugar, para después de celebrarse la contrata, el apartado segundo del art. 42 del E.T. consagra un procedimiento, claramente protector, en garantía de los derechos salariales y de la Seguridad Social de los trabajadores del contratista (y, en su caso, del subcontratista) generados durante la vigencia de la contrata.

Así pues, de acuerdo con el procedimiento legal, el empresario principal (y en su caso contratista) responde solidariamente con el contratista (y en su caso subcontratista) de las obligaciones de este último, originadas en la vida de la contrata⁵⁶⁸.

La responsabilidad solidaria de que tratamos va referida a las deudas salariales⁵⁶⁹ (comprendiendo tanto las originadas durante la vigencia de la contrata

⁵⁶⁶ La doctrina dominante entiende que estamos ante una responsabilidad solidaria, en este sentido se pronuncian Montoya Melgar, A. (2020) Derecho del Trabajo. *Relaciones Laborales Básicas* (438). Madrid: Tecnos; Martínez Emperador, R. (1982). *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas y servicios*, pág. 20. Madrid: Instituto de Estudios Sociales; Circular 5/1997 de la Tesorería General de la Seguridad Social. Sin embargo, otros autores entienden que estamos ante una responsabilidad subsidiaria, así lo sostienen entre otros, Alonso Olea, M. y Barreiro González, G. (1991). *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, comentario, jurisprudencia*, pág. 181. Madrid: Civitas. Incluso existe una corriente doctrinal que apuesta por su naturaleza de responsabilidad administrativa: García Murcia, J. (1981). El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social* n.º 130, pp. 7-88; Martín Valverde, A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios. *Comentarios a las Leyes Laborales* (254-255) Madrid: Edersa. Yo me posiciono por la postura mayoritaria y considero que la responsabilidad en este caso es solidaria, por analogía con la responsabilidad por obligaciones salariales del art. 42.2. 2º E.T.

⁵⁶⁷ Las responsabilidades en materia de Seguridad Social que acabamos de examinar en lo que llevamos de epígrafe, se exigirán de la manera que se establece en los arts. 12 y 13 del R.D. 1415/2004, de once de junio de dos mil cuatro, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social. B.O.E. n.º 153, de veinticinco de junio de dos mil cuatro, pp. 23095 a 23134. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-11836>.

⁵⁶⁸ Vid. Art. 42.2º del E.T.

⁵⁶⁹ Pese a que algunos T.S.J. (Salas de lo Social) entendían que debían incluirse todas las obligaciones de naturaleza retributiva, y por lo tanto también las obligaciones extra salariales, sin embargo, el T.S./SOC. en Sentencias de trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho [RJ 1988, 7806], de veintitrés de diciembre de dos mil cuatro resolutoria del recurso de casación 4525/2003, de nueve de marzo de dos mil cinco resolutoria del recurso

como las que se originen durante el año siguiente a la finalización del encargo), excluyéndose como deudas salariales las relativas a las indemnizaciones por despido y a los salarios de tramitación⁵⁷⁰.

Además de a las deudas salariales, la solidaridad también alcanza a las deudas con la Seguridad Social (cuotas y prestaciones) y en este caso, la responsabilidad puede ser exigida incluso hasta tres años después de finalizada la obra o servicio objeto de la contrata o subcontrata⁵⁷¹, debiendo insistirse en que tales deudas deben haberse originado durante el periodo de vigencia de la contrata, ya que, en este caso, la empresa principal (y en su caso contratista) no responderá de los descubiertos producidos con posterioridad a la finalización de la contrata⁵⁷².

Como una cuarta obligación en materia de contratas y subcontratas, contemplamos los deberes informativos que deben cumplir el empresario principal, el contratista y el subcontratista, antes de iniciarse las obras o servicios. Se trata de una información esencial para que los trabajadores puedan ejercer sus derechos.

El empresario principal (o en su caso el contratista) deberá informar a los representantes de los trabajadores acerca de la contrata (o subcontrata), el contratista (y en su caso subcontratista) está obligado a informar a sus trabajadores y a la Tesorería General de la Seguridad Social sobre la identidad del empresario principal y a los representantes de sus trabajadores sobre las características de la contrata (o subcontrata)⁵⁷³.

de casación 6537/2003, de uno de febrero de dos mil seis resolutoria del recurso de casación 3306/2004 y finalmente, la de veinticuatro de abril de dos mil seis resolutoria del recurso de casación 4525/2003, declaró que la responsabilidad alcanza únicamente a las deudas que de acuerdo con el art. 26 del E.T. deban considerarse salarios, es decir, se incluyen las gratificaciones extraordinarias, horas extraordinarias, domingos, festivos y vacaciones no disfrutadas, excluyéndose en todo caso las cantidades que tengan el carácter de extrasalarial.

⁵⁷⁰ Así se desprende de las Sentencias de veinte de mayo y de catorce de julio de mil novecientos noventa y ocho del T.S./SOC.

⁵⁷¹ Pese a tratarse de una obligación recogida en el art. 42. 2º del E.T., lo cierto es que esta disposición legal deriva de la Sentencia de diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, por la que unificó la doctrina en la materia.

⁵⁷² Sobre las responsabilidades que acabamos de tratar pueden observarse los arts. 142 y 168 de la L.G.S.S. y los arts. 23 y 42 de la L.I.S.O.S.

⁵⁷³ Apartados 2º, 3º y 4º del art. 42 del E.T.

La información no debe incluir circunstancias relativas a los trabajadores como son su identidad, el puesto de trabajo que ocupan, la modalidad contractual o la categoría o grupo profesional⁵⁷⁴. El incumplimiento de esta obligación está tipificado como infracción administrativa grave⁵⁷⁵.

Se ha de señalar que la obligación de información a los representantes de los trabajadores, es decir, a los comités de empresa o delegados de personal, viene regulada con carácter general en el art. 64 del E.T., por lo tanto, la regulación del art. 42. 4º del mismo cuerpo normativo debe considerarse como complementaria, debiendo ser informados en todo momento sobre las previsiones o intenciones de subcontratación⁵⁷⁶.

En el supuesto de que las empresas intervinientes en la contrata o subcontrata compartan continuamente un mismo centro de trabajo para el desarrollo de la actividad, la empresa principal viene obligada a llevar un libro-registro que recoja tal circunstancia, bajo apercibimiento de incurrir en infracción administrativa grave (ex art. 7. 12º de la L.I.S.O.S.).

Una vez examinada, con carácter general, la normativa en materia de contratas y subcontratas, de obras o servicios, se constata el carácter de actividad de cooperación interempresarial, necesaria para sobrevivir en el tráfico jurídico como forma de descentralización productiva, pero siempre subordinada dicha actividad a la protección de los trabajadores.

Que el legislador otorgue armas de diverso tipo a los empresarios para conseguir sus objetivos no significa que los empresarios puedan usarlas a su antojo, y menos en perjuicio de los trabajadores, por el carácter de súper posición del Derecho Laboral con respecto al Derecho de las empresas.

En la práctica, hasta la reforma del E.T. efectuada por el R.D-Ley. 32/2021 de 28 de diciembre, lo más frecuente era que este tipo de empresas efectuaran con sus trabajadores contratos de duración temporal para obra o servicio, es decir, la antigua y ya derogada modalidad contractual del art. 15 del E.T., que si bien podía considerarse adecuada a esta modalidad empresarial, no es menos cierto que a

⁵⁷⁴ En este sentido, Sentencia del T.S./SOC. de veinte de junio de dos mil doce recaída en recurso de casación 176/2011.

⁵⁷⁵ Art. 7.11 de la L.I.S.O.S.

⁵⁷⁶ Así lo declara nuestro Alto Tribunal en el orden jurisdiccional social mediante Sentencia de veintisiete de febrero de dos mil diecinueve (recurso de casación 218/2017).

través de dicha figura contractual se ocasionaban fraudes en los derechos de los trabajadores que nuestra jurisprudencia trataba últimamente de remediar⁵⁷⁷, hasta que el legislador laboral español ha puesto punto y final a dicha modalidad temporal de contratación laboral, considerando la posibilidad, vía reforma del art. 16 del E.T., de que las relaciones patronales-obreras se rijan por una relación fija-discontinua en el ámbito de la contrata y subcontrata de obras y servicios.

Sin más dilaciones, pues las restantes cuestiones en torno a las contratas, aunque interesantes, no aportan nada esencial a nuestra obra, seguiremos con el estudio de otra modalidad de descentralización productiva “la cesión legal de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal”, alternativa a utilizar como vía de cooperación entre empresarios.

6.5.2. Las empresas de trabajo temporal

Antes de comenzar con el análisis de las Empresas de Trabajo Temporal (en adelante, E.T.T.), debemos estudiar la denominada “cesión de trabajadores”, pues las empresas de trabajo temporal constituyen una de las modalidades de descentralización productiva admitidas en nuestro Derecho para una cesión legal de trabajadores, pero no la única.

Por cesión de trabajadores debemos entender la contratación de personas físicas con el objeto de que sean cedidas temporalmente a otras empresas, actividad mercantil-laboral que solo podrá efectuarse por las empresas autorizadas por la ley⁵⁷⁸.

⁵⁷⁷ Si bien con anterioridad nuestra jurisprudencia consideraba lícita vincular la duración del contrato para obra o servicio al tiempo de duración de la contrata (Vid. Sentencias de cuatro de mayo de dos mil seis, de veintitrés de septiembre de dos mil ocho o más recientemente, nueve de febrero de dos mil dieciséis y diecisiete de abril de dos mil dieciocho) recientemente el T.S./SOC. ha rectificado su doctrina en Sentencia de veintinueve de diciembre de dos mil veinte, en la que consideró que no era lícito vincular la obra a la contrata, por lo que en consecuencia, en la actualidad, considero que si se vinculara el contrato de obra o servicio de carácter temporal a una contrata, deberá reputándose como indefinido el contrato, en cuanto fraudulento.

⁵⁷⁸ Vid. art. 43.1º del E.T.

Tales supuestos contemplados en la ley son los de⁵⁷⁹: A) Deportistas profesionales y altos directivos; B) Estibadores portuarios; C) Movilidad de trabajadores en el seno de una empresa; y D) Empresas de Trabajo Temporal.

A) Deportistas profesionales y altos directivos:

En las rubricadas relaciones laborales de carácter especial, se admite la cesión de trabajadores, en el caso de los deportistas profesionales cuando otorguen su consentimiento expreso⁵⁸⁰ y en el caso de los altos directivos⁵⁸¹, particularmente interesante dada su inclusión como uno de los sujetos de estudio fundamentales de esta Tesis, cuando pase a efectuar actividades de alta dirección en otra empresa que esté vinculada con la original por alguna forma asociativa permitida⁵⁸² (como relaciones de grupo).

B) Estibadores portuarios:

Realmente, la estiba portuaria es una especie de empresa de trabajo temporal, ya que incluso su propia regulación se remite a la normativa de las empresas de trabajo temporal, pero por su especialidad merece destacarla como categoría independiente, y dentro del sector de la estiba portuaria operan los centros portuarios de empleo que tienen por objeto el empleo de los trabajadores de estiba portuaria para su puesta a disposición temporal de empresas que ostenten la titularidad de las correspondientes licencias⁵⁸³.

⁵⁷⁹ Mercader Uguina, J.R. (2006). La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida, en Cruz Villalón, J. (Coord.), *La reforma laboral de 2006, Real Decreto Ley 5/2000, de 9 de junio* (155 a 175). Valladolid: Lex Nova. Cito de Mercader Uguina, *Op. Cit.*, pp. 210-216.

⁵⁸⁰ Así se desprende del art. 11 del R.D. 1006/1985, de veintiséis de junio de mil novecientos ochenta y cinco, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales. B.O.E. n.º 153, de veintisiete de junio de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 20075 a 20077. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12313>.

⁵⁸¹ Sobre un estudio detallado del personal de alta dirección, *Et. Supra*. Cap. V e *Et. Infra*. Cap. VII.

⁵⁸² Art. 9 del R.D. 1382/1995 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

⁵⁸³ Los centros portuarios de empleo vienen regulados en el R.D-ley. 8/2017, de doce de mayo de dos mil diecisiete, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la Sentencia del T.J.U.E. de once de diciembre de dos mil catorce, recaída en el Asunto C-576/13 (procedimiento de infracción 2009/4052). B.O.E. n.º 114, de trece de mayo de dos mil

C) Movilidad de trabajadores en el seno de un grupo de empresa:

Los grupos de empresa van a ser estudiados en el epígrafe 3.4 de este Cap., por lo que en este apartado solo nos queda reseñar que la jurisprudencia viene admitiendo la cesión legal de trabajadores en el seno de un grupo de empresas, pues llevar a cabo servicios indistintamente para diferentes sociedades de un grupo de empresas responde a razones organizativas y/o técnicas⁵⁸⁴.

D) Empresas de Trabajo Temporal *strictu sensu*:

Esta es la categoría más amplia de cesión legal de trabajadores, siempre que se cumplan los requisitos legales y jurisprudenciales, pues en caso contrario, nos encontraremos ante una cesión ilegal, con las duras consecuencias para los empresarios, cedente y cesionario, que la consideración de ilegalidad de la cesión comporta.

De hecho, es a esta categoría a la que se refiere expresamente el art. 43. 1º del E.T.

Con anterioridad al R.D-ley. 18/1993 de 3 de diciembre de Medidas Urgentes de Fomento de la ocupación (R.D-ley. ya derogado), en nuestro ordenamiento jurídico estaba prohibida, en todo caso, toda cesión temporal de trabajadores, con independencia de cuales fueran sus títulos⁵⁸⁵. Sin embargo, el citado R.D-ley. derogó el art. 43 del antiguo E.T., siguiendo la corriente que regía de manera generalizada en la U.E.

La cesión de trabajadores constituye así otro supuesto en el que se manifiesta la Teoría de la súper posición del Derecho Laboral que sustento, ya que, claramente puede comprenderse como el Derecho protege a los trabajadores de las intenciones

diecisiete, pp. 39641 a 39656. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2017-5270>.

⁵⁸⁴ El T.S./SOC. en Sentencia de veintiséis de noviembre del año mil novecientos noventa (R.º 117/1990) declaró que se admite la cesión legal de trabajadores en el seno de un grupo de empresas pues llevar a cabo servicios indistintamente para diferentes sociedades de un grupo de empresas responde a razones organizativas y/o técnicas.

⁵⁸⁵ No obstante, con anterioridad a la derogación del precepto prohibitivo, existía en España una corriente judicial que venía admitiendo la legalidad de la cesión de trabajadores siempre que la Empresa de Trabajo Temporal no tuviera ánimo defraudatorio (en este sentido, Sentencias de veinticuatro de febrero y veintinueve de julio de mil novecientos noventa y dos de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

maliciosas de abuso que pudieran planear las empresas y pone una serie de límites al poder empresarial a través de la legal-jurisprudencial cesión ilegal de trabajadores, admitiendo únicamente la cesión temporal de trabajadores en los supuestos citados, bajo escrupulosos requisitos.

Lo cierto es que el ya citado R.D-ley. 18/1993, aunque esté ya derogado, legalizó tanto las E.T.T. como las Agencias Privadas de Colocación⁵⁸⁶, convirtiéndose posteriormente, y de ahí la razón de su derogación, en la Ley 10/1994, de diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, sobre medidas urgentes de fomento de la ocupación⁵⁸⁷.

Pero centrándonos en las E.T.T., a las mismas solo les otorga el E.T. el apartado 1º de su art. 43, habiendo sido objeto de una regulación por una ley específica, la Ley 14/1994, de uno de junio de mil novecientos noventa y cuatro, de empresas de trabajo temporal (en adelante, L.E.T.T.)⁵⁸⁸, que ha sido objeto de numerosas modificaciones.

Si bien, antes de entrar a examinar las peculiaridades de la L.E.T.T. en la materia, conviene detenerse en el Derecho de la U.E.⁵⁸⁹, por su enorme trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico en general pero sobre esta disciplina especialmente particular, en concreto, en la Directiva 2008/104/CE, sobre trabajo a través de empresas de trabajo temporal⁵⁹⁰, la cual establece un marco de protección no discriminatorio, transparente y proporcionado para los trabajadores cedidos por E.T.T. y a su vez, un marco respetuoso con la diversidad de los mercados laborales y las relaciones industriales.

⁵⁸⁶ El Convenio 181 de la Organización Internacional de Trabajo sobre las Agencias de Empleo Privadas, de diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete, considera como tales a las que presten servicios mediante el empleo de trabajadores para poner a los mismos a disposición de otra persona, física o jurídica, que establezca sus tareas y controle su ejecución.

⁵⁸⁷ B.O.E. n.º 122, de veintitrés de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, pp. 15800 a 15805. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-11609>.

⁵⁸⁸ B.O.E. n.º 131, de dos de junio de mil novecientos noventa y cuatro, pp. 17408 a 17412. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-12554>.

⁵⁸⁹ Para estudio amplio de las fuentes del Derecho de la U.E. *Ut. Supra*. Cap. II.

⁵⁹⁰ Directiva 2008/104/CE, del P.E. y del Consejo, de diecinueve de noviembre de del año dos mil ocho relativa al trabajo a través de E.T.T. D.O.U.E. n.º 327, de cinco de diciembre de dos mil ocho [LCEur 2008, 1962].

Esta Directiva, como su propia denominación indica, regula el trabajo en las E.T.T., y ha sido determinante en la regulación española, habiendo sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 35/2010, de diecisiete de septiembre del año dos mil diez, medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo⁵⁹¹.

De acuerdo con el art. 1 de la L.E.T.T., podemos entender por Empresa de Trabajo Temporal⁵⁹² a aquella manifestación de descentralización productiva que tiene como finalidad poner a disposición de otra empresa, generalmente denominada “usuaria o cliente”⁵⁹³, y siempre con carácter temporal (pues en caso contrario nos encontraríamos ante una interposición ilícita de mano de obra), a trabajadores que han sido a su vez contratados por la Empresa de Trabajo Temporal⁵⁹⁴.

La relación que une a la Empresa de Trabajo Temporal con la empresa usuaria o cliente, formalizada a través de un contrato de puesta a disposición, se rige por la legislación civil y mercantil, si bien, regirá la legislación laboral para las

⁵⁹¹ B.O.E. n.º 227, de dieciocho de septiembre del año dos mil diez, pp. 79278 a 79326. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2010-14301>.

⁵⁹² Tal y como expresa Martín Valverde, a las E.T.T. se les permite su actuación en el proceso de colocación, aunque no con carácter ilimitado, desarrollando al mismo tiempo tareas de reclutamiento y de selección de personal, Vid. Martín Valverde, A. (1995). La supresión del monopolio público de la colocación. En de la Villa Gil, L.E. (Coord.). *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, pág. 74.

⁵⁹³ La empresa usuaria o cliente se vincula al trabajador por una relación creada *ex lege*, sin unión contractual alguna entre ambos, fundamentándose en otro contrato que no es laboral, sino el que vincula a la Empresa de Trabajo Temporal y a la empresa usuaria o cliente, Vid. González Velasco, J. (1995). Desconcertante relación jurídica entre el trabajador temporal y el empresario cesionario. *Revista de trabajo y Seguridad Social*, n.º 17 pp. 7-24.

⁵⁹⁴ Rodríguez-Piñero considera que, al menos formalmente, el empresario de trabajo temporal continuará en todo caso como empleador en la Empresa de Trabajo Temporal, Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. (1992). *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal* (pág. 30). España: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

relaciones jurídicas entre el trabajador, individualmente considerado, y las empresas, tanto la “principal”⁵⁹⁵ como la “usuaria”⁵⁹⁶.

No obstante lo anterior, existen ciertas prohibiciones en la materia, pues no está permitido que se celebre el contrato de puesta a disposición en los supuestos de: a) sustitución de huelguistas; b) de trabajos de especial peligrosidad relacionados con determinadas actividades⁵⁹⁷; c) cuando la empresa usuaria o cliente haya efectuado la amortización del puesto que pretenda cubrir en los 12 meses anteriores, por despido colectivo, despido improcedente o por causa objetiva (económica, técnica, organizativa o de producción) o por extinción como consecuencia de un incumplimiento de carácter grave cometido por el empresario salvo los casos de fuerza mayor; y d) cuando se intente ceder a trabajadores a otra Empresa de Trabajo Temporal (ex art. 8 L.E.T.T.)

Las E.T.T.⁵⁹⁸ pueden operar como organismos de colocación y ejercer funciones de formación, asesoramiento y consultoría⁵⁹⁹. En todo caso, necesitan

⁵⁹⁵ Con la Empresa de Trabajo Temporal el trabajador vendrá unido a través de un contrato de trabajo, en sus múltiples modalidades, aunque generalmente de duración determinada (ex art. 10 LETT), sin perjuicio de su consideración como fijo-discontinuo tras la reforma efectuada en el art. 16 del E.T. el R.D-ley. 32/2021 de veintiocho de diciembre.

⁵⁹⁶ Si bien, como se ha precisado anteriormente, aunque no exista un contrato de trabajo entre el trabajador y la empresa usuaria no puede negarse que entre ambos existan una serie de derechos y deberes de carácter laboral.

⁵⁹⁷ Según el T.J.U.E., en Sentencia de diecisiete de marzo de dos mil quince caso “Sindicato AKT” la negociación colectiva podrá disponer que actividades “peligrosas” deben excluirse del contrato de puesta a disposición, si bien especificándose que el D.º de la U.E. no impone a los jueces la obligación de inaplicar cualquier disposición del D.º nacional que conlleve prohibiciones relativas al recurso a las E.T.T. que no estén justificadas por razones de interés general.

⁵⁹⁸ Debe reseñarse que también las Administraciones Públicas (en adelante, Adm. Púb.), excepto para las tareas que son propias de los funcionarios, pueden celebrar contratos de puesta a disposición.

⁵⁹⁹ Con la entrada en vigor de la L.E.T.T., las Empresas de Trabajo Temporal no podían ejercer de agencias privadas de colocación ni podían efectuar las funciones mencionadas, la posibilidad de que en la actualidad ostenten tal carácter o ejerciten tales funciones se debe a las reformas operadas en la LETT por el Real Decreto-ley 3/2012, de diez de febrero de dos mil doce, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. B.O.E. n.º 36, de once de febrero del año dos mil doce, pp. 12483 a 12546. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-2076, que posteriormente se transformó en la Ley 3/2012, de seis de julio de dos mil doce, de medidas urgentes para la

contar con la autorización/es que establece la ley para cada supuesto, incluso para constituirse como Empresa de Trabajo Temporal.

Previamente al estudio de la cesión ilegal, conviene, a los efectos de asentamiento de la Teoría de la súper posición del Derecho Laboral, explicar las relaciones entre cada una de las empresas como sujetos de la cesión legal con el trabajador.

En un análisis conjunto de la situación, asumiendo la regulación de los arts. 11, 16 y 17 de la L.E.T.T. así como, normativa concordante, se puede afirmar que los trabajadores tienen una serie de derechos laborales⁶⁰⁰ en la relación con ambas empresas, derechos laborales que se corresponden con las respectivas obligaciones empresariales.

A la Empresa de Trabajo Temporal corresponde: a) el pago del salario; b) los deberes en materia de Seguridad Social; c) deberes de formación, tanto profesional como en materia de prevención de riesgos laborales; d) abonar, a la extinción del contrato⁶⁰¹, una indemnización de 12 días de salario por año de servicio (salvo que otra se establezca en normas específicas); y e) organizar las actividades preventivas y constituir un comité de seguridad y salud en el trabajo⁶⁰².

Por su parte, a la empresa usuaria o cliente le corresponde: a) informar al trabajador acerca de las medidas sobre seguridad y salud en el trabajo (siendo responsable de la infracción de medidas de seguridad, junto con la Empresa de Trabajo Temporal); b) responder subsidiariamente de las obligaciones salariales e

reforma del mercado laboral. B.O.E. n.º 162, de siete de julio de dos mil doce, pp. 49113 a 49191. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-9110>, así como por la Ley 18/2014, de quince de octubre de dos mil catorce, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia. B.O.E. n.º 252, de diecisiete de octubre de dos mil catorce, pp. 83921 a 84082. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-10517>, respectivamente.

⁶⁰⁰ Para entrar en conocimiento de cuáles son los derechos laborales de los trabajadores *Et. Supra*. Caps. IV y V.

⁶⁰¹ El T.S./SOC., en Sentencia de mil novecientos noventa y nueve, ponente Aurelio Desdentado Bonete, se declaró que: *La extinción ante tempus del contrato de trabajo constituye un despido improcedente, sin que la Empresa de Trabajo Temporal pueda alegar la finalización de la causa que lo motivó.*

⁶⁰² La infracción sobre medidas de seguridad hace incurrir en responsabilidad, no solo a la E.T.T., sino también, a la empresa usuaria o cliente (en este sentido, Sentencia de cuatro de mayo del año dos mil quince del T.S./SOC).

indemnizaciones contractuales (como la de extinción de contrato) y de las obligaciones en materia de Seguridad Social; c) responder solidariamente en caso de contrato de puesta a disposición calificado de ilegal; d) informar a los trabajadores cedidos de los puestos fijos que quedaren vacantes.

De esta regulación, claramente se contempla como la ley otorga una especial protección al trabajador, al asegurar que ambas empresas intervinientes respondan de los deberes legales que tienen atribuidos, incluso en ocasiones con carácter solidario o subsidiario⁶⁰³ (lo que permite que en caso de insolvencia de una de las empresas tenga que responder la otra con carácter obligatorio).

6.5.3. Especial referencia a la cesión ilegal de trabajadores

La regulación legal de la cesión ilegal de los trabajadores se encuentra, fundamental, aunque no únicamente como luego veremos, en los apartados 2^o⁶⁰⁴, 3^o⁶⁰⁵ y 4^o⁶⁰⁶ del art. 43 del E.T.

Lo que claramente se desprende de la regulación legal, y su precisión jurisprudencial, es que es ilícita o ilegal la contratación de trabajadores con el objetivo de cederlos temporalmente a otra empresa fuera de los supuestos de cesión legal de trabajadores que hemos examinado en el apartado anterior, y la infracción

⁶⁰³ La responsabilidad solidaria existe desde el mismo momento en que así lo disponga la ley o el contrato, pudiendo exigirse indistintamente a cada uno de los responsables solidarios, mientras que la responsabilidad subsidiaria, aunque exista desde el momento que lo disponga la ley o el contrato, solo tendrá lugar en el caso de que el responsable principal no pueda responder a la obligación, debiendo responder de ella el responsable subsidiario, Vid. Gómez Ligüerre, C. (2005). *Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños* (Tesis Doctoral). Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.

⁶⁰⁴ Este apartado establece la presunción *iuris tantum* (es decir aquella establecida por ley y susceptible de admitir prueba en contrario, la que no es dable en la presunción *iuris et de iure*) de cesión ilegal.

⁶⁰⁵ Las responsabilidades por infracción del apartado 2^o, se proclaman en este apartado tercero, estableciendo incluso la posibilidad de incurrir en responsabilidad penal, como luego examinaremos.

⁶⁰⁶ Por último, este apartado cuarto establece las consecuencias de la cesión ilegal, que se traducen en una serie de derechos para los trabajadores (obligaciones para las empresas, cedente y cesionaria) que iremos desglosando a lo largo del apartado.

de esta prohibición acarrea una serie de responsabilidades, de variada naturaleza, no solo laborales sino también administrativas e incluso penales.

Pero antes de examinar las consecuencias de la cesión ilegal, habrá de precisarse que se entiende por cesión ilegal.

La cesión ilegal de trabajadores, no se produce por el simple traspaso de trabajadores de una empresa a otra, sino que ese traspaso se hace ocultando la identidad o posición real de quien recibe la prestación de los servicios por los trabajadores, y hace referencia a la falta de verdadera cualidad empresarial de la "empresa" cedente, ya sea porque no efectúe actividad empresarial alguna o ya sea porque carece de organización o medios⁶⁰⁷.

Tal y como ha declarado nuestra jurisprudencia menor en el orden jurisdiccional social, constituyen indicios de que nos encontramos ante una cesión ilegal, entre otros, los siguientes: a) que la empresa contratista no ejerza actividad propia alguna o no cuente con patrimonio, instrumentos, máquinas y organización de carácter estable; b) que el objeto del contrato no sea autónomo o carezca de justificación bastante; c) que los trabajadores presten servicios mezclados confundiendo los trabajadores de la contrata con los de la principal; d) que la empresa cedente sea la que aporte los elementos materiales y productivos necesarios para que los trabajadores efectúen su prestación laboral⁶⁰⁸.

Entrando en los efectos y responsabilidades de la cesión ilegal, de acuerdo con la regulación ya transcrita del art. 43 del E.T. y referencias doctrinales y jurisprudenciales, podemos establecer 5 grandes bloques, distribuidos de la siguiente manera: A) Responsabilidad solidaria; B) Responsabilidades administrativas y penales; C) Derecho de opción de los trabajadores; D) Momento temporal para ejercitar las acciones; y E) Efectos económicos.

⁶⁰⁷ Montoya Melgar, A., *Op. Cit.* pág. 444 y Mercader Uguina, J.R., *Op. Cit.*, pág. 211.

⁶⁰⁸ Vid. Sentencia de siete de abril de dos mil seis de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias resolutoria del recurso de suplicación 1208/2005 y la Sentencia de dieciséis de enero de dos mil ocho de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid resolutoria del recurso de suplicación 5732/2006.

A) *La responsabilidad solidaria:*

En el caso de consumarse la cesión ilegal, los “empresarios” cedente y cesionario responderán solidariamente de las obligaciones en materia de Seguridad Social y para con los trabajadores.

Esto significa que tanto el trabajador como la Seguridad Social podrán exigir a la empresa cedente o a la cesionaria, a su elección, el cumplimiento de las obligaciones laborales o de la Seguridad Social, respectivamente⁶⁰⁹.

Dicha responsabilidad solidaria se extiende incluso al despido improcedente, excepto si la cesión ya ha finalizado⁶¹⁰.

B) *Las responsabilidades administrativas y penales:*

Pero además de las obligaciones con respecto de los trabajadores y de la Seguridad Social, tanto cedente como cesionario pueden incurrir en otro tipo de responsabilidades.

En primer lugar, y de “menor gravedad”, encontramos la responsabilidad administrativa tipificada en los arts. 8. 2^o⁶¹¹ y 16. 1^o⁶¹² de la L.I.S.O.S. que prevén como infracción administrativa muy grave la cesión y la intermediación en la colocación de los trabajadores sin cumplir con las disposiciones legales.

Una vez se constate la posible comisión de infracción administrativa grave en esta materia se iniciará el oportuno expediente administrativo sancionador, pudiendo imponerse como sanción una multa que en su grado mínimo oscilará entre siete mil quinientos un euro a treinta mil euros, en su grado medio de treinta mil y un euros a ciento veinte mil cinco euros, y en su grado máximo de ciento veinte mil seis euros a doscientos veinticinco mil dieciocho euros (ex art. 40 de la L.I.S.O.S.).

⁶⁰⁹ Vid. arts. 142, 167 y 168 de la L.G.S.S. sobre el alcance de la responsabilidad en materia de Seguridad Social.

⁶¹⁰ Esta declaración parte de nuestra jurisprudencia, en concreto, de la Sentencia del año dos mil seis de. T.S./SOC., ponente De Castro Fernández.

⁶¹¹ El precepto, que se clasifica las infracciones muy graves, establece como una de ellas en su apartado 2^o la de “La cesión de los trabajadores en los términos prohibidos por la legislación vigente”.

⁶¹² El apartado primero del art. 16 recoge las infracciones administrativas muy grave en esta materia.

Por lo que respecta a la posible responsabilidad penal, MONTOYA MELGAR nos recuerda que el C.P. de 1995 castiga en su art. 312 las conductas de tráfico ilegal de mano de obra y de reclutamiento de trabajadores ofreciendo empleo o condiciones de trabajo falsas o engañosas⁶¹³.

Una vez constatada la posible infracción penal, se seguirá la oportuna investigación de la causa por el Juez Instructor y en el caso de que reúna suficientes indicios de responsabilidad criminal acordará la apertura del juicio oral y dará traslado de las actuaciones al Juzgado de lo Penal que corresponda (pues la pena que se puede imponer entra dentro de los márgenes competenciales de este órgano judicial), y si el Juez de lo Penal considerara que existe responsabilidad penal, impondrá al culpable, mediante Sentencia, una pena privativa de libertad que oscilará entre 2 a 5 años y una multa que oscilará entre 6 a 12 meses (en todo caso, lo expuesto se entiende sin perjuicio de las posibles modulaciones de responsabilidad a través de las circunstancias agravantes, atenuantes o incluso eximentes de responsabilidad).

No obstante, lo anterior, debemos señalar que con carácter general no está permitida la doble imposición de sanción administrativa y penal por unos mismos hechos. Ello es consecuencia del principio *non bis in ídem*⁶¹⁴.

⁶¹³ Vid. Montoya Melgar, A. (1996). Delitos contra los derechos de los trabajadores. *Comentarios al Nuevo Código Penal: revista de seguridad pública n.º XV Dirección General de la Guardia Civil*.

⁶¹⁴ Así lo viene entendiendo nuestro T.C. que, en Sentencias 17/1981 de uno de junio y 94/1986 de ocho de julio, ha declarado que aunque el principio *non bis in ídem* no tenga acogida expresa en nuestra C.E. de 1978, se trata un principio asumido por la doctrina jurisprudencial, a través del cual se prohíbe que se sancione repetidamente una misma conducta ilícita, siendo inadmisibles la reiteración del *ius puniendi* del Estado, en este caso, tanto penal como administrativo, sobre unos mismos hechos, con la única excepción la de la derivada de una relación de supremacía especial de la administración situación en la que se justifica la imposición de sanción penal por los Tribunales de Justicia y la imposición de sanción administrativa por la Administración Pública, pero fuera de ese supuesto excepcional, el orden penal gozará de preferencia sobre el procedimiento administrativo, y en el caso de que la Adm. Púb. haya sancionado con carácter previo al proceso penal, a la sanción resultante deberá descontarse la sanción que se hubiera puesto en el orden administrativo.

C) *Derecho de opción de los trabajadores:*

Además del derecho del trabajador a exigir la responsabilidad que corresponda a cualquiera de las empresas intervinientes en la cesión ilegal, ostenta un derecho peculiar, denominado derecho de opción, consistente en que pueden optar por adquirir la condición de fijos (en el caso de optar por Adm. Púb., indefinido no fijo de plantilla⁶¹⁵) en la empresa cedente o en la cesionaria⁶¹⁶.

El estatuto jurídico del trabajador será el correspondiente a la empresa que elija, aunque las condiciones de trabajo fueran inferiores en la nueva empresa que, en la anterior, ostentando así mismo la antigüedad desde el momento en el que se haya iniciado la prestación de los servicios calificada de cesión ilegal en Sentencia firme del Juzgado de lo Social territorialmente competente.

A pesar de la elección de empresa, ninguna de las intervinientes podrá librarse de la responsabilidad solidaria en cuanto a los salarios de trámite y la indemnización por despido.

En todo caso, el derecho de opción, en caso de despido improcedente, corresponde al trabajador y no al empresario⁶¹⁷.

Finalmente, debe reseñarse que el derecho de opción es de carácter meramente declarativo y no constitutivo, por cuanto no se crea ninguna relación nueva, sino que se declara la ya existente, así como que el contenido del contrato

⁶¹⁵ Vid. Sentencias de. T.S./SOC. de ocho y veintiocho de abril de dos mil nueve, o la más reciente la 649/2021 de veintiocho de junio, en la que rectifica la aplicación que venía haciendo de su doctrina sobre duración de un contrato de interinidad por vacante en el sector público tras la Sentencia del T.J.U.E. de tres de junio de dos mil veintiuno en la cual se llegó a la conclusión de que España carecía, de manera injustificada, de normativa dirigida a sancionar y/o prevenir la utilización abusiva de contratos temporales por las Adms. Púb. Un estudio más amplio de estas novedosas Sentencias se aborda en el Cap. V de esta obra.

⁶¹⁶ Si bien, en el caso de que la empresa cedente sea ficticia no podrá ejercitarse el derecho de opción, por lo que nos encontraremos ante una simulación en la contratación, por lo que la ruptura de la simulación deberá permitir recuperar todos los efectos de la relación laboral, excepto claro está, lo perdido por la prescripción (en este sentido, Sentencia de veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y siete de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo resolutoria del recurso de casación 3211/1996).

⁶¹⁷ Sentencias de. T.S./SOC. de diecisiete de marzo de dos mil quince y de quince de octubre de dos mil diecinueve (esta última dictada en recurso de casación 1620/2017), entre otras.

suscrito por el trabajador se mantendrá en su total integridad, salvo lo que sea incompatible con la cesión ilegal o lo establecido en el convenio colectivo aplicable a la nueva empresa (o en su caso el convenio de empresa)⁶¹⁸.

D) Momento temporal para ejercitar las acciones:

Contra la cesión ilegal solo puede accionarse en el caso de que la misma se encuentre vigente, careciendo de sentido en caso contrario⁶¹⁹. No obstante, en el supuesto de que se ejercite una acción de despido a la que se acumula la cesión ilegal de trabajadores, en este caso, la cesión ilegal de mano de obra se convierte en una cuestión prejudicial interna del despido y el plazo para ejercitar la demanda es el previsto con carácter general para el despido del art. 59. 3º del ET (en este sentido, Sentencia TS/SOC 375/2019 de dieciséis de mayo, ponente D^a. María Luisa Segobiano Astaburuaga).

Para reclamar las diferencias salariales el plazo de la acción de un año no se inicia cuando mediante sentencia firme del Juzgado de lo Social se declare la cesión ilegal, sino en el momento previsto para su pago⁶²⁰.

E) Efectos económicos:

Los efectos económicos de la cesión ilegal se computarán desde el mismo momento en el que se consumó la cesión ilegal, en el momento inicial de cesión⁶²¹.

En todo caso, para el trabajador que, ejercitando su derecho, opta por la entidad cesionaria, los efectos económicos tienen lugar desde que se inicia la prestación laboral para la empresa cesionaria⁶²².

Una vez finalizado el estudio de la cesión legal e ilegal de trabajadores, la presente obra se adentrará en otras modalidades de colaboración interempresarial

⁶¹⁸ Mercader Uguina, J.R. *Op. Cit.* Pág. 215.

⁶¹⁹ En esta dirección se ha pronunciado en múltiples ocasiones nuestra jurisprudencia “mayor” en el orden social, baste con señalar las Sentencias de veintiuno de junio de dos mil dieciséis, de veintiocho de febrero y once de julio de dos mil dieciocho.

⁶²⁰ Así lo declara la Sentencia de treinta de abril de dos mil catorce del T.S./SOC., entre otras.

⁶²¹ Lo expuesto se entiende en el caso que la acción no haya prescrito con respecto a alguna etapa temporal (Vid. Sentencias de veintiséis de noviembre de dos mil trece y de once de febrero de dos mil catorce del T.S./SOC.).

⁶²² El efecto económico tendrá lugar *ex tunc e ipso iure* (en este sentido, Sentencias de veinticuatro de noviembre de dos mil diez y cuatro de julio de dos mil trece del T.S./SOC.).

destinadas a garantizar la viabilidad de la empresa en el tráfico jurídico-empresarial y, sobre todo, teniendo en cuenta la Teoría de la súper posición, a otorgar oportunidades de trabajo a los trabajadores a través de múltiples modalidades contractuales provenientes de diferentes tipos societarios.

6.5.4. Diferencias significativas entre la cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios

Una vez que se han desentrañado ambas figuras jurídicas, para poder exprimir o agotar al máximo el análisis extrínseco e intrínseco de dichas modalidades de cooperación de carácter interempresarial, así como para que podamos entender mejor las diferencias significativas entre la cesión ilegal de trabajadores y la contrata o subcontrata de obras o servicios, resulta conveniente acudir a diversos pronunciamientos del T.S./SOC.

El T.S./SOC. en la reciente Sentencia 3091/23 de veintiocho de junio de dos mil veintitrés, en el Asunto de la subcontratación del servicio de mantenimiento de medios electrónicos, informáticos o telemáticos de un hospital de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha negado que exista una interposición ilícita de mano de obra y si, por el contrario, una contrata lícita, reseñando que las diferencias esenciales entre ambas figuras jurídicas son las siguientes:

-Mientras que en la cesión ilegal existe una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria, en la contrata es la empresa contratista la que ejerce como verdadero o auténtico empresario con respecto a sus empleados, ostentando la organización y dirección de la prestación de carácter laboral.

-Por otro lado, en la contrata de obras o servicios la empresa contratista debe ejercer un verdadero control de la actividad de sus empleados mientras que en la cesión ilegal es la empresa cesionaria la que ejerce dicho control al no desempeñarlo de manera real y efectiva la empresa cedente.

-También resulta un criterio decisivo de diferenciación el hecho de que la empresa contratista disponga de una infraestructura organizativa suficiente y adecuada puesto que en muchos supuestos de cesión ilegal nos encontramos ante meras sociedades pantalla dirigidas a ocultar la realidad económica de la entidad

cesionaria o a interponerse entre el trabajador y el empresario real, careciendo por tanto de infraestructura organizativa.

-Finalmente, a diferencia de lo que sucede en la interposición ilícita de mano de obra en la que la empresa o entidad cedente no asume el riesgo empresarial, en la contrata de obras o servicios el contratista debe asumir el riesgo y ventura de la actividad que desempeña debiendo ser la contrata una actividad distinta de la desarrollada por la empresa principal.

6.6. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA IDENTIFICACIÓN DEL EMPRESARIO: LOS GRUPOS DE EMPRESAS Y LOS EMPRESARIOS SIN PERSONALIDAD JURÍDICA

En el presente apartado tratamos de los problemas que se dan en la práctica para exigir responsabilidad a un empresario, bien porque carezca de personalidad jurídica como las comunidades de bienes, uniones temporales de empresas o herencias yacentes, bien porque exista un grupo de empresas en el que concurrirá especial dificultad en determinar cuál es el empresario verdadero o real y cual el aparente.

Tales problemas tienen repercusión en los trabajadores de dichas entidades, quienes no sabrán frente a quien tienen que responder o frente a quien deben ejercitar sus derechos, lo que pondrá trabas a la posterior exigencia judicial de responsabilidades.

Por lo expuesto, la jurisprudencia ha elaborado un cuerpo normativo-doctrinal para determinar quién debe responder, al concurrir en el sujeto responsable una serie de condiciones, haciéndose valer, una vez más, la súper posición del Derecho Laboral frente al Derecho Mercantil.

6.6.1. Los grupos de empresas: delimitación de la figura y supuestos de imputación de responsabilidad

El grupo de empresas⁶²³, en su vertiente laboral⁶²⁴, carece de regulación legal unitaria⁶²⁵, pues además de crear cuerpo normativo-doctrinal, la jurisprudencia del orden jurisdiccional social también ha creado esta figura jurídica por la necesidad de salvaguardar los intereses de los trabajadores a través de la imputación de una responsabilidad solidaria a la totalidad de las empresas que formen parte del grupo, correspondiendo a los Juzgados de lo Social determinar quién es el verdadero empresario o empresario real y determinar el aparente o interpuesto⁶²⁶.

A pesar de que un vasto sector doctrinal considera que debe imputársele la responsabilidad al grupo en su integridad⁶²⁷ nuestra jurisprudencia entiende que, por regla general, el trabajador mantendrá su vinculación contractual con la empresa que aparece como empleadora (formalmente), no derivándose sin más una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones que se hayan contraído

⁶²³ Se considera como grupo de empresas a la conjunción de varias sociedades agrupadas, las cuales cada una ostenta su propia personalidad jurídica, independiente de la del grupo, pero que se encuentran bajo una dirección única de mando, bajo una unidad de decisión. Vid. Néstor de Buen, L., Bueno Magano, O. y Albuquerque, R. (1982). Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el derecho del trabajo. *Libros (Biblioteca jurídica virtual) [5609] de la Universidad nacional autónoma de México*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/861/1.pdf>; por su parte, Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia caracterizan al grupo de empresa, identificando dentro del mismo a dos o más entidades autónomas que actúan en sus relaciones de manera integrada y/o coordinada, adoptando decisiones comunes, lo que da lugar a considerar que solo exista una única organización, gestión y realidad económica, Vid. Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J. (2020). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.

⁶²⁴ García-Perrote insiste en que no debe confundirse el grupo de empresas mercantil que viene regulado en el artículo 42 del C.co con el grupo de empresas social que es una creación jurisprudencial, Vid. García-Perrote Escartín, I. (2018). *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 253-259.

⁶²⁵ No obstante, podemos encontrar algunas referencias a los grupos de empresa en el artículo 87 del E.T. y en el art. 215 de la L.G.S.S.

⁶²⁶ Esta afirmación procede de la Sentencia 46/1983 de veintisiete de mayo del T.C., en la que atribuía a la antigua Magistratura de Trabajo (hoy Juzgados de lo Social) para determinar quién es el verdadero empresario.

⁶²⁷ Para la comprobación de tal aserto, Vid. Pla Rodríguez, A. (1981). Los grupos de empresas. *Revista española de derecho del trabajo n.º 6*, pp. 187-192.

por una de las empresas del grupo con sus propios trabajadores, siendo necesario para la derivación de responsabilidad al grupo de empresas en su conjunto, que concurra alguno de los siguientes elementos: A) Una prestación de trabajo indiferenciada o un funcionamiento unitario; B) Una confusión de patrimonios; C) Una unidad de “caja”; o D) El uso abusivo de la dirección unitaria o la utilización fraudulenta de la personalidad jurídica⁶²⁸.

Si bien, cada uno de tales supuestos mencionados requiere de una serie de precisiones, también jurisprudenciales, que tenemos que reseñar:

A) Prestación de trabajo indiferenciada o funcionamiento unitario

De acuerdo con la jurisprudencia en la materia, para que pueda hablarse de grupo “patológico” de empresas debe concurrir el requisito de la unidad de plantillas, es decir, que el trabajador preste su actividad laboral indistintamente para más de una empresa del grupo, simultánea o sucesivamente, debiendo ponerse en todo caso en relación el número de trabajadores que se encuentran en esta situación en comparación con el total de los contratados y las formas de circulación de estos.

B) Confusión de patrimonios

Existirá grupo patológico de empresas en el caso de que se constatare una confusión de los patrimonios de las sociedades, o como declaró nuestro Tribunal Supremo *una situación de patrimonio único por permeabilidad operativa y contable*⁶²⁹ que dé lugar a lo que se ha venido denominando *promiscuidad en la gestión económica*⁶³⁰.

Dentro del concepto de promiscuidad en la gestión económica deben incluirse los supuestos de gestión económica anormal, irregular o injustificada.

⁶²⁸ Esta doctrina jurisprudencial viene consagrada en múltiples, y en ocasiones, reiteradas Sentencias del T.S./SOC., tales como la de veintisiete de mayo de dos mil trece [R.º Casación 78/2012], de veinticuatro de septiembre de dos mil trece [R.º Casación 2828/2012], de diecinueve de diciembre de dos mil trece [R.º Casación 37/2013], de veintiocho de enero de dos mil catorce [R.º Casación 46/2013] o diecinueve de febrero de dos mil catorce [R.º Casación 45/2013], entre muchas otras.

⁶²⁹ Vid. Sentencia del T.S./SOC. de veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres.

⁶³⁰ Vid. Sentencia de T.S./SOC. de veintisiete de marzo de dos mil trece [R.º 78/2012].

C) *Unidad de caja*

La unidad de caja no deja de ser una derivación de la confusión patrimonial, si bien en su máxima escala, de manera que directamente no haya una confusión, sino un único patrimonio del grupo patológico.

No obstante, la anterior es solo nuestra opinión, jurisprudencialmente, la caja única y la confusión patrimonial son términos equivalentes, pues en ambos casos existe una comunicación entre los patrimonios de las empresas del grupo:

Ya sea por la existencia de una comunidad patrimonial, que permite entradas y salidas de fondos económicos⁶³¹, o bien, por un funcionamiento económico integrado en el que todo tipo de activos y pasivos, pertenecientes a distintos titulares formales, se acaban entremezclando en su disposición, uso y disfrute⁶³².

D) *Uso abusivo de la dirección unitaria o utilización fraudulenta de personalidad jurídica*

Aunque agrupados bajo el mismo título se trata de supuestos diferenciados.

El uso abusivo o anormal tiene lugar cuando se ocasiona un perjuicio a los trabajadores a través de prácticas abusivas, como son aquellos supuestos en los que se actúa en beneficio exclusivo del grupo o de la sociedad dominante⁶³³.

La utilización fraudulenta de personalidad jurídica tiene lugar cuando se crean empresas o entidades ficticias para encubrir la verdadera realidad

⁶³¹ En este sentido, Sentencia de la Sala de lo Social de la A.N. de veintiséis de julio de dos mil doce (RJ 2012, 124), Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de siete de junio de dos mil trece (RJ 2013, 21), Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid de veintinueve de enero de dos mil catorce (R.º 1652/2013) y Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del País Vasco de diecinueve de julio de dos mil dieciséis (RJ 2016, 1138).

⁶³² Baz Rodríguez, J. (2017). Trabajo y Derecho. Monográfico 5/2017 de 1 de junio. *La revisión de la construcción jurisprudencial sobre la empresa de grupo como unidad de empresa laboral* (9-10). Madrid: Wolters Kluwer.

⁶³³ Para un estudio más detallado Vid. Sentencia del T.S./SOC. de veintinueve de enero de dos mil catorce [R.º Casación 121/2013].

económica⁶³⁴, dando como resultado un fraude en la personificación, lo que dará lugar a la aplicación de la conocida como Teoría del *levantamiento del velo*⁶³⁵.

6.6.2. Los empresarios sin personalidad jurídica

Los empresarios sin personalidad jurídica también pueden contratar a trabajadores lo que originará no pocos problemas en la práctica en cuanto a los derechos y deberes de las partes y, sobre todo, frente a quien exigir responsabilidades.

En vistas de tal problemática, y a pesar de que existen diversos supuestos contemplados en la ley en los que se admite la constitución de entidades sin personalidad jurídica, lo cierto es que también en este ámbito existe una copiosa doctrina jurisprudencial que determina quién es el responsable de la entidad sin personalidad y de qué manera debe responder, pues no todas las entidades de que vamos a tratar ostentan el mismo régimen jurídico.

Por lo tanto, es evidente el interés por el estudio de esta macro figura jurídica, no solo por determinar quién debe cumplir los deberes laborales, correlativos a los derechos laborales del trabajador, sino también por la posibilidad de efectuar diversas prestaciones, de obras o servicios de carácter laboral, para entidades tales como las comunidades de bienes (con sus manifestaciones específicas de comunidad de pastos y comunidad de vecinos), la sociedad civil, las uniones temporales de empresas (que, aunque con denominación similar a los grupos de empresas, vienen claramente diferenciadas por la ley, tratándose de dos

⁶³⁴ Así lo entiende la jurisprudencia del orden social, Vid. Sentencia de veinte de marzo de dos mil trece del T.S./SOC. [R.º Casación 81/2012].

⁶³⁵ Esta doctrina, de origen anglosajón, determina la posibilidad, en el caso de que la estructura formal de la persona jurídica se utilice con una finalidad no permitida en derecho, que raya lo fraudulento, de que los tribunales de justicia (en nuestro caso, Juzgados de lo Social, aunque suele ser más aplicada en el ámbito del Derecho Mercantil) puedan prescindir de la forma externa de la empresa con la finalidad de determinar las verdaderas intenciones o voluntades de la persona jurídica, en todo caso, se trata de una técnica que solo puede utilizarse con carácter excepcional (en similar sentido se pronuncia nuestro Alto Tribunal, Sala Primera de lo Civil, en Sentencias de veintiocho de enero de dos mil cinco [RJ 2005, 829] y de veintiocho de febrero de dos mil ocho [RJ 2008, 4] entre otras), como en el caso del grupo de empresas.

instituciones empresariales distintas como luego veremos), así como la herencia yacente.

A) *LA COMUNIDAD DE BIENES: EXAMEN DE LA COMUNIDAD DE VECINOS*

El Título III del Libro I del C.C. se intitula “De la Comunidad de bienes” comprendiendo los arts. 392 a 406.

Por comunidad de bienes podemos entender, según el art. 392 del C.C., al conjunto de personas que ostentan la copropiedad o cotitularidad sobre un bien o un derecho⁶³⁶.

Por lo tanto, no estamos en puridad ante una figura mercantil o laboral, sino civil, aunque el art. 1. 2º del E.T. permite que las comunidades de bienes sean empresarios, que, aunque no ostenten personalidad jurídica, poseen capacidad para contratar trabajadores y, por lo tanto, ser titulares de derechos y obligaciones en una relación laboral.

La jurisprudencia de suplicación del orden social se encuentra dividida, pues mientras unos tribunales entienden que al carecer de personalidad jurídica las comunidades de bienes carecen así mismo de capacidad para ser sujeto del contrato de trabajo, considerando que el empresario serían los comuneros⁶³⁷, otro sector jurisprudencial, el dominante, considera que si bien es cierto que carecen de personalidad jurídica las comunidades de bienes, pueden considerarse empresarios, aunque la responsabilidad no pueda exigirse como tal a la comunidad de bienes sino a los comuneros⁶³⁸.

Lo cierto es que nuestra experiencia en los Juzgados de lo Social me lleva a posicionarme por la postura dominante, pues si bien es cierto que deben demandarse a todos los comuneros, no es menos cierto que el empresario, tanto

⁶³⁶ El T.S./CIV., en Sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho [R.º 3121/1996], declaró que es posible que la comunidad de bienes se constituya tanto sobre bienes como derechos reales como sobre créditos.

⁶³⁷ Sustenta esta posición la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid en Sentencia de veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve [R] 1999, 772].

⁶³⁸ Esta es la posición dominante, sostenida entre otros por la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Galicia en Sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil tres, recaída en recurso de suplicación 5906/2000.

para los comuneros como para los trabajadores, es la comunidad de bienes, sin perjuicio de que los comuneros deban responder por la comunidad de bienes, pues las decisiones que adopta la comunidad de bienes derivan del acuerdo mayoritario de los comuneros⁶³⁹.

Como comunidades de bienes, tanto ordinarias como especiales, y pese a la discusión doctrinal sobre el encuadramiento de alguna de ellas como comunidad, podemos citar: A) la propiedad de casas por pisos o locales; B) la sociedad de gananciales; C) la del contrato de sociedad; D) la de los coherederos; E) la que es consecuencia de la conmixción; F) la de pastos o leñas; G) la de los buques; H) la de aguas; I) la medianería; J) la de la propiedad industrial o intelectual, etc.

De estas, merecen especial importancia, por su enorme trascendencia en la práctica, el contrato de sociedad y la comunidad de casas por pisos o locales que comúnmente recibe la denominación de comunidad de vecinos, como el contrato civil de sociedad será estudiado en el siguiente apartado, nos detendremos en el presente a estudiar la comunidad de vecinos.

La comunidad de vecinos únicamente venía regulada en el art. 396 del C.C., sin embargo, la escasa regulación contenida en el precepto sobre este fenómeno de gran trascendencia en la sociedad, obligó a desarrollarlo a través de la Ley 49/1960, de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta, de Propiedad Horizontal⁶⁴⁰, que ha sido objeto de numerosas reformas.

En todo caso, lo que nos interesa es el fenómeno tan frecuente que se da en la práctica de que las comunidades de vecinos intervengan en el mercado laboral para contratar trabajos de limpieza, vigilancia, portería, jardinería, mantenimiento etc., constituyéndose así en empresarios, configurándose como una persona jurídica con capacidad para ser titular de derechos y obligaciones en la relación laboral.

La especialidad de la comunidad de vecinos, además de estar presente en el día a día de una gran parte de la población, es que cuenta con un patrimonio propio, distinto del de los propietarios de las viviendas y, sobre todo, que será la que responda frente a terceros, sin que en caso de insolvencia los propietarios, cuya

⁶³⁹ Vid. art. 398 del C.C.

⁶⁴⁰ B.O.E. n.º 176, de veintitrés de julio de mil novecientos sesenta, pp. 10229 a 10303. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1960-10906>.

responsabilidad es en todo caso subsidiaria, respondan más de lo correspondiente a su cuota de participación.

B) LA SOCIEDAD CIVIL

La sociedad civil, comunidad de bienes especializada, viene regulada con carácter general en el Título VIII del Libro IV del C.C. (arts. 1665 y ss.).

Estamos en presencia de un contrato entre personas que tiene lugar cuando se ponen en común dinero, bienes o industria con ánimo de repartirlos entre sí, y tiene carácter civil y no mercantil porque viene regulada en el C.C. y no se somete al régimen propio de las sociedades mercantiles.

Sin embargo, para que este tipo de sociedad carezca de personalidad jurídica y se rija por la comunidad de bienes, deben mantenerse secretos los pactos entre los socios y los que cada uno de los socios contrate en su propio nombre con los terceros⁶⁴¹.

En este caso, se registrá por las normas ya citadas de la comunidad de bienes, por lo que, pese a que se trata de una figura de gran trascendencia en la práctica, no procede entretenerse más en su estudio, pues en la realidad práctico-jurídica será una comunidad de bienes, con las mismas consecuencias ya tratadas.

C) LAS UNIONES TEMPORALES DE EMPRESA

Las Uniones Temporales de Empresas vienen reguladas básicamente en la Ley 18/1982 de veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y dos, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional⁶⁴².

De acuerdo con la regulación legal y puntualizaciones doctrinales, podemos definir a la Unión Temporal de Empresas (en adelante U.T.E.) como un sistema de concentraciones de capitales o negocios conjuntos⁶⁴³, en definitiva, de colaboración

⁶⁴¹ Vid. Art. 1669 del C.C. a *sensu contrario*.

⁶⁴² B.O.E. n.º 137, de nueve de junio del año mil novecientos ochenta y dos, pp. 15642 a 15646. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1982-13818>.

⁶⁴³ Platero Alcón, A. (2017). Las Uniones Temporales de Empresas en el Ordenamiento Jurídico Español. *Revista Ratio Juris* vol.12 n.º 25, pp. 89-116. DOI: 10.24142/raju.v12n25a5. Sobre el concepto de concentración de capitales o negocios conjuntos puede acudir a la

entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo y/o ejecución de una obra, servicio o suministro⁶⁴⁴.

De lo expuesto puede deducirse que no estamos ante una sociedad como tal sino ante una modalidad de cooperación temporal interempresarial, cuyas principales características son las de carecer de personalidad jurídica⁶⁴⁵ y estar limitada en el tiempo.

El problema más común que presenta esta modalidad de cooperación interempresarial, en lo que a nosotros interesa, es determinar quién es el empresario responsable de cara a los trabajadores, si la U.T.E.⁶⁴⁶ en su conjunto o una empresa en particular.

En este caso, nos encontramos ante un supuesto, que, aunque semejante, es diferente al grupo de empresas anteriormente.

Para determinar el empresario responsable debe distinguirse un doble supuesto según que la U.T.E. se sirva de los trabajadores de las empresas agrupadas o los contrate ella misma directamente.

1) *Que la Unión Temporal de Empresas se sirva de los trabajadores de las empresas agrupadas*

Si se da este caso, cada una de las sociedades que formen parte de la U.T.E. será así mismo la responsable frente a sus trabajadores, ostentando la condición de empresario frente a los mismos, aunque, como garantía de los trabajadores también

obra de Arimany Serrat, N. (2008). Las Uniones Temporales de Empresas en el nuevo PGC. *Revista reforma contable n.º 200*, pp. 76-87.

⁶⁴⁴ Vid. Artículo 7 de la Ley 18/1982, de veintiséis de mayo de mil novecientos ochenta y dos.

⁶⁴⁵ Sobre las razones de la falta de personalidad jurídica de la Unión Temporal de Empresa puede verse la obra de Gómez Calero, J. (2001). *Las agrupaciones de interés económico, las uniones temporales de empresas*. Madrid: Marcial Pons; y Paz-Ares Rodríguez, J. C. (1999). Uniones de empresas y grupos de sociedades. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid, n.º 1*, pp. 223-252.

⁶⁴⁶ Un tema particular relacionado con estas empresas sin personalidad jurídica fue la de si podían concurrir a una licitación pública, el T.S./CON-A. en Sentencia de dieciséis de noviembre del año mil novecientos noventa y tres, declaró que la Adm. Púb. no puede impedir que la U.T.T. pueda participar en una licitación pública, doctrina que posteriormente fue confirmada por Sentencia de dieciocho de diciembre de del año dos mil siete del T.J.U.E. recaída en el Asunto C-357/06.

cabe exigir responsabilidad a la U.T.E., pues, en definitiva, la misma se está beneficiando de los servicios laborales prestados por los trabajadores.

2) *Que la Unión Temporal de Empresas sea quien contrate a los trabajadores*

Por el contrario, en este supuesto será la U.T.E. la que ostente la condición jurídica de empresario, aunque no ostente personalidad jurídica.

D) *LA HERENCIA YACENTE*

La herencia yacente carece de una regulación completa en nuestro ordenamiento jurídico, laguna que ha sido suplida por nuestra jurisprudencia. En todo caso, en el C.C. podemos encontrar una referencia a la herencia yacente en el art. 1934 para confirmar que el instituto jurídico de la prescripción también se aplica a la misma.

Una definición sobre herencia yacente⁶⁴⁷ puede consistir en calificarla como el tiempo o periodo que media entre la muerte del causante de la herencia y la aceptación de la misma herencia por sus herederos⁶⁴⁸.

Constituye doctrina pacífica que la herencia yacente, desde el mismo momento de la muerte del empresario individual, adquiere la condición de empresario y deberá responder frente a los trabajadores con el caudal hereditario, situación que se mantendrá hasta que la herencia sea aceptada⁶⁴⁹.

Como bien es sabido, la herencia yacente carece de personalidad jurídica pero sí que ostenta capacidad para comparecer en el proceso⁶⁵⁰.

Por lo que respecta al ámbito del Derecho Concursal, la nueva L.C. dedica el Cap. I “Del concurso de la herencia” del Título XIV intitulado “De los concursos de acreedores con especialidades” del Libro I, a la herencia yacente, por lo que la

⁶⁴⁷ El T.S./CIV., en Sentencia 387/2000 de once de abril, declaró que la situación de yacencia hereditaria no equivale a herencia vacante.

⁶⁴⁸ La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública manifestó, en resolución de tres de septiembre de dos mil veinte, que el presupuesto necesario para la existencia de la herencia yacente es que aún no esté aceptada la herencia.

⁶⁴⁹ En este sentido se ha pronunciado el T.S./SOC. en Sentencia de doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete [RJ 1987, 1435].

⁶⁵⁰ Así se deriva expresamente del apartado 4º del art. 6 de la L.E.C.

muerte de la persona no pone fin al concurso de acreedores, continuando como concurso de la herencia, la cual deberá mantenerse indivisa⁶⁵¹.

6.7. EL PROCEDIMIENTO DE CARÁCTER COLECTIVO DE MODIFICACIÓN SUSTANCIAL DE CONDICIONES DE TRABAJO, MOVILIDAD GEOGRÁFICA, SUSPENSIÓN DEL CONTRATO O REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O DERIVADO DE FUERZA MAYOR Y DESPIDOS COLECTIVOS

La materia que abordamos tiene acogida legal en los artículos 40 “Movilidad geográfica” 41 “Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo” 47 “Suspensión del contrato o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o derivadas de fuerza mayor” y 51 “Despidos colectivos” del E.T. ubicados en la Sección 1ª sobre Movilidad funcional y geográfica del Cap. III intitulado “Modificación, suspensión y extinción del contrato de trabajo” del Título I que lleva por rúbrica “De la relación individual de trabajo”.

A) MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO

Alterando el orden de los preceptos legales, comenzaremos por el análisis de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, debiendo entenderse como tales las que afecten a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites del art. 39 del E.T., y en general aquellas variaciones notorias que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, debiendo valorarse la importancia cualitativa de la variación impuesta así como su alcance temporal y compensaciones pactadas, en este sentido, Vid. Sentencia del T.S./SOC. 4334/2021 de dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno.

En definitiva, debe descenderse al caso concreto, analizar las circunstancias específicas para, a partir de dicho examen, dar respuesta por su orden a las siguientes cuestiones:

⁶⁵¹ García Arrufat, E. (2010). *Cuestiones procesales en el Derecho Concursal, (Leyes 22-2003 y 8-2003)* (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid.

A) En primer lugar, valorar si nos encontramos ante una modificación contractual que, además, quepa calificarla como esencial o sustancial.

B) En segundo lugar, y en atención a dicha circunstancia, debe procederse a la valoración del cauce seguido para su materialización, para determinar si se han cumplido o no se han cumplido las exigencias de los arts. 41 del E.T. y 138 de la L.R.J.S.

Como ejemplos de modificaciones sustanciales nuestra jurisprudencia ofrece, entre otros, los siguientes: a) adelantar una hora la entrada y la salida al trabajo; b) sustituir un horario continuado por uno partido; c) la modificación del horario que incremente los días de trabajo; d) la cuantía del salario; e) supresión o sustitución de partidas salariales; f) la reducción o supresión de las percepciones o beneficios extrasalariales; g) la modificación de las variables, bases o factores del cálculo del salario así como, del medio de pago o condiciones de disfrute de las percepciones en especie⁶⁵².

Pese a tal clasificación, lo cierto es que nos encontramos ante un *numerus apertus*⁶⁵³, pues cabe considerar como modificación sustancial todas aquellas que ostenten relevancia y afecten a condiciones laborales ya reconocidas en contrato de trabajo, acuerdo colectivo, convenio colectivo o decisión unilateral de empresa de carácter colectivo siempre que sean debidas a razones económicas, técnicas, organizativas o de producción⁶⁵⁴.

Interesa en esta sede la modificación sustancial de carácter colectivo que son las que en un periodo de 90 días afecte al menos a diez trabajadores en las empresas que cuenten con menos de cien trabajadores, el diez por ciento de trabajadores de la empresa en las empresas que cuenten de 100 a 300 trabajadores y treinta trabajadores en las empresas que cuenten con más de 300 trabajadores, las que no alcancen estos umbrales tendrán la consideración de individuales.

⁶⁵² En este sentido, acúdase a las Sentencias de diecisiete de mayo de dos mil cinco [R.º 2363/2004], de veintiocho de febrero de dos mil siete [R.º 184/2005], de diecisiete de enero de dos mil siete [R.º 3789/2005], de diecinueve de marzo del año dos mil uno [R.º 1573/2000], de once de mayo del año dos mil cuatro [R.º 95/2003] y de cuatro de abril del año dos mil seis [R.º 111/2005] del T.S./SOC.

⁶⁵³ Vid. Sentencia de doce de septiembre de dos mil dieciséis del T.S./SOC.

⁶⁵⁴ Vid. Sentencia de veinticuatro de enero del año dos mil diecisiete del T.S./SOC. en relación con la Sentencia 8/2015 de veintidós de enero del año dos mil quince del Tribunal Constitucional.

Como puede comprobarse de lo expuesto, nos encontramos ante una decisión de carácter empresarial que debe adoptarse a través de un procedimiento que se rige por distintas reglas, según se trate de modificación individual o colectiva, y la falta de cumplimiento de tales reglas da lugar a infracción administrativa grave (ex artículo 7.6º de la L.I.S.O.S.), sin perjuicio de que además se consideren nulas las modificaciones fraccionadas para eludir la tramitación de la colectiva, las que eludan las normas sobre período de consultas, las que tengan por móvil causas discriminatorias o que sean contrarias a derechos fundamentales y libertades públicas, y en su caso, las que comportan la nulidad del despido⁶⁵⁵.

Centrándonos en el procedimiento de carácter colectivo, son aplicables las reglas del apartado 4º del artículo 41 del E.T. en el caso de que la negociación colectiva no haya regulado sobre el particular.

Como trámite de este procedimiento legal debemos reseñar el período de consultas (o el procedimiento de mediación o de arbitraje) entre el empresario y los representantes de los trabajadores que no puede exceder de los 15 días, trámite que puede acabar con o sin acuerdo, en el caso de que finalice sin acuerdo el empresario adoptará la decisión de que se trate la cual surte efectos a los 7 días posteriores a la notificación a los trabajadores, decisión que puede ser impugnada en el plazo de caducidad de 20 días hábiles del artículo 59.4º del E.T., en nuestro caso por vía del conflicto colectivo (es decir, por el procedimiento judicial de los arts. 153 a 162 de la L.R.J.S.), correspondiendo en este supuesto el conocimiento de la causa a la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de que se trate o a la Sala de lo

⁶⁵⁵ Vid. apartado 2º del art. 108 de la L.R.J.S. en relación con los arts. 53.4º y 55.5º del E.T. los cuales establecen las causas de nulidad del despido, habiendo sido ampliadas dichas causas, incorporándose como nuevas causas de nulidad del despido las del despido efectuado disfrutando del nuevo permiso parental del art. 48 *bis* del E.T. o disfrutando las adaptaciones y distribuciones de jornada, siempre que no proceda la procedencia del despido, por el R.D-ley 5/2023 de veintiocho de junio del año dos mil veintitrés por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la U.E. en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del D.U.E. B.O.E. n.º 154, de veintinueve de junio del año dos mil veintitrés, páginas 90565 a 90788. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-15135>.

Social de la A.N., o incluso, al Juzgado de lo Social, dependiendo del ámbito del conflicto.

Finalmente, resulta obligado traer a colación la reciente Sentencia del T.S./SOC. 3808/2023 de catorce de septiembre del año dos mil veintitrés al modificar la doctrina existente con anterioridad en esta materia, y es que mientras que contra la Sentencia que resuelva sobre la modificación sustancial de carácter colectivo siempre cabe recurso de suplicación, contra la Sentencia que resuelve la modalidad de carácter individual no cabe recurso alguno, salvo claro está, en caso de acumulación de la acción de vulneración de DD.FF., afectación general o infracción procedimental, poniéndose fin a la anterior doctrina jurisprudencial que permitía el acceso a la suplicación cuando se hubiese solicitado una reparación de daños y perjuicios en cuantía superior a los tres mil euros.

B) MOVILIDAD GEOGRÁFICA

La regulación actual de la movilidad geográfica se debe en gran parte a la Directiva 1996/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores⁶⁵⁶ que fue traspuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 45/1999 de veintinueve de noviembre del año mil novecientos noventa y nueve.

A pesar de que la movilidad geográfica, cuando implique cambio de residencia, tenga la consideración de modificación sustancial de condiciones de trabajo, se rige por sus propias reglas consagradas en el artículo 40 del E.T.

Quedan incluidos tanto los supuestos de traslados como de desplazamientos debidos a las mismas razones empresariales que en el supuesto anterior.

Comenzaremos con el estudio de los traslados de carácter colectivo cuya calificación como colectivo sigue también las mismas reglas que en el caso anterior para delimitarlos con los de carácter individual, señalándose como requisito adicional que el número de traslados se produzca con carácter simultáneo o espaciado en el mismo periodo de 90 días, siendo aplicables las mismas causas de nulidad que han sido referenciadas en la modificación sustancial de condiciones de trabajo.

El trámite fundamental de esta modalidad también es la de un periodo de consultas entre el empresario y los representantes de los trabajadores no superior

⁶⁵⁶ Sobre esta Directiva *Et. Infra.* Cap. IV.

a 15 días, debiendo comunicarse tanto el inicio como finalización de la consulta a la Administración laboral.

Finalizado el período de consultas el empresario debe adoptar una decisión que puede ser impugnada ante la jurisdicción social por los trámites del conflicto colectivo. Al igual que en el caso anterior, el periodo de consultas puede ser sustituido por un procedimiento de mediación o de arbitraje.

Por lo que se refiere al desplazamiento, sigue un procedimiento similar al del traslado de carácter individual, con algunas especialidades.

C) SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO O REDUCCIÓN DE JORNADA POR CAUSAS ECONÓMICAS, TÉCNICAS, ORGANIZATIVAS O DE PRODUCCIÓN O DERIVADAS DE FUERZA MAYOR

Entrando en la suspensión del contrato de trabajo⁶⁵⁷ o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción o por fuerza mayor, el art. 47 del E.T.⁶⁵⁸ establece alguna peculiaridad con respecto a los procedimientos ya examinados.

Prescindiendo del supuesto de suspensión de contrato por fuerza mayor que tiene unas singularidades propias, el procedimiento se inicia con la comunicación por el empresario a la autoridad laboral de su propósito, mediante simultáneo periodo de consultas similar a los supuestos tratados (de duración no superior a 15 días, o de 7 días, en caso de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores). La autoridad laboral deberá comunicar la decisión que adopte el empresario a la entidad gestora de las prestaciones por desempleo y recabar el informe de la Inspección de Trabajo.

⁶⁵⁷ La suspensión por causas ETOP solo procede si las causas son coyunturales y temporales, pero no de carácter estructural, la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida están relacionadas con las causas y efectos sobre los contratos (en este sentido, Sentencia de nueve de septiembre de dos mil veinte del TS/SOC).

⁶⁵⁸ Este precepto ha sido reformado por el citado R.D-ley. 32/2021 de veintiocho de diciembre de dos mil veintiuno, haciéndose hincapié en la “temporalidad” de las causas E.T.O.P.

El periodo de consultas puede finalizar con o sin acuerdo, en el caso de que finalice sin acuerdo, la decisión del empresario⁶⁵⁹, que deberá ser comunicada tanto a los trabajadores como a la autoridad laboral, puede ser impugnada ante la jurisdicción social por los trámites del conflicto colectivo.

También en esta modalidad cabe la sustitución del periodo de consultas por un procedimiento de mediación o de arbitraje.

La regulación difiere en el caso de suspensión de contrato por fuerza mayor, ya que será aplicable el apartado 7º del art. 51 del E.T., como especialidad se requiere que la fuerza mayor sea apreciada por la autoridad laboral sin necesidad de periodo de consultas⁶⁶⁰.

Como ejemplos de fuerza mayor se citan por la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, entre otros, los siguientes: a) la lluvia que por su intensidad y frecuencia pueda calificarse de extraordinaria y por ello determine una interrupción en el abastecimiento; b) la nevada de cierta intensidad que impide el acceso de los trabajadores a la empresa; c) el incendio en una explotación a pesar de las medidas de prevención y extinción vigentes; y d) el desabastecimiento de piezas en empresas como consecuencia de una huelga prolongada que determine cortes de carretera y cierre de fronteras⁶⁶¹.

D) DESPIDOS COLECTIVOS

El despido colectivo, que debe estar fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, como así se desprende del artículo 51 del E.T. el cual ha adaptado su terminología a la Directiva 1998/59/CE sobre aproximación de

⁶⁵⁹ La Sala de lo Social de la A.N. declaró, en Sentencia de siete de noviembre del año dos mil dieciséis, que estamos ante una medida adecuada para superar lo antes posible los efectos negativos de las causas coyunturales.

⁶⁶⁰ El T.S./CON-A., en Sentencia de veintitrés de junio de del año dos mil tres [R.º 2443/1999], declaró que por fuerza mayor debe entenderse un evento que no pertenece a la empresa y es completamente independiente de la voluntad del empresario y, por lo tanto, es imprevisible.

⁶⁶¹ Vid. Sentencias de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro [R.º 1142/1991], de veinte de julio de mil novecientos noventa y cinco [R.º 7587/1990], de veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho [R.º 125/1994], de tres de marzo de mil novecientos noventa y ocho [R.º 7023/1992], y veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve [R.º 3536/1993] del T.S./CON-A.

las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos⁶⁶².

Como en modalidades anteriores, el carácter de colectivo se adquiere cuando se alcanzan los umbrales ya señalados de trabajadores afectados, en este caso, despedidos, no obstante, se establece una excepción, reputándose despido colectivo cuando se pretendan extinguir todos los contratos de trabajo por cesación de la empresa siempre que el número de trabajadores afectado sea superior a cinco⁶⁶³. Los despidos que no reúnan tales umbrales se tramitarán por los cauces del despido objetivo (sin que pueda acudir al mismo de manera transitoria si la empresa o sociedad está percibiendo bonificaciones públicas).

Se reputa nulo el despido colectivo cuando se intenten fraccionar los despidos por periodos (ex art. 51.1º E.T.), cuando no se haya realizado el periodo de consultas⁶⁶⁴(según reciente Sentencia del T.J.U.E. de cinco de octubre de dos mil veintitrés recaída en el Asunto C-496/22, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por Rumanía, el empresario no está obligado a efectuar la información y consultas individualmente con los trabajadores afectados por el proyecto de despido colectivo, sino que esta obligación se debe cumplimentar con la representación legal de los trabajadores) o cuando se vulneren derechos fundamentales y libertades públicas⁶⁶⁵.

⁶⁶² Sobre esta directiva *Et. Infra*. Cap. IV.

⁶⁶³ El T.J.U.E., en Sentencia de trece de mayo del año dos mil quince Asunto “Rabanal Cañas” C-392/13.

⁶⁶⁴ También se reputa nulo el periodo de consultas: “a) cuando no se realice por el empresario real; b) cuando la negociación no se lleve a cabo respetando las reglas de la buena fe; c) cuando caduca el procedimiento de consultas sin que haya acuerdo y sin que el empresario haya comunicado su decisión final; d) la inexistencia de verdaderas consultas; y e) la falta de documentación exigida” (Sentencias del T.S./SOC. de veintiuno de mayo del año dos mil quince [R.º 1504/2014], de veintitrés de septiembre de dos mil catorce [R.º 231/2013], de veintitrés de septiembre de dos mil quince [R.º 2015, 64], de diecinueve de noviembre de dos mil catorce [R.º 2014, 183], de dieciocho de febrero de dos mil catorce [R.º 42/2013], entre otras).

⁶⁶⁵ Se considera como tal la vulneración D.º derecho de huelga durante el periodo de consultas o cuando el despido colectivo es consecuencia de una represalia empresarial a la convocatoria de huelga (Sentencias de veinte de abril del año dos mil quince [R.º 354/2014] y de dieciocho de julio de dos mil catorce [R.º 11/2013] T.S./SOC).

Como en las modalidades anteriormente examinadas, nos encontramos pues ante una decisión empresarial que debe ser adoptada tras el correspondiente periodo de consultas⁶⁶⁶(el cual puede ser sustituido por procedimiento de mediación o de arbitraje), y de cuya apertura debe darse comunicación a los representantes de los trabajadores y remisión de copia a la autoridad laboral⁶⁶⁷, debiendo adjuntarse una memoria y la información adecuada para acreditar las causas de esgrimidas por el empresario⁶⁶⁸.

A diferencia de las modalidades anteriores, la duración del periodo de consultas es de 30 días naturales, o de 15 en el caso de empresas de menos de cincuenta trabajadores.

El periodo de consultas puede concluir con o sin acuerdo, y en este último caso, el empresario puede decidir el despido colectivo poniéndolo en conocimiento de los representantes de los trabajadores y de la autoridad laboral⁶⁶⁹.

Contra la decisión del empresario puede interponerse demanda ante la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma que corresponda o ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (siendo posible la impugnación individual

⁶⁶⁶ Tal y como ha declarado el T.J.U.E. en Sentencia de diez de septiembre de dos mil nueve Asunto “Akavan Eritysisalojen”, en caso de grupo de empresa la obligación de llevar a cabo el periodo de consultas recae sobre las filiales identificadas.

⁶⁶⁷ La autoridad laboral deberá recabar informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, la cual deberá evacuarlo en el plazo improrrogable de 15 días y desde la modificación efectuada por la Ley 3/2023 de veintiocho de febrero del año dos mil veintitrés de Empleo. B.O.E. n.º 51, de uno de marzo del año dos mil veintitrés, pp. 30376 a 30451. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2023-5365>, ha incrementado sus competencias, debiendo pronunciarse la Inspección de Trabajo no solo sobre la comunicación de inicio y los documentos que la acompañan sino también de las causas E.T.O.P. y la documentación de estas.

⁶⁶⁸ Según el T.S./SOC., en Sentencias de veinte de marzo del año dos mil trece y de dieciocho de febrero del año dos mil catorce, la insuficiencia de la memoria o la entrega de una contabilidad ficticia provoca la nulidad del empleo. La documentación que debe acompañarse al periodo de consultas puede verse en los arts. 3 a 5 del R.D. 1483/2012, de veintinueve de octubre del año dos mil doce, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. B.O.E. n.º 261, de treinta de octubre del año dos mil doce, pp. 76292 a 76322. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-13419>.

⁶⁶⁹ En Sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis Asunto “AGET Iraklis” C-201/15 el T.J.U.E. declaró que no es posible obstaculizar el despido colectivo cuando la empresa atraviesa serias dificultades.

del despido colectivo por parte de los trabajadores individualmente considerados mediante demanda dirigida ante el Juzgado de lo Social), pero al contrario que las modalidades anteriores, esta impugnación no se sustanciará por los trámites del conflicto colectivo sino del despido colectivo, tratándose de una modalidad procesal autónoma que se rige por el art. 124 de la L.R.J.S. y otros preceptos concordantes del E.T.

Finalmente, en materia de ejecución de la Sentencia recaída en el despido colectivo, nuestra jurisprudencia tiene por declarado que la ejecución colectiva de un despido colectivo impide el ejercicio de acciones individuales declarativas que, en el fondo, tienen la misma finalidad, siendo posible pronunciarse sobre estas cuestiones particulares en el seno de la ejecución colectiva, siempre que se refieran al hecho propio de la readmisión o a circunstancias básicas de la misma, sin que se estima inadecuación del procedimiento en los casos en los que, a efectos de la readmisión, se discute el hecho mismo de la readmisión o las circunstancias y condiciones básicas inherentes a la propia reincorporación -salario, funciones o falta de trabajo efectivo-, a *sensu contrario*, si se estima la inadecuación del procedimiento respecto de varios trabajadores que discutían la regularidad de su readmisión por cuestiones individuales -antigüedad, circunstancias personales o cuestiones acaecidas después de la constitución del título ejecutivo- (Sentencia del TS/SOC de dieciocho de enero de dos mil diecisiete, El D.^o-Base de datos de jurisprudencia y legislación (en adelante, EDJ) 4967).

Antes de concluir, esta materia tan importante tanto para el ámbito del Derecho del Trabajo como del Derecho Concursal, debemos reseñar las siguientes Sentencias del T.J.U.E. que también influyen en el proceso de despido colectivo concursal:

1) Las obligaciones de consulta y comunicación a los representantes unitarios o sindicales de los empleados recogidas en la Directiva 98/59/CE para realizar despidos colectivos, son exigibles tanto en el caso de despidos colectivos que resulten del cese definitivo del funcionamiento de una empresa decidido a instancia empresarial, como por vía de decisión judicial, aun cuando el derecho nacional interno no lo prevea así (Sentencia de siete de septiembre de dos mil seis, Asuntos C-187/05 a C-190/05).

2) La Directiva comunitaria no es de aplicación al sector público. Cuando se trata de un despido colectivo en la Administración Pública, debe resolverse con

exclusiva aplicación del art.51 ET (Sentencia de veintiuno de abril de dos mil quince).

3) Los umbrales numéricos que delimitan el despido colectivo se refieren, en el ET art.51, al “ámbito” de las entidades empresariales y no al del “centro de trabajo”. Sin embargo, conforme al derecho comunitario, deben tenerse en consideración los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado. Por ello, la opción por la empresa como ámbito de referencia solo es válida si resulta una fórmula más favorable para los trabajadores (Sentencia de treinta de abril de dos mil quince, C-80/14, Asunto “Usdaw”; Sentencia de trece de mayo de dos mil quince, C-182/13, Asunto “Lyttle”).

4) En el ámbito de concurrencia de las causas, el concepto recogido en la normativa europea de entidad empresarial que ejerce el “control” sobre el empresario que es el que despide a toda o parte de su plantilla en un procedimiento de despido colectivo, tiene en consideración a todo tipo de entidad de carácter mercantil enlazada de alguna manera con el empresario que finalmente es el que efectúa los despidos, ya sea por ostentar acciones o participaciones sociales en la entidad del empresario que acciona la palanca del despido o cualquier otra circunstancia que otorgue un poder sobre los encargados de adoptar las decisiones principales en la empresa del accionante y, en consecuencia, capaz de obligar al empresario accionante a efectuar despidos de carácter colectivos aun no queridos por el mismo (Sentencia de siete de agosto de dos mil dieciocho, C-61/17, C-62/17 y C-72/17).

5) El TJUE ha señalado que, a los efectos de cuantificar la plantilla, se debe computar también, por una parte, a un integrante del “consejo de administración” de una sociedad de capital que opera bajo la “dirección y el control” de otro órgano de la sociedad, que recibe dinero a cambio de su trabajo y no tiene ninguna participación en ella, lo que puede suponer la necesidad de computar a los altos cargos, y, por otra, a una persona que realiza una Trabajar en prácticas en una empresa para obtener conocimientos o ahondar en ellos, o seguir una formación de carácter profesional, sin recibir remuneración del empleador pero sí una ayuda de carácter económico del “organismo público” encargado de fomentar el empleo por esa actividad (Sentencia de nueve de julio de dos mil quince, Asunto “Balkaya”, C-229/14).

6) Extinciones:

- no computables: esta regla exige delimitar qué causas extintivas están excluidas del cómputo por venir de “móviles” intrínsecos a la persona del empleado: Las extinciones fundadas en la “conclusión del tiempo convenido o de la obra o servicio”. La razón es que se trata de una causa extintiva que afecta a un hecho objetivo -la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio- que delimita el periodo de vigencia del contrato desde su celebración (Sentencia de trece de mayo de dos mil quince C-392/13 recaída en el Asunto “Rabal Cañas”; STS de siete de abril de dos mil quince, EDJ 117228).

- computables: la rescisión de un contrato de trabajo a raíz de la negativa del trabajador a aceptar una modificación unilateral y sustancial de los elementos esenciales de dicho contrato en su perjuicio es un despido a efectos del cómputo del umbral numérico establecido por la Ley española sobre los despidos colectivos (Sentencia de once de noviembre de dos mil quince, C-422/14).

7) El empresario está obligado a tramitar el “periodo de consultas” con la representación unitaria (delegados de personal o comité de empresa) o sindical de los empleados cuando planea llevar a cabo ese tipo de variación “unilateral” de los aspectos o condiciones de retribución, siempre que concurran los requisitos establecidos para que los despidos sean considerados colectivos (Sentencia de veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, Asunto C-429/16).

8) Periodo que debe tomarse en consideración para contar con las extinciones de relaciones laborales a efectos de adquirir el carácter colectivo del despido: se establece un plazo temporal de referencia de 90 días para tener en cuenta si se exceden o no los umbrales. Conforme a la Sentencia de once de noviembre de dos mil veinte, Asunto “Marclean Technologies” C-300/19 el periodo de 90 días ha de calcularse computando el lapso de noventa días de consecutivos en el que haya tenido lugar el primer despido “individual” en litigio y durante el cual sucedan el mayor porcentaje de despidos o extinciones de la relación laboral por causas que no sean extrínsecas a la persona del empleado acordados por la entidad empresarial. Este pronunciamiento ha modificado la doctrina del TS de manera que el periodo de 90 días no opera exclusivamente hacia atrás o hacia adelante. Su cómputo ha de realizarse de modo que se incluyan todas las extinciones por móviles no intrínsecos a la persona del empleado a priori o posteriori al despido “individual” en litigio y en todo caso han de ser en periodos consecutivos

(SS.T.S./SOC. de nueve de diciembre de dos mil veinte, EDJ 745675 y veintiuno de julio de dos mil veintiuno, EDJ 646151).

9) No resulta contrario a la libertad de establecimiento el hecho de que un EE.MM. establezca en su legislación nacional que los proyectos de despido colectivo, antes de llevarse a cabo, deban notificarse a una autoridad nacional que dispone de facultades de control que le permiten oponerse en determinadas circunstancias a dicho proyecto por motivos relacionados con la protección de los trabajadores y del empleo (Sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, Asunto C-201/15).

10) Sobre prioridad de persistir como “empleado” en la empresa: El D. ^o interno no está obligado a fijar una prioridad de permanencia ni de recolocación a las embarazadas (Sentencia de veintidós de febrero de dos mil dieciocho, C-103/16 Asunto “Porras Guirado”).

11) Finalmente, en reciente Sentencia del T.J.U.E. de cinco de octubre de dos mil veintitrés recaída en el Asunto C-496/22, a cuestión prejudicial planteada por Rumanía, se señala que el empresario no está obligado a efectuar la información y consultas individualmente con los “empleados” perjudicados por el proyecto de despido colectivo, sino que esta obligación se debe cumplimentar con los representantes unitarios (delegados de personal o comité de empresa) o sindicales de los empleados.

**CAPÍTULO VII –
LOS CRÉDITOS
CONCURSALES LABORALES
DEL ADMINISTRADOR
SOCIAL**

CAPÍTULO VII. LOS CRÉDITOS CONCURSALES LABORALES DEL ADMINISTRADOR SOCIAL

El presente Capítulo, último y esencial de la presente Tesis, lo comenzaremos efectuando un análisis de los términos relativos a los créditos concursales y concurso de acreedores poniéndolos en relación con los ya estudiados conceptos de administrador social, trabajador por cuenta ajena de relación laboral común y personal de alta dirección.

A continuación, entraremos ya de lleno en el estudio de los principios jurídicos o generales de los Derechos laboral y concursal que sirven de apoyo a nuestra Tesis de la súper posición⁶⁷⁰ del Derecho Laboral sobre el Derecho Concursal y que le otorgan un fundamento reforzado.

Concluido el estudio de tales principios será procedente efectuar un breve análisis del procedimiento a través del cual se articulan los créditos concursales, es decir, del procedimiento concursal, desde su inicio hasta la misma clasificación y posible pago de los créditos concursales.

Una vez sentadas las bases del procedimiento judicial, llevaremos a cabo una clasificación separada de los créditos laborales, créditos que tienen un tratamiento distinto, pues pueden dividirse en varias clases según se hayan originado antes o después de la declaración del concurso de acreedores, pero que pueden concurrir y que serán comentados por diversos autores para entender sus características y especialidades.

Cuando los créditos hayan sido ampliamente abarcados, discutiremos sobre las diversas soluciones legales, doctrinales y jurisprudenciales que pueden darse tanto en la Teoría como en la práctica jurídica para determinar si el crédito concursal del administrador social (persona especialmente relacionada con el concursado), puede concurrir con otros créditos independientes, con distinta calificación, cuando en el administrador social concurra también la condición o el

⁶⁷⁰ Aunque la aplicación máxima de esta Teoría tenga lugar en el supuesto de hecho y de Derecho que va a ser tratado en el presente Cap. lo cierto es que a lo largo de esta obra hemos tratado diversos supuestos en los que considero que se aplica directa o indirectamente *Ut. Supra.* Caps. III y ss.

cargo de personal de alta dirección o de trabajador por cuenta ajena de relación laboral común de la sociedad de capital concursada, cargos independientes que pueden gozar de unos créditos con una calificación distinta a la que se otorga a los créditos del administrador, y si en tal supuesto de concurrencia de condiciones o cargos, el crédito cambia de clasificación por absorción del cargo o por el contrario se mantienen de forma independiente.

La conclusión que adopto desde la perspectiva de la responsabilidad concursal (y de la *par conditio creditorum*) pero matizada a su vez por la protección que el Derecho Laboral proporciona a los trabajadores (a través de los mal denominados principios *pro operario*, de norma más favorable, de condición más favorable, de indisponibilidad de las normas laborales y de conservación del negocio jurídico) es decir, con independencia de las posturas doctrinales que mencionaremos, nuestra posición es la de que los créditos concursales por salarios perderán su privilegio y se convertirán en subordinados si el concurso de acreedores ha tenido lugar por responsabilidad del administrador social, mediante la calificación del concurso como culpable, ya le sea imputable por una acción u omisión (dolosa o culposa) como autor o como cómplice, como sanción que debe aplicarse a la mala gestión del cargo, mientras que si se trata de un concurso fortuito o culpable pero por causa no imputable al administrador social, deberá darse un tratamiento por separado a los créditos subordinados que ostente como administrador y a los créditos por salarios que legítimamente posea como personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de relación laboral común de la sociedad de capital.

7.1. LOS CRÉDITOS CONCURSALES Y EL CONCURSO DE ACREEDORES: ANÁLISIS DE LOS TÉRMINOS EN RELACIÓN CON EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN, EL PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN Y LOS TRABAJADORES DE LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

Un crédito concursal es aquel crédito que ostenta un acreedor contra el deudor concursado y que obtiene una clasificación legal tras la declaración del concurso de acreedores.

El tema central de investigación de esta Tesis trata sobre la casuística de la clasificación de los créditos concursales tras la declaración del concurso de acreedores, pues mientras que para el administrador social la ley establece una

calificación de los créditos, en el caso de que dicho administrador ostente créditos contra la sociedad, lo cierto es que la misma ley establece una calificación distinta para los créditos por salarios que ostenten los trabajadores (entre los que se incluyen el personal de alta dirección) de la misma sociedad de capital, por lo que es procedente determinar que calificación puede obtener el crédito concursal, cuando en el sujeto titular del crédito concurre la doble condición de administrador social y personal de alta dirección o trabajador de la sociedad de capital concursada, cuestión que será resuelta mediante la aplicación al supuesto de hecho (y de Derecho) de los principios jurídicos concurrentes entre disciplinas, decantando finalmente la balanza en favor de la protección del crédito del trabajador como consecuencia de la aplicación de la Teoría de la que denomino súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Concursal (también sobre el Derecho Mercantil).

Por ello, debemos brevemente perfilar los términos separada y conjuntamente, así como, plasmar las definiciones recogidas en los diferentes diccionarios jurídicos sobre la materia, para que podamos comprender qué se entiende por crédito concursal, no siendo suficiente la vaga conclusión sobre la definición con la que hemos comenzado este apartado.

En primer lugar, tenemos que indagar qué acepción del término crédito es la más adecuada a nuestro caso concreto, la palabra crédito viene del latín *credere*, que es una forma latina del verbo creer⁶⁷¹, y el significado relacionado con nuestro interés es el siguiente:

*5. m. Situación económica o condiciones morales que facultan a una persona o entidad para obtener de otra fondos o mercancías*⁶⁷².

Una vez determinado el significado de crédito, preciso y aplicable al supuesto que tratamos, hay que conjugar el sustantivo con el adjetivo y concretar el significado del crédito concursal.

El D.R.A.E. nos dice que concursal significa:

⁶⁷¹ VV.AA. (2001-2020) Etimología de crédito. *Diccionario Etimológico*. Recuperado el 02/03/2024 de <http://etimologias.dechile.net/?cre.dito>.

⁶⁷² Se ha recogido la acepción quinta de crédito. D.R.A.E., *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://dle.rae.es/cr%C3%A9dito>.

1. *adj. Perteneciente o relativo a los concursos de tipo jurídico o a aquellos en los que hay una competencia u oposición.*

2. *adj. Perteneciente o relativo a los concursos de acreedores*⁶⁷³.

Por lo tanto, el crédito concursal es aquel crédito que entra en juego en un concurso de acreedores y que recibe una clasificación de la ley que determina, de acuerdo con unas reglas predeterminadas, el orden en que debe ser satisfecho dicho crédito en sede concursal.

Pero ¿qué es lo que entendemos por concurso de acreedores?

La palabra “concurso” viene del latín *concursum* y significa “reunión de gente, competencia”⁶⁷⁴, en cuanto a la palabra acreedor, está formada con raíces latinas, prefijo *-ad* (hacia), *-credere* (creer) y sufijo *-dor* (agente, el que hacer la acción)⁶⁷⁵.

El D.P.E.J. nos dice que el concurso de acreedores es un subtema de concurso y tiene por significado (2020):

*Civ. y Merc. Procedimiento Judicial colectivo que persigue la satisfacción de los acreedores, sobre la base de la par conditio creditorum, prevalentemente por vías conservativas (convenio), pudiendo declararse a instancia del deudor o acreedores en aquellos supuestos en que el deudor, con independencia de su condición empresarial, lo sea frente a una pluralidad de acreedores y se encuentre en un estado de insolvencia actual o inminente, conllevando la apertura del concurso efectos personales y patrimoniales sobre el deudor*⁶⁷⁶.

En cuanto a la relación de los créditos concursales y del concurso de acreedores con los administradores sociales personas físicas y con los trabajadores de las sociedades de capital, resulta que, como se tratará a continuación, los créditos que, en el ámbito del concurso de acreedores, puedan ostentar cada uno de los sujetos

⁶⁷³ Se han recogido las dos acepciones de concursal, pues ambas son aplicables al supuesto de estudio, D.R.A.E. *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://dle.rae.es/concursal?m=form>.

⁶⁷⁴ Procedencia latina de la palabra concurso. Diccionario Etimológico, *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <http://etimologias.dechile.net/?concurso>.

⁶⁷⁵ Procedencia latina de la palabra acreedor. Diccionario Etimológico, *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <http://etimologias.dechile.net/?acreedor>.

⁶⁷⁶ Significado Civil y Mercantil del concurso de acreedores. D.P.E.J., *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://dpej.rae.es/lema/concurso-de-acreedores>.

anteriores recibirán una calificación distinta, aun siendo ambos sujetos personas especialmente relacionadas con el deudor concursado, aunque únicamente reciba tal consideración en la legislación concursal el administrador social y no el trabajador por cuenta ajena de relación laboral común o personal de alta dirección.

7.2. PRINCIPIOS JURÍDICOS O GENERALES DE LOS DERECHOS LABORAL Y CONCURSAL

Por principios jurídicos o generales del derecho debemos entender las convicciones o los valores jurídico-éticos de la sociedad en la que vivimos⁶⁷⁷.

Tales principios, aplicados a nuestro campo concreto, laboral y concursal, sirven para explicar el fundamento del procedimiento y de la solución adoptada en esta Tesis.

Como principios del Derecho Laboral, debemos tener en cuenta los previstos con carácter general en el ordenamiento jurídico español (fundamentalmente los de la C.E. de 1978, que inspiran todo el ordenamiento jurídico, tanto sustantivo como procesal), pues el art. 3⁶⁷⁸ del E.T., que regula las fuentes de la relación laboral (o sistema normativo como prefieren denominarlo algunos autores al entender que la noción de fuentes del Derecho es más propia del Derecho Civil pero para un Derecho como el del Trabajo que es más positivizado resulta más apropiado hablar de sistema normativo), no contempla a los principios generales del derecho como una fuente propia del Derecho Laboral, por lo que debemos acudir, de manera supletoria al artículo 1⁶⁷⁹ del C.C. (aplicable también al Derecho Concursal), el cual

⁶⁷⁷ Esta es la postura aceptada por la doctrina dominante, no obstante, existen diversas corrientes doctrinales sobre qué debe entenderse por principios jurídicos o generales del derecho, siendo la que principalmente pugna con la doctrina aludida, la que considera que los principios generales del derecho son aquellos que están recogidos, expresa o tácitamente, en los textos legales positivos, Vid. Beladiez Rojo, M. (2010). *Los principios jurídicos*. Navarra: Aranzadi.

⁶⁷⁸ Este precepto legal que contempla las fuentes de la relación laboral, aunque sin mencionar las también aplicables normas supraestatales del Derecho de la UE y del Derecho Internacional, no menciona a los principios jurídicos entre fuente del derecho laboral si bien los mismos vienen siendo reconocidos por una amplia corriente doctrinal y jurisprudencial que entiende que son aplicables los generales del ordenamiento jurídico y los consagrados por nuestra jurisprudencia.

⁶⁷⁹ El C.C. establece en su artículo 1 las fuentes del ordenamiento jurídico español, refiriéndose expresamente en sus apartados 1º y 4º a los principios generales del derecho al disponer: 1. *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios*

contempla a los principios jurídicos o generales del derecho como fuente del ordenamiento jurídico español.

El que no aparezcan los principios generales del derecho como fuente propia del Derecho Laboral tiene una explicación doctrinal, y es que pese a que algunos sectores doctrinales entienden que los principios *pro operario*, de norma más favorable, de condición más favorable, de indisponibilidad de las normas laborales o de conservación del negocio jurídico, constituyen verdaderos principios que informan en Derecho Laboral, la doctrina mayoritaria, representada entre otros por DESDENTADO y MERCADER, no los considera como principios del Derecho Laboral, sino como meras reglas o pautas que deben orientar o tutelar las normas del Derecho Laboral⁶⁸⁰, posición doctrinal mayoritaria que comparto.

Mientras que el denominado principio *pro operario* es de creación jurisprudencial y deriva de la naturaleza protectora de la legislación laboral⁶⁸¹, los principios de norma más favorable, de condición más favorable o de indisponibilidad de las normas laborales, son de origen legal y vienen consagrados en el artículo 3⁶⁸² del E.T.

Finalmente, debe reseñarse como fundamental, el principio de conservación del negocio jurídico, el cual establece una resistencia a la ruptura del vínculo contractual, no obstante, en situaciones críticas como lo es un concurso de acreedores, tal y como manifiesta ARRIETA IDIAKEZ *se supera, claramente, la preocupación por los negocios jurídicos individualmente considerados (contratos de*

generales del derecho. No obstante ostentar el carácter de informadores del ordenamiento jurídico, los principios generales del derecho solo se aplicarán ante la insuficiencia o en defecto de ley o costumbre.

⁶⁸⁰ Mercader Uguina, J.R. (2020). Las fuentes del ordenamiento laboral. En Tirant Lo Blanch (Ed.) *Lecciones de Derecho del trabajo* (pp. 97-114). Valencia: Tirant Lo Blanch.

⁶⁸¹ Vid. entre otras, Sentencia de catorce de junio de mil novecientos setenta y uno del T.S./SOC. y Sentencia 3/1983 de veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y tres del T.C.

⁶⁸² En concreto, tales reglas tuitivas u orientadoras del derecho se recogen en los apartados 3º y 5º del art. 3 del E.T. al disponer que 3.o *Los desacuerdos surgidos entre normas laborales estatales o pactadas, que deben cumplir con los derechos mínimos necesarios, se solucionarán aplicando lo más beneficioso para el trabajador en su conjunto y calculando anualmente los conceptos cuantificables (...); 5.o Los trabajadores no podrán disponer legalmente de los D.ºs. reconocidos por imperativo legal de ius cogens antes o después de su adquisición, ni podrán tener acceso legal a los derechos que han sido declarados indisponibles por un convenio colectivo.*

trabajo), y se pone el acento en la conservación de la empresa, considerándola como un todo⁶⁸³.

Del conjunto de estos principios o normas tuitivas u orientadoras, puede deducirse el carácter favorable y protector del Derecho Laboral con respecto de los trabajadores, pues en su conjunto tienen como significado el de que en el caso de duda en la interpretación de normas siempre se dará preferencia a la interpretación o norma más favorable para el trabajador, sin que ningún sujeto de derecho pueda disponer de los derechos que el Derecho Laboral reconoce y concede a los trabajadores por disposición legal o convenio colectivo.

Por lo que se refiere a los principios propios del Derecho Concursal, son los de unidad, rogación, limitación de las facultades del deudor, universalidad⁶⁸⁴, integración, conservación de la actividad económica, modulación de la realidad jurídico-obligacional, de la *par conditio creditorum*⁶⁸⁵ y debemos añadirle el de la responsabilidad concursal.

En resumen, todos los principios concursales están dirigidos a la protección del patrimonio del deudor y a la satisfacción de los créditos de los acreedores, dando igual tratamiento a los iguales y desigual tratamiento a los desiguales.

Sin entrar en detalle de todos ellos, los que a nosotros nos interesan son los relativos a la *par conditio creditorum*, el cual tiene categoría de principio rector del proceso concursal⁶⁸⁶, y el de la responsabilidad concursal.

⁶⁸³ Vid. Arrieta Idiákez, F.J. (2010). Relaciones laborales en empresas concursadas. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, pp. 109-156. Recuperado el 02/03/2024 de <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.87.88.2010.04>.

⁶⁸⁴ Distinto de la universalidad del concurso de acreedores es el principio de responsabilidad patrimonial universal, si bien debe matizarse que si concurren una pluralidad de acreedores y el patrimonio del deudor es insuficiente para atender los pagos, surge la amarga necesidad de tener que colectivizar ese déficit a través de los distintos procedimientos concursales, Vid. Pulgar Ezquerro, J. (2017). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 38.

⁶⁸⁵ García Escobar, G.A. (2016). *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso* (Tesis Doctoral). Universidad de Granada.

⁶⁸⁶ Jiménez Bolaños, J. (2014). Análisis de la aplicación del principio *par conditio creditorum* en relación con los créditos privilegiados. *Revista Judicial de Costa Rica* n.º 111, pág. 7.

El principio de la *par conditio creditorum* consiste en el tratamiento igualitario a los acreedores en el concurso de acreedores⁶⁸⁷, recuperando sus créditos en función de su naturaleza o interviniendo en base a las cualidades subjetivas del mismo acreedor o a las objetivas de su crédito concursal⁶⁸⁸.

Pero el más importante para nuestra Tesis, es el que yo denomino principio de responsabilidad concursal, aunque no se trata de un principio como tal del Derecho Concursal, sino de un principio general del derecho (ex art. 9. 3º de la C.E. de 1978) que recibe el calificativo de concursal por ser exigible, en nuestro caso, en el ámbito del concurso de acreedores y que tiene el siguiente significado (2020):

*Responsabilidad exigible a instancias de la Administración concursal y el Ministerio Fiscal en un procedimiento concursal y en defensa de la colectividad de los acreedores, con la finalidad de atribuir a los administradores, de hecho, o de derecho, o a los apoderados generales de la persona jurídica cuyo concurso haya sido declarado culpable, la obligación de cubrir en todo o en parte el déficit concursal subsistente tras la liquidación de la masa activa*⁶⁸⁹.

Una vez explicados los principios (o normas tuitivas u orientadoras en el caso del Derecho Laboral) sobre los que nos apoyamos para fundamentar nuestra decisión, debemos continuar con el estudio de las restantes partes fundamentales del Capítulo hasta llegar a la conclusión definitiva.

⁶⁸⁷ Pérez Pérez, M. (1980). Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial. *Revista Española del Derecho del Trabajo*, n.º 4, pp. 485 y 486.

⁶⁸⁸ Pérez Benítez, J. J. (2015). Los créditos subordinados. *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

⁶⁸⁹ Significado Mercantil de responsabilidad concursal. Sublema de responsabilidad. D.P.E.J., *Op. Cit.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://dpej.rae.es/lema/responsabilidad-concursal#:~:text=Responsabilidad%20exigible%20a%20instancias%20de,persona%20jur%C3%ADdica%20cuyo%20concurso%20haya>.

7.3. DIVERSOS ASPECTOS LABORALES DEL PROCESO CONCURSAL RELACIONADOS CON LOS CRÉDITOS CONCURSALES

Pese a que en los Capítulos III y VI han sido tratados algunos de los aspectos laborales del concurso de acreedores⁶⁹⁰ (el denominado Derecho Concursal Laboral o, mejor dicho, Laboral Concursal) en la presente sede es el turno de examinar las peculiaridades laborales relacionadas con el proceso concursal general y los créditos concursales de los trabajadores.

Como bien es sabido, el proceso concursal se estructura en una fase común que puede derivar en una fase de convenio o de liquidación, aunque debo añadir que en la práctica lo más habitual es la conclusión del concurso por liquidación⁶⁹¹.

Para GARNICA MARTÍN y NIETO DELGADO, la fase común se inicia con la declaración del concurso de acreedores por parte del juez de lo mercantil competente y concluye una vez que por los administradores concursales se ha presentado la lista de acreedores y el informe sin que se hayan efectuado impugnaciones en plazo o una vez resueltas estas, dividiéndose todo el proceso común en seis secciones claramente diferenciadas y que no conllevan una tramitación sucesiva, sino que pueden solaparse o en ocasiones presentar una tramitación simultánea⁶⁹².

Todo lo anterior lo es sin perjuicio de la existencia de un procedimiento especial para las microempresas, introducido por la reforma concursal de 2022, y del/los incidentes/s concursal/es.

⁶⁹⁰ Recordemos que así ha sucedido, además de con las relaciones entre las competencias de los juzgados concursales con los juzgados laborales, con la sucesión de empresa y los E.R.E.S.

⁶⁹¹ Según nos comentaron magistrados de lo mercantil de Barcelona, Córdoba y Murcia, casi el 95% de los concursos de acreedores termina por liquidación frente al 5% de la finalización del concurso mediante convenio.

⁶⁹² Garnica Martín, J.F. y Nieto Delgado, C. (2012). Calificación, conclusión y normas procesales. *Universitat Oberta de Catalunya*, pp. 32-37. Recuperado el 02/03/2024 de http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/62726/1/La%20Administraci%C3%B3n%20concursal%20y%20las%20fases%20del%20concurso_M%C3%B3dulo%20Calificaci%C3%B3n%20conclusi%C3%B3n%20y%20normas%20procesales.pdf.

La aplicación del procedimiento especial para microempresas tiene lugar en los supuestos previstos en los arts. 685 y ss. de la L.C.⁶⁹³, y en términos generales, podemos señalar que es aplicable cuando, atendidas una serie de circunstancias, generalmente concurrentes en el deudor y sus acreedores, se prevea una tramitación del procedimiento más sencilla, y menos costosa, por medios electrónicos, telemáticos e informáticos, con reducción de los plazos entre otras especialidades.

Por otra parte, y sin perjuicio de la existente y necesaria fase de recursos, por la L.C. se regula, en los artículos 532 y siguientes, el denominado “incidente concursal”, tratándose de una especie de cajón de sastre para resolver todas aquellas cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada por la ley otra tramitación, así como para las acciones que deban ejercitarse ante el juez del concurso.

La competencia jurisdiccional para los procedimientos e incidentes citados corresponderá, desde la declaración del concurso y hasta la conclusión de este, a los Juzgados de lo Mercantil con competencia territorial, suspendiéndose todas las ejecuciones individuales que pudieran existir en curso sobre créditos que ostenten los acreedores del concursado, y que se hayan iniciado ante los Juzgados de Primera Instancia o, en nuestro caso, ante los Juzgados de lo Social⁶⁹⁴. Como dice ORELLANA CANO, en nuestro Derecho, con la finalidad de que la normativa concursal pueda ser cumplida sin más obstáculos que los que se deriven de la

⁶⁹³ Según el art. 685 L.C. será aplicable este procedimiento especial siempre que en el deudor concurren las características que en el mismo se consagran. Por otra parte, debe destacarse la supresión por la reforma concursal de 2022 de los preceptos dedicados al procedimiento abreviado en los arts. 522 al 531 de la L.C.

⁶⁹⁴ El T.S./CIV., en Sentencia de doce de diciembre de dos mil catorce declaró: *La prohibición de ejecuciones prevista en el art. 55 LC opera tanto sobre créditos concursales, como sobre los créditos contra la masa, y cesa con la aprobación del convenio, conforme a lo regulado en el art. 133.2 LC (...). En realidad, la aprobación del convenio, que elimina los efectos de la declaración de concurso, es el único escenario en el que la ejecución de créditos contra la masa es permitida. (art. 133.2 LC). Así como el impago de los créditos concursales provocaría la rescisión del convenio y la apertura de la liquidación (art. 140 LC), el impago de los créditos contra la masa daría lugar a su reclamación de pago y, si fuera necesario, la preceptiva ejecución. Sin perjuicio de que también pudiera justificar una acción de incumplimiento del convenio y de apertura de la liquidación.*

situación normal de las cosas, es de aplicación el principio general de la prohibición de ejecuciones separadas frente al concursado⁶⁹⁵.

Una vez establecida la estructura general del proceso concursal, sin detenernos en más detalles, debemos centrarnos en las cuestiones que a nosotros nos atañen, las relativas a los créditos del concurso de acreedores de carácter laboral, y, por lo tanto, a algunos aspectos laborales del concurso de acreedores y del procedimiento concursal.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la L.C. 22/2003 de 9 de julio, los créditos laborales no quedaban integrados en el concurso de acreedores, si no que se regían íntegramente por la legislación laboral y se tramitaban de acuerdo con el procedimiento laboral, consagrándose así el denominado principio del privilegio de ejecución separada. Sin embargo, tal privilegio desapareció tras la entrada en vigor de la normativa concursal citada, imponiéndose el principio de universalidad del concurso, lo que conlleva la integración en el concurso de acreedores de todos los créditos del deudor, incluso los laborales⁶⁹⁶.

Como consecuencia de la desaparición del principio de ejecución separada, principio que favorecía el cobro de los créditos laborales, sobre todo para aquellos trabajadores que contaban con mejor y mayor información sobre la marcha de la empresa (en nuestro caso, sociedad de capital) ya que, podían anticiparse sobre el resto de trabajadores y cobrar su créditos, los trabajadores, incluidos el personal de alta dirección, intervienen en el concurso de acreedores con un sistema de garantías sensiblemente mermado, si bien, también es cierto, que el FO.GA.SA sigue asegurando que los trabajadores perciban su salario⁶⁹⁷.

Los trabajadores o el personal de alta dirección, incluido cuando en tales sujetos concurra la condición de administrador social, pueden intervenir en el

⁶⁹⁵ Orellana Cano, A.M. (2004). La insolvencia empresarial. Incidencia de la nueva Ley Concursal. *Manuales de Formación Continuada* n.º 23, pág. 45. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2014/06/13/MF04023/5_PDF/MF0402306.pdf.

⁶⁹⁶ Cano Marco, F. (2020). Créditos laborales en el concurso de acreedores. En Wolters Kluwer España S.A. (Ed.), *Manual práctico de Derecho laboral concursal* (pp. 35-100). Madrid: La Ley.

⁶⁹⁷ De la Puebla Pinilla, A. (2004). Aspectos laborales de la nueva ley concursal. *Revista Jurídica* n.º 11, pp. 81-102. Recuperado el 02/03/2024 de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/3068>.

concurso de acreedores para la defensa de sus créditos, de hecho, es necesaria su participación en el sistema concursal de insinuación de créditos e impugnación si hay discrepancia con la lista de acreedores y el informe que debe elaborar la administración concursal⁶⁹⁸, pues en caso contrario, al margen de la falta de reconocimiento del crédito en el concurso de acreedores, los sujetos mencionados, tendrán problemas para la ejecución del crédito aun habiendo sido aprobado en convenio⁶⁹⁹.

Por aplicación del artículo 513 de la L.C., son aplicables, en el proceso concursal, las normas sobre representación y defensa jurídicas para los trabajadores de la jurisdicción social, y por lo tanto, por remisión a los arts. 18 a 22 de la L.R.J.S., mientras que en primera instancia los trabajadores pueden intervenir sin necesidad de abogado ni procurador ni graduado social, en los recursos se impone con carácter obligatorio la necesidad de intervención técnica, para suplicación abogado o graduado social, para apelación y casación abogado⁷⁰⁰, reconociéndose, por nuestro T.C. la posibilidad de que incluso intervengan los trabajadores en la sección de calificación del concurso⁷⁰¹.

El artículo 33 del E.T. relativo al FO.GA.SA., establece la intervención de dicho organismo público en el procedimiento concursal cuando se constate, en dicho procedimiento judicial y siempre que así venga plasmado en la lista de acreedores que apruebe la Administración Concursal, la existencia de créditos laborales, determinando la obligación de dicho organismo de asumir el pago de los mismos en caso de insolvencia del concursado, sin perjuicio del derecho de repetición contra el concursado, disponiéndose por el art. 23 de la L.R.J.S. la

⁶⁹⁸ Vid. entre otras, Sentencias de veintidós de octubre de dos mil diez y siete de junio de dos mil once del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Valencia.

⁶⁹⁹ Vid. Sentencia de treinta de noviembre de dos mil quince de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid.

⁷⁰⁰ Nuestra jurisprudencia menor en materia mercantil viene entendiendo que estas normas son aplicables a cualquier trámite concursal que efectuó el trabajador (Vid. entre otras, Sentencia de once de mayo de dos mil once de la A.P. de Valencia o Auto de veintidós de enero de dos mil diez de la A.P. de Madrid).

⁷⁰¹ Sentencia 15/2012 de trece de febrero del T.C.

obligación de que el FO.GA.SA. sea citado al procedimiento para que pueda asumir su responsabilidad de carácter subsidiario⁷⁰².

Por lo tanto, de lo expuesto se deduce que para que el trabajador o personal de alta dirección de la sociedad de capital concursada pueda cobrar su crédito y, por lo tanto, también pueda el FO.GA.SA. asumir el pago de este subrogándose en sus derechos, deben comunicarse los créditos a la administración concursal para que esta elabore la lista de acreedores y de créditos⁷⁰³ (y el informe) e incluya los créditos, tanto contra la masa como concursales, que ostenten los trabajadores.

La subrogación por el FO.GA.SA. en los créditos de los trabajadores, al contrario de lo que sucedería con respecto cualquier otro tercero que se subrogue en los créditos de los trabajadores, no da lugar a la alteración del privilegio con el que aparecen revestidos⁷⁰⁴.

7.4. LOS CRÉDITOS LABORALES DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Como créditos laborales en el concurso de acreedores debemos diferenciar los créditos contra la masa y los créditos propiamente concursales.

A los créditos concursales laborales nos vamos a referir en el apartado siguiente por lo que en el presente epígrafe vamos a estudiar los créditos contra la masa.

⁷⁰² Los arts. 23 y 101 de la L.R.J.S. establecen que el FO.GA.SA., independientemente de las posiciones de demandante y de demandado, puede comparecer como auténtica parte en los procesos en los que pueda derivársele responsabilidad y debe ser citados en todos aquellos en que el empresario se halle en situación de insolvencia, concurso de acreedores o desaparecido, incluso en el ámbito del proceso monitorio laboral el/la Letrado/a de la Administración de Justicia debe notificarle al FO.GA.SA. el requerimiento de pago que efectúa al empresario, pudiendo efectuar una oposición motivada.

⁷⁰³ Esta lista se vendrá referida, pese a las críticas doctrinales, y según el art. 285 de la L.C., a la fecha de la solicitud del concurso, posición distinta mantienen algunos de nuestros tribunales, entendiéndose que debe venir referida a la fecha de la declaración del concurso y no de la solicitud del mismo (Vid. entre otras, Sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil seis del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao o Sentencia de dieciocho de julio de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga).

⁷⁰⁴ Vid. Taléns Visconti, E.E. (2017). *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Los créditos contra la masa, en palabras de MONTOYA MELGAR, son aquéllos que son súper privilegiados, ya que, son los prioritarios, porque se pagarán antes de cualquier otro crédito concursal, pues son pre deducibles del patrimonio del deudor⁷⁰⁵.

Como dice MERCADER UGUINA, para que un crédito pueda ser calificado contra la masa debe atenderse a un elemento temporal, pues solo puede ostentar un crédito el beneficio del súper privilegio, el de ser calificado contra la masa, si su devengo se produce después de la declaración de concurso de acreedores, pues si se produce con anterioridad, estaríamos ante créditos concursales⁷⁰⁶.

Por lo que se refiere al ámbito laboral, en el precepto legal concursal que regula la clasificación de los créditos contra la masa podemos encontrar 2 apartados, uno relativo a los créditos por salarios y el otro, constituyendo una especie de cajón de sastre, relativo a todos los créditos laborales generados por la actividad de la sociedad de capital concursada tras la declaración del concurso de acreedores.

Los créditos contra la masa vienen clasificados en el artículo 242 de la L.C., el cual establece los créditos contra la masa laborales, tras la reforma concursal efectuada por ley 16/2022, en sus apartados 1º, 2º y 11º al disponer que son créditos contra la masa:

- 1) Los créditos que provienen de indemnizaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, ya sean previos o posteriores a la declaración de un concurso de acreedores (con anterioridad a la reforma concursal de 2022 eran considerados créditos con privilegio general cuando se devengaban con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores)⁷⁰⁷.

- 2) los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo efectivo realizados antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el doble

⁷⁰⁵ Montoya Melgar, A. (2020). El carácter privilegiado del crédito salarial. En J.M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca (Eds.) *Derecho del trabajo* (pp. 414-419). Madrid: Tecnos.

⁷⁰⁶ Mercader Uguina, J.R. (2020). La protección del salario. En Tirant Lo Blanch (Ed.) *Lecciones de Derecho del trabajo* (pp. 532-537). Valencia: Tirant Lo Blanch.

⁷⁰⁷ Si bien como señala Cano Marco en Cano Marco, F. (2023). Créditos laborales en el concurso de acreedores. En Wolters Kluwer España S.A. (Ed.), *Manual práctico de Derecho laboral concursal* (pp. 33-96). Madrid: La Ley, en el supuesto de que el daño estuviera asegurado, los créditos del asegurador por reembolso, subrogación o rescate tendrán la calificación de créditos ordinarios.

del salario mínimo interprofesional (con anterioridad a la reforma venían ubicados en los apartados 1º, con un contenido similar al actual).

- 11) los créditos laborales que se generaron durante el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado después de la declaración del concurso de acreedores, incluyendo las indemnizaciones por despido o extinción de contratos de trabajo que se produjeron con posterioridad a la declaración de concurso, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad y salud de la persona concursada, hasta que el juez de lo mercantil en sede concursal acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso de acreedores (con anterioridad a la reforma venían ubicados en el apartado 8º, con un contenido similar al actual).

En cuanto a los créditos por salarios del apartado 2º podemos comprobar como la ley le otorga más que un súper privilegio, pues tales créditos no han nacido ni después de la declaración del concurso de acreedores ni surgen para atender a las necesidades del concurso, tratándose más bien de una ficción legal para la protección de los trabajadores, calificándose por ello por MERCADER UGUINA como un crédito contra la masa impropio⁷⁰⁸.

No obstante, lo anterior, según DESDENTADO BONETE Y ORELLANA CANO esta clasificación del salario como crédito contra la masa viene a constituir una especie de compensación que la L.C. otorga como consecuencia de la desaparición del concurso de acreedores del antiguo súper privilegio⁷⁰⁹.

Este súper privilegio también viene recogido en la legislación laboral, pues el apartado 1 del artículo 32 del E.T. establece el mismo súper privilegio que la L.C. para los créditos contra la masa, estableciendo que los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.

Bajo el concepto de créditos salariales, que puedan ser calificados contra la masa, CANO MARCO incluye las horas extraordinarias, las gratificaciones

⁷⁰⁸ *Ibidem*, pág. 533.

⁷⁰⁹ Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, N. (2007). Los créditos laborales en el concurso. En Bomarzo (Ed.) *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas* (pp. 189-222). Valencia: Tirant Lo Blanch.

extraordinarias, comisiones o incentivos, *bonus y stock options* (dependiendo de sus características)⁷¹⁰.

En cuanto al otro crédito contra la masa de carácter laboral, es decir, el cajón de sastre para todo lo originado por la actividad del deudor empresarial, tras la declaración del concurso de acreedores, deben incluirse:

- los créditos salariales, en su totalidad.
- los extrasalariales como plus de transporte, dietas, salarios de trámite⁷¹¹, vacaciones devengadas y no disfrutadas⁷¹², las *stock options* (dependiendo de su calificación), prestaciones por incapacidad temporal etc.
- Las indemnizaciones en general.

No obstante, la explicación sobre los créditos contra la masa de carácter laboral, necesaria y suficiente, lo cierto es que estos créditos no pueden perder su privilegio y convertirse en subordinados, ya que, no son créditos concursales, y, por lo tanto, no se rigen por las mismas reglas, por lo que procede continuar con los créditos cuya clasificación puede entrar en juego en caso de concurrencia de determinadas circunstancias legales.

7.5. LOS CRÉDITOS CONCURSALES LABORALES

Si por créditos contra la masa entendíamos aquellos que se originan una vez declarado el concurso de acreedores, debemos entender, *a sensu contrario*, que los créditos concursales son aquellos originados con anterioridad a la declaración del concurso de acreedores. Por lo tanto, el auto de declaración del concurso constituye el criterio fundamental delimitador o diferenciador de los créditos concursales con respecto a los créditos contra la masa.

⁷¹⁰ Cano Marco, *Op. Cit.*, pp. 40-43.

⁷¹¹ El T.S./SOC. en Sentencia de veinticuatro de septiembre de del año dos mil doce, entendió que los salarios de trámite (o tramitación) no son salarios en sentido estricto, ya que tienen naturaleza indemnizatoria dirigida a compensar los perjuicios sufridos por el trabajador.

⁷¹² Según Orellana Cano, aunque las vacaciones devengadas y no disfrutadas tienen naturaleza salarial, no son créditos contra la masa pues no retribuyen un trabajo efectivo. Vid. VV.AA. (2012). Los créditos laborales y de la Seguridad Social. En Muñoz Paredes, A. y Prendes Carril, P. (Eds.) *Tratado Judicial de la Insolvencia* (pág. 1.104). Navarra: Aranzadi.

Una vez concretado nuestro interés por los créditos que sean exclusivamente concursales, prescindiendo, por lo tanto, de los créditos contra la masa, dentro de los créditos concursales existen diversas categorías a las que les corresponde una preferencia en cuanto a su cobro se refiere, según se trate de créditos privilegiados, especiales o generales, de créditos ordinarios o de créditos subordinados, y que en el concurso de acreedores serán satisfechos o pagados por este orden.

El artículo 269 de la L.C. establece la clasificación de los créditos concursales recogiendo los créditos mencionados:

- 1º) Para el concurso de acreedores, los créditos concursales se clasificarán en privilegiados, ordinarios y subordinados,

- 2º) Si los créditos privilegiados tienen un impacto en ciertos bienes o derechos de la masa activa, se clasificarán en créditos privilegiados especiales, clasificándose como créditos con privilegio general si afectan a la totalidad de esa masa.

- 3º) Aquellos créditos que en esta ley no se consideren privilegiados o subordinados se considerarán créditos ordinarios.

Sin embargo, el artículo anterior recoge una clasificación bastante genérica que es completada o detallada en sucesivos artículos de la L.C. en los que se establece con detalle qué tipo de créditos deben incluirse en cada categoría de créditos concursales, si bien, en lo que a nuestra Tesis interesa, únicamente vamos a hacer constar los créditos concursales laborales.

Según el apartado 3º del artículo 270 de la L.C. son créditos con privilegio especial los créditos refaccionarios, se aplican sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean de la propiedad del concursado o se encuentre este en posesión de aquellos.

A este mismo crédito refaccionario se refiere el apartado 2 del artículo 32 del E.T. disponiendo que los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean de la propiedad del empresario o se encuentre este en posesión de aquellos.

En cuanto a que debe incluirse dentro del concepto de objetos, el término incluye únicamente a los muebles⁷¹³.

⁷¹³ Si bien en un primer momento la jurisprudencia del T.S./CIV. entendió que bajo el concepto de objeto debían incluirse los inmuebles donde los trabajadores realizaban su

Este crédito puede tener algún que otro problema práctico para su cobro, para RÍOS SALMERÓN es realmente dudoso que el privilegio otorgue al trabajador un derecho de persecución sobre el objeto elaborado de propiedad o posesión empresarial, en nuestro caso de la sociedad de capital concursada, y ello, aunque haya pasado a propiedad o posesión de un tercero⁷¹⁴.

Más amplios son los créditos laborales con privilegio general, el art. 280 de la L.C., en su apartado 1º, tras la reforma concursal de 2022, dispone que son créditos con privilegio general:

- 1º) Los créditos concursales salariales que no ostenten el carácter de crédito contra la masa ni tengan ubicación en la referida noción de crédito concursal con privilegio especial, en la cuantía resultante de multiplicar el triple del S.M.I. por el n.º de días de salario aún no abonados.

- 2º) Las cantidades indemnizatorias derivadas de los despidos y otras causas extintivas de la relación laboral, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del S.M.I.

- 3º) Las cantidades o importes que ostenten la consideración de capitales coste de Seguridad Social de los que, responda el empresario deudor concursado por imperativo legal, y los recargos económicos sobre prestaciones económicas derivadas de accidente de trabajo y/o enfermedad profesional por incumplimiento de los deberes legales y/o reglamentarios en materia de seguridad y salud en el trabajo que se hubiesen devengado con carácter previo a la declaración de concurso de acreedores.

Con anterioridad a la reforma concursal de 2022, también se incluían como créditos de privilegio general las cuantías indemnizatorias que tuvieran su origen en accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, siempre que se hubiesen

actividad de elaboración (Vid. entre otras, Sentencias de veintisiete octubre mil novecientos ochenta y tres, A. 5345; y dieciocho diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, A. 8839), la jurisprudencia del T.S./SOC. declaró que no deben incluirse los inmuebles, pues una cosa es el objeto elaborado por los trabajadores y otra bien distinta la nave o local donde el proceso productivo tiene lugar (Vid. entre otras, Sentencia de diecisiete noviembre de mil novecientos noventa y siete, A. 8314).

⁷¹⁴ Ríos Salmerón, B. (2004). La Ley Concursal y los créditos laborales. *Manuales de Formación Continuada* n.º 23, pág. 35. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2014/06/13/MF04023/5_PDF/MF0402307.pdf.

devengado con carácter previo a la declaración del concurso de acreedores que ahora se consideran crédito contra la masa.

El apartado 3º del artículo 32 del E.T. establece como créditos con privilegio general los créditos por salarios en la cuantía resultante de multiplicar el triple del S.M.I. por el n.º de días del salario pendientes de abono, ostentando preferencia para su cobro sobre cualquier otro crédito, excepto de si se trata de créditos con derecho real que gozarán de preferencia sobre los mismos.

Exactamente la misma consideración ostentan las cuantías indemnizatorias por despido (u otras causas de extinción contractual por voluntad del trabajador o empresario en los supuestos legalmente establecidos) en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no exceda del triple del S.M.I.

Antiguamente se venía discutiendo sobre si el importe del aludido salario mínimo interprofesional incluye o no las pagas extraordinarias.

En un estado previo, nuestra jurisprudencia entendió que, ante el vacío legal en la materia, debía excluirse la cantidad correspondiente a las dos pagas extraordinarias, sosteniendo que el reconocimiento del derecho, consagrado en el artículo 31⁷¹⁵ del E.T., no ostenta entidad suficiente como para incluir las pagas extraordinarias en el concepto de salario mínimo interprofesional⁷¹⁶.

Sin embargo, la cuestión parece no haber sido enterrada con carácter definitivo, estando realmente viva con ocasión de la reciente Sentencia 499/2021 de la Sección 1ª de T.S./CIV., de seis de julio de dos mil veintiuno, resolutoria del R.º de Casación 4510/2018 (ponente Saraza Jimena, R.), que, con ocasión de un

⁷¹⁵ El precepto de que tratamos dispone en su tenor literal que: *El empleado debe de recibir dos compensaciones extraordinarias al año, cuales son, una durante las navidades y otra en un mes determinado por un convenio colectivo o acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores, la cantidad de estas compensaciones se establecerá mediante un acuerdo colectivo, sin embargo, es posible establecer en un convenio colectivo que las compensaciones extras se extiendan durante doce meses, habiendo aclarado nuestra jurisprudencia del orden social que aunque no se disponga en el convenio colectivo la facultad de abonar las pagas extraordinarias de manera prorrateada con el salario mensual, si de facto se viene percibiendo así con el consentimiento del trabajador, no podrá luego el trabajador reaccionar ante la jurisdicción reclamando el importe de las pagas extraordinarias sin prorratear puesto que ello supondría un enriquecimiento injusto.*

⁷¹⁶ Estas afirmaciones se desprenden de las Sentencias de dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco y de once de junio de mil novecientos noventa y ocho del T.S./SOC.

procedimiento concursal, ha puesto en duda la cuestión que estamos tratando, la relativa a si el S.M.I. debe incluir o no las pagas extraordinarias (generalmente en número de 2, sin perjuicio de especialidades).

Mientras que la A.P. sostenía en la Sentencia resolutoria del recurso de apelación que (...) *lo más razonable y coherente era mantener un concepto unívoco y uniforme del salario mínimo (...)*, los recurrentes en casación mantenían la misma posición que sustentaba el T.S./SOC.

El T.S./CIV. considera que debe prevalecer la posición adoptada por el Tribunal de Apelación, llegando a la conclusión de que la preferencia concursal ha de basarse en el salario mínimo anual, lo que implicaría incluir las pagas extraordinarias.

Las razones que esgrime la Sala de lo Civil se sustentan en una falta de pronunciamiento expreso de la Sala de lo Social sobre la cuestión relevante para el recurso, debiendo adaptarse, las normas concursales, en materia laboral, a las normas laborales⁷¹⁷, no siendo razonable que en los procesos concursales se emplee una noción distinta de salario mínimo interprofesional, pues ello carece de justificación de igualdad y seguridad jurídica.

Como se puede observar, ambos preceptos legales (artículo 280.1º de la L.C. y artículo 32.3º del E.T.), reconocen al salario, en la cuantía del mismo que resulte de multiplicar el triple del S.M.I. por el número de días del salario pendientes de pago, como crédito con privilegio general, siendo la diferencia con el crédito contra la masa, no el momento de su devengo, si no la cuantía que se protege, pues con la fórmula citada hasta el doble (en los 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso) sería crédito contra la masa, y a partir de esa cuantía y hasta el triple constituiría crédito con privilegio general.

También se consideran como créditos con privilegio general, las indemnizaciones, por diversos conceptos, en este caso sí que se tiene en cuenta el tiempo de su devengo, pues los devengados durante la declaración del concurso

⁷¹⁷ Sobre la adaptación de las normas concursales a las laborales, en el marco del concurso de acreedores en aspectos relacionados con los trabajadores por cuenta ajena de la sociedad concursada *Ut. Supra.* Cap. III.

serán créditos contra la masa, mientras que los devengados con anterioridad a la citada declaración, serán créditos con privilegio general⁷¹⁸.

Los créditos por salarios que superen la cuantía resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago tendrán la condición de créditos ordinarios, sin embargo, en la realidad práctica-jurídica, en casi ningún concurso de acreedores llegan a ser satisfechos⁷¹⁹.

Por último, en cuanto a los créditos subordinados, y sin perjuicio de que los intereses correspondientes a los créditos laborales sean subordinados, en lo que a nosotros interesa, el art. 281 de la L.C., en el párrafo 5º, de su apartado 1º, dispone que, en los términos establecidos en la legislación concursal, los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado se denominan créditos subordinados.

Y personas especialmente relacionadas con la sociedad de capital concursada, serán los administradores sociales, quienes, por la aplicación de esta regla legal, serán convertidos en subordinados todos los créditos que pudieran ostentar como acreedores de la concursada, tratándose de una especie de sanción legal, con independencia del grado de culpabilidad en la producción de la insolvencia que conduce al concurso de acreedores.

⁷¹⁸ A tales efectos, el T.S./CIV., en Sentencia de veinticuatro de julio de dos mil catorce, recurso 2622/2012, declaró que: *Interpretando de modo coordinado los arts. 84.2.5º y 91.1 de la Ley Concursal, el elemento temporal determinante para su consideración como créditos contra la masa, frente a los previstos como créditos con privilegio general por el art. 91.1 de la Ley Concursal, consiste en que el devengo del crédito se produzca después de la declaración del concurso, puesto que tendrán la consideración de créditos concursales los «devengados con anterioridad a la declaración de concurso» aunque el reconocimiento o declaración judicial de los mismos se produjera con posterioridad.*

⁷¹⁹ Como nos indica Uriarte Codón, los créditos laborales, ya sean contra la masa o concursales, que no se pudieran cobrar, y estuvieran claramente reflejados en resoluciones judiciales o certificados de la administración concursal, serán parcialmente suplidos por el FO.GA.SA., en los porcentajes que la ley establece, Vid. Uriarte Codón, A. (2015). Relaciones laborales y concurso. *Cuadernos Digitales de Formación n.º 29*, pág. 6. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2016/09/02/CF15029/5_PDF/CF1502904.pdf.

No obstante, con carácter temporal, la citada Ley de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia⁷²⁰, establece, para los concursos de acreedores que se declaren hasta el día 14 de marzo de 2022 inclusive, en el apartado 1º del art. 7 bajo la rúbrica de “Financiaciones y pagos por personas especialmente relacionadas con el deudor” que tendrán la consideración de créditos ordinarios y no subordinados los que se deriven de ingresos de tesorería en concepto de préstamos, créditos o negocios de similar naturaleza que, desde la declaración del estado de alarma, le hubieran sido concedidos al deudor, en nuestro caso, sociedad de capital concursada, por quienes ostenten la condición de personas especialmente relacionadas con él, como es en nuestro caso, el/los administrador/es social/es.

El apartado 2º del mismo precepto legal determina, bajo el mismo periodo temporal señalado en el párrafo anterior, que también tendrán la consideración de créditos ordinarios aquellos créditos en los que se hubiesen subrogado las personas especialmente relacionadas con la sociedad de capital concursada como consecuencia de los pagos de los créditos privilegiados u ordinarios realizados por cuenta de la sociedad de capital concursada tras la declaración del estado de alarma.

Sin embargo, la anterior previsión es efímera, ya que a partir del 15 de marzo de 2022 seguirá aplicándose la regulación establecida en la L.C., y tales créditos volverán a ser subordinados.

Nos queda por determinar, si esa sanción legal, la de la subordinación de los créditos, puede también aplicarse a los créditos que el administrador social pudiera ostentar, pero no por su condición de administrador social, sino, en caso de concurrencia de cargos, por su condición de personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de relación laboral común de la sociedad concursada, por créditos concursales por salarios con privilegio ordinario y los ordinarios que le puedan corresponder, cuestión controvertida que pasamos a examinar.

⁷²⁰ Esta Ley también ha sido ampliamente tratada al hablar de la sucesión de empresa concursal *Ut. Supra.* Cap. III.

7.6. EL CARÁCTER DE PRIVILEGIADO Y ORDINARIO O SUBORDINADO DE LOS CRÉDITOS CONCURSALES POR SALARIOS DEL ADMINISTRADOR SOCIAL DE LA EMPRESA CONCURSADA COMO PERSONAL DE ALTA DIRECCIÓN O TRABAJADOR POR CUENTA AJENA DE RELACIÓN LABORAL COMÚN

Una vez determinado, en el Capítulo I de esta obra, el régimen o relación jurídica cuando concurre la doble condición de administrador social y personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de relación laboral común de la sociedad de capital, siendo en el primer caso de carácter mercantil por absorción, y manteniéndose en el segundo caso la separación de relaciones o regímenes, mercantil y social, siempre que se pueda establecer claramente la separación de funciones, debemos determinar, si la concurrencia de cargos tiene incidencia en la clasificación de créditos que tales figuras jurídicas pueden ostentar⁷²¹.

Mientras que cada uno de los sujetos a que hacemos referencia, conservará la clasificación de créditos que le correspondan por su condición o cargo en la sociedad de capital concursada, es decir, al administrador social los créditos subordinados y al personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de

⁷²¹ Esta determinación definitiva de regímenes jurídicos puede claramente extraerse de la S.T.S./SOC. de veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete que reitera y consolida la jurisprudencia contenida en las Sentencias de veintiuno de enero, trece de mayo y tres de junio y dieciocho junio de mil novecientos noventa y uno, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos y once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro que en resumen han establecido que debe acudirse a la naturaleza del vínculo tanto para determinar que sean compatibles ambos cargos, el de administrador con el de trabajador (sea en relación laboral común o especial del personal de alta dirección), como para determinar el régimen jurídico por el que se deben regir tales figuras en cada momento, esto es, laboral o mercantil, con separación de régimen, concluyéndose que solo en el supuesto de que exista una relación laboral común dependiente puede concurrir con separación de régimen la doble condición de administrador social con personal laboral con aplicación en consecuencia de un régimen jurídico diferenciado en función de la actividad que desempeñe en cada momento en la condición que ostente, puesto que si concurren las funciones de administrador con las de alto cargo directivo el régimen jurídico de aplicación será siempre de carácter mercantil por absorción y sin diferenciación, siendo aplicables unas u otras normas para las consecuencias legales en cada caso, lo que inevitablemente influirá igualmente en nuestra conclusión final, con aplicación de la Teoría de la superposición del Derecho Laboral frente a los Derechos Mercantil y Concursal, puesto que, en caso de conflicto, y como regla general deberán respetarse los créditos salariales que ostente como trabajador sometido a una relación laboral común.

relación laboral común de la sociedad de capital los créditos con privilegio general y los ordinarios, en el caso de que concurrieran la condición de administrador social con personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de relación laboral común, si se aplica rigurosamente la disposición del apartado 2 del art. 283 de la L.C. que considera al administrador social persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica, en nuestro caso, una sociedad de capital, anónima o de responsabilidad limitada, varios autores concluyen, más si cabe en el caso de concurrencia de administrador y personal de alta dirección que de administrador y trabajador, que los créditos laborales que le corresponderían como personal de alta dirección o trabajador, quedarían subordinados, perdiendo, por lo tanto, su privilegio, por absorción como sanción por ostentar poderes de dirección. Sin embargo, otros autores entienden que tal subordinación no debe producirse.

Como hemos avanzado al principio de este Cap., nuestra posición sobre este tema, tan controvertido doctrinalmente, es que los créditos perderán su privilegio si el concurso de acreedores ha tenido lugar por responsabilidad del administrador social, mediante la calificación del concurso como culpable, ya le sea imputable por una acción u omisión (dolosa o culposa), como autor o como cómplice, como sanción que debe aplicarse a la mala gestión del cargo, mientras que si se trata de un concurso fortuito o no imputable al administrador social, deberá darse un tratamiento por separado a los créditos que ostente como administrador y a los que legítimamente posea como personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de relación laboral común de la sociedad de capital, y ello con independencia de que ostente poderes en la empresa.

ROQUETA BUJ entiende que la subordinación de los créditos únicamente puede producirse con respecto de los créditos extrasalariales, pues lo contrario supondría ir en contra del Convenio n.º 173 de la O.I.T. Por su parte, MARTÍNEZ FONS entiende que hay funciones que no son propias de los administradores sociales, y, por lo tanto, yo infiero con esa afirmación que este último autor entiende que deben recibir un tratamiento por separado los créditos. Sin embargo, otros autores como LOUSADA AROCHENA entienden que, por la propia naturaleza del

personal de alta dirección, debe perder el beneficio de clasificación del crédito, pues debe producirse una postergación crediticia absoluta de sus créditos laborales⁷²².

Existen otros autores, como CAVAS MARTÍNEZ, que no muestran claramente su postura sobre esta cuestión controvertida, limitándose este autor a señalar que la expresa mención de apoderados con poderes generales, a que se refiere la L.C., parece indicar que los créditos laborales del personal de alta dirección tendrán siempre la consideración de subordinados, aunque, por otro lado, argumenta que el citado Convenio n.º 173 de la O.I.T., en su art. 8, protección a los créditos laborales del personal de alta dirección sin que España haya excluido a los altos directivos de esta protección⁷²³. Nada se dice por este autor sobre los créditos de los trabajadores-administradores que no sean personal de alta dirección, aunque por la explicación general que nos aporta, sería igualmente aplicable su duda al caso concreto que planteo.

Por otra parte, CANO MARCO, se muestra conforme con la posición doctrinal contraria a subordinar necesariamente los créditos del personal de alta dirección o trabajador por cuenta ajena de relación laboral común, cuando concurren con la condición de administrador social, por el mero hecho de tener poderes generales en la empresa, considerando que ya se prevé por la L.C. una sanción, en la pieza de calificación del concurso de acreedores, consistente en el aplazamiento de la indemnización⁷²⁴.

También podemos observar la postura que mantienen ORELLANA CANO, A.M. Y ORELLANA CANO, N., quienes entienden que para que las personas especialmente relacionadas con el deudor, como es el administrador social, ostenten créditos laborales frente al concursado, deberán tener la condición de trabajadores de este, por lo que habrá de tenerse en cuenta, la exclusión del E.T. y, por lo tanto, de la consideración de trabajadores por cuenta ajena de los que realicen

⁷²² Cito de Cano Marco, F. (2020). Personal de alta dirección y concurso. En Wolters Kluwer España S.A. (Ed.), *Manual práctico de Derecho laboral concursal* (pp. 249-275). Madrid: La Ley.

⁷²³ Cavas Martínez, F. (2008). Los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso. La intervención del FOGASA en el proceso concursal. *Cuadernos Digitales de Formación n.º 38*, pág. 23. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2015/04/24/CF08038/5_PDF/CF0803805.pdf.

⁷²⁴ Cano Marco, *Op. Cit.*, pp. 92, 272 y 273.

trabajos familiares⁷²⁵. Sin embargo, en esta postura no se pronuncian concretamente sobre nuestro conflicto, ya que parece referirse más bien a un concursado persona natural que a un concursado sociedad de capital.

Por lo que se refiere a nuestra jurisprudencia, no hay una doctrina jurisprudencial consolidada, sino más bien posturas vacilantes, desde unos tribunales que critican el automatismo en la subordinación de los créditos laborales y los excluyen por ausencia de poder⁷²⁶, hasta otros tribunales que entienden que puede producirse la subordinación aunque los servicios laborales prestados como trabajador por cuenta ajena de relación laboral común o como personal de alta dirección puedan claramente diferenciarse de las funciones propias del administrador⁷²⁷.

Nuestra posición, por lo tanto, es la de la separación de créditos en caso de concurso fortuito o culpable no imputable al administrador social, pero la absorción de créditos, convirtiéndose en subordinados, como sanción, en caso de concurso culpable imputable al administrador social.

Esta decisión que he adoptado no es arbitraria ni caprichosa sino que tiene como fundamento la Teoría de la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Concursal, consistente en este caso, en cuanto a la separación de créditos, en el carácter más favorable y protector del Derecho Laboral con respecto de los trabajadores, padeciendo la Teoría que sostengo como única excepción la de la pérdida del privilegio por sanción, con fundamento en los principios de seguridad jurídica (ex art. 9.3º de la C.E. de 1978) y de responsabilidad concursal, en caso de calificación del concurso por causa imputable al administrador, pues quien contribuye a que la sociedad de capital, en la que ejerce su actividad profesional, consiga su objeto social, no merece ser castigado, *a sensu contrario*,

⁷²⁵ Orellana Cano, A.M. y Orellana Cano, N. (2009). La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral. *Monografías n.º 3*, pág. 247. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/PROVISIONALES/2017/01/09/MG0900301/MG0900301.pdf>.

⁷²⁶ Vid. entre otras, Sentencia de cinco de octubre de dos mil veinte de la A.P. de Barcelona o Sentencia de quince de febrero de dos mil trece de la A.P. de Madrid.

⁷²⁷ Vid. entre otras, Sentencia de treinta de octubre de dos mil once de la A.P. de Zaragoza o Sentencia de siete de mayo del año dos mil doce del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián.

quien con su actuación origina o contribuye a la insolvencia de la sociedad de capital, debe de sufrir la sanción legal.

El resultado del supuesto de hecho descrito, fundamentado en los principios jurídicos aludidos, es consecuencia de la Tesis que viene gestándose a lo largo de la presente obra, que en el caso concreto que tratamos ha nacido en el presente Cap. y que en este párrafo podemos bautizar como *la súper (mega o superior) posición del Derecho Laboral sobre el Derecho Concursal en los créditos concursales por salarios de los trabajadores en caso de concurrencia de la doble condición de administrador social con trabajador por cuenta ajena de relación laboral común o personal de alta dirección* que sería aplicable como regla general, incluso en caso de concurrencia con la condición de administrador social, padeciendo esta Teoría como excepción, que destruiría la presunción más favorable para los trabajadores, la de la imputación (en la sentencia de calificación del concurso) al administrador social, en el que concurre la condición de trabajador por cuenta ajena de relación laboral común o personal de alta dirección, de la culpabilidad en la insolvencia de la sociedad de capital, insolvencia que ha desembocado en la catástrofe jurídica del concurso de acreedores, procedimiento que concluirá con la más que probable (salvo accidente fortuito estelar) liquidación total de la sociedad de capital y su consecuente extinción del mapa jurídico-económico.

Como conclusión, debemos hacer constar que no hay acuerdo ni posiciones dominantes, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia española, sobre que tratamiento debe dársele a los créditos concursales laborales cuando concurre la doble condición de “administrador social” y “personal de alta dirección” o “trabajador por cuenta ajena de relación laboral común,” de la sociedad de capital concursada.

No obstante, y al igual que ocurre con el régimen jurídico aplicable, parece que, con carácter general, se respetaría más la separación de créditos en caso de que la concurrencia de condiciones lo sea de “administrador social y trabajador por cuenta ajena de una relación laboral común” que en el caso de “administrador social y personal de alta dirección de una relación laboral especial”, precisamente por ostentar el carácter de apoderado.

CONCLUSIONES



CONCLUSIONES

Primera.- Las sociedades de capital son sociedades mercantiles caracterizadas por la forma y cuyas manifestaciones más importantes vienen constituidas por la sociedad anónima y la sociedad de responsabilidad limitada. Toda sociedad de capital contará con una Junta General y un órgano de administración cuyas funciones difieren según la modalidad de sociedad de que se trata y las facultades que quieran asumir y delegar. La gran mayoría de sociedades de capital tienen como empleados, encargados del proceso productivo de bienes y servicios, a los trabajadores por cuenta ajena. Cabe la posibilidad de que el administrador social ostente así mismo la condición de “personal laboral especial de alta dirección” o de “personal laboral común” de la misma sociedad de capital.

Segunda.- El concurso de acreedores es el procedimiento adecuado para ventilar las pretensiones en el caso de que la sociedad de capital se vea inmersa en un estado de insolvencia, actual o inminente, previéndose diversas herramientas para intentar salvar a la entidad de la liquidación y consecuente extinción (que provocaría una hecatombe en las vidas, no solo del empresario, sino también de sus trabajadores y acreedores).

Tercera.- Para evitar que una sociedad de capital se vea inmersa en el apocalipsis de la insolvencia se arbitran por el ordenamiento jurídico, con especial hincapié a partir de la reforma concursal de 2022, diversas modalidades de cooperación interempresarial en las que intervienen las empresas (y consiguientemente sus administradores) y sus trabajadores, constituyendo vías de viabilidad empresarial y de salvaguarda de los derechos económicos y sociales de los trabajadores instituidas a base de una relación entre los Derechos Laboral y de Seguridad Social con los Derechos Concursal y Mercantil.

Cuarta.- El Derecho Laboral, de acuerdo con la Teoría de la súper posición de tal rama del ordenamiento jurídico, debe sobreponerse a los Derechos Concursal y Mercantil con la consecuencia lógica de otorgarse preferencia a los trabajadores sobre los empresarios y, a los acreedores de este, en cualquier situación de la realidad práctico-jurídica, pues nos encontramos ante el grupo más débil y más necesitado de protección, siendo el colectivo más abundante en nuestra sociedad y

de cuyo salario dependen la mayoría de las familias de España, Teoría que concuerda con la línea seguida por la reforma laboral de finales de 2021.

Quinta.- Las figuras de administrador social, personal laboral especial de alta dirección y personal laboral común, aunque sean diferentes entre sí, están sujetas a un régimen jurídico de derechos y deberes que debe ser observado por todas las partes contratantes para que la sociedad de capital pueda conseguir su fin social.

Sexta.- Puede afirmarse que el administrador social se rige por una relación de carácter mercantil-societaria mientras que el personal laboral común y el personal laboral especial de alta dirección se rigen por una relación de carácter laboral, con sus respectivas particularidades, aunque con respecto del personal laboral especial de alta dirección son aplicables de manera supletoria las disposiciones de las legislaciones civil y mercantil e incluso pierde la condición laboral y se convierte en autónomo en el supuesto de que efectúe sus funciones a título lucrativo y de forma habitual, personal y directa, cuando posea el control efectivo, directo o indirecto de sociedad, entendiéndose, en todo caso, que se produce tal circunstancia, cuando las acciones o participaciones del trabajador supongan, al menos, la mitad del capital social. Sin embargo, el régimen o relación jurídica cuando concurre la doble condición de administrador social y personal laboral especial de alta dirección de la sociedad de capital es de carácter mercantil por absorción mientras que en el caso de concurrencia de la doble condición de administrador social y trabajador por cuenta ajena sometido a una relación laboral común de la sociedad de capital existe una separación de relaciones o regímenes, mercantil y social, siempre que se pueda establecer claramente la separación de funciones.

Séptima.- Conclusión vinculada con la anterior es la relativa al tipo de vinculación de tales sujetos de Derecho con la sociedad de capital pues el administrador social vendrá vinculado con la sociedad de capital a través de los estatutos sociales, mientras que el personal laboral especial de alta dirección y el trabajador por cuenta ajena con relación laboral común vendrán vinculados por un contrato de trabajo, aunque en el caso de que coincidan la condición de administrador social con personal laboral especial de alta dirección el vínculo con la sociedad de capital será a través de un contrato societario, correspondiendo la determinación de la remuneración al Consejo de Administración y no a la Junta General a la que le corresponde la determinación de la remuneración de los

administradores sociales puros, mientras que en caso de concurrencia de administrador social y de personal laboral común regirán separadamente los regímenes aplicables a cada función que realice ostentando una u otra condición.

Octava.- Mientras que cada uno de los sujetos a que hacemos referencia conservará la clasificación de créditos que le correspondan, por su condición o cargo en la sociedad de capital concursada, es decir, al administrador social los créditos subordinados y al personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común de la sociedad de capital los créditos contra la masa, así como los créditos con privilegio especial, general y ordinario, en el caso de que concurrieran la condición de administrador social con personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común, si se aplica rigurosamente la disposición del apartado 2 del artículo 283 de la L.C. que considera al administrador social persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica, en nuestro caso, una sociedad de capital, anónima o de responsabilidad limitada, varios autores concluyen, más si cabe en el caso de concurrencia de administrador y personal de alta dirección que de administrador y trabajador regido por una relación laboral común, que los créditos laborales que le corresponderían como personal de alta dirección o trabajador común, quedarían subordinados, perdiendo, por lo tanto, su privilegio, por absorción como sanción por ostentar poderes de dirección. Sin embargo, otros autores entienden que tal subordinación no debe producirse, unos por aplicación de la Convención de la O.I.T. n.º 173 y otros por considerarlo una excesiva sanción. La conclusión a la que llegamos en la presente Tesis, y que la adoptamos desde la perspectiva del carácter más favorable y protector del Derecho Laboral con respecto del trabajador por un lado, y de los principios de seguridad jurídica y la responsabilidad concursal por otro lado, es decir, con independencia de las posturas doctrinales mencionadas, nuestra posición es la de que los créditos perderán su privilegio si el concurso de acreedores ha tenido lugar por responsabilidad del administrador social, mediante la calificación del concurso como culpable, ya le sea imputable por una acción u omisión, dolosa o culposa, como autor o como cómplice, como sanción que debe aplicarse a la mala gestión del cargo, mientras que si se trata de un concurso fortuito o no imputable al administrador social, deberá darse un tratamiento por separado a los créditos que ostente como administrador y a los que legítimamente posea como personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común de la sociedad de capital. No

obstante, debemos hacer constar que no hay acuerdo ni posiciones dominantes, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia española, sobre que tratamiento darle a los créditos contra la masa y a los concursales laborales cuando concurre la doble condición de administrador social y personal laboral especial de alta dirección o personal laboral común de la sociedad de capital concursada, pero al igual que ocurre con el régimen jurídico aplicable, parece que, con carácter general, se respetaría más la separación de créditos en caso de que la concurrencia de condiciones lo sea de administrador social y personal laboral común, que en el caso de administrador social y alto cargo directivo o personal especial laboral de alta dirección.

BIBLIOGRAFÍA



BIBLIOGRAFÍA

- Adame Martínez, M. A. (1996). *Asunción de deuda en Derecho Civil*. Granada: Comares.
- Aguilar Navarro, M. (1963). *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Madrid: Artes gráficas Clavileno, I, 1, pág. 460.
- Alarcón Caracuel, M.R. (1986). La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo. *Revista Española del Derecho del Trabajo* n.º 28, pp. 495-544.
- Almansa Pastor, J. M. (1978). El concepto de trabajador. *Revista de Derecho Público* n.º 73, pp. 259 y 261.
 - (1991). *Derecho de la Seguridad Social*. Madrid: Tecnos.
- Alonso Espinosa, F.J., Lázaro Sánchez, E.J., De la Vega García, F.L. y Sánchez Ruiz, M. (2009). *Curso fundamental de Derecho Mercantil. Volumen I*. Murcia: Fundación Universitaria San Antonio.
- Alonso García, M. (1980). *Curso de derecho del trabajo*. Barcelona: Ariel.
- Alonso Olea, M. (1967). En torno al concepto de contrato de trabajo. *Anuario de Derecho Civil* n.º 1, pp. 117 a 151.
 - (1990). Las fuentes del derecho: en especial del Derecho del Trabajo según la Constitución. Madrid: Civitas.
- Alonso Olea, M. y Barreiro González, G. (1991). *El Estatuto de los Trabajadores. Texto actualizado, comentario, jurisprudencia*. Madrid: Civitas, pág. 181.
- Alonso Olea, M., Casas Baamonde, M.E. y Alonso García, E. (2013). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Navarra: Aranzadi.
- Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. (2002). *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Civitas, pag.38.
- Andrade Espinoza, S. (2005). *Diccionario de Economía*. Lima (Perú): Andrade.
- Arana García, E. (2013). Uso y abuso del Decreto-ley. *Revista de Administración Pública* n.º 191, pp. 337-365.
- Arce Gargollo, J. (1995). *El Contrato de Franquicia*. México: Themis, pág. 34.
- Arimany Serrat, N. (2008). Las Uniones Temporales de Empresas en el nuevo PGC. *Revista reforma contable* n.º 200, pp. 76-87.

- Arrieta Idiákez, F.J. (2010). Relaciones laborales en empresas concursadas. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87, pp. 109-156. Recuperado el 02/03/2024 de <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.87.88.2010.04>.

- (2021). Cuestiones controvertidas del procedimiento de regulación de empleo concursal. En *Reestructuraciones empresariales: Comunicaciones del XXXI Congreso Anual de la AEDTSS*. A Coruña, 27 y 28 de mayo de 2021, pp. 357-376.

- Asencio Pascual, C. (2020). *Aspecto de contenido innovador de la venta de la unidad productiva a la luz del nuevo TRLC*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 5.

- Avendano Murillo, G.E. (2014). El Derecho Laboral como Derecho Humano. *Revista Verba Iuris* n.º 32, pp. 53-72. Recuperado el 02/03/2024 de <https://core.ac.uk/download/pdf/229911681.pdf>.

- Ballester Azpitarte, L. (2014). Sobre la innecesaridad de inscribir el nombramiento del cargo representativo para la inscripción de los actos realizados en el ejercicio del mismo (a propósito de la resolución de la DGRN de 28 de enero de 2014). *Cuadernos de Derecho y Comercio* n.º 61, pág. 187 Recuperado el 02/03/2024 de

<https://www.notariado.org/portal/documents/176535/641205/n%C3%BAm+61+-+SUMARIO+-+Derecho+societario+-+SOBRE+LA+INNECESARIEDAD+DE+INSCRIBIR+EL+NOMBRAMIENTO+DEL+CARGO+REPRESENTATIVO+PARA+LA+INSCRIPCI%C3%93N+DE+LOS+ACTOS+REALIZADOS+EN+EL+EJERCICIO+DEL+MISMO+%28A+PROP%C3%93SITO+DE+LA+RESOLUCI%C3%93N+DE+LA+DGRN+DE+28+DE+ENERO+DE+2014.pdf/da681d2f-b758-5ad5-07fa-9c5e44a10173?t=1571241014014>.

- Barreiro González, G., Fernández Domínguez, J.J. y Cavas Martínez, F. (1993). *Contratos laborales temporales: guía legal, jurisprudencial y práctica*. Madrid: Wolters Kluwer.

- Bayón Chacón, G. (1955). *La autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. Limitaciones a la libertad contractual en el Derecho Histórico Español*. Madrid: Tecnos, pp. 29 y ss.

- Baz Rodríguez, J. (2017). Trabajo y Derecho. Monográfico 5/2017 de 1 de junio. *La revisión de la construcción jurisprudencial sobre la empresa de grupo como unidad de empresa laboral* (9-10). Madrid: Wolters Kluwer.

- Beladiez Rojo, M. (2010). *Los principios jurídicos*. Navarra: Aranzadi.

- Betti, E. (2018). *Teoría general del negocio jurídico*. Chile: Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Blasco Pellicer, A. (2015). La competencia del Juzgado de lo Mercantil sobre la ejecución de créditos laborales tras la aprobación del convenio. Comentario de la Sentencia n.º 549/2014 de la Sala de lo Social TSJ Cataluña, de 27 de enero. *Anuario de Derecho Concursal* n.º 34.
- Bureau, P. (1904). *El contrato colectivo de trabajo*. Madrid: Daniel Jorro, pág. 136.
- Cabrera Bazán, J. (1982). Contrato de trabajo y ordenamiento jurídico. *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 1º, n.º 16, pp. 149-157.
- Cano Marco, F. (2020). Personal de alta dirección y concurso. En Wolters Kluwer España S.A. (Ed.), *Manual práctico de Derecho laboral concursal* (pp. 249-275). Madrid: La Ley.
- Cano Marco, F. (2023). Créditos laborales en el concurso de acreedores. En Wolters Kluwer España S.A. (Ed.), *Manual práctico de Derecho laboral concursal* (pp. 33-96). Madrid: La Ley.
- Cariota Ferrara, L. (2019). *El negocio jurídico*. Santiago de Chile (Chile): Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Carnelutti, F. (1916). *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*. Roma: Studi di Diritto Civile pp. 221 y ss.
- Carrasco, P. (2005). *El contrato de franquicia en Ecuador, aspectos jurídicos y económicos* (Tesis Doctoral). Universidad Internacional SEK de Quito.
- Castellanos Cámara, S. (2019). Novación y modificación de la relación obligatoria: el artículo 1203 del Código Civil español. *Revista Boliviana de Derecho* n.º 28, pp. 168-203.
- Castellanos Sánchez, L.F. (2009) Las mil y una noches del derecho concursal. Unos objetivos y principios del cuento. *Themis: Revista de Derecho* n.º 57, pp. 199-226.
- Cavas Martínez, F. (2008). Los créditos laborales y de Seguridad Social en el concurso. La intervención del FOGASA en el proceso concursal. *Cuadernos Digitales de Formación* n.º 38, pág. 23. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2015/04/24/CF08038/5_PD F/CF0803805.pdf.

- Charrutti Garcén, M.J. (2015). *Los límites jurídicos al poder de dirección del empleador: especial consideración de la profesionalidad del trabajador* (Tesis Doctoral). Universidad de Castilla la Mancha.

- Chatelain, E. (1903). El contrato de trabajo. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, vol. 51, n.º 102.

- Cohen Benchetrit, A. (2017). Conclusiones del Encuentro de Magistrados de lo Mercantil. Jerez de la Frontera, del 4 al 6 de octubre de 2017. *Conclusiones de Seminarios n.º 16*, pp. 3-22. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/PROVISIONALES/2020/08/25/SE1701601/SE1701601.pdf>.

- (2017). Encuentro de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con magistrados de lo mercantil. *Cuadernos digitales de formación n.º 32*, pp. 11 a 16. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2018/08/24/CF17032/5_PDF/CF1703203.pdf.

- Cristóbal Montes, A. (1968). La cesión de contratos. *Anuario de Derecho Civil*, pág. 857.

- De Buen Lozano, N. (2002). *Derecho del Trabajo*. México: Porrúa.

- De la Puebla Pinilla, A. (2004). Aspectos laborales de la nueva ley concursal. *Revista Jurídica n.º 11*, pp. 81-102. Recuperado el 02/03/2024 de <https://repositorio.uam.es/handle/10486/3068>.

- De la Vega García, F. (2006). *Contratos de prestación de servicios logísticos. Delimitación, contenido y estructura típica*. Madrid: Civitas, pp. 23 y ss.

- De la Villa Gil, L.E. (2010). El concepto de empresario-empleador en Derecho del Trabajo. En: Blasco Pellicer, A.A. (Coord.). *El empresario laboral* (13-41). Valencia: Tirant lo Blanch.

- De Miguel Asensio, P. A. (2015). La evolución del régimen europeo sobre procedimientos de insolvencia. *La Ley Unión Europea*, 28, 1-8. Recuperado el 02/03/2024 de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/34705/1/PDemiguelAsensioLaLeyUE%20n%2028.pdf>.

- De Vivero de Porras, M.C. (2009). *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, pág. 103.

- Desdentado Bonete, A. y Orellana Cano, N. (2007). Los créditos laborales en el concurso. En Bomarzo (Ed.) *Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas* (pp. 189-222). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Desdentado Bonete, A. (2012). *La extinción del contrato de trabajo en el concurso. Doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en el Concurso Laboral*. La ley, pág. 49.
- Díaz Echegaray, J.L. (2006). *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*. Navarra: Aranzadi, pág. 123.
- Diéguez Cuervo, G. (1998). *La sucesión de empresa*. Comentarios a las leyes laborales VIII.
- Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Civitas.
- Durán López, F. (1977). *Los grupos profesionales en la prestación de trabajo: obreros y empleados*. Madrid: Fundación Juan March.
- Elósegui Itxaso M. y Lousada Arochena, J.F. (2007). La participación de las mujeres en los consejos de administración de las sociedades mercantiles. *Revista del Poder Judicial n.º 86*, pp. 3 a 6. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2014/05/30/PJ07086/5_PDF/PJ0708608.pdf.
- Ennecerus, L. y Lehmann, H. (1954). *Derecho de Obligaciones, I*. Barcelona: Bosch, pág. 342.
- Escalona Marchal, N. (2016). Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional. *La cesión de contrato* (501-532). Madrid: Civitas.
- Espinella Menéndez, A. (2009). Derecho contractual. Una visión de Derecho comparado y transnacional. *La asunción de deudas* (1201-1248). Madrid: Civitas
- Fernández Domínguez, J.J. (2012). Un dato más sobre la precaria situación de los laborales indefinidos no fijos: acerca de la inviabilidad de acceder a una excedencia voluntaria (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de junio de 2011 - Rec. 5401/2007-). *Revista técnico laboral vol. 34º. n.º 131*, pp. 83-90.
- (2015). Novación del contrato indefinido a tiempo parcial en fijo discontinuo y protección por desempleo. La protección por desempleo en

- España: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, pp. 627-638.
- Ferre, G., Hirt, L. y Henderson, N. (2010). *Introducción a los negocios en un mundo cambiante*. México: McGraw-Hill.
 - Figueroa Yañez, G. (1984). *La cesión del contrato y la asunción de deudas*. Editorial Jurídica de Chile, pág.50.
 - Fita Ortega, F. (2016). El artículo 44 ET y las cláusulas de estabilidad en el empleo previstas en normativa sectorial, o en los pliegos de condiciones de contratas y concesiones administrativas. *Revista de Derecho Social* n.º 76, pág. 190.
 - Franquet Sugrañes, M.T. (2003). *El contrato de licencia de personalidad merchandising* (Tesis Doctoral). Universitat Rovira i Virgili de Tarragona.
 - Friedrich Hegel, G. W. (1972). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Ullstein Buch, Frankfurt/M- Berlín- Wien.
 - Gacto Fernández, E., Alejandro García, J.A. y García Marín, J.M. (2013). *Manual básico de Historia del Derecho*. Madrid: Dykinson.
 - Galiana Moreno, J. M. (1980). Status y contrato en el proceso de configuración de las relaciones de trabajo. *Derecho y Proceso, Estudios Jurídicos en honor del Prof. A. Martínez Bernal*. Murcia: Universidad de Murcia, pp. 207-236.
 - Galiana Moreno, J. M. y Sempere Navarro, A. V. (2020). *Legislación Laboral y de Seguridad Social*. Navarra: Aranzadi, pp. 7-20.
 - Gallart Folch, A. (2000). *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*. Granada: Comares.
 - Gallego Anabitarte, A. (1971). Ley y Reglamento en el Derecho público occidental. *Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública* n.º 6, pág. 19.
 - Garapon, A. (1997). *Juez y democracia*. Barcelona: Flor del Viento, pág. 284.
 - García Amigo, M. (1964). La cesión de contratos en el Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, pág. 83
 - García Arrufat, E. (2010). *Cuestiones procesales en el Derecho Concursal, (Leyes 22-2003 y 8-2003)* (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid.
 - García Escobar, G.A. (2016). *El sentido de la institución concursal: los principios del concurso* (Tesis Doctoral). Universidad de Granada.

- García Murcia, J. (1981). El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores. *Revista de Política Social* n.º 130, pp. 7-88.
- García Valdecasas, G. (1944). La esencia del mandato. *Revista de Derecho Privado*, pp. 769 y ss.
- García-Perrote Escartín, I. (2018). *Manual de Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 253-259.
- García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R. (2003). Modificaciones de condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales. *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 23 y 24, pp. 78-79.
- Gascón Inchausti, F. (1999). La costumbre no es fuente de Derecho Procesal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1998. *Tribunales de Justicia* n.º 2, pp. 167-162.
- Gómez Calero, J. (2001). *Las agrupaciones de interés económico, las uniones temporales de empresas*. Madrid: Marcial Pons.
- Gómez Ligüerre, C. (2005). *Solidaridad y responsabilidad. La responsabilidad conjunta en el derecho español de daños* (Tesis Doctoral). Universitat Pompeu Fabra de Barcelona.
- González Bilbao, E. (2009). *Tratado Práctico Concursal. Comentario al art. 64 LC*. Navarra: Aranzadi, pág. 698.
- Gordon Baird, D. (2000). Cambiando estructuras: cultura empresarial y reestructuración patrimonial. *Ius et Veritas* n.º 21, pp. 287-291.
- Gordon Baird, G y Crawford Morrison, E. (2002). Tomando la Decisión de Quiebra. *Ius et Veritas* n.º 25, pp. 219-230.
- Gorelli Hernández, J. (2011). La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral. *TEMAS LABORALES* n.º 108, pp. 13-52.
- Gutiérrez Rodríguez, M. (2016). La responsabilidad penal de los administradores de sociedades mercantiles. En E. Beltrán, A.B. Campuzano y Á. Rojo (Eds.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles* (pp. 14 y 15). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Heredia Cervantes, I. y They Martí, A. (2016). Brexit e insolvencia internacional. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid* n.º 69, pp. 10-15.

<https://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/6975-brexit-e-insolvencia-internacional>.

- Hueck, A. y Nipperdey, H.C. (1963). *Compendio de Derecho del Trabajo, traducción española*. Madrid: Revista de Derecho Privado, pág. 23.

- J. R. Hicks. (1973). *La teoría de los salarios*. Barcelona: Labor.

- Jiménez Bolaños, J. (2014). Análisis de la aplicación del principio par conditio creditorum en relación con los créditos privilegiados. *Revista Judicial de Costa Rica n.º 111*, pág. 7.

- Juan y Mateu, F. (2009). Los contratos de logística. Madrid: Marcial Pons, pág. 15
Lázaro Sánchez, E.J. (2000). El contrato de franquicia (aspectos básicos). *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia, n.º 18*, pp. 91-116.

- Lahera Forteza, J. y García Quiñones, J.C. (2007). La transformación de la contratación laboral, el trabajo a tiempo parcial y el despido. *Cuadernos de Relaciones Laborales 25 n.º 2*, pp. 39-54. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiwgp7Zm-vuAhU8UhuiHYMMAiQQFjAEegQIChAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.ucm.es%2Findex.php%2FCRLA%2Farticle%2Fdownload%2FCRLA0707220039A%2F32280&usg=AOvVaw1FIqzbNgt9wsFlxsIrJeAz>.

- Lama Salinas, C. (2019). *Concepto de unidad productiva en el ámbito concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, pp. 1-5.

- Lloret Villota, J. y Marqués Vilallonga, J.M. (2015). *La venta de la unidad productiva en sede concursal*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, pág. 19.

- Lluch Corell, F.J., (2015). La relación de los administradores de la sociedad con el derecho del trabajo. *Revista de jurisprudencia, número: 2* Recuperado el 02/03/2024 de <https://elderecho.com/la-relacion-de-los-administradores-de-la-sociedad-con-el-derecho-del-trabajo>.

- López Balaguer, M. (2018). *Descentralización productiva y transformación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Luceño Oliva, J.L. (2012). Notas sobre la enajenación de unidades productivas en el convenio concursal. *Diario La Ley n.º 7977*, pág. 3.

- (2018). Derecho Civil Jueces. *Doctrina general sobre el derecho transitorio*. Madrid: Carperi S.L pp. 4 a 8.
- Magno, P. (1976). *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*. Padova: CEDAM, pp. 125 y 126.
- Martín Muñoz, A.J. (1996). *El contrato de merchandising* (Tesis Doctoral). Universidad Pontificia de Comillas.
- Martín Valverde, A. (1988). Responsabilidad empresarial en caso de subcontrata de obras y servicios. *Comentarios a las Leyes Laborales* (254-255) Madrid: Edersa.
- (1995). La supresión del monopolio público de la colocación. En de la Villa Gil, L.E. (Coord.). *Reforma de la legislación laboral: estudios dedicados al prof. Manuel Alonso García*, pág. 74.
- Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J. (2020). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Martín Valverde, A. y Villanueva García, E. (1981). Sistema económico y agricultura en la Constitución Española. *Agricultura y Sociedad n.º 21*, pp. 9-59.
- Martínez Emperador, R. (1982). *El Estatuto de los Trabajadores y la responsabilidad empresarial en caso de subcontratas y servicios*. Madrid: Instituto de Estudios Sociales, pág. 20.
- Meléndez Morillo-Velarde, L. (2020) Concepto y objeto del Derecho del Trabajo. Principios de aplicación. Contratación. Condiciones de trabajo. *Iniciación a la Jurisdicción Social n.º 5*, pág. 4. Recuperado el 02/03/2024 de https://moodle.poderjudicial.es/moodle/pluginfile.php/69500/mod_resource/content/1/Tema%201%20v.%202020.pdf.
- (2020) Derecho de la Seguridad Social. *Iniciación a la Jurisdicción Social n.º 5*, pág. 3. Recuperado el 02/03/2024 de https://moodle.poderjudicial.es/moodle/pluginfile.php/69508/mod_resource/content/1/Tema%205%20v.%202020.pdf.
- (2020) Vicisitudes y extinción de la relación laboral. *Iniciación a la Jurisdicción Social n.º 5*, pág. 3. Recuperado el 02/03/2024 de https://moodle.poderjudicial.es/moodle/pluginfile.php/69502/mod_resource/content/1/Tema%202%20v.%202020.pdf.

- Méndez Rocasolano, M. (1999). *El derecho a un entorno vital para el desarrollo de la persona* (Tesis Doctoral). Universidad Complutense de Madrid. Pág. 105.
- Mercader Uguina, J.R. (2020). La protección del salario. En Tirant Lo Blanch (Ed.). *Lecciones de Derecho del trabajo* (pp. 532-537). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- (2006). La nueva noción de la cesión de trabajadores prohibida, en Cruz Villalón, J. (Coord.), *La reforma laboral de 2006, Real Decreto Ley 5/2000, de 9 de junio* (155 a 175). Valladolid: Lex Nova.
- Messineo, F. (1952). *Doctrina general del contrato, I*. Buenos Aires (Argentina): Ediciones Jurídicas Europa América, pág. 113.
- Molero Manglano, C. (2011). *El contrato de alta dirección*. Madrid: Civitas, 3ª edición.
- Molina Navarrete, C. (2006). Comentario sistemático al tratamiento de las cuestiones sociolaborales en la Ley Concursal. *Las vicisitudes suspensiva y extintiva de los contratos de trabajo ordinarios en los procedimientos concursales: el art. 64 LC (225)*. Granada: Comares.
- Montoya Melgar, A. (2006). El ámbito personal del Derecho del Trabajo: tendencias actuales. *Aranzadi social n.º 5*, pp. 471-482.
- (2011). Las relaciones laborales en el ámbito de las Administraciones Públicas. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración n.º 93*, pp. 13-46.
- (2013). *Derecho Laboral Concursal*. Madrid: Civitas.
- (2020). El carácter privilegiado del crédito salarial. En J.M. Domínguez y J. Sánchez Cuenca (Eds.). *Derecho del trabajo* (pp. 414-419). Madrid: Tecnos.
- Montoya Melgar, A., Galiana Moreno, J.M., Sempere Navarro, A.V., Ríos Salmerón, B., Cavas Martínez, F. y Luján Alcaraz, J. (2019). *Curso de Procedimiento Laboral. Ámbito territorial y funcional del orden social de la jurisdicción*. Madrid: Tecnos, pp. 85-95.
- Moreno Catena, V. (2000). La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. En Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.). *La ejecución forzosa* (216-236). Madrid: Tecnos.
- Muñiz Espada, E. (2011). Revisión crítica de la figura de la novación. *Cuadernos de Derecho Registral n.º 1*, pp. 1-314.

- Muñoz Paredes, A. (2020). Las nieblas del convenio de asunción. *Diario La Ley* n.º 9677.
- Néstor de Buen, L., Bueno Magano, O. y Albuquerque, R. (1982). *Los grupos de empresas nacionales y multinacionales y el derecho del trabajo*. Libros (Biblioteca jurídica virtual) [5609] de la Universidad nacional autónoma de México. Recuperado el 02/03/2024 de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/861/1.pdf>.
- Olivencia Ruiz, M. (2013). Derecho Mercantil volumen 1º. Concepto y fuentes del Derecho mercantil. La empresa y el empresario. *El empresario individual. Origen y Evolución Histórica* (pp. 37-44). Madrid: Marcial Pons.
- Orellana Cano, A.M. (2004). La insolvencia empresarial. Incidencia de la nueva Ley Concursal. *Manuales de Formación Continuada* n.º 23, pág. 45. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2014/06/13/MF04023/5_PDF/MF0402306.pdf.
- Orellana Cano, A.M. y Orellana Cano, N. A. (2009). La extensión de la jurisdicción concursal en el ámbito laboral. *Monografías* n.º 3, pág. 247. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/PROVISIONALES/2017/01/09/MG0900301/MG0900301.pdf>.
- Orellana Cano, N.A. (2012). Tratado Judicial de la Insolvencia. *Aspectos Laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo* (1042 y ss.). Navarra: Aranzadi.
- (2013). Aspectos laborales: contratos de trabajo y expedientes de regulación de empleo. Trabajo presentado en el *II Congreso Judicial de Derecho Concursal*. Madrid, España.
- Pallares Villegas, Z., Romero Buj, D. y Herrera Herrera, M. (2005). *Hacer empresa: Un Reto*. Bogotá (Colombia): Fondo Editorial Nueva Empresa.
- Palomeque López, M. C. (1973). *La nulidad parcial del contrato de trabajo* (Tesis Doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.
- (1975). *La nulidad parcial del contrato de trabajo*. Madrid: Tecnos.
- (1980). Empresarios desprovistos de personalidad jurídica: las comunidades de bienes. *Revista española de derecho del trabajo* n.º 2, pág. 229.

- (1999). Uniones de empresas y grupos de sociedades. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 1, pp. 223-252.
- Pedreira Menéndez, J. (2001). La tributación de los derechos de imagen de los deportistas vinculados por relaciones laborales. *Revista de contabilidad y tributación* n.º 214, pp. 3 y ss.
- Pérez Amorós, F. (1982). El trabajador como sujeto del Derecho del Trabajo Español. (Su concepto legal y su emplazamiento en el estudio del Derecho del Trabajo). *Revista de Política Social* n.º 133, pág. 82
- Pérez Benítez, J.J. (2011). Algunas cuestiones de interés sobre Derecho de sociedades a propósito de la entrada en vigor de la Ley de Sociedades de Capital. Especial referencia a la Junta General y al régimen de la responsabilidad de los administradores sociales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Cuadernos digitales de formación* n.º 23, pág. 6. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2013/05/24/CF11023/5_PDF/CF1102302.pdf.
- (2015). Los créditos subordinados. El Derecho de la insolvencia. *El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez Botija, E. (1955). *Curso de derecho del trabajo*. Madrid: Tecnos.
- Pérez Guerrero, M.L. (2019). Subrogación de los trabajadores en el ámbito de la sucesión de contratadas en la Administración Pública. Subrogación ex pliegos de condiciones de contratadas y concesiones administrativas. *TEMAS LABORALES* n.º 149, pp. 225-241.
- Pérez Pérez, M. (1980). Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial. *Revista Española del Derecho del Trabajo*, n.º 4, pp. 485 y 486.
- Pérez y Soto Domínguez, A. y Calderón Ossa, Y.A. (2012) El concepto de Seguridad Social: una aproximación a su alcance y límites. *Justitia* n.º 10, pág. 80. Recuperado el 02/03/2024 de https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIbT25u3uAhUvD2MBHQ_jCgIQFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2494101.pdf&usg=AOvVaw07cthaPH0QgpouyFc_DiOG.
- Pla Rodríguez, A. (1981). Los grupos de empresas. *Revista española de derecho del trabajo* n.º 6, pp. 187-192.

- Platero Alcón, A. (2017). Las Uniones Temporales de Empresas en el Ordenamiento Jurídico Español. *Revista Ratio Juris* vol.12 n.º 25, pp. 89-116. DOI: 10.24142/raju.v12n25a5.

- Prieto García-Nieto, I. y Gabaldón Codesido, J. (noviembre, 2015). *Conclusiones. Jornadas magistrados especialistas de mercantil*. Pamplona, España.

- Protocolo de 1 de octubre de 2020 de los Juzgados mercantiles de Cataluña sobre venta de unidades productivas. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n.º 34, pp. 341-342.

- Pulgar Ezquerro, J. (2017). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 38.

- Requejo Isidro, M. (2002). La cesión de créditos en el comercio internacional. *Revista De conflicto legum* n.º 5.

- Ribelles Arellano, J.M. (2004). Deberes y responsabilidad de administradores de sociedades. *Cuadernos de Derecho Judicial* n.º 19, pág. 4. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2014/01/31/CD04019/5_PDF/CD0401906.pdf.

- Ríos Salmerón, B. (2004). La Ley Concursal y los créditos laborales. *Manuales de Formación Continuada* n.º 23, pág. 35. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2014/06/13/MF04023/5_PDF/MF0402307.pdf.

- Rivero Lamas, J. (1963). *La novación del contrato de trabajo*. Barcelona: Bosch, pp. 248 y ss.

- (1970). El Derecho común del trabajo en España. *Cuadernos del Seminario de Derecho del Trabajo* n.º 1, pág.23.

- (1972). Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo. *Anuario de Derecho Civil, vol. 25, n.º 1*, pp. 153-187.

- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2016). Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo. *TEMAS LABORALES* n.º 135, pág. 133.

- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1980). Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón. *Interposición y trabajo en contratas a través de la Jurisprudencia* (64-94). Madrid: Tecnos.

- (2003). La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales. *Revista de Relaciones Laborales*, n.º 23 y 24, 18-20.
- (2003). Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor de Buen Lozano. En Kurczyn Villalobos, P. y Puig Hernández, C.A. (coords.). *Descentralización productiva y sucesión de empresas (733-765)*. Universidad Autónoma Nacional de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Romero García-Mora, G. (2016). Transmisión de unidades productivas dentro del concurso. En particular, la sucesión de empresa a efectos de Seguridad Social. *Diario La Ley* n.º 8869, pág. 4.
- Roqueta Buj, R. (2009). *El fondo de garantía salarial*. Madrid: La Ley.
- Rubio Vicente, P.J. (2020). Las Especialidades de la Enajenación de Unidades productivas en el nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n.º 33, pp. 49-78.
- Sáez Lara, C. (2012). Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal. *Relaciones laborales* n.º 7, pág. 8.
- Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J. (2013). *Instituciones de Derecho Mercantil. Volumen I*. Navarra: Aranzadi, pp. 528 y ss.
- Sánchez García, M. (2016). Aspectos generales del factoring nacional e internacional. *Revista Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. n.º 11, n.º 1, pp. 153-172.
- Santamaría Pastor, J.A. (1988). *Fundamentos de Derecho Administrativo*. Madrid: Ceura.
- Santos Cesáreo, F., Guillén Gestoso, C. y Montalbán Peregrín, F.M. (2012). Contrato de trabajo, compromiso y satisfacción. *Revista de Administração de Empresas* 52, n.º 3. DOI: 10.1590/S0034-75902012000300006.
- Sarazá Jimena, R. (2015) Jurisprudencia reciente en materia de derecho de información y el impacto de las novedades legislativas. *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 9, pp. 4 y 5. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2016/03/31/CF15009/5_PD F/CF1500901.pdf.

- Sarrión Esteve, J. (2018). *Derecho Constitucional. El Derecho de la Unión Europea* (pág. 2). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Senent Martínez, S. (2017). La venta de la unidad productiva en el concurso a la luz de las últimas reformas. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* n.º 26, pp. 95-116.
- Soza Ried, M.A. (1998). El procedimiento concursal del Derecho Romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual Derecho de Quiebras. *Revista de estudios jurídicos* n.º 20 Valparaiso. DOI: 10.4067/S0716-54551998000200001.
- Taléns Visconti, E.E. (2017). *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Tárrega Poveda, J. (2001). *El sindicato como empresario. Estudio jurídico de las relaciones de trabajo en el interior del sindicato* (Tesis Doctoral). Universidad de Murcia.
- They Martí, A. (2020). *Una segunda oportunidad para las unidades productivas*. Madrid: Wolters Kluwer, pág. 7.
- Torres Gosálbez, L. y Sánchez Icart, F.J. (1999). La responsabilidad de los administradores y socios de las sociedades de capital desde la perspectiva laboral. *Revista del Poder Judicial*, n.º 53, pág. 407. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/EVER/Docs/PJPUBLICACIONES/000/0000/00004775/PJ9905312_1.0.0.pdf.
- Troplong, R. T. (1846). *Del mandato della fidejussione e delle transazioni. Comenti dei tit. XIII, XIV, e XV del libro IIIº del codice civile*. Napoles: Batelli.
- Truyol y Serra, A. (1955). *Fundamentos de Derecho Internacional Público*. Barcelona: Tecnos, pág. 123.
- Turnbull, J., Williams, A. y Cheit, E. (1982). *Economic and Social Security: Social insurance and Other Approaches*. Nueva York: Wiley.
- Uriarte Codón, A. (2015). Relaciones laborales y concurso. *Cuadernos Digitales de Formación* n.º 29, pág. 6. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones/2016/09/02/CF15029/5_PDF/CF1502904.pdf.
- Valls Taberner, L. (1955). *La cesión de contratos en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch

- Vela Torres, P.J. (2015). La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles de capital por deudas sociales y algo sobre la responsabilidad concursal. *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 9, pág. 2. Recuperado el 02/03/2024 de https://www3.poderjudicial.es/search/pjpublicaciones//2016/03/31/CF15009/5_PDF/CF1500902.pdf.

- Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F. J. (2007). *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*. 2ª ed. Madrid: Civitas.

- Von Gierke, O. (2020). *Las raíces del contrato de servicios*. Santiago de Chile: Olejnik.

- Von Thur, A. (1934). *Tratado de las Obligaciones, I*. Madrid: Reus.

- VV.AA. (2012). Los créditos laborales y de la Seguridad Social. En Muñoz Paredes, A. y Prendes Carril, P. (Eds.). *Tratado Judicial de la Insolvencia* (pág. 1.104). Navarra: Aranzadi.

- Windscheid, B. (1925). *Diritto delle Pandette, II*. Turín: Unione Tipografico Editrice Torinese.

- Zurita Vicioso, J. M. (2015) La responsabilidad de los administradores. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* n.º 10, pág. 2. DOI: 10.25115/ridj.v4i10.1822.

WEBGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, J. (2018). Una breve historia de la sociedad anónima y el comercio transoceánico. *Almacén Derecho*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://almacenederecho.org/una-breve-historia-la-sociedad-anonima-comercio-transoceanico>.

- Bronusas, T. (2014). *Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades Mercantiles*. Universidad de Almería, pág. 2. Recuperado el 02/03/2024 de http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/3484/2709_Responsabilidad%20de%20los%20Administradores%20en%20las%20Sociedades%20Mercantiles.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

- De Amil Villarubia, D. (2015). Administrador de hecho = Administrador de derecho. *Derecho. Deamil. Com.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://derecho.deamil.com/wp/2015/01/30/administrador-de-hecho-administrador-de-derecho/>.

- Douglas Harford, T. (2017). Por qué las sociedades de responsabilidad limitada son consideradas uno de los grandes inventos de la historia. *BBC News*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-40732589>.

- Fernández Ruiz, J.L. y Martín Reyes, M.^a de los A. (2004). La sociedad anónima: antecedentes, regulación actual y conceptos fundamentales de caracterización. *Fundamentos de derecho mercantil. Tomo I: Concepto y fuentes, empresa y empresarios individuales y sociales. Tercera parte. El empresario social: Las sociedades mercantiles. Vlex.* Recuperado el 02/03/2024 de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/anonima-antecedentes-conceptos-caracterizacion-228433>.

- García Vidales, C. (2021). Falsedad contable societaria y auto encubrimiento impune: una delimitación jurisprudencial. *Noticias Jurídicas*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/15990-falsedad-contable-societaria-y-autoencubrimiento-impune:-una-delimitacion-jurisprudencial/>.

- Garnica Martín, J.F. y Nieto Delgado, C. (2012). *Calificación, conclusión y normas procesales*. Universitat Oberta de Catalunya, pp. 32-37. Recuperado el 02/03/2024 de http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/62726/1/La%20Administraci%C3%B3n%20concursal%20y%20las%20fases%20del%20concurso_M%C3%B3dulo%202_Calificaci%C3%B3n%20conclusi%C3%B3n%20y%20normas%20procesales.pdf.

- Gil Ibáñez, A. (2002) Grupo de reflexión. La Convención sobre el futuro de la Unión Europea. *Horizonte 2004. Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: Hacia un modelo más claro y transparente*, 6-16. Recuperado el 02/03/2024 de http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/europa/documentos/Jerarqu%C3%ADa%20normativa_Alberto%20Gil.pdf.

- Marrero Álvarez, C. (2015). Tipos de Órganos de Administración: Modalidades y Características. *Infocif. La red social de empresas*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://noticias.infocif.es/noticia/tipos-de-organos-de-administracion-modalidades-y-caracteristicas>.

- Ruiz de Lara, M. (2016). La venta y la adquisición de unidades productivas en el procedimiento concursal. Problemas básicos en fase común y en fase de liquidación. *Refor Expertos en Economía forense, Consejo General de Economistas*. Recuperado el 02/03/2024 de [https://www.coleconomistes.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_\(Ruiz_de_Lara\).pdf](https://www.coleconomistes.cat/MAILS/DOCS/P07_29.11.2016_Venta_y_Adquisicion_Unidades_Productivas_(Ruiz_de_Lara).pdf).

- Sy Corvo, H. (2019). Sociedades mercantiles: historia, elementos, tipos, ejemplos. *Lifeder*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://www.lifeder.com/sociedadesmercantiles/#:~:text=en%20M%C3%A9xico%20C%20etc.,Origen%20e%20historia,que%20conocemos%20hoy%20en%20d%C3%Aa>.

- VV.AA. (2001-2020). Etimología de responsabilidad. *Diccionario Etimológico*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://etimologias.dechile.net/?responsabilidad#:~:text=La%20palabra%20responsabilidad%20viene%20del,forma%20latina%20del%20verbo%20responder>.

- VV.AA. (2014). Diccionario de la Lengua Española. *Real Academia Española, vigesimotercera edición*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://dle.rae.es/sociedad?m=form>.

- VV.AA. (2020). *Diccionario panhispánico del español jurídico, primera edición en línea*. Recuperado el 02/03/2024 de <https://dpej.rae.es/lema/sociedad-de-capital>.

ANEXOS



ANEXOS

ANEXO I– NORMATIVA MÁS RELEVANTE

Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de veintinueve de mayo del año dos mil, sobre procedimientos de insolvencia. D.O.C.E. n.º 160, de treinta de junio del año dos mil, pp. 1 a 18. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-81111>.

Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de veinte de mayo de dos mil quince sobre procedimientos de insolvencia. D.O.U.E., n.º 141, de cinco de junio de dos mil quince, pp. 19 a 72. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2015-81122>.

Directiva UE 2019/1023 sobre del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia. D.O.U.E., n.º 172, de veintiséis de junio del año dos mil diecinueve, pp. 18 a 55. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2019-81090>.

C.E. de 1978. B.O.E. n.º 311, de veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y ocho, pp. 29313 a 29424. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>.

Ley 1/2000, de siete de enero del año dos mil, de Enjuiciamiento civil. B.O.E. n.º 7, de 8 de enero de 2000, pp. 575 a 728. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-323>.

Ley 36/2011, de diez de octubre de dos mil once, reguladora de la jurisdicción social. B.O.E., n.º 245, de once de octubre de dos mil once, pp. 106584 a 106725. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-15936>.

Ley 16/2022, de cinco de septiembre de dos mil veintidós, de reforma del T.R. de la L.C., aprobado por el R.D.Lg. 1/2020, de cinco de mayo de dos mil veinte, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de veinte de junio de dos mil diecinueve, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). B.O.E., n.º 214, de seis de septiembre de dos mil veintidós, pp. 123682 a 123851. Recuperado el 28/02/2024 de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2022-14580.

T.R. de la L.S.C. aprobado por R.D.Lg. 1/2010, de dos de julio de dos mil diez. B.O.E., n.º 161, de tres de julio de dos mil diez, pp. 58472 a 58594. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2010-10544>.

T.R. de la ley del E.T. aprobado por R.D.Lg. 2/2015, de veintitrés de octubre de dos mil quince. B.O.E., n.º 255, de veinticuatro de octubre de dos mil quince, pp. 100224 a 100308. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>.

T.R. de la L.G.S.S. aprobado R.D.Lg. 8/2015, de treinta de octubre de dos mil quince. B.O.E. n.º 261, de treinta y uno de octubre de dos mil quince, pp. 103291 a 103519. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11724>.

T.R. de la L.C. aprobado por R.D.Lg. 1/2020, de cinco de mayo de dos mil veinte. B.O.E., n.º 127, de siete de mayo de dos mil veinte, pp. 31518 a 31706. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2020-4859>.

R.D-ley. 32/2021, de veintiocho de diciembre de dos mil veintiuno, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. B.O.E. n.º 313, de treinta de diciembre de dos mil veintiuno, pp. 166882 a 166935. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-21788>.

R.D. de veintidós de agosto de mil ochocientos ochenta y cinco por el que se publica el C.Co. B.O.E. n.º 289, de dieciséis de octubre de mil ochocientos ochenta

y cinco, pp. 169 a 170. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>.

R.D. de veinticuatro de julio de mil ochocientos ochenta y nueve por el que se publica el C.C. Gaceta de Madrid, n.º 206, de veinticinco de julio de mil ochocientos ochenta y nueve, pp. 249 a 259. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

R.D. 1382/1985, de uno de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. B.O.E. n.º 192, de doce de agosto de mil novecientos ochenta y cinco, pp. 25502 a 25504. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17006>.

R.D. 1483/2012, de veintinueve de octubre de dos mil doce, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. B.O.E. n.º 261, de treinta de octubre de dos mil doce, pp. 76292 a 76322. Recuperado el 28/02/2024 de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2012-13419>.

ANEXO II – JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA DEL T.E.D.H.

-En cuanto a la utilización de las cámaras de videovigilancia por el empresario para controlar la actividad del trabajador, el T.E.D.H. en el Asunto “Barbulescu I” (Sentencia de cinco de septiembre del año dos mil diecisiete) interpretó el D.º a la vida privada del trabajador estableciendo límites a la potestad empresarial, y señaladamente, la obligación de comunicar a los trabajadores acerca de la existencia y modo de uso de las cámaras de videovigilancia, si bien en el Asunto “Barbulescu II” declaró que la protección del D.º a la vida privada o privacidad era un criterio importante pero no decisivo.

- en el Asunto “López Ribalda” el T.E.D.H. consideró conforme al C.E.D.H. la utilización de las cámaras de videovigilancia por el empresario para controlar la actividad de los trabajadores.

-El T.E.D.H. en Sentencia de 13-12-2022, Asunto “Alfonso Florindo vs Portugal” ha declarado que el uso de un dispositivo GPS por el empresario para

controlar la actividad de sus trabajadores es conforme a los arts. 6 y 8 del C.E.D.H. confirmando así la doctrina mantenida por nuestro T.S./SOC.

JURISPRUDENCIA DEL T.J.U.E.:

-El T.J.U.E. ha proclamado en repetidísimas ocasiones la supremacía del D.U.E. sobre el D.º interno de los EE.MM. (Sentencias 93/1971, 34/1973 y 106/1977).

-La doctrina jurisprudencial europea recaída en asuntos laborales, es también aplicable, en cuanto al concepto, requisitos y elementos a la sucesión de empresa concursal (Sentencias del T.J.U.E. de dieciocho de marzo de mil novecientos ochenta y seis Asunto "Spijkers" 24/85, de once de marzo de mil novecientos noventa y siete Asunto "Suzen" 13/95, de diecinueve de septiembre de mil novecientos noventa y cinco Asunto "Rygaard" 48/94 de veinte de noviembre de dos mil tres Asunto "Abler" y otros C-340/01 y de quince de diciembre de dos mil cinco Asunto "Guney-Gorres" C-232/04 y C-233/04).

-Sobre el concepto de relación laboral y trabajador en el ámbito de la U.E. (Sentencias recaídas en los Asuntos "Lawnie-Blum" C-66/85, "Trojani" C-456/02 y "Neidel" C-337/10).

-El T.J.U.E., en Sentencia de dieciséis de octubre de dos mil tres, Asunto "Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana" C-32/02, declaró que es irrelevante para el Derecho del Trabajo el propósito que busque el empresario/empleador al contratar.

La Adm. Púb. no puede impedir que la U.T.T. pueda participar en una licitación pública (así se dispone en la Sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil siete, recaída en el Asunto C-357/06).

-En Sentencia de dieciséis de octubre de dos mil ocho el T.J.U.E. declaró que la sucesión de empresa concursal no implicaba el mantenimiento del contrato de arrendamiento sobre el local en el que se ejercía la actividad productiva.

-En Sentencia judicial de diez de septiembre de dos mil nueve recaída en el Asunto "Akavan Eritysisalojen", el Alto Tribunal Europeo ha declarado que en caso de grupo de empresa la obligación de llevar a cabo el periodo de consultas recae sobre las filiales identificadas.

-Sobre los centros portuarios de empleo (puede verse la Sentencia del T.J.U.E. de once de diciembre de dos mil catorce, recaída en el Asunto C-576/13).

-En auto de veintiocho de enero de dos mil quince recaído en el Asunto C-688/13 que tiene por materia una petición o cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Barcelona, el Alto Tribunal de la U.E. declaró que en el supuesto de que el empresario cedente esté incurso en un procedimiento de insolvencia es lícito que la legislación de un Estado Miembro de la U.E. permita que las cargas del cedente no se transmitan al empresario cesionario siempre que se garantice adecuadamente la protección de los trabajadores.

-La negociación de carácter colectivo, esto es, la compuesta por representantes tanto de “trabajadores” como de “empresarios”, podrá disponer que actividades peligrosas deben excluirse del contrato de puesta a disposición, declarándose por el T.J.U.E., a cuestión prejudicial planteada por Finlandia, que el D.U.E. no impone a los jueces nacionales de los EE.MM. la imperatividad de no aplicar todo tipo de norma del D.º nacional que conlleve prohibiciones relativas al recurso a las E.T.T. que no estén razonadas por motivos de interés general (en Sentencia de diecisiete de marzo de dos mil quince, caso “Sindicato AKT”).

-El T.J.U.E., en Sentencia de trece de mayo de dos mil quince Asunto “Rabanal Cañas” C-392/13, declaró que el “volumen” o “masa” del empleo respecto del que se deben computar los trabajadores cuyos contratos van a “desaparecer” o extinguirse viene referido tanto a la empresa como al centro de trabajo.

-En Sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis Asunto “AGET Iraklis” C-201/15 el T.J.U.E. declaró que no es posible obstaculizar el despido colectivo cuando la empresa atraviesa serias dificultades.

-Sobre el mantenimiento o permanencia de los D.ºs de los trabajadores puede acudir a las recientes Sentencias del T.J.U.E. de veintisiete de abril de dos mil diecisiete correspondiente al Asunto “Asklepios Kliniken” C-680/15 y la de veinte de julio de dos mil diecisiete relativa al Asunto “Piscarreta” C-416/16.

-En las Sentencias de veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, recaídas en los Asuntos “Ciupa” C-429/16 y “Socha” C- 149/16, se desprende que el Derecho de la U.E. equipara los despidos con la variación “unilateral” de las “condiciones o circunstancias” de trabajo y de retribución por parte del empresario, en perjuicio de los trabajadores, quienes en caso de rechazo ven extinguido su contrato de trabajo.

-La Sentencia del T.J.U.E. de dieciocho de enero de dos mil dieciocho recaída en el Asunto “Ruiz Conejero” C-279/16, entiende que el Derecho de la U.E. se opone a computar como ausencias al trabajo las relativas a enfermedades que padezca el trabajador

-En Sentencia de cinco de junio de dos mil dieciocho caso “Montero Mateos”, el T.J.U.E. declaró que la ausencia de cuantía indemnizatoria por extinción o finalización del contrato de interinidad al cubrirse el puesto no se opone al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada.

-El T.J.U.E. ha declarado que será aplicable el “régimen jurídico” previsto en el art. 44 del E.T. en el caso de que la subrogación tenga lugar con respecto de actividades que descansan en la mano de obra, siempre que la empresa cesionaria se haga cargo de toda o la mayoría de la plantilla (Sentencia de once de julio de dos mil dieciocho Asunto “Somoza-Hermo” C-60/17).

-Sobre la discriminación por motivos o razones religiosas puede observarse la Sentencia del T.J.U.E. de veintidós de enero de dos mil diecinueve recaída en el Asunto “Cresco Investigation” C-193/17.

-A propósito de la competencia del juez de lo mercantil en sede concursal en la sucesión o transmisión de empresas en el marco del concurso de acreedores (Sentencia de dieciséis de mayo de dos mil diecinueve recaída en el Asunto “Plessers” C-509/7).

- En la Sentencia del T.J.U.E. de tres de junio de dos mil veintiuno se llegó a la conclusión de que la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo de duración determinada, debía entenderse en el sentido de que resulta contraria a una normativa como la española que sin justificación carece de disposiciones dirigidas a sancionar y/o prevenir el uso de carácter abusivo de contratos temporales por las Adms. Públs., sin que la crisis económica de dos mil ocho sea suficiente para justificar la falta de adopción de tales medidas, siendo igualmente contrario a la normativa que en los procesos para cubrir definitivamente una vacante del sector público no se establezca un plazo tasado para su finalización prorrogando a su vez la duración de los contratos de los trabajadores y a la vez prohibiendo la asimilación de estos a trabajadores indefinidos no fijos.

-El T.J.U.E. se ha pronunciado en múltiples ocasiones tanto sobre el concepto como sobre los requisitos de la sucesión de empresa:

A) Constituye sucesión o transmisión de empresa, en el caso de empresas sin activos significativos, la mera transmisión de plantilla (Sentencias de once de marzo de mil novecientos noventa y siete, caso "Suzen", de dos de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, caso "Allen" y de veinticuatro de enero de dos mil dos, caso "Temeo").

B) Existe subrogación cuando se produce la transmisión del servicio de restauración colectiva de un hospital siempre que se transmitan elementos materiales relevantes (Sentencia de veinte de noviembre de dos mil tres Asunto "Sodexho" C-340/01).

C) La transmisión existe en todo caso, aunque los medios materiales transmitidos permanezcan al servicio de la explotación contratada por el titular del Aeropuerto a una empresa y aunque ésta no pueda integrarlos en su patrimonio con libertad de disposición (Sentencia de quince de diciembre de dos mil cinco Asunto "Aeropuerto de Dusseldorf" C-233/04).

D) La subrogación también se produce cuando lo transmitido no mantiene su autonomía organizativa por disolverse en estructuras preexistentes (Sentencia de doce de febrero de dos mil nueve Asunto "Klarenber").

E) Se entiende que subsiste la "autonomía" cuando las facultades conferidas a los que asumen la responsabilidad de la entidad cedente permanecen, en lo esencial, en la organización de la entidad empresarial (Sentencia de veintisiete de julio de dos mil diez Asunto "UGT-FSP").

F) Para que haya sucesión de empresa es necesario transmitir toda o la mayor parte de la plantilla, de los directivos, de la organización y de los métodos de empresa (Sentencia de veinte de enero de dos mil once, caso "CLECE").

G) La Directiva se entenderá en el sentido de que, en el caso de que la entidad cedente esté incurso en un procedimiento de insolvencia, la legislación del Estado Miembro puede permitir que las cargas del cedente no se transmitan al cesionario siempre que se garantice adecuadamente la protección de los trabajadores (Auto de veintiocho de enero de dos mil quince) es lo que a escala nacional conocemos como Teoría del perímetro.

H) Hay sucesión de empresa cuando una sociedad municipal es disuelta y su actividad es redistribuida entre otros entes públicos, pero solo en el caso de que,

con posterioridad, se mantenga la identidad de la empresa (Sentencia de veinte de julio de dos mil diecisiete Asunto "Piscarreta Ricardo" C-416/16).

I) En el caso de que se despida a un trabajador subrogado un año después de producirse la subrogación, deberá tomarse en cuenta la antigüedad arrastrada por el trabajador (Sentencia de seis de abril de dos mil diecisiete Asunto "Unionen" C-336/15).

J) Es contrario al Derecho de la U.E. un convenio colectivo que excluye del concepto de transmisión o sucesión de entidad empresarial o de centro de actividad la pérdida de un cliente de un operador como consecuencia de la adjudicación del servicio a otro operador, pues la infraestructura transmitida y relevante para apreciar si existe sucesión de empresa es la imprescindible y efectivamente utilizada (Sentencia de diecinueve de octubre de dos mil diecisiete Asunto "Securitas" C-200/16).

K) Es aplicable en todo caso el régimen de la subrogación legal de la sucesión o transmisión de empresa cuando la entidad empresarial contratista de vigilancia cambia y la nueva asume, por vía de convenio colectivo, una "parte esencial" de la plantilla, en el caso de que exista una transmisión económica (Sentencia de once de julio de dos mil dieciocho Asunto "Somoza Herme e Ilunion Seguridad" C-60/17).

L) Existe transmisión de empresa cuando una Escuela de Música revierte al Ayuntamiento y dos meses después se adjudica a un nuevo contratista (Sentencia de siete de agosto de dos mil dieciocho Asunto "Colino Siguenza" C-472/16).

-Sobre la aplicabilidad convenios colectivos como parte de los efectos de la sucesión o transmisión de empresas el T.J.U.E. ha manifestado que:

A) El Derecho de la U.E. no se opone a que, transcurrido el tiempo de vigencia del convenio colectivo, la relación laboral quede al margen del convenio colectivo sectorial que venía aplicándose, aunque el contrato se remitiera al convenio expirado para su regulación (Sentencia de nueve de marzo de dos mil seis C-499/04).

B) La subrogación legal empresario-laboral se extiende a la cláusula contractual conforme a la cual la relación laboral está regulada, además de por el convenio colectivo en vigor, por convenios colectivos posteriores a la transmisión que completan, modifican o sustituyen el convenio de origen cuando el Derecho

nacional del Estado Miembro prevea posibilidades de adaptación (Sentencia de veintisiete de abril de dos mil diecisiete Asunto "Asklepios Kliniken" C-680/15).

C) Las mismas reglas examinadas son aplicables a los convenios colectivos denunciados y en situación de ultraactividad (Sentencia 220/2014).

-En el ámbito del despido de carácter "colectivo" debemos tener en cuenta las siguientes Sentencias:

1) Las obligaciones de consulta y comunicación a los representantes unitarios o sindicales de los empleados recogidas en la Directiva 98/59/CE para realizar despidos colectivos, son exigibles tanto en el caso de despidos colectivos que resulten del cese definitivo del funcionamiento de una empresa decidido a instancia empresarial, como por vía de decisión judicial, aun cuando el derecho nacional interno no lo prevea así (Sentencia de siete de septiembre de dos mil seis, Asuntos C-187/05 a C-190/05).

2) La Directiva comunitaria no es de aplicación al sector público. Cuando se trata de un despido colectivo en la Administración Pública, debe resolverse con exclusiva aplicación del art.51 ET (Sentencia de veintiuno de abril de dos mil quince).

3) Los umbrales numéricos que delimitan el despido colectivo se refieren, en el ET art.51, al "ámbito" de las entidades empresariales y no al del "centro de trabajo". Sin embargo, conforme al derecho comunitario, deben tenerse en consideración los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerado por separado. Por ello, la opción por la empresa como ámbito de referencia solo es válida si resulta una fórmula más favorable para los trabajadores (Sentencia de treinta de abril de dos mil quince, C-80/14, Asunto "Usdaw"; Sentencia de trece de mayo de dos mil quince, C-182/13, Asunto "Lyttle").

4) En el ámbito de concurrencia de las causas, el concepto recogido en la normativa europea de entidad empresarial que ejerce el "control" sobre el empresario que es el que despide a toda o parte de su plantilla en un procedimiento de despido colectivo, tiene en consideración a todo tipo de entidad de carácter mercantil enlazada de alguna manera con el empresario que finalmente es el que efectúa los despidos, ya sea por ostentar acciones o participaciones sociales en la entidad del empresario que acciona la palanca del despido o cualquier otra circunstancia que otorgue un poder sobre los encargados de adoptar las decisiones

principales en la empresa del accionante y, en consecuencia, capaz de obligar al empresario accionante a efectuar despidos de carácter colectivos aun no queridos por el mismo (Sentencia de siete de agosto de dos mil dieciocho, C-61/17, C-62/17 y C-72/17).

5) El TJUE ha señalado que, a los efectos de cuantificar la plantilla, se debe computar también, por una parte, a un integrante del consejo de administración de una sociedad de capital que opera bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, que recibe dinero a cambio de su trabajo y no tiene ninguna participación en ella, lo que puede suponer la necesidad de computar a los altos cargos, y, por otra, a una persona que realiza una Trabajar en prácticas en una empresa para obtener conocimientos o ahondar en ellos, o seguir una formación de carácter profesional, sin recibir remuneración del empleador pero sí una ayuda de carácter económico del organismo público encargado de fomentar el empleo por esa actividad (Sentencia de nueve de julio de dos mil quince, Asunto “Balkaya”, C-229/14).

6) Extinciones:

- no computables: esta regla exige delimitar qué causas extintivas están excluidas del cómputo por venir de móviles intrínsecos a la persona del empleado: Las extinciones fundadas en la conclusión del tiempo convenido o de la obra o servicio. La razón es que se trata de una causa extintiva que afecta a un hecho objetivo -la expiración del tiempo convenido o la realización de la obra o servicio- que delimita el periodo de vigencia del contrato desde su celebración (Sentencia de trece de mayo de dos mil quince C-392/13 recaída en el Asunto “Rabal Cañas”; STS de siete de abril de dos mil quince, EDJ 117228).

- computables: la rescisión de un contrato de trabajo a raíz de la negativa del trabajador a aceptar una modificación unilateral y sustancial de los elementos esenciales de dicho contrato en su perjuicio es un despido a efectos del cómputo del umbral numérico establecido por la Ley española sobre los despidos colectivos (Sentencia de once de noviembre de dos mil quince, C-422/14).

7) El empresario está obligado a tramitar el periodo de consultas con la representación unitaria (delegados de personal o comité de empresa) o sindical de los empleados cuando planea llevar a cabo ese tipo de variación unilateral de los aspectos o condiciones de retribución, siempre que concurren los requisitos

establecidos para que los despidos sean considerados colectivos (Sentencia de veintiuno de septiembre de dos mil diecisiete, Asunto C-429/16).

8) Periodo que debe tomarse en consideración para contar con las extinciones de relaciones laborales a efectos de adquirir el carácter colectivo del despido: se establece un plazo temporal de referencia de 90 días para tener en cuenta si se exceden o no los umbrales. Conforme a la Sentencia de once de noviembre de dos mil veinte, Asunto “Marclean Techonologies” C-300/19 el periodo de 90 días ha de calcularse computando el lapso de noventa días de consecutivos en el que haya tenido lugar el primer despido individual en litigio y durante el cual sucedan el mayor porcentaje de despidos o extinciones de la relación laboral por causas que no sean extrínsecas a la persona del empleado acordados por la entidad empresarial. Este pronunciamiento ha modificado la doctrina del TS de manera que el periodo de 90 días no opera exclusivamente hacia atrás o hacia adelante. Su cómputo ha de realizarse de modo que se incluyan todas las extinciones por móviles no intrínsecos a la persona del empleado *a priori* o *posteriori* al despido individual en litigio y en todo caso han de ser en periodos consecutivos (Sentencias del T.S./SOC. de nueve de diciembre de dos mil veinte, EDJ 745675 y veintiuno de julio de dos mil veintiuno, EDJ 646151).

9) No resulta contrario a la libertad de establecimiento el hecho de que un EE.MM. establezca en su legislación nacional que los proyectos de despido colectivo, antes de llevarse a cabo, deban notificarse a una autoridad nacional que dispone de facultades de control que le permiten oponerse en determinadas circunstancias a dicho proyecto por motivos relacionados con la protección de los trabajadores y del empleo (Sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, Asunto C-201/15).

10) Sobre prioridad de persistir como empleado en la empresa: El D.º interno no está obligado a fijar una prioridad de permanencia ni de recolocación a las embarazadas (Sentencia de veintidós de febrero de dos mil dieciocho, C-103/16 Asunto “Porras Guirado”).

11) Finalmente, en reciente Sentencia del T.J.U.E. de cinco de octubre de dos mil veintitrés recaída en el Asunto C-496/22, a cuestión prejudicial planteada por Rumanía, se señala que el empresario no está obligado a efectuar la información y consultas individualmente con los empleados perjudicados por el proyecto de despido colectivo, sino que esta obligación se debe cumplimentar con los

representantes unitarios (delegados de personal o comité de empresa) o sindicales de los empleados.

- En Sentencia del T.J.U.E. de dieciocho de enero de dos mil veinte cuatro en el Asunto C-631/2022 se declaró que la Incapacidad Permanente Total no es causa de extinción automática de los contratos de trabajo y que se debe intentar por la empresa adaptar el puesto de trabajo del trabajador.

-Recientemente, en Sentencia de veintidós de febrero de dos mil veinticuatro, recaída en los Asuntos acumulados C-59/22, C-110/22 y C-159/22 a propósito de una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Social del T.S.J. de Madrid, el Alto Tribunal considera que a nivel estatal no disponemos de las medidas adecuadas para sancionar el abuso en la contratación de interinos en el ámbito de las administraciones o entidades públicas a la espera de la cobertura de las plazas vacantes, debiendo procederse a la transformación de tales trabajadores interinos, que ocupan las vacantes durante más de 3 años, en indefinidos fijos de plantilla, sin que resulten medidas suficientes para sancionar el abuso en la contratación temporal la consideración de tales trabajadores como de trabajadores indefinidos no fijos de plantilla, tampoco una indemnización de 20 días de salario por año de servicio, con el límite máximo de 12 mensualidades, ni tan siquiera la promoción de procesos selectivos de consolidación de las plazas.

DOCTRINA DEL T.C.:

-A propósito del derecho fundamental de huelga resulta esencial la Sentencia 11/1981 de ocho de abril.

-Sobre el carácter hermenéutico de la C.E. y la influencia de las resoluciones del T.E.D.H. (Sentencias 38/1981, 78/1982, 36/1984, 114/1984, 38/1985, 245/1991, 85/1994, 49/1999 y 91/2000).

-Sobre el exceso en el ejercicio de la delegación legislativa (Sentencias 51/1982 de diecinueve de julio, 47/1984 de cuatro de abril, 51/2004 de cinco de julio y 166/2007 de cuatro de julio).

-El denominado principio *pro operario* es de creación jurisprudencial y deriva de la naturaleza protectora de la legislación laboral (Sentencia 3/1983 de veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y tres).

-Sobre que organizaciones sindicales y asociaciones empresariales ostentan la condición de “más representativas” en sus respectivos ámbitos Vid. arts. 87. 2º y 3º del E.T., preceptos cuya constitucionalidad ha sido manifestada (Sentencias 4/1983 de veintiocho de enero y 12/1983 de veintidós de febrero).

-Corresponde a los Juzgados de lo Social determinar quién es el “verdadero empresario”, o “empresario real”, y determinar el “aparente o interpuesto” (Sentencia 46/1983 de veintisiete de mayo).

-Sobre el “alto cargo directivo” o “personal de alta dirección” (Sentencias 49/1983 de uno de junio, 79/1983 de cinco de octubre, 103/1990 de cuatro de junio y 20/1994 de veintisiete de enero).

-La modalidad específica de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas en materia laboral garantiza la tutela judicial efectiva de los afectados planteada a través de los correspondientes instrumentos de carácter colectivo (Sentencia 74/1983 de treinta de julio).

-En cuanto a las conexiones entre despido y proceso penal, no es aplicable en el ámbito laboral la presunción de inocencia que viene consagrado como principio con rango de derecho fundamental para el proceso penal (Sentencias 24/1984 de veintitrés de febrero, 62/1984 de veintiuno de mayo, 36/1985 de ocho de marzo, 37/1985 de ocho de marzo, 81/1988 de veintiocho de abril, 27/1993 de veinticinco de enero y 53/1995 de veintitrés de febrero).

-A propósito del empleado de hogar (Sentencias 26/1984 de veinticuatro de febrero, 12/1988 de tres de febrero, 268/1993 de veinte de septiembre y 377/1993 de veinte de diciembre).

-En Sentencias 114/1984 de veintinueve de noviembre, 88/1985 de dieciséis de julio y 6/1988 de veintiuno de enero, se ha precisado que la “transgresión de la buena fe contractual”, así como el “abuso de confianza en el desempeño del trabajo”, como causas constitutivas de despido disciplinario, vienen generalmente referidas a los supuestos en los que el trabajador se aproveche de su trabajo y sus conocimientos para competir con la empresa o boicotearla, así como, un incumplimiento reiterado de la obligación legal de cumplir las obligaciones contractuales conforme a las exigencias de la buena fe.

-El derecho a la negociación colectiva laboral se configura como una “garantía institucional” que el legislador debe proteger y respetar, exigiéndose incluso que

el legislador adopte una posición activa en la “concreción y desarrollo del derecho” Sentencias 73/1984 y 80/2000 del T.C.).

-La eficacia normativa y general viene otorgada por el mismo E.T. (arts. 3.1º. b) y 82. 3º), la aplicación automática del convenio y su fuerza expansiva vienen reiteradamente proclamadas por el T.C. (en este sentido, Sentencias 58/1985 y 177/1998).

-La negociación colectiva asciende a fuente de norma laboral convencional, de carácter vinculante entre las partes, pero necesariamente subordinada a la ley, pues la ley ostenta un rango jerárquico superior al convenio colectivo, siendo la ley la que determinará que materias pueden ser objeto de negociación colectiva y cuales están excluidas de la misma (Sentencias 58/1985, 177/1988, 210/1990, 171/1999 y 119/2014).

-Sobre el mantenimiento o la permanencia de los derechos de los trabajadores en el caso de “sucesión o transmisión” de empresa. En el caso de las “contratas o concesiones administrativas” solo es posible la subrogación del art. 44 del E.T. si así lo prevé el “convenio o pliego de condiciones de la concesión” (Sentencia 66/1987 de veintiuno de mayo).

-Las entidades de derecho público están sujetas a las mismas reglas jurídicas que las entidades de derecho privado (Sentencia 206/1987 de veintiuno de diciembre).

-Sobre la adhesión a los convenios extraestatutarios, y pese a que han afirmado que no pueden generar derechos objetivos admiten que los sujetos se adhieran libremente al convenio “contractual”, sin que la adhesión de un sindicato lo convierta en estatutario (Sentencia 108/1989).

-Sobre relación de penados en instituciones penitenciarias (Sentencias 172/1989 de diecinueve de octubre, 17/1993 de dieciocho de enero).

-Por ofensas verbales debemos tener en cuenta aquellas que alcancen una intensidad suficiente pero que no constituyan acoso, por falta de reiteración en el tiempo, para un análisis extenso de la constitucionalidad de esta causa de despido disciplinario puede acudir a la Sentencia 126/1990 de cinco de julio.

-Sobre las faltas repetidas e injustificadas como causa de despido disciplinario (Sentencia 21/1992 de catorce de febrero).

-En cuanto al D.º fundamental de la “libertad sindical” el Alto Tribunal protector de nuestra Carta Magna ha declarado que el art. 28.1 CE tutela la actividad sindical de aquellos trabajadores que, aun no estando afiliados a un sindicato, siguen una actividad promovida por los sindicatos (Sentencia 134/1994, de nueve de mayo [RTC 1994, 134]). Por último, declaró que en lo que concierne a la titularidad de los derechos de libertad sindical, presentan una doble vertiente. Así, desde un punto de vista subjetivo, se distingue, por un lado, la titularidad individual, que atañe a los trabajadores singularmente considerados y, por otro lado, la colectiva, referida solo al propio sujeto sindical, esto es a los sindicatos legalmente constituidos (Sentencias 134/1994, nueve de mayo [RTC 1994, 134]; y 95/1996, veintinueve de mayo [RTC 1996, 95]).

-El convenio colectivo posee mayor rango jerárquico que el contrato de trabajo el cual debe respetar lo acordado entre los titulares del derecho a la negociación colectiva, siendo dichos titulares por excelencia los trabajadores y los empresarios, así como las representaciones legales de unos y de otros. No obstante, esta afirmación, también se le reconoce el derecho a la negociación colectiva a los funcionarios públicos a través de sus representantes sindicales, como contenido esencial de la “Libertad Sindical”, vía art. 28. 1º de la C.E. de 1978, ostentando en este caso la categoría de derecho fundamental y no de “simple garantía institucional” (Así se desprende de un análisis combinado de las Sentencias 173/1994, 80/2000 y 224/2000).

-A propósito de los deportistas de carácter profesional (Sentencia 6/1995 de diez de enero).

-Sobre el acoso sexual en el ámbito laboral (Sentencia 136/2001 de veinticinco de noviembre).

-Posibilidad de intervención de los trabajadores en la sección de calificación del concurso (Sentencia 15/2012 de trece de febrero).

-Mediante acuerdo de las partes legitimadas para negociar el convenio colectivo, se pueden inaplicar en el “ámbito” de la empresa ciertas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo en materia de “jornada”, “horario y distribución del tiempo de trabajo”, “sistema de turnos”, “sistema de remuneración y cuantía salarial”, “sistema de trabajo y rendimiento”, “movilidad funcional” que

exceda los límites del art. 39 del E.T. y “mejoras voluntarias de la Seguridad Social” (Sentencia 8/2015).

-Para finalizar, en materia del Derecho a la Seguridad Social, o más concretamente, del sistema Público de la Seguridad Social como principio rector de la política social y económica, el máximo garante de nuestra carta magna ha declarado que:

1) La garantía institucional del sistema de Seguridad Social es compatible con la admisión de varios modelos de protección (Sentencia 206/1997 de veintisiete de noviembre).

2) El sistema público de la Seguridad Social admite en él la posibilidad de ser gestionado por entidades privadas, tales como mutuas colaboradoras con la Seguridad Social o empresas a través de la colaboración voluntaria, ejercitando en este caso, pese a su carácter de entes privados, una actuación de carácter pública (Sentencias 37/1994 y 129/1994).

3) La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos “sistemas o regímenes”, cada uno con su propia “normativa”, no constituye “un imperativo jurídico”, ni vulnera el “principio de igualdad” (Sentencias 38/1995 y 77/1995).

4) Las prestaciones complementarias tienen encaje en el modelo constitucional de Seguridad Social (Sentencia 208/1998 de diez de noviembre).

-A continuación, debemos reseñar que el Tribunal Constitucional ya manifestó en Sentencia 61/2021 de quince de marzo que, aunque una prueba se obtuviese ilícitamente vulnerando DD.FF. no quiere decir que la sanción o despido deban ser nulos por vulneración de DD.FF. deslindando así prueba ilícita y despido nulo por vulneración de DD.FF. pero en todo caso debe concederse una indemnización por parte del juzgador si se ha producido la violación de los DD.FF.

-Seguimos con la doctrina del T.C. destacando la Sentencia 183/2021 de veintisiete de octubre del año dos mil veinte uno que resuelve en recurso de inconstitucionalidad 5342-2020 que declara la inconstitucionalidad del Estado de Alarma acordado durante la pandemia del coronavirus.

- El Tribunal Constitucional en Sentencia 119/2022 de veintinueve de septiembre ha declarado conforme a Derecho la prueba obtenida por el empresario

con la utilización de las cámaras de videovigilancia y ello, aunque el trabajador no supiese de su existencia, revocando las resoluciones dictadas en suplicación por el T.S.J y en casación por el T.S./SOC.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL T.S.:

SALA DE LO CIVIL:

-Los usos forenses no son vinculantes, estando totalmente prohibidos los usos forenses *contra legem* (Sentencia de once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco), insistiendo en Sentencia de veintiocho de abril de mil novecientos noventa y ocho resolutoria del R.º de casación 356/1994 que “la costumbre no es fuente de Derecho Procesal”.

-Bajo el concepto de objeto deben incluirse los inmuebles donde los trabajadores realizaban su actividad de elaboración (Vid. entre otras, Sentencias de veintisiete de octubre del año mil novecientos ochenta y tres, A. 5345; y dieciocho de diciembre del año mil novecientos ochenta y nueve, A. 8839).

-Sobre el contrato mercantil de *factoring* (Vid. Sentencia de veinte de marzo de mil novecientos ochenta y cinco).

-“La convocatoria de la Junta General de una sociedad de capital es competencia del órgano de administración competencias del órgano de administración es la convocatoria de la Junta General” (Vid. entre otras, Sentencias de veinticinco de febrero de mil novecientos ochenta y seis, veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y cinco, 713/1999, de veintinueve de julio de mil novecientos noventa y nueve, ocho de octubre de dos mil uno, veinticuatro de diciembre de dos mil dos, cuatro de marzo de dos mil cinco y 688/2009, de treinta de octubre de dos mil nueve).

-En la sociedad de cuentas en participación, lo que haya aportado cada una de las personas físicas o jurídicas pasa a ser propiedad del gestor, excepto en el caso de que la aportación se efectúe meramente para su uso, estando obligado el gestor a rendir cuentas y entregar a cada partícipe lo que le corresponda según su cuota de participación (Sentencias de veinticuatro de septiembre de mil novecientos ochenta y siete, treinta de junio de mil novecientos noventa y cuatro y de cinco de febrero de mil novecientos noventa y ocho).

-En Sentencia de catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho, se ha considerado que, en la figura del administrador social puede concurrir la dualidad de relaciones, laboral y societaria, siempre que cada una de ellas exista realmente y con sustantividad propia, admitiendo en Sentencia de dieciocho de marzo de mil novecientos noventa y uno que el consejero delegado sea a su vez jefe de producción. Sin embargo, en caso de concurrencia del cargo de administrador social con un cargo de alta dirección, “la relación laboral es absorbida por la relación de carácter mercantil”, produciéndose “la extinción de la relación de carácter laboral” (Sentencia del Tribunal Supremo de tres de junio de mil novecientos noventa y uno en relación con la Sentencia dictada por el mismo Alto Tribunal el nueve de diciembre del año dos mil nueve).

-Es posible que la comunidad de bienes se constituya tanto sobre bienes como derechos reales como sobre créditos (Sentencia de catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho [R.º 3121/1996]).

-La situación de yacencia hereditaria no equivale a herencia vacante (Sentencia 387/2000 de once de abril del año dos mil).

-Se entiende por interés social “la suma de los intereses particulares de los socios” (Sentencia de diecinueve de febrero del año mil novecientos noventa y uno).

-Se puede prescindir de la forma externa de la empresa con la finalidad de determinar las verdaderas intenciones o voluntades de la persona jurídica, tratándose de una técnica que solo puede utilizarse con carácter excepcional (Sentencias de veintiocho de enero de dos mil cinco [R.º 2005, 829] y de veintiocho de febrero de dos mil ocho [R.º 2008, 4]).

-A propósito de la “responsabilidad societaria” de los “administradores sociales” (Sentencias de nueve de marzo de dos mil seis, de veintidós de marzo de dos mil seis, de veintiocho de abril de dos mil seis, de veintitrés de mayo de dos mil seis y de veintiséis de mayo de dos mil seis).

-Se considera administrador de hecho a quien sin ostentar la condición de administrador ejerce las funciones como tal (Sentencia de veintiséis de enero de dos mil siete).

-La única regulación aplicable/existente en materia de sociedad de cuentas en participación viene contenida en los arts. 239 a 243 del C.Co. de 1885 (Sentencia de dieciséis de marzo de dos mil diez).

-Por lo que se refiere al “deber de información del administrador”, que a la vez es un derecho del socio o accionista de la sociedad de capital, tiene que ser amplio, sin restricciones que puedan dar lugar a un ilícito, incluso penal, correspondiendo al socio, y no al administrador social, valorar la pertinencia u oportunidad de la información, enjuiciarla en definitiva (Sentencias n.º 858/2011, de treinta de noviembre de dos mil once; 986/2011, de dieciséis de enero de dos mil once; 741/2012, de trece de diciembre de dos mil doce; y 531/2013, de diecinueve de septiembre de dos mil trece).

-Sobre la omisión de convocatoria de la Junta General cuando concurre causa de disolución (SSTS 942/2011, de veintinueve de diciembre de dos mil once, y 395/2012, de dieciocho de junio de dos mil doce).

-Sobre la exigencia o necesidad de que la retribución del administrador social venga plasmada en los estatutos sociales (Sentencia 412/2013 de dieciocho de junio de dos mil trece).

-En sentencia de veinticuatro de julio de dos mil catorce, recurso 2622/2012, se declaró que si se efectuaba una interpretación coordinada de los preceptos de la Ley Concursal 84 y 91, el elemento temporal determinante para su consideración como créditos contra la masa, frente a los previstos como créditos con privilegio general, consiste en que el devengo del crédito se produzca después de la declaración del concurso, puesto que tendrán la consideración de créditos concursales los devengados con anterioridad a la declaración de concurso aunque el reconocimiento o declaración judicial de los mismos se produjera con posterioridad.

-A propósito de la prohibición de las ejecuciones individuales una vez iniciado el concurso de acreedores (Sentencia de doce de diciembre de dos mil catorce).

-Notas que diferencian las figuras de administrador de hecho y de derecho (n.º 421-2015 de veintidós de julio de dos mil quince FJº16).

-Si el crédito que ostenta el titular del privilegio especial no quedase, o pudiese quedar, suficientemente satisfecho, ostentará, en todo caso, derecho de

veto frente a la venta de unidad productiva (Sentencia de veintiuno de noviembre de dos mil diecisiete).

-A propósito del ultra vires en la legislación delegada en materia de suspensiones de contrato y reducciones de jornada en el marco del proceso concursal (Sentencia de veintiuno de diciembre de dos mil diecisiete).

- “Podrán continuar las ejecuciones laborales en las que se hubiesen embargado bienes de la sociedad de capital concursada siempre que ello haya sucedido con anterioridad a la fecha de declaración del concurso de acreedores” (Sentencia de treinta de mayo de dos mil dieciocho).

- La reciente Sentencia 499/2021 de la Sección 1ª de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo, de seis de julio de dos mil veintiuno, resolutoria del R.º de Casación 4510/2018 (ponente Saraza Jimena, R.), con ocasión de un procedimiento concursal, ha puesto en duda la cuestión relativa a si el salario mínimo interprofesional debe incluir o no las pagas extraordinarias (generalmente en número de 2, sin perjuicio de especialidades).

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO:

-Ejemplos de fuerza mayor se citan por la jurisprudencia del orden contencioso-administrativo, entre otros, los siguientes: a) “la lluvia que por su intensidad y frecuencia pueda calificarse de extraordinaria y por ello determine una interrupción en el abastecimiento”; b) “la nevada de cierta intensidad que impide el acceso de los trabajadores a la empresa”; c) “el incendio en una explotación a pesar de las medidas de prevención y extinción vigentes”; y d) “el desabastecimiento de piezas en empresas como consecuencia de una huelga prolongada que determine cortes de carretera y cierre de fronteras” (Sentencias de veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cuatro [R.º 1142/1991], de veinte de julio de mil novecientos noventa y cinco [R.º 7587/1990], de veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y ocho [R.º 125/1994], de tres de marzo de mil novecientos noventa y ocho [R.º 7023/1992], y veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve [R.º 3536/1993]).

-En sentencia de dieciséis de noviembre de mil novecientos noventa y tres, se declaró que la Adm. Púb. no puede impedir que la U.T.T. pueda participar en una licitación pública.

- Por fuerza mayor debe entenderse “un acaecimiento de carácter externo al círculo de la empresa y del todo ajeno de la voluntad empresarial, y que a su vez sea imprevisible, o si previsto, inevitable (Sentencia de veintitrés de junio de dos mil tres [R.º 2443/1999]).

-La subrogación, en términos similares a la del art. 44 del E.T., solo se dará en el caso de que se entregue al concesionario o contratista la organización empresarial básica para la explotación, sin que sea aplicable la regla del ámbito laboral de sucesión de plantillas en los “sectores” en los que la actividad se desarrolla fundamentalmente con mano de obra, pues la sucesión de contratos administrativos no puede ser considerada por sí mismo un supuesto de hecho encuadrable en el art. 44 del E.T. (Sentencias de veinticuatro de julio de dos mil trece recaída en el R.º de casación para unificación de doctrina 3328/2012, de siete de junio del dos mil dieciséis resolutoria del R.º de casación 2911/2014 en relación con la Sentencia de veintisiete de octubre de dos mil cuatro dictada en el R.º de casación 899/02).

-Nos encontramos ante una especie de juicio de contraste entre lo ordenado por el legislador y lo que ha efectuado el Gobierno de la Nación, estableciéndose expresamente por el art. 82. 6º de la C.E. de 1978, el control, por parte de los tribunales de justicia, de la legislación delegada, cuando se excedan los límites de la delegación” (Sentencia de veintiocho de marzo de dos mil doce [R.º 2012, 387]).

-En sentencia de veintinueve de enero de dos mil dieciocho, cuya doctrina reiteró en las Sentencias de diecisiete de junio de dos mil diecinueve, dos de diciembre de dos mil diecinueve y once de marzo de dos mil veinte, si bien se llegó a la conclusión de que, aunque no procediera la transmisión de deudas de Seguridad Social relativas a adjudicaciones anteriores a la reforma operada en la antigua L.C. por el R.D-ley. 11/2014 de cinco de septiembre de dos mil catorce (transformada posteriormente en la Ley 9/2015, de veinticinco de mayo de dos mil quince, de medidas urgentes en materia concursal) era obligatoria la transmisión de deudas de Seguridad Social en las adjudicaciones posteriores a la reforma operada.

-Sentencia de dieciocho de junio del año dos mil diecinueve recaída en R.º de casación 702/2016, en la que se declara que el pliego de condiciones no puede imponer la obligación de que el nuevo concesionario se subroge en los contratos de trabajo del anterior.

SALA DE LO PENAL:

-Sentencias n.º 234/2010 de once de marzo y n.º 1193/2010 de veinticuatro de febrero de dos mil once, que en resumen establecen el deber de garante, seguridad o supervisión que incumbe a quienes tienen una determinada autoridad y posibilidad de vigilancia sobre otras personas dentro de una organización.

- “La falsedad contable tiene como finalidad la protección de los intereses superiores del tráfico económico-financiero, así como la transparencia externa de la administración social” (Sentencia de diecinueve de febrero del año dos mil trece) y dentro del concepto otros documentos se incluyen “el informe de gestión, la propuesta de aplicación del resultado y las cuentas y el informe de gestión consolidados” (Sentencia de veintiuno de marzo de dos mil diecinueve).

SALA DE LO SOCIAL:

-El denominado principio *pro operario* es de creación jurisprudencial y deriva de la naturaleza protectora de la legislación laboral (Sentencia de catorce de junio de mil novecientos setenta y uno)

-Existirá “grupo patológico de empresas” en el caso de que se constatare una confusión de los patrimonios de las sociedades (aunque también confusión de las plantillas), o como declaró nuestro Tribunal Supremo “una situación de patrimonio único por permeabilidad operativa y contable que dé lugar a lo que se ha venido denominando como promiscuidad en la gestión económica” (Sentencia de veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y tres en relación con la Sentencia de veintisiete de marzo de dos mil trece [R.º 78/2012]).

-Constituye doctrina pacífica que la herencia yacente, desde el mismo momento de la muerte del empresario individual, adquiere la condición de empresario y deberá responder frente a los trabajadores con el caudal hereditario, situación que se mantendrá hasta que la herencia sea aceptada (Sentencia de doce de marzo de mil novecientos ochenta y siete [R.º 1987, 1435]).

-Nuestra jurisprudencia admite que, en el caso de lo que se denomina reflotamiento de la empresa por los trabajadores, pueda moderarse la regla de la subrogación, siempre que los trabajadores asuman directamente el riesgo empresarial, conservando en todo caso los trabajadores afectados su antigüedad

sin poder ser considerados de nuevo ingreso (Sentencias de dieciséis de mayo de mil novecientos ochenta y siete, de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, de quince de abril de mil novecientos noventa y nueve, de once de abril de dos mil uno y de diecinueve de septiembre de dos mil trece).

-Si bien, "no constituye sucesión de empresa la venta de acciones de una sociedad a otra", "la venta judicial de un inmueble sin incluir máquinas y mobiliario cuando el objeto social de las empresas intervinientes es distinto o el cambio de titular de una notaría" (Sentencias de veintiuno de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, de veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y ocho, de ocho de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, de veintinueve de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, de diez de noviembre de mil novecientos noventa y cinco (que unificó la doctrina negando la aplicabilidad del art. 44 del E.T. al cambio de titular de una Notaría) de doce de marzo de dos mil trece y de diez de mayo de dos mil trece).

-En las sentencias de trece de octubre de mil novecientos ochenta y ocho [R.º 1988, 7806], de 23-12-2004 resolutoria del R.º de casación 4525/2003, de nueve de marzo de dos mil cinco resolutoria del R.º de casación 6537/2003, de 1 de febrero de 2006 resolutoria del R.º de casación 3306/2004 y finalmente, la de veinticuatro de abril de dos mil seis resolutoria del R.º de casación 4525/2003, se declaró, sobre el alcance de la responsabilidad solidaria, que la responsabilidad alcanza únicamente a las deudas que de acuerdo con el art. 26 del E.T. deban considerarse salarios, es decir, se incluyen las gratificaciones extraordinarias, horas extraordinarias, domingos, festivos y vacaciones no disfrutadas, excluyéndose en todo caso las cantidades que tengan el carácter de extrasalarial.

-En contadas ocasiones se procede a la regulación de "condiciones de trabajo" por parte de los "convenios o acuerdos marco", ya que su función es más bien la de establecer unas reglas por las que debe regirse la negociación de los convenios colectivos de ámbito inferior como los estatutarios, y en consecuencia, se trata de acuerdos que van dirigidos a los negociadores y no tienen aplicación automática sobre las relaciones individuales de trabajo (Sentencia de dieciséis de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve).

-en Sentencia de dos de mayo de mil novecientos noventa, se considera la ineptitud, como causa del despido, como una carencia de aptitudes para el cargo que tiene su origen en la persona del trabajador.

-En sentencia de catorce de mayo de mil novecientos noventa [R.º 1990, 4314], declaró que la nota de la dependencia es esqueleto de la relación de ámbito laboral, el presupuesto de laboralidad más importante o decisivo.

- “Se admite la cesión legal de trabajadores en el seno de un grupo de empresas”, pues llevar a cabo servicios indistintamente para diferentes sociedades de un grupo de empresas responde a razones organizativas y/o técnicas (Sentencia de veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa (R.º 117/1990)).

-En materia de “sucesión de empresas”, la legislación laboral establece una garantía en protección de los trabajadores, puesto que “cedente y cesionario están obligados a responder solidariamente durante 3 años de las obligaciones laborales nacidas con carácter previo a la transmisión”, y obviamente, que no hubiesen sido satisfechas, pero es que además, la citada “responsabilidad solidaria se extiende también a las obligaciones posteriores a la transmisión si la cesión hubiese sido declarada delictiva por sentencia firme de la Jurisdicción Penal” (Sentencia de trece de noviembre del año mil novecientos noventa y dos del T.S./SOC., en la que se citan las Sentencias 21/1982 de doce de mayo del año mil novecientos ochenta y dos, 7/1983 de catorce de febrero del año mil novecientos ochenta y tres, 8/1983 de dieciocho de febrero del año mil novecientos ochenta y tres, 13/1983 de veintitrés de febrero del año mil novecientos ochenta y tres, 15/1983 de cuatro de marzo y 86/1983 de veintiséis de octubre del año mil novecientos ochenta y tres).

-“En el caso de las contratas o concesiones administrativas” solo es posible la subrogación del art. 44 del E.T. “si así lo prevé el convenio o pliego de condiciones de la concesión” (en este sentido, Sentencias de catorce de diciembre del año mil novecientos noventa y cuatro, dieciocho de marzo del año dos mil veinte, veintinueve de mayo del año dos mil ocho, veintiuno de julio del año dos mil trece, veinticuatro de julio del año dos mil trece, treinta de septiembre del año dos mil trece, doce de diciembre del año dos mil trece y dieciséis de diciembre del año dos mil catorce).

-Estaremos en presencia de propia actividad o actividad propia o nuclear “cuando se contratan actividades inherentes al fin de la empresa principal dentro de cuyo ciclo productivo se inserta” (en este sentido, Sentencias de dieciocho de enero de mil novecientos noventa y cinco, de quince de junio de mil novecientos noventa y seis, de veinticuatro de noviembre de mil novecientos noventa y ocho,

de ocho de noviembre de dos mil dieciséis, de veintinueve de octubre de dos mil trece o de dieciséis de febrero de dos mil dieciocho).

-Dentro del concepto del S.M.I. no deben computarse las pagas extraordinarias (Sentencias de dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y cinco y de once de junio de mil novecientos noventa y ocho) si bien, en la Sentencia 1340/2022 de veinte de octubre de dos mil veintidós de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo recaída en el recurso 585/2021, y dándose por reproducidos los “fundamentos de derecho de la misma en relación a la interpretación de la normativa legal en materia de SMI y de inembargabilidad de las pensiones” (art. 27 ET, RD 1462/2018 y art. 607 LEC), se declaró que procedía declarar no ajustada a derecho la resolución del INSS de 21 de enero de 2021 en la que se procedía al embargo de la pensión de jubilación en las cuantías que resultaban de aplicar en los meses de paga extraordinaria únicamente el límite de una mensualidad de SMI, debiendo computarse el doble del SMI como forma correcta de calcular ese límite inembargable en los meses con paga extraordinaria

-Resulta imposible que se cambie o sustituya a la persona del trabajador manteniendo el mismo contrato de trabajo, por lo que en este caso solo cabría la extinción del contrato de trabajo seguido de la celebración de uno nuevo, lo que sí es posible es la sustitución de la persona del empresario sin que los contratos se extingan, continuando la relación laboral (en Sentencias de veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y cinco y de veinte de enero de mil novecientos noventa y siete, unificando la doctrina en la materia).

-Se excluye de la posibilidad de “contrata o subcontrata” la “cesión de derechos de explotación”, los “contratos de distribución”, los “contratos de suministro” y la “cesión de una parte de una superficie comercial para el desarrollo de actividades comerciales”. En este sentido, Vid. entre otras, Sentencias del T.S./SOC. de quince de julio de mil novecientos noventa y seis [R.º 1996, 1089] y de diecisiete de julio de mil novecientos noventa y seis unificadora de doctrina.

-A propósito de la expedición de certificación negativa de descubierto respecto del contratista o subcontratista como “causa de exoneración de la responsabilidad del empresario principal” (Sentencias de veintiocho de octubre del año mil novecientos noventa y seis resolutoria del recurso de casación 777/1991 y de veintidós de diciembre del año dos mil resolutoria del R.º de casación 4069/1999).

-Además de a las deudas salariales, “la solidaridad también alcanza a las deudas con la Seguridad Social” (cuotas y prestaciones) y en este caso, la responsabilidad puede ser exigida incluso hasta tres años después de finalizada la “obra o servicio” objeto de la “contrata o subcontrata” (Sentencia de diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis).

-En materia de “cesión ilegal de trabajadores”, en el caso de que la “empresa cedente” sea ficticia no podrá ejercitarse el derecho de opción, por lo que nos encontraremos ante una simulación en la contratación, por lo que “la ruptura de la simulación deberá permitir recuperar todos los efectos de la relación laboral”, excepto claro está, lo perdido por la prescripción (Sentencia de veintiuno de marzo del año de mil novecientos noventa y siete resolutoria del R.º de casación 3211/1996).

-Bajo el concepto de objeto no deben incluirse los inmuebles, pues una cosa es el objeto elaborado por los trabajadores y otra bien distinta la nave o local donde el proceso productivo tiene lugar (Vid. entre otras, Sentencia de diecisiete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, A. 8314).

-Se excluye de la solidaridad del empresario principal por deudas del contratista los conceptos relativos a las cuantías indemnización por despido y a los salarios de trámite (Sentencias de veinte de mayo de mil novecientos noventa y ocho y de catorce de julio del año mil novecientos noventa y ocho).

-En sentencia del año mil novecientos noventa y nueve, ponente Aurelio Desdentado Bonete, se declaró que “la extinción *ante tempus* del contrato de trabajo constituye un despido improcedente, sin que la Empresa de Trabajo Temporal pueda alegar la finalización de la causa que lo motivó”.

-Nuestro sistema constitucional de relaciones laborales colectivas es un sistema abierto en el que caben no solo el convenio estatutario sino también el extraestatutario y otras modalidades de negociación colectiva (Sentencias de veinticinco de enero de mil novecientos noventa y nueve, de veinticuatro de junio de dos mil ocho, de once de julio de dos mil doce y de catorce de diciembre de dos mil dieciséis).

-Sobre la adhesión a los convenios extraestatutarios, y pese a que han afirmado que no pueden generar derechos objetivos, nuestra jurisprudencia admite que los sujetos se adhieran libremente al convenio “contractual”, sin que la

adhesión de un sindicato lo convierta en estatutario (Sentencias de treinta de marzo de mil novecientos noventa y nueve, recaída en R.º de casación 2947/1998, de veintitrés de noviembre de dos mil tres dictada en R.º 4579/2002 y de uno de junio de dos mil siete resolutoria del R.º 71/2006).

-En cuanto a las deudas anteriores a la consumación de la sucesión de empresa, deben entenderse comprendidas no solo las de los contratos vigentes sino también las derivadas de los contratos que ya se hubieran extinguido (Sentencias de quince de julio del año dos mil [R.º 2001, 3442] y de cuatro de octubre del dos mil tres [R.º 2003, 585]).

-La jurisprudencia recaída en el orden jurisdiccional social considera que debe aplicarse *strictu sensu* la disposición del art. 44 del E.T. que establece la solidaridad de las entidades cedente y cesionaria de los deberes laborales originados *ex ante* a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”, lo que supone que el adquirente, en el marco del proceso concursal, debe asumir tanto las “deudas laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores antiguos y de los trabajadores con contrato vigente” (Sentencia de quince de junio de dos mil tres).

-Los acuerdos de empresa pueden ser subsidiarios e informales, ostentando las características de eficacia limitada y contractual (Sentencias de veinticuatro de mayo de dos mil cuatro, de veinte de junio de dos mil cinco y de tres de noviembre de dos mil ocho).

-Como ejemplos de “modificaciones sustanciales” nuestra jurisprudencia ofrece, entre otros, los siguientes: a) modificar el horario de entrada y salida al trabajo en al menos una hora; b) variar una jornada de carácter continuada por una de carácter partido o viceversa; c) la alteración del horario si incrementa las jornadas laborales; d) “la cuantía del salario”; e) la alteración de partidas de carácter salarial; f) la alteración de las percepciones o beneficios extrasalariales; g) la alteración de los criterios del cálculo del salario así como, del medio o modo en que se efectúa el pago o condiciones o circunstancias que atañen a las prestaciones en especie (Sentencias de diecisiete de mayo de dos mil cinco [R.º 2363/2004], de 28-02-2007 [R.º 184/2005], de diecisiete de enero de dos mil siete [R.º 3789/2005], de diecinueve de marzo de dos mil uno [R.º 1573/2000], de once de mayo de dos mil cuatro [R.º 95/2003] y de cuatro de abril de dos mil seis [R.º 111/2005]).

-A propósito de la licitud de los supuestos en los que se condiciona la subrogación al “cumplimiento de determinados requisitos” resulta ilustrativa la Sentencia de veintitrés de mayo de dos mil cinco recaída en el R.º de casación 1674/2004).

-En las sentencias de veintidós de noviembre de dos mil cinco y de trece de noviembre de dos mil seis, de veintitrés de marzo de dos mil quince y de once de julio de dos mil dieciocho, nuestro T.S. extiende la “responsabilidad empresarial”, en caso de “sucesión de empresas”, a las obligaciones de Seguridad Social y al aumento o “recargo” de prestaciones por falta de medidas de seguridad y salud en el trabajo.

-La responsabilidad solidaria en materia de cesión ilegal de trabajadores se extiende incluso al despido improcedente, excepto si la cesión ya ha finalizado (Sentencia de dos mil seis, ponente De Castro Fernández).

-Si bien con anterioridad se consideraba lícito vincular la duración del “contrato para obra o servicio” al tiempo de duración de “la contrata” (Vid. Sentencias de cuatro de mayo de dos mil seis, de veintitrés de septiembre de dos mil ocho o más recientemente, nueve de febrero de dos mil dieciséis y diecisiete de abril de dos mil dieciocho) recientemente se ha rectificado la doctrina del T.S./SOC. en Sentencia de veintinueve de diciembre de dos mil veinte, en la que considero que no era lícito vincular la obra a la contrata, por lo que en consecuencia, en la actualidad, considero que si se vinculara “el contrato de obra o servicio de carácter temporal a una contrata”, deberá reputándose como indefinido el contrato, en cuanto fraudulento.

Son nulas las cláusulas contractuales que sean abusivas (Sentencia de cuatro de diciembre de dos mil siete).

-Aunque no pueda considerarse que el contrato de trabajo sea asimilable al contrato de sociedad, debe tenerse en cuenta que entre la sociedad y el socio puede existir una relación laboral si concurren los presupuestos de laboralidad o de la relación laboral (Sentencia de veintiséis de diciembre de dos mil siete dictada en el R.º de casación 1652/2006).

-Sobre el “derecho de opción en materia de cesión ilegal de trabajadores” se ha declarado que, además del derecho del trabajador a exigir la responsabilidad que corresponda a cualquiera de las empresas intervinientes en la cesión ilegal,

ostenta un derecho peculiar, denominado derecho de opción, consistente en que pueden optar por adquirir la condición de fijos (en el caso de optar por Adm. Púb., indefinido no fijo de plantilla) (Sentencias de ocho y veinte ocho de abril de dos mil nueve, o la más reciente la 649/2021 de veintiocho de junio de dos mil veintiuno) en la empresa cedente o en la cesionaria (Sentencia de veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y siete del T.S./SOC. resolutoria del R.º de casación 3211/1996).

-El T.S./SOC. ha declarado en Sentencia de veintitrés de noviembre de dos mil nueve [R.º 2009, 170], que la calificación del contrato depende de “la configuración efectiva de las obligaciones asumidas por las partes y de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato”, dejando sentado por Sentencias de veintitrés de octubre de mil novecientos ochenta y nueve, de once de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, de siete de noviembre de dos mil siete y de veintisiete de noviembre de dos mil siete que será precisado por la Jurisdicción la verdadera naturaleza del contrato en caso de conflicto entre las partes, y en Sentencias de trece de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco y de veinticuatro de enero de dos mil dieciocho, dejó claro que en el caso de que las partes den otro nombre a su relación jurídica, ya sea por simulación o por error, prevalecerá el verdadero contrato sobre el fingido o aparentado.

-El despido es la “declaración extintiva de la relación laboral” invocada por el empresario (Sentencia de siete de diciembre de dos mil nueve).

-Para el trabajador que, ejercitando su derecho, opta por la entidad cesionaria, los efectos económicos tienen lugar desde que comienza la prestación de carácter laboral para la empresa cesionaria (Sentencias de veinticuatro de noviembre de dos mil diez y cuatro de julio de dos mil trece).

-En el supuesto de que alguna de las partes no ostente legitimación para la negociación colectiva, según el ámbito del convenio, lo acordado no tendrá validez alguna y originará la nulidad del convenio (Vid. Sentencia de siete de marzo de dos mil doce).

-La información que deben facilitar las mercantiles en el ámbito de las “contratas y subcontratas de obras o servicios” no debe incluir circunstancias relativas a los trabajadores como son su identidad, el puesto de trabajo que ocupan,

la modalidad contractual o la categoría o grupo profesional (Sentencia de veinte de junio de dos mil doce recaída en R.º de casación 176/2011).

-en Sentencia de veinticuatro de septiembre del año dos mil doce, entendió que los salarios de trámite no son salarios en sentido estricto, ya que tienen naturaleza indemnizatoria dirigida a compensar los perjuicios sufridos por el trabajador.

-El T.S./SOC. en su Sentencia de cinco de marzo del año dos mil trece, recaída en R.º 932/2012, declaró que: “Se califica como relación laboral común y se reconoce el derecho a percibir la prestación por desempleo, a quien siendo administrador único y no percibiendo retribución por tal condición, realiza tareas de encargado en una sociedad laboral y ostentaba una participación en ella del 33% que vendió antes de ser nombrado administrador”.

-A propósito de los requisitos que deben concurrir para poder imputar la responsabilidad solidaria en el supuesto de grupo patológico de empresas a efectos laborales (veintisiete de mayo de dos mil trece [R.º Casación 78/2012], de veinticuatro de septiembre de dos mil trece [R.º Casación 2828/2012], de diecinueve de diciembre de dos mil trece [R.º Casación 37/2013], de 28-01-2014 [R.º Casación 46/2013] o diecinueve de febrero de dos mil catorce [R.º Casación 45/2013], entre muchas otras).

-Las diferencias salariales se pueden reclamar desde que se consuma la cesión ilegal, sin perjuicio del juego de la prescripción (Sentencias de veintiséis de noviembre de dos mil trece y de once de febrero de dos mil catorce).

-A propósito de uno de los requisitos para apreciar el grupo patológico de empresas se ha declarado que el uso “abusivo o anormal” de la personalidad jurídica de la empresa tiene lugar cuando se ocasiona un perjuicio a los trabajadores a través de prácticas abusivas, como son aquellos supuestos en los que se actúa en beneficio exclusivo del grupo o de la sociedad dominante (Sentencia del T.S./SOC. de veintinueve de enero de dos mil catorce [R.º Casación 121/2013]). La “utilización fraudulenta de personalidad jurídica” tiene lugar cuando se crean empresas o entidades ficticias para encubrir la verdadera realidad económica, dando como resultado un fraude en la personificación, lo que dará lugar a la aplicación de la conocida como Teoría del levantamiento del velo (Sentencia de veinte de marzo de dos mil trece del T.S./SOC. [R.º Casación 81/2012]).

-En las sentencias de veinte de marzo del año dos mil trece y de dieciocho de febrero de dos mil catorce, el T.S./SOC. se considera que la insuficiencia de la memoria o la entrega de una contabilidad ficticia provoca la nulidad del empleo.

-La solicitud del procedimiento de carácter colectivo en el ámbito del concurso tiene como plazo de prescripción el de un año conforme al art. 59 E.T. (Sentencia de veinticuatro de marzo de dos mil catorce).

-El plazo de prescripción de las acciones de un año para las reclamaciones salariales en caso de cesión ilegal no se computa desde la "firmeza" de la resolución judicial que declara la existencia de interposición ilícita de mano de obra sino desde el día en que debió haberse percibido (Sentencia de treinta de abril de dos mil catorce).

-Para que exista sucesión de empresas no resulta necesario que la empresa se transmita en su integridad, pues la sucesión también tiene lugar cuando se transmitan piezas de la empresa de menor alcance como son un "centro de trabajo" o una "unidad productiva", exigiéndose que conserven su identidad, es decir, un conjunto de medios que estén organizados para poder llevar a cabo una "actividad económica-empresarial", incluso la negociación colectiva puede establecer sucesiones de empresa sin necesidad de transmisión de infraestructura patrimonial (Sentencias de nueve de julio de dos mil catorce, de diez de octubre de dos mil dieciséis, de catorce de marzo de dos mil diecisiete y de treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho).

-La competencia para declarar si existe sucesión o transmisión de empresa en la venta o enajenación de la "unidad productiva" corresponde a los Juzgados de lo Social independientemente de que la entidad societaria se halle incurso o no en un proceso de ejecución universal o colectiva (Sentencias de veintinueve de octubre de dos mil catorce y de veintisiete de febrero de dos mil veinte).

-El T.S./SOC. ha mantenido en todo momento una doctrina contraria a la Teoría del perímetro, considerando que es al juez de lo social y no al concursal al que le corresponde declarar "la existencia de sucesión de empresa" y extender los efectos de la subrogación más allá de los trabajadores con contrato en vigor (Sentencias de veintinueve de octubre de dos mil catorce o de veintisiete de febrero de dos mil dieciocho).

-En el supuesto de despido de carácter colectivo, la sentencia de veintiséis de enero de dos mil quince del T.S./SOC. aclara que la competencia del juez del concurso se adquiere cuando el despido se notifica a los trabajadores después de la declaración del concurso.

-El T.S./SOC., en Sentencias de nueve de febrero de dos mil quince y de catorce de septiembre de dos mil dieciocho, ha declarado que es igualmente competencia de los jueces del concurso el conocimiento de los litigios sobre extinción de los contratos de trabajo tras la declaración del concurso de acreedores, incluso habiendo demandas previas ante la jurisdicción social.

-En caso de despido “improcedente”, previa declaración de “cesión ilegal de trabajadores”, la opción corresponde al trabajador y no al empresario (Sentencias de diecisiete de marzo de dos mil quince y de quince de octubre de dos mil diecinueve (esta última dictada en R.º de casación 1620/2017).

-Es nulo el despido colectivo cuando se fraccionen indebidamente los despidos objetivos y cuando el despido colectivo es consecuencia de una represalia empresarial a la convocatoria de huelga (Sentencias de veinte de abril de dos mil quince [R.º 354/2014] y de dieciocho de julio de dos mil catorce [R.º 11/2013] del T.S./SOC.).

-La infracción sobre medidas de seguridad hace incurrir en responsabilidad, no solo a la E.T.T., sino también, a la empresa “usuaria o cliente” (Sentencia de cuatro de mayo de dos mil quince).

-Se reputa nulo el “periodo de consultas”: a) cuando no se realice por el empresario real; b) cuando la “negociación” no se efectúe respetando las reglas de la buena fe; c) cuando caduca el procedimiento de consultas sin que haya acuerdo y sin que la entidad de carácter empresarial haya comunicado su decisión final; d) la inexistencia de verdaderas consultas; y e) la falta de documentación exigida (Sentencia de veintiuno de mayo de dos mil quince [R.º 1504/2014] con cita de las Sentencias de veintitrés de septiembre de dos mil catorce [R.º 231/2013], de veintitrés de septiembre de dos mil quince [Repertorio de Jurisprudencia (en adelante, RJ) 2015, 64], de diecinueve de noviembre de dos mil catorce [RJ 2014, 183], de dieciocho de febrero de dos mil catorce [R.º 42/2013], entre otras).

-Contra la “cesión ilegal” solo se puede reclamar si la misma se encuentra vigente (Sentencias de veintiuno de junio de dos mil dieciséis, de veintiocho de febrero y once de julio de dos mil dieciocho).

-En materia de “ejecución” de la Sentencia recaída en el despido colectivo, nuestra jurisprudencia tiene por declarado que la ejecución colectiva de un despido colectivo impide el ejercicio de “acciones individuales declarativas” que, en el fondo, tienen la misma finalidad, siendo posible pronunciarse sobre estas cuestiones particulares en el seno de la ejecución colectiva, siempre que se refieran al hecho propio de la readmisión o a circunstancias básicas de la misma, sin que se estime inadecuación del procedimiento en los casos en los que, a efectos de la readmisión, se discute el hecho mismo de la readmisión o las circunstancias y condiciones básicas inherentes a la propia reincorporación -salario, funciones o falta de trabajo efectivo-, a sensu contrario, si se estima la inadecuación del procedimiento respecto de varios trabajadores que discutían la regularidad de su readmisión por cuestiones individuales -antigüedad, circunstancias personales o cuestiones acaecidas después de la constitución del título ejecutivo- (Sentencia del T.S./SOC. de dieciocho de enero de dos mil diecisiete, EDJ 4967).

-A propósito de la consideración como *numerus apertus* del art. 41 del E.T. sobre ejemplos de modificación sustancial (Sentencia de doce de septiembre de dos mil dieciséis), pues cabe considerar como modificación sustancial todas aquellas que ostenten relevancia y afecten a condiciones laborales ya reconocidas en contrato de trabajo, acuerdo colectivo, convenio colectivo o decisión unilateral de empresa de carácter colectivo siempre que sean debidas a razones E.T.O.P. (de esta manera se infiere en la Sentencia de veinticuatro de enero de dos mil diecisiete).

-La Sentencia del T.S./SOC. de veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete que reitera y consolida la jurisprudencia contenida en las Sentencias de veintiuno de enero, trece de mayo, tres de junio y dieciocho de junio mil novecientos noventa y uno, veintisiete de enero de mil novecientos noventa y dos (R.º 1368/1991) y once de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (R.º 1318/1993) en resumen han establecido que debe acudir a la naturaleza del vínculo tanto para determinar que sean compatibles ambos cargos, el de administrador con el de trabajador (sea en relación laboral común o especial del personal de alta dirección), como para determinar el régimen jurídico por el que se deben regir tales figuras en cada momento, esto es, laboral o mercantil, con separación de régimen,

concluyéndose que solo en el supuesto de que exista una relación laboral común dependiente puede concurrir con separación de régimen la doble condición de administrador social con personal laboral con aplicación en consecuencia de un régimen jurídico diferenciado en función de la actividad que desempeñe en cada momento en la condición que ostente, puesto que si concurren las funciones de administrador con las de alto cargo directivo el régimen jurídico de aplicación será siempre de carácter mercantil por absorción y sin diferenciación, siendo aplicables unas u otras normas para las consecuencias legales en cada caso, lo que inevitablemente influirá igualmente en nuestra conclusión final, con aplicación de la Teoría de la súper posición del Derecho del Trabajo frente a los Derechos Mercantil y Concursal, puesto que en caso de conflicto y como regla general, deberán respetarse los créditos salariales que ostente como trabajador sometido a una relación laboral común.

-Sobre la oportunidad de continuar las ejecuciones de carácter singular en el orden jurisdiccional social en las que se hubiesen “embargado” o “trabado” bienes de la sociedad de capital concursada siempre que ello haya sucedido con carácter previo a la fecha de la declaración por el juez de lo mercantil en sede concursal del concurso de acreedores (Sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil dieciocho).

-Los representantes “unitarios” de los trabajadores, esto es, los (comités de empresas o delegados de personal) deben ser informados sobre las intenciones o previsiones de subcontratación (en este sentido, Sentencia de veintisiete de febrero de dos mil diecinueve (R.º de casación 218/2017).

-La ausencia de una cuantía o reparación indemnizatoria por extinción o finalización del “contrato de interinidad” al cubrirse el puesto no se opone al Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada (Sentencias de trece de marzo del año dos mil diecinueve y de veinticinco de junio del año dos mil diecinueve).

- En el supuesto de que a la acción de “despido” se acumule la de “cesión ilegal de los trabajadores”, en este supuesto, la cesión ilegal o interposición ilícita de mano de obra actúa de “cuestión prejudicial interna” y, en consecuencia, el plazo para ejercitar la acción sigue siendo la misma que la del despido al amparo del art. 59. 3º del E.T. (Sentencia T.S./SOC. 375/2019 de dieciséis de mayo de dos mil diecinueve, ponente Dª. María Luisa Segobiano Astaburuaga).

-En Sentencia de veintisiete de febrero de dos mil veinte, el T.S./SOC. esgrime como razones motivadoras de la subrogación total, en materia de “sucesión o transmisión de empresas”:

1º) Con la adjudicación tiene lugar una alteración o traslado en la titularidad de la entidad económica que mantiene su identidad (sucesión de empresa), por lo que es inevitable la aplicación del art. 44. 3º del E.T.

2º) El art. 44 del E.T. forma parte del *ius cogens* y, por lo tanto, los particulares no pueden sustraerse a sus consecuencias.

3º) El apartado 4º del art. 148 de la antigua L.C. concluye que nos encontramos ante un supuesto de sucesión de empresa, en términos similares al apartado 1º del art. 221 de la actual L.C.

4º) La conclusión alcanzada no se opone a la normativa concursal, ya que el interés del concurso no puede alcanzar el rango de norma suprema de la adjudicación, debiendo respetar el art. 44 del E.T.

5º) Si bien la Directiva 2001/23/CE establece en su art. 5 que no son aplicables, en el interior de un “proceso concursal”, las garantías que proclama el art. 3 de la misma Directiva, pues el legislador nacional no establecía precepto alguno que excluyera la disposición del art. 44 del E.T. (situación que si se ha producido en la actualidad con la nueva L.C. y que por ello puede hablarse de una posible extralimitación *ultra vires* en el uso de la delegación legislativa).

-La suspensión por causas ETOP solo procede si las causas son coyunturales y temporales, pero no de carácter estructural, la “razonabilidad” y la “proporcionalidad” de la medida están relacionadas con las causas y efectos sobre los contratos (en este sentido, Sentencia de nueve de septiembre de dos mil veinte del TS/SOC).

- El T.S./SOC. ha declarado en Sentencia 766/2020 de quince de septiembre de dos mil veinte que la utilización del GPS por parte de la empresa siendo conocido su implantación por parte del trabajador no vulnera los D. ºs del art. 18 de la C.E. y puede dar lugar a causa de sanción o despido si se descubre que el trabajador está utilizando el vehículo de la empresa para fines distintos de los autorizados.

-En sentencia 805/2020 de veinticinco de septiembre recaída en recurso de casación 4746/2019, se declaró que existe una relación de carácter laboral entre los

repartidores de Glovo (o Deliveroo) y la empresa, pues es la empresa la que ejerce facultades de coordinación y organización del servicio productivo, fija el precio y las condiciones de pago y es titular de los activos esenciales, mientras que los repartidores no poseen una organización empresarial propia y autónoma, sino que presta servicios en la organización del empleador, el cuál además, controla la actividad y no solo el resultado, condiciona los horarios y el rechazo de pedidos, ostentando poder sancionador.

-El T.S./SOC., en la reciente Sentencia 649/2021 de veintiocho de junio de dos mil veintiuno, rectifica la aplicación que venía haciendo de su propia doctrina sobre duración de un contrato de interinidad por vacante en el sector público afirmando que se debe acudir a la normativa legal o reglamentaria que prevea el plazo para cubrir el puesto vacante de personal laboral empleado público y en el caso de que la norma no disponga nada sobre el plazo de finalización se considera injustificado un plazo superior a 3 años, por lo que en el caso de superarse dicho plazo, el trabajador de duración determinada adquirirá la condición o el carácter de “indefinido no fijo de plantilla”, sin que se puedan aprobar normas sobre paralización de la oferta pública alegando insuficiencia presupuestaria pues los puestos de trabajo que se van a cubrir ya están desempeñándose por el personal laboral por lo que no implica incremento alguno en el gasto presupuestario.

-Por modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo deben entenderse, además de las consagradas en el art. 41 del E.T., considerado por la jurisprudencia como *númerus apertus* conteniendo una enumeración *ad exemplum*, en general, aquellas variaciones notorias que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, debiendo valorarse la importancia cualitativa de la variación impuesta, así como su alcance temporal y compensaciones pactadas, en este sentido, Vi. Sentencia del T.S./SOC. 4334/2021 de dieciocho de noviembre de dos mil veintiuno. En definitiva, debe descenderse al caso concreto, analizar las circunstancias específicas para, a partir de dicho examen, dar respuesta por su orden a las siguientes cuestiones:

A) En primer lugar, valorar si nos encontramos ante una modificación contractual que, además, quepa calificarla como esencial o sustancial.

B) En segundo lugar, y en atención a dicha circunstancia, debe procederse a la valoración del cauce seguido para su materialización, para determinar si se han

cumplido o no se han cumplido las exigencias de los arts. 41 del E.T. y 138 de la L.R.J.S.

-El T.S./SOC. ha declarado recientemente, en Sentencia 2788/2023 de quince de junio de dos mil veintitrés, que se comete despido improcedente por la entidad saliente cuando la misma no hubiese cumplido con su deber legal de poner en conocimiento de la entidad entrante las condiciones de jornada y horario de los empleados a subrogar, puesto que la documentación no entregada que acredite esas circunstancias es de carácter esencial y supone un incumplimiento de la normativa legal.

-El T.S./SOC. en la reciente Sentencia 3091/2023 de veintiocho de junio de dos mil veintitrés, en el Asunto de la subcontratación del servicio de mantenimiento de medios electrónicos, informáticos o telemáticos de un hospital de la Comunidad Autónoma de Andalucía, ha negado que exista una interposición ilícita de mano de obra y si, por el contrario, una contrata lícita, reseñando que las diferencias esenciales entre ambas figuras jurídicas son las siguientes:

A) Mientras que en la cesión ilegal existe una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la cesionaria, en la contrata es la empresa contratista la que ejerce como verdadero o auténtico empresario con respecto a sus empleados, ostentando la organización y dirección de la prestación de carácter laboral.

B) Por otro lado, en la contrata de obras o servicios la empresa contratista debe ejercer un verdadero control de la actividad de sus empleados mientras que en la cesión ilegal es la empresa cesionaria la que ejerce dicho control al no desempeñarlo de manera real y efectiva la empresa cedente.

C) También resulta un criterio decisivo de diferenciación el hecho de que la empresa contratista disponga de una infraestructura organizativa suficiente y adecuada puesto que en muchos supuestos de cesión ilegal nos encontramos ante meras sociedades pantalla dirigidas a ocultar la realidad económica de la entidad cesionaria o a interponerse entre el trabajador y el empresario real, careciendo por tanto de infraestructura organizativa.

D) Finalmente, a diferencia de lo que sucede en la interposición ilícita de mano de obra en la que la empresa o entidad cedente no asume el riesgo empresarial, en la contrata de obras o servicios el contratista debe asumir el riesgo

y ventura de la actividad que desempeña debiendo ser la contrata una actividad distinta de la desarrollada por la empresa principal.

- En materia de transmisión de empresas, se ha modificado la doctrina anterior declarándose que cedente y cesionario están obligados a responder solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales tratándose este de un plazo de caducidad según las recientes Sentencias del T.S./SOC. 3530/2023 de diecinueve de julio del año dos mil veintitrés y 3629/2023 de doce de septiembre del año dos mil veintitrés declarándose además que la prescripción va referida en general al plazo de un año del art. 59 del E.T.

-Para concluir con la jurisprudencia del T.S./SOC. resulta obligado traer a colación la reciente Sentencia del T.S./SOC. 3808/2023 de catorce de septiembre del año dos mil veintitrés al modificar la doctrina existente con anterioridad en esta materia, y es que mientras que contra la Sentencia que resuelva sobre la modificación sustancial de carácter colectivo siempre cabe recurso de suplicación, contra la Sentencia que resuelve la modalidad de carácter individual no cabe recurso alguno, salvo claro está, en caso de acumulación de la acción de vulneración de DD.FF., afectación general o infracción procedimental, poniéndose fin a la anterior doctrina jurisprudencial que permitía el acceso a la suplicación cuando se hubiese solicitado una reparación de daños y perjuicios en cuantía superior a los tres mil euros.

- El T.S./SOC. en Sentencia 197/2023 de quince de marzo, ha declarado que cuando la empresa entrante viene convencionalmente obligada a asumir ciertos trabajadores se produce la subrogación empresarial y no cabe invocar la doctrina sobre sucesión de plantillas so pretexto de que ha asumido a menos de la mitad.

JURISPRUDENCIA MENOR DE LA A.N.

-Sentencias de veinticuatro de enero de dos mil seis y veintiocho de marzo de dos mil seis de la Sala de lo Social de la A.N.

-Sentencia de la Sala de lo Social de la A.N. de veintiséis de julio de dos mil doce, (RJ 2012, 124).

-Sentencias de la Sala de lo Social de la A.N. de nueve de diciembre de dos mil trece y de once de febrero de dos mil catorce.

-Sentencia de quince de julio de dos mil trece de la Sala de lo Social de la A.N.

-Sentencia de la Sala de lo Social de la A.N. de siete de noviembre del año dos mil dieciséis.

JURISPRUDENCIA MENOR DE LOS T.S.J.

-Sentencias de veinticuatro de febrero y veintinueve de julio de mil novecientos noventa y dos de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

-Sentencia de once de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña.

-Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Cataluña de quince de diciembre de mil novecientos noventa y cinco [R.º 7156/1993] y Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de Andalucía de nueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho [RJ 1998, 462].

-Sentencias del T.S.J. de Andalucía de veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y siete resolutoria del recurso de suplicación 2825/1996 y de dieciséis de mayo del año dos mil dictada en el R.º de suplicación 2956/1999.

-Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid en Sentencia de veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve [RJ 1999, 772].

-Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Galicia en Sentencia de veintitrés de septiembre de dos mil tres, recaída en recurso de suplicación 5906/2000.

-Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Andalucía de cuatro de octubre de dos mil tres [RJ 2003, 585],

-Sentencia de veinte de enero de dos mil cuatro de la Sala de lo Social del T.S.J. de Castilla-La Mancha.

-Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco de catorce de febrero de dos mil seis.

-Sentencia de siete de abril de dos mil seis de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias resolutoria del recurso de suplicación 1208/2005 y la Sentencia de dieciséis de enero de dos mil ocho de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid resolutoria del recurso de suplicación 5732/2006.

-Sentencia de ocho de noviembre de dos mil siete de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

-Sentencias de veintidós de octubre de dos mil diez y siete de junio de dos mil once del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Valencia.

-Sentencia 229/2013 de quince de mayo de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Aragón.

-Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias de siete de junio de dos mil trece (RJ 2013, 21), Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid de veintinueve de enero de dos mil catorce (R.º 1652/2013) y Sentencia de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma del País Vasco de diecinueve de julio de dos mil dieciséis (RJ 2016, 1138).

-Sentencias de catorce de enero de dos mil catorce del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Valencia, de once de julio de dos mil catorce del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Cataluña.

-Sentencia de veintinueve de junio de dos mil quince de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la Sentencia de nueve de enero de dos mil catorce de la Sala de lo Social del T.S.J., del lado opuesto, es decir, del lado de los que defienden que la competencia es de la jurisdicción mercantil, encontramos la Sentencia de dieciséis de mayo de dos mil diecisiete de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Valencia y las Sentencias de diecinueve de junio de dos mil quince y de veintiocho de enero de dos mil dieciséis de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Galicia.

-Sentencia de treinta de noviembre de dos mil quince de la Sala de lo Social del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Madrid.

-Sentencia de treinta y uno de enero de dos mil diecisiete recaída en el R.º de suplicación 1300/2016 del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias y Sentencia de diecinueve de diciembre de dos mil dieciséis [RJ 2016, 2099] del T.S.J. de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

JURISPRUDENCIA MENOR DE LAS A.P.

-Sentencia de once de mayo de dos mil once de la A.P. de Valencia o Auto de veintidós de enero de dos mil diez de la A.P. de Madrid.

-Sentencia de treinta de octubre de dos mil once de la A.P. de Zaragoza o Sentencia de siete de mayo del año dos mil doce del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián.

-Sentencia de cinco de octubre de dos mil veinte de la A.P. de Barcelona o Sentencia de quince de febrero de dos mil trece de la A.P. de Madrid.

RESOLUCIONES DE LOS JDOS. DE LO MERCANTIL EN SEDE CONCURSAL

-Auto de veintinueve de marzo de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga o Auto de trece de enero de dos mil catorce del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Granada.

-Auto de treinta y uno de enero de dos mil siete del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil n.º 10 de Santander, en sede concursal, o el Auto de veintinueve de marzo de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil de Málaga, en sede concursal.

-Auto de nueve de enero de dos mil doce por el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona n.º 3, en sede concursal.

-Auto de nueve de abril de dos mil quince del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, en sede concursal.

-Auto del Juzgado de lo Mercantil de Almería, en sede concursal, de cinco de junio de dos mil quince.

-Autos de veinticuatro de julio de dos mil quince y de veintitrés de diciembre de dos mil quince del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de la Ciudad Condal, en sede concursal.

-Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Madrid, en sede concursal, de veinticuatro de abril de dos mil diecisiete.

- Autos dictados por los Juzgados de lo Mercantil n.º 7 y 13 de Madrid, en sede concursal, de tres de octubre de dos mil dieciocho y de ocho de enero de dos mil veinte, respectivamente, y del dictado por el Juzgado de lo Mercantil de Málaga, en sede concursal, de uno de julio de dos mil veinte.

-Auto del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, en sede concursal, el n.º 10, de veintinueve de julio de dos mil veinte.

-El Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 16 de Madrid, en sede concursal, de veintisiete de enero de dos mil veintidós.

-Auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, en sede concursal, de veintiséis de marzo de dos mil diecinueve.

-Sentencia de veinticuatro de febrero de dos mil seis del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao o Sentencia de dieciocho de julio de dos mil cinco del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga.

-Sentencia de siete de mayo del año dos mil doce del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de San Sebastián.