

**UNIVERSIDAD DE VALENCIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**



**TESIS DOCTORAL**

**“LA INSOLVENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES:  
CAUSAS, EFECTOS Y PROPUESTAS”**

**El negocio de la insolvencia empresarial**

**Programa de doctorado: Doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y  
Criminología**

**(2012-2015)**

**PRESENTADA POR**

**D. ANTONIO VALENCIANO SAL**

**DIRECTOR**

**D. DANIEL TOSCANI GIMÉNEZ**

**Valencia, 2015**

**“LA INSOLVENCIA EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES:  
CAUSAS, EFECTOS Y PROPUESTAS”**

*El negocio de la insolvencia empresarial*

**D. Antonio Valenciano Sal**

**Director de tesis: D. Daniel Toscani Giménez**

**Programa de doctorado: Doctorado en estudios jurídicos ciencia política y  
criminología**

**Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

**Universidad de Valencia**

## CERTIFICACIÓN

En la condición que ostento como Director y Coordinador de la presente Tesis doctoral, certifico que el Sr. D. Antonio Valenciano Sal, ha desarrollado la Tesis Doctoral “La insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales: causas, efectos y propuestas” - El negocio de la insolvencia empresarial - , observando las disposiciones reglamentarias, metodológicas y técnicas que regulan esta actividad académica, por lo que autorizo al citado Sr. para que lleve a cabo el depósito, evaluación y defensa de la Tesis doctoral del Programa de Doctorado en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia.

**Dr. Daniel Toscani Giménez**

Director Tesis Doctoral



*“El mundo es un salón del que es preciso salir cortés y honrosamente, es decir,  
saludando y pagando las deudas del juego.”*

Alejandro Dumas

## AGRADECIMIENTOS

Eternamente agradecido al profesor Daniel Toscani Giménez, por su inmensa colaboración y dedicación a lo largo de estos años en la dirección de esta tesis doctoral.

A ti Javier, por soportar con dignidad las dificultades y excentricidades provocadas por el empeño en compatibilizar el desarrollo de un proyecto como éste con el ejercicio de una durísima profesión, no en pocas ocasiones desagrada.

A mi familia por haberme transmitido la importancia y el valor de estudiar “hasta el final”.

Gracias a todos aquellos que me han contagiado su pasión por esta materia, desde la defensa de los derechos de quienes están en una posición más frágil, el sindicalismo y la lucha de clases más pura (gracias papá), pasando por mis años de Universidad, hasta todos aquellos que me han permitido poner en práctica mi verdadera vocación en Juzgados y Tribunales (a ti, Virginia).



## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	11
1.1. Cuestiones principales .....	11
1.2. Objetivos de la investigación.....	19
1.3. Estructura de la Tesis Doctoral y metodología.....	22
2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA .....	25
2.1. Derecho romano y la ejecución personal.....	25
2.2. Derecho romano y la ejecución patrimonial.....	27
2.3. En el Derecho germánico .....	29
2.4. La Edad Media.....	30
2.5. Los orígenes de España .....	32
2.6. La evolución de España hasta la actualidad .....	32
2.7. Evolución legislativa a modo de esquema.....	47
3. LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL .....	55
3.1. Causas.....	62
3.1.1. La Ley 22/2003 como principal causa de la insolvencia empresarial: el ppio de continuidad de la actividad .....	62
3.1.1.1. <i>Acerca de la continuidad de la actividad empresarial en la Ley Concursal</i> .....	75
3.1.1.2 <i>Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal</i> .....	84
3.1.1.3 <i>Ventajas de la continuidad de la actividad empresarial</i> .....	88
3.1.1.4 <i>Inconvenientes de la continuidad de la actividad empresarial</i> .....	89
3.1.2. La escasa responsabilidad de la persona física.....	95
3.1.3. Trasvase de competencias del juez social al juez mercantil.....	111
3.1.3.1. <i>De las competencias que le son propias al juez social</i> .....	123
3.1.3.2. <i>De las competencias que le son propias al juez mercantil</i> .....	130
3.1.3.3. <i>El trasvase competencial del orden jurisdiccional social al juez de lo mercantil</i> .....	131
3.1.3.4. <i>El art. 50 ET a la luz de las empresas concursadas tras la Ley 38/2011</i> .....	144

3.1.3.5. <i>El art. 50 ET a la luz de la Ley Concursal</i> .....	151
3.1.3.6. <i>Problemática procesal</i> .....	153
3.1.3.7. <i>Problemática sustantiva</i> .....	163
3.1.4. <i>El embargo preventivo como medida cautelar</i> .....	169
3.1.5. <i>La mala actuación de los juzgados en fase de ejecución</i> .....	173
3.2. <i>Efectos</i> .....	178
3.2.1. <i>La situación de insolvencia del trabajador</i> .....	178
3.2.2. <i>Los perjuicios para las Administraciones Públicas</i> .....	180
3.2.2.1. <i>Evolución del Fondo de Garantía Salarial</i> .....	184
3.3. <i>Propuestas y soluciones</i> .....	189
3.3.1. <i>Efectos de la Sentencia TJUE (Asunto C-311/13)</i> .....	190
3.3.1.1. <i>Sentencia del TJUE (Asunto C-311/13): Contenido. Situación actual en España</i> .....	194
3.3.1.2. <i>Efectos de la sentencia del TJUE en España en relación con la aplicación de la Directiva 80/987/CEE</i> .....	196
3.3.1.3. <i>Causas y consecuencias del actual criterio del Fondo de Garantía Salarial</i> .....	202
3.3.2. <i>Solución jurisprudencia: la interpretación del silencio por parte del Fondo de Garantía Salarial</i> .....	207
3.3.2.1. <i>Del silencio positivo ante la ausencia de resolución en el plazo máximo de tres meses</i> .....	209
3.3.2.2. <i>Jurisprudencia contraria al silencio positivo</i> .....	214
3.3.3. <i>La aplicación del art. 257 en relación con el art. 307 CP</i> .....	229
3.3.3.1. <i>Fraude empresarial al Fondo de Garantía Salarial: posible aplicación del art. 257 en relación con el art. 307 del Código Penal.</i> .....	229
3.3.3.2. <i>La “frustración de la ejecución” y los delitos de concurso punible o insolvencia</i> .....	242
3.3.4. <i>La nómina como título ejecutivo</i> .....	247
3.3.5. <i>La adquisición de la empresa concursada por parte de los trabajadores</i> ...	258
3.3.6. <i>Del grupo de empresas</i> .....	259
3.3.7. <i>De la sucesión de empresas</i> .....	264

4. TENDENCIAS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL.....	269
4.1. Análisis del Auto del TJUE (Asunto 688/13).....	269
4.1.1. La Ley 22/2009, Concursal: art. 149 (apartados 2 y 3).....	270
4.1.2. La reforma de la Ley 22/2003 Concursal a través del Real Decreto –ley 11/2014.....	273
4.1.3. Directivas Europeas de aplicación: 2001/23/CE del Consejo y 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.....	276
4.1.4. Análisis del Auto TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-688/13.....	278
4.1.5. Efectos del Auto TJUE:.....	282
4.2. Notas a la Ley 25/2015, de 28 de julio.....	286
4.2.1. En materia de segunda oportunidad.....	288
4.2.2. En materia de acuerdo extrajudicial de pagos.....	293
4.2.3. Otras modificaciones.....	305
4.2.4. Retribución de la administración concursal.....	306
4.2.5. Efectos de la reforma de la Ley 22/2003 en el ámbito socio-laboral.....	309
4.3. La protección de las empresas concursadas a través del cambio de criterio de la Agencia Tributaria: Instrucción 3/2014.....	325
4.3.1. INSTRUCCIÓN 1/2009, de 7 de enero, del Departamento de Recaudación, sobre gestión de aplazamiento y fraccionamiento de pago de fecha 7 de enero de 2009.....	328
4.3.2. INSTRUCCIÓN 6/2013, del Departamento de Recaudación, sobre gestión de aplazamiento y fraccionamiento de pago de retenciones e ingresos a cuenta y de deudas en situación de concurso de acreedores de fecha 9 de diciembre de 2013.....	330
4.3.3. INSTRUCCIÓN 3/2014, de 19 de noviembre de la Directora del Departamento de Recaudación, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en el concurso de acreedores.....	333
4.3.4 Consecuencias derivadas del cambio de criterio por parte de la Agencia Tributaria: aspectos laborales.....	337
4.4. La alteración de los créditos laborales.....	345



4.4.1. La prelación de créditos en la Ley 22/2003, Concursal .....	349
4.4.1. Alternativas en relación a la prelación de créditos salariales .....	360
4.4.2. La vuelta al principio de ejecución separada.....	361
5. CONCLUSIONES.....	365
BIBLIOGRAFÍA .....	385
Doctrina .....	385
Legislación.....	403
Jurisprudencia.....	408

## ❧ ABREVIATURAS ❧

- AA.PP.: Administraciones públicas.
- ALC: Anteproyecto Ley Concursal.
- AP: Audiencia Provincial.
- B.O.E.: Boletín Oficial del Estado.
- C.C.: Código Civil.
- CCAA: Comunidad autónoma
- CCOM: Código de Comercio.
- CE: Constitución Española.
- CENDOJ: Centro de Documentación Judicial.
- CGPJ: Consejo General del Poder Judicial.
- C.P.: Código Penal.
- DD.HH.: Derechos Humanos.
- EPA: Encuesta de población activa.
- EPC: Estadística del Procedimiento Concursal.
- ERE: Expediente de Regulación de Empleo.
- ERTE: Expediente de Regulación Temporal de Empleo.
- ET: Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- ETT: Empresas de Trabajo Temporal.
- FGATEP: Fondo de Garantía de Accidente de Trabajos y Enfermedades Profesionales.
- FOGASA: Fondo de Garantía Salarial.
- INE: Instituto Nacional de Estadística.
- INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social.
- LC: Ley Concursal.
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil.
- LGSS: Ley General de la Seguridad Social.
- LO: Ley Orgánica.
- LORC: Ley Orgánica Reforma Concursal.
- LPL: Ley de Procedimiento Laboral.
- LRJS: Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
- LSP: Ley de Suspensión de Pagos.
- OCDE: Organización de cooperación y desarrollo económico.
- ONU: Organización de Naciones Unidas.
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.
- PYME: Pequeñas y medianas empresas.
- RD: Real Decreto.
- RD-L: Real Decreto Ley.
- ST AP: Sentencia Audiencia Provincial
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- STTSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
- TC: Tribunal Constitucional.
- TCT: Tribunal Central de Trabajo.
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TGSS: Tesorería General de la Seguridad Social.
- TS: Tribunal Supremo.
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia.
- UE: Unión Europea.



# 1

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Cuestiones principales**

La presente tesis doctoral ha necesitado de un importante esfuerzo por las constantes modificaciones que ha venido sufriendo la materia objeto de análisis a lo largo de estos años, y probablemente en este mismo instante, en algún despacho del Congreso de los Diputados o de algún partido político (que para eso estamos en España) se esté discutiendo sobre la próxima modificación de la Ley Concursal o de alguna de las leyes que afectan a la materia analizada.

Aunque no siempre he pensado que sea lo más adecuado, finalmente decidí que no podía dejar de reflejar los orígenes de esta investigación, los motivos reales por los que decidí dar comienzo a este extenso proyecto, pues si bien tuve claro desde los años de facultad que la materia que querría trabajar en un futuro sería el derecho laboral, jamás imaginé que acabaría centrando la tesina en “las alternativas a la subasta judicial” y posiblemente mucho menos, que podría optar a ser doctor en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social con una investigación cuyo epicentro fuese la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales, pues como bien es sabido en el ámbito académico, el estudio del derecho procesal adjetivo de derecho del trabajo durante la legislatura en el

plan del año 1953 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid no es precisamente prioritario, siendo la parte sustantiva la verdaderamente atractiva en ese aspecto.

Sin embargo, cuando nos proponemos dar el paso al ejercicio de la profesión nos damos cuenta que sin manejar las normas básicas de los procesos, nuestro éxito se vería seriamente truncado en un breve lapso de tiempo, y probablemente, el estudio en edad adulta, de una materia tan ardua como puede resultar el proceso en la jurisdicción social, máxime en la fase de ejecución, puede resultar especialmente atractiva si se tiene la enorme suerte de poder compatibilizarlo con los primeros pasos del ejercicio en esta profesión.

Es un hecho más que notorio la especial atracción de este investigador por derecho del trabajo y de la seguridad social, tanto en su vertiente sustantiva como en la procesal adjetiva, tal y como indiqué en anteriores líneas. Sin embargo, la puesta en marcha de la teoría en la práctica permitió que llegara a la conclusión de la existencia de determinados procesos (en ocasiones incluso normas que afectan a la vertiente sustantiva) que impedían la verdadera aplicación de la normativa e incluso el cumplimiento de la norma en perjuicio de muchos y a la vez en beneficio de unos pocos, máxime si tenemos en cuenta que mis primeros pasos en juzgados y tribunales coincidieron con los primeros efectos de la mal llamada “crisis económica”.

Durante las primeras semanas de ejercicio, escuchaba en más ocasiones de las que debería comentarios (de trabajadores, empresarios, compañeros, e incluso jueces y demás personal de la administración de justicia) tales como: “Pues si la empresa es insolvente, tendrá usted que acudir a FOGASA”; “La empresa está en concurso de acreedores, así que hable usted con el administrador concursal para que le hagan entrega del certificado”, entre otras. Probablemente, durante el citado período pude darme cuenta de tres situaciones sobre las que posteriormente reflexionaría en la presente investigación: (1) De un lado, un porcentaje importante de trabajadores no percibían la retribución pactada según estipula el art. 1.1 ET como requisito indispensable para que la relación entre trabajador y empresa pueda considerarse laboral; (2) De otro, también

existía un porcentaje relevante y con visos de continuar incrementándose de empresas y empresarios que además de no pagar los créditos a los trabajadores, y a pesar de ser condenados, no cumplían las sentencias porque ya lo hacía un tercero en su lugar: FOGASA; (3) Y en último lugar, a pesar de todo lo anterior, en no pocas ocasiones, el empresario era condenado en la jurisdicción social (en la que el trabajador comenzó con la interposición de las correspondientes acciones judiciales) en vano, porque al haberse declarado (durante la tramitación del proceso) la empresa en concurso de acreedores, todo lo andado no servía absolutamente para nada, teniendo que volver a tramitar toda la reclamación ante el administrador del concurso, quien por cierto, entregará el certificado al trabajador cuando así lo estime conveniente, todo ello no precisamente para cobrar lo adeudado, sino para que el trabajador pueda solicitar la prestación correspondiente a FOGASA. Y mientras los días, semanas, meses y años transcurren sin que el trabajador perciba sustento alguno (no entraré a valorar lo que ocurre cuando además la empresa se niega a entregar el certificado de empresa al trabajador y éste además no percibe ni tan siquiera prestación por desempleo alguna).

Fue en ese preciso instante cuando comencé a interesarme por la Ley 22/2003, Concursal, los procesos y efectos de la misma (vanagloriada en cada uno de los textos que hasta ese momento había leído), los motivos por los que la normativa beneficiaba de un modo tan evidente a unos pocos y perjudicaba enormemente a otros muchos, y como no, qué soluciones podrían plantearse para acabar o al menos reducir el impacto de la lacra de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales.

Por todo ello, a lo largo del presente estudio se podrá comprobar que el núcleo de investigación radica en torno a la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales y específicamente la insolvencia de los empresarios o insolvencia empresarial, tema que ha sufrido una severa transformación a lo largo de los últimos años, sobre todo tras el comienzo de la mal llamada “crisis económica” tal y como ya advertí al inicio de esta introducción.

Para centrar el tema objeto de estudio, así como para poder profundizar en él, no podemos analizar esta materia tan solo desde una perspectiva jurídica, pues aunque éste

será el aspecto que centrará la atención de este análisis, no podemos pasar por alto que la modificación de la normativa en materia laboral y mercantil que afecta a la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales, ha tenido lugar como consecuencia de una serie de decisiones de carácter político, cuya explicación por cierto, carece de toda complejidad, pues como resulta más que conocido, los representantes políticos causantes de las transformaciones legislativas que han dado lugar a un cambio en el modo de entender la insolvencia del empresario no se caracterizan precisamente por su brillantez; sin embargo, lo cierto es que requiere mayor atención y por tanto resulta especialmente complejo explicar los motivos por los que la insolvencia empresarial se ha convertido en regla general frente a la excepción desde una perspectiva jurídica, así como complicado resulta exponer y resolver los efectos de tal comportamiento empresarial.

Como decía al inicio de la introducción, determinadas decisiones políticas con altos tintes de corrupción han provocado que las modificaciones de carácter legislativo obedezcan no tanto a garantizar la supervivencia y continuidad de la actividad empresarial y por ende de los puestos de trabajo, así como a la garantía y respeto en el cumplimiento de los derechos de los trabajadores, sino que en realidad han obedecido al interés personalísimo de los grandes empresarios en perjuicio de los trabajadores y por supuesto del resto de la ciudadanía, que de un modo u otro se ven afectados por estas decisiones como podrá inferirse a lo largo de este texto.

Podría entenderse desde un punto de vista político, económico e incluso jurídico que el parlamento decida introducir determinadas modificaciones en la norma para garantizar la continuidad de las empresas siempre y cuando se garantizase la actividad de éstas y por ende, la creación o al menos la no destrucción del empleo existente, pero de ningún modo parece razonable que el peso de la continuidad de las empresas (que no de su actividad) recaiga sobre los derechos de aquellos que mantienen una posición menos privilegiada en el tablero de juego.

El legislador cometió un grave error al entender que podría llevar a cabo un pacto en el que pudiese intercambiarse la condonación de deuda empresarial a cambio

de la continuidad de la actividad empresarial que daría lugar directamente a la permanencia de los puestos de trabajo e incluso a la creación de empleo, pues tal y como muestran los datos y sobre todo la experiencia de los últimos años, que la condonación de la deuda (de terceros, por cierto) no daría lugar a tal situación sino a fomentar aún más si cabe la insolvencia de la clase empresarial con los efectos que de tal circunstancia se desprenden.

La precipitada conclusión a la que llegó erróneamente el legislador, contraviene de evidente manera con introducir en la normativa de carácter laboral medidas que facilitasen al empresario los despidos masivos, y no solo eso, sino que además de facilitar el despido masivo de forma libre y mucho menos costoso (en aquellos casos en los que se pague), se dota al empresario de la capacidad de modificar sustancialmente y unilateralmente las condiciones de trabajo de los empleados.

¿Quién puede creer que dotar al empresario de la capacidad de despedir masivamente, libremente y casi gratuitamente así como de la capacidad de modificar unilateralmente las condiciones de trabajo de los empleados daría lugar a la permanencia e incluso la creación de puestos de trabajo?

Dotar al empresario de tales posibilidades da lugar a que pueda despedirse a un trabajador que viniera percibiendo, a modo de ejemplo, un salario de 1.200 € para “dar cobijo” a dos que perciban 1.200 € pero en su totalidad, situación que evidentemente desemboca en despidos masivos mucho menos costosos, como no puede ser de otro modo.

De este modo, los representantes políticos y parlamentarios, más conocidos en este ámbito como “el legislador”, daban el primer paso de lo que sería una radical transformación de las relaciones laborales.

Sin embargo, en tanto que el círculo de empresarios no estaba aún conforme con una modificación de la normativa que les permitiría despedir masivamente a los trabajadores a mitad de coste y libremente, ni tampoco con que se les dotase para bajar

los salarios a los trabajadores sin ningún límite, alterando las jornadas laborales, había que pensar en ir un poco más allá. ¿Por qué razón iba el empresario a costear salarios e indemnizaciones si pueden ser abonadas por otros? Y es en este preciso instante donde el perjuicio no se queda en el seno de las relaciones laborales, es decir, entre trabajadores y empresarios sino que el perjuicio se hace extensivo para el resto de los ciudadanos, quienes tendrán que afrontar los impagos empresariales a través del Fondo de Garantía Salarial. (Téngase igualmente en cuenta como perjudicado al Instituto Nacional de la Seguridad Social – INSS – en el ámbito de las contingencias profesionales<sup>1</sup>), todo ello sin perjuicio de que dichas responsabilidades prestacionales puedan ser asumidas por un tercero en caso de sucesión empresarial (Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales), en definitiva, por subrogación de derechos y acciones de los beneficiarios, y sin perjuicios del derecho de las mutuas de “*repetir frente al empresario responsable de tales prestaciones, en caso de declaración de insolvencia del empresario*” e incluso reclamar el reintegro en su totalidad por las Entidades de la Seguridad Social en funciones de garantía<sup>2</sup>.

Hay quien no estará de acuerdo con esta tesis, pues a fin de cuentas las prestaciones provenientes de FOGASA se encuentran financiadas por los empresarios, pues concretamente, cuando un empresario da de alta a un trabajador, éste cotiza en este sentido, a cargo exclusivo de la empresa un 0.20%). Sin embargo, a menudo olvidamos que otras fuentes de financiación de FOGASA radican en las rentas o patrimonio del fondo así como transferencias que se fijan en el presupuesto general del Estado.

De hecho, desde ya algunos años, se están destinando cantidades extras al presupuesto de FOGASA con cargo a las cuentas del estado. Esto se debe principalmente a las necesidades de fondos cada vez mayores para atender a un

---

<sup>1</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social, sede: Coruña) de fecha 29.09.2015 (Recurso 2492/2014). Ref. CENDOJ 15030340012015104881: “En el ámbito de las contingencias profesionales y concurriendo la insolvencia empresarial (o de la aseguradora) de que se trata, los descubiertos de cotización de las empresas resultan avalados por la garantía subsidiaria del INSS, en su cualidad de sucesor del extinguido Fondo de Garantía de Accidente de Trabajos y Enfermedades Profesionales (FGATEP)”.

<sup>2</sup> BLASCO LAHOZ, J.F.: “El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Pág. 494 y 527.



incremento muy considerable en el número de trabajadores con indemnizaciones y salarios pendientes de cobro. El incremento de las solicitudes ha sido de tal magnitud que el FOGASA suele agotar el 100% de su presupuesto previsto para el año completo cuando sólo han pasado algunos meses en el año, y, ¿Por qué no decirlo? Fogasa, como cualquier organismo público (aunque en los últimos tiempos se haya decidido externalizar parte de su servicio a Tragsatec) tiene que soportar un número determinado (cada vez mayor) de funcionarios, así como personal laboral e interino que conforman la plantilla del organismo a lo largo de todo el territorio nacional, coste del que no se hace cargo precisamente el empresario.

Así las cosas, comencemos este estudio partiendo desde el origen de la problemática, es decir, la creación de sistemas o herramientas jurídicas que permiten hacer posible la insolvencia empresarial casi sin condición, entre los que obtiene especial relevancia, el concurso de acreedores.

El término “*concurso*” fue utilizado por primera vez por la Doctrina española en el siglo XVII<sup>3</sup>. Se utilizó principalmente y de manera destacada en España a partir de la publicación del Real decreto de fecha 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil para designar un procedimiento de ejecución colectiva aplicable al deudor insolvente y no comerciante.

Sin embargo, el término no obtuvo verdadera relevancia hasta la entrada en vigor de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal actualmente vigente, momento en que este sintagma identifica aparentemente algo mucho más progresista y ambicioso desde el punto de vista del interés general: un procedimiento unitario aplicable a cualquier deudor, ya sea o no comerciante, o lo que es lo mismo a través de dicha norma se llevaba a cabo “*la unificación de distintos procedimientos para tratar la insolvencia del deudor*”<sup>4</sup>, todo ello a través de un nuevo procedimiento concursal unificado.

---

<sup>3</sup> Expertos españoles como Amador RODRÍGUEZ y Francisco SALGADO DE SOMOZA.

<sup>4</sup> CARRILLO MÁRQUEZ, D.: “Aspectos laborales del proceso concursal”. Ed. El Derecho Grupo Francis Lefebvre. 2010. Pág. 9.

El moderno derecho concursal introducía así el denominado “principio de unidad de disciplina” con el loable propósito de superar la anterior pluralidad de procedimientos (cuatro nada menos: el beneficio de quita y espera, el concurso de acreedores, la suspensión de pagos y la quiebra) fundamentada en la condición del deudor<sup>5</sup>.

Por ello, podría entenderse que la definición más ajustada a derecho para definir el concurso de acreedores podría expresarse como: *“procedimiento judicial que tiene por objeto el dar solución las situaciones de insolvencia del deudor a fin de satisfacer a los acreedores de manera unificada y tratando de evitar, en la medida de lo posible, la existencia de privilegios entre ellos a la hora de satisfacer sus créditos frente al deudor concursado.”*<sup>6</sup>

Recordemos para lo sucesivo el principal objetivo y razón de ser del concurso de acreedores, que no es otro que “... satisfacer a los acreedores de manera unificada...”.

No obstante, un proyecto unificador que finalmente ha devenido en realidad a través de la Ley 22/2003 cuya reforma fue llevada a cabo mediante la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (y posteriormente por normativa que será comentada a lo largo del texto), que a pesar de haber sido reconocido y alabado por la mayor parte de la doctrina, no solo no puede decirse que dicha reforma haya resuelto la problemática existente sobre todo en relación a las materias de carácter laboral incorporadas al ámbito mercantil, sino que contrariamente con lo esperado, ha venido provocando la desestructuración de aquellos extremos ya resueltos jurisprudencialmente en dicha jurisdicción, y como no, fomentando situaciones de tal calibre como la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales o insolvencia empresarial.

---

<sup>5</sup> En la misma línea: TORNILLO URBINA, J.L.: “Concurso de acreedores y perjuicios sociales”. Actualidad Jurídica Aranzadi nº. 828. 2011 parte Comentario. Versión electrónica.

<sup>6</sup> CARRILLO MÁRQUEZ, D. Op. Cit. Pág. 9.

Así las cosas, a lo largo de la presente investigación se analizará la evolución de los aspectos laborales sustraídos por la jurisdicción mercantil, teniendo en cuenta la intrusión de la jurisdicción mercantil en el ámbito laboral, situación que además de sembrar preocupantes situaciones de confusión, ha situado a los trabajadores en una posición de absoluta indefensión, debido a la imposibilidad de materializar las pretensiones de los trabajadores, especialmente en la fase de ejecución en relación con mercantiles y personas físicas condenadas por su condición de empresario (ya sea empresario reconocido legalmente con carácter previo a la Sentencia o tras ésta) situados en una posición de insolvencia, en ocasiones ficticia, o dicho de otro modo, el estudio centrará su análisis en la insolvencia empresarial, desde la evolución histórica, pasando por las causas y efectos que ha tenido en nuestra sociedad, para finalizar con una batería de propuestas tendentes al menos, a reducir el impacto de la insolvencia empresarial.

## **1.2. Objetivos de la investigación**

---

Si hay un rasgo innegable en el ámbito de las relaciones laborales es el constante conflicto entre las partes protagonistas, es decir, trabajadores y empresarios.

No obstante, a dicho conflicto ha de sumarse una problemática que si ya tenía especial relevancia, ha cobrado especial importancia por el considerable aumento de la casuística desde que tuvo lugar el inicio de la mal llamada crisis económica, allá por el año 2007: la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales o insolvencia empresarial.

¿Por qué resulta especialmente sensible la insolvencia en este ámbito?

Las relaciones laborales deben cumplir determinados requisitos para ostentar tal consideración y precisamente una de las notas más importantes de las relaciones laborales es la retribución por el trabajo realizado (art. 1.1 ET)<sup>7</sup>; requisito especialmente

---

<sup>7</sup> STS (Sala de lo Social, sección 1) de fecha 24.03.2015 (Rec. 8/2014). Ref. CENDOJ: 28079140012015100223. "La retribución es un elemento esencial del contrato de trabajo ( art. 1.1 ET ), que posee un nivel mínimo garantizado ( art. 27 ET ), reforzado por preceptos de toda índole

relevante no solo porque así se encuentre regulado expresamente por el legislador, sino además por dos cuestiones especialmente relevantes:

- Porque sin el cumplimiento de dicho requisito no nos encontraríamos ante una verdadera relación de carácter laboral.
- Y dos, porque el salario supone el sustento de la vida del trabajador y en algunos casos incluso de su propia familia.

Es por ello, que la extensión y propagación de una lacra como es la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales desde una perspectiva empresarial y sobre los créditos de los trabajadores pone en serio peligro tanto las bases de las relaciones laborales como (y ésto es inmensamente más gravoso) la estabilidad de los trabajadores, sus familias y de las Administraciones Públicas que se encuentran igualmente perjudicadas.

Por estas razones principalmente, este autor se impuso como objetivo un análisis profundo de la insolvencia empresarial sobre los créditos laborales, su evolución y la acción del legislador en este aspecto.

Por tanto, el objetivo del presente estudio se centra en un exhausto análisis de la normativa que permitió dar cobertura a la lacra de la insolvencia empresarial, así como el modo en que ha ido evolucionando en las distintas reformas legislativas y el modo en que la jurisprudencia ha venido interpretando, junto a la interpretación por parte de la doctrina científica.

Cuántas veces no hemos tenido que escuchar aquello de: “A mí la empresa me mandó directamente a Fogasa”, situación que cobra aún mayor gravedad cuando proviene directamente de compañeros de profesión: “La empresa es insolvente así que los trabajadores tendrán que ir directamente a Fogasa; cuando no es incluso utilizada en

---

constitucional, internacional o comunitaria y cuya percepción es uno de los derechos básicos de todo trabajador ( art. 4.2.f ET )”.

no pocas ocasiones la insolvencia empresarial como amenaza directa durante una negociación: “Pactamos por veinte días o nos declaramos en quiebra...”.

Lo que subyace de estas afirmaciones por parte de trabajadores, empresarios y profesionales en general, es la existencia de una realidad paralela a la legalmente establecida, y es que el verdadero deudor es Fogasa y la empresa es tan solo un tercero que pasaba por allí exento de toda responsabilidad sobre los créditos laborales adeudados.

Se asume de manera cotidiana que la jurisdicción social se ha convertido en un mero tramitador que da fe de una muy cuestionable insolvencia de la empresa que abre las ansiadas puertas de Fogasa, cuando lo cierto es que los juzgados del orden jurisdiccional social debería convencerse de que forman parte fundamental del engranaje de una cadena cuyo objetivo principal es el cumplimiento de sus propias resoluciones, e insisto, sin continuar siendo un mero fedatario de créditos adeudados y de insolvencias empresariales, debiendo introducir las reformas y elementos necesarios en relación a la fase probablemente más importante del proceso: la ejecución. (Y cuando hablo de reformas no solo me refiero a legislativas, cuya competencia tan solo corresponde al legislador, sino también en el modo de gestionar la tramitación y gestión desde la propia sede judicial).

El legislador debe entender que empresas y empresarios deben cumplir con sus obligaciones, especialmente con aquellas cuyo incumplimiento genera graves perjuicios para las pequeñas economías que a fin de cuentas son las que sustentan el equilibrio económico de un país, y más importante si cabe, debe concienciarse a empresas y empresarios de los efectos que dichos incumplimientos suponen para las modestas economías de la clase trabajadora y por extensión, a las Administraciones Públicas que dependen de que los créditos salariales (entre otros) sean debidamente abonados.

### **1.3. Estructura de la Tesis Doctoral y metodología**

---

El presente estudio que versa sobre la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales desde una perspectiva empresarial, viene a estructurarse en tres grandes bloques: causas, efectos y propuestas, todo ello con el objeto de analizar tanto los motivos por los que la insolvencia empresarial se ha convertido en regla general frente a la excepción, como las consecuencias que suponen en los distintos ámbitos de la sociedad, sin olvidar introducir una batería de propuestas destinadas a reducir el impacto que la insolvencia empresarial en los distintos ámbitos.

Tal y como se referencia en el índice de este texto, los tres grandes bloques anteriormente referenciados se encuentran perfectamente recogidos en cada uno de los apartados creados a tal efecto. Así, la presente tesis doctoral comienza con una introducción, que más que un resumen en el sentido estricto de la palabra, viene a recoger la justificación del presente análisis, es decir, los motivos por los que el autor que suscribe veía necesario investigar sobre una materia que viene complicando enormemente la continuación de las relaciones laborales en los últimos años, y lo que es más importante, las razones por las que esta tesis doctoral marca una diferencia con el resto de estudios realizados sobre la materia.

Al apartado introductorio, le sigue un recorrido por la historia de la insolvencia empresarial en la que tiene especial protagonismo por razones evidentes el concurso de acreedores y sus figuras predecesoras.

De este modo, el estudio comienza el análisis de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales con las causas que la motivan, los efectos que supone para la sociedad así como las propuestas y soluciones que podrían reducir el impacto de la insolvencia en nuestro país.

A continuación, el texto viene a recoger la tendencia de las últimas reformas legislativas y la evolución jurisprudencial en situaciones que de un modo u otro afectan a la insolvencia, y de este modo, podremos comprobar si persiste en nuestro legislador la voluntad de continuar fomentando la insolvencia frente al cumplimiento de las

obligaciones sobre los créditos especialmente sensibles como son aquellos de carácter laboral.

Para finalizar, el estudio recoge las conclusiones que se han ido vertiendo a lo largo de todo el texto, incluyendo algunas que no han sido citadas a lo largo del estudio, así como una recopilación de la bibliografía, doctrina y jurisprudencia utilizada.

En cuanto a la metodología, este autor ha seleccionado los textos legislativos relacionados con la materia objeto de estudio, tanto de la jurisdicción social, como de la civil y mercantil. Para ello se ha utilizado la base de datos oficial por excelencia, es decir, el Boletín Oficial del Estado (<https://www.boe.es/legislacion/>), así como los distintos boletines de las correspondientes comunidades autónomas en su versión electrónica.

De otro lado, ha sido necesario conocer el modo en que dicha normativa, (sobre todo las constantes reformas que han venido aprobándose a lo largo de los últimos años), han venido interpretándose por nuestros tribunales. Para ello, este autor ha utilizado de igual modo la base de datos oficial, del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) perteneciente al CGPJ (<http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>). De hecho, a lo largo de todo el texto puede encontrarse en cada una de las resoluciones la referencia correspondiente.

Del mismo modo, no podía faltar la opinión y valoración de la doctrina científica, en la que este texto se ha apoyado en todo momento. Para ello, y teniendo en cuenta la cuasi inexistencia de doctrina científica de acceso público, he tenido que recurrir a bases de datos de carácter privado de excelente prestigio tales como Thomson Reuters Aranzadi (recientemente fusionados), Lex Nova (igualmente propiedad de Aranzadi), El Derecho Editores (posteriormente fusionado con Francis Lefebvre, también utilizada en este texto), Quantor, Editorial La Ley, Civitas Ediciones, Tirant Lo Blanch, entre otras.

A mayor abundamiento, ha sido igualmente utilizada la investigación sobre el campo, o lo que es lo mismo, encuentros con personalidades de reconocido prestigio en el ámbito jurídico, en la mayor parte de los casos, con secretarios/as judiciales (Letrados/as de la administración de justicia según nueva denominación al amparo de la reforma de la LOPJ), así como jueces y magistrados del orden jurisdiccional social.

Adicionalmente, han sido utilizados recursos adicionales (sobre todo para la elaboración de estadísticas o determinación de datos económicos, etc) tales como el Instituto Nacional de Estadísticas o fuentes de carácter privado como Price Waterhouse Cooper, S.L.





# 2

## **2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

La materia objeto de análisis no se caracteriza precisamente por su sencillez, y es por ello que parece relevante continuar con la evolución histórico – legislativa de la insolvencia, en la que por razones obvias, ha tenido especial protagonismo la figura del concurso de acreedores, que por cierto, no siempre ha sido entendido como en la actualidad por cuantos los rasgos y efectos del concepto en la actualidad y a lo largo de la historia son especialmente dispares, razón por la que debemos remontarnos a los orígenes de la materia objeto de estudio, llevando a cabo un recorrido por las diferentes épocas desembocando así en la regulación actual, aunque debe advertirse que no será hasta la aprobación de la Ley 22/2003 cuando nazca el concurso de acreedores tal y como lo conocemos hoy en día y por ende, los efectos que de ello se deriva tales como el trasvase competencial entre otros, que alcanza su máxima en las posteriores reformas.

### **2.1. Derecho romano y la ejecución personal**

Una aproximación a lo que hoy conocemos como “*Concurso de acreedores*” la encontramos ya en el Derecho Romano. Durante la etapa de la Caída del Imperio Romano, período también conocido como la etapa de las invasiones bárbaras en la que

tuvo su mayor auge la denominada “*ejecución patrimonial*”, que es sin duda la tipología que recoge los rasgos que contiene la forma del procedimiento concursal tal y como lo entendemos en la actualidad.

Frente a la ejecución patrimonial, en el derecho romano más arcaico se encuentra la “*ejecución personal*” que primaba frente a la primera cuando el deudor se encontraba en situación de insolvencia y por razones obvias en la actualidad se encuentra absolutamente derogada.

Así, el procedimiento establecido en la ejecución personal a través del *manus iniectio* comenzaba transcurridos treinta días desde la declaración de la deuda y el deudor no habiendo pagado o no habiéndose presentado nadie en su lugar, éste debía comparecer ante el magistrado correspondiente. En ese momento, el deudor era literalmente “entregado” al acreedor, y éste podía elegir entre:

- Retenerlo en su propia casa, incluso con la posibilidad atarlo o encadenarlo. En este supuesto el acreedor tenía que correr con los gastos del deudor.
- Pasados sesenta días, tras haber sido llevado a tres mercados a fin de intentar que alguien se hiciera cargo de su deuda, (lo que actualmente entendemos como subrogación – con las distancias propias respecto de lo que hoy entendemos por subrogación -), destacando que dicha opción daba derecho a quien asumía la deuda a utilizar al deudor como su esclavo.

No obstante, en el supuesto que nadie se hiciera cargo de la deuda, el acreedor podía elegir nuevamente entre:

- Matar al deudor.
- La venta del deudor como esclavo.
- Ambas partes podían llegar a un acuerdo evitando las situaciones anteriores.

En este último supuesto, el ordenamiento jurídico ponía a disposición del deudor las siguientes alternativas para evitar la “*manus iniectio*”:

- Pagar la deuda.
- Presentar un *vindex*, persona equivalente a lo que hoy entendemos como un abogado, que le representara en el pleito o que incluso se hiciera responsable por propia voluntad de la deuda subrogándose en la misma. En el supuesto de una sentencia desfavorable al mismo, el deudor tendría que abonar un recargo equivalente al doble de la cantidad adeudada.

## **2.2. Derecho romano y la ejecución patrimonial**

---

Algunos autores han venido entendiendo que “La severidad de la ejecución personal fue paulatinamente mitigándose<sup>8</sup>”. La primera normativa que actúa contra ejecución personal aparece con la “Lex Poetelia Papiria” aprobada en el año 326 a.C. Se trata de un medio de liberación provisional de todos los esclavos por deudas con problemas de liquidación o solvencia, que tras un juramento pronunciado por el esclavo, el “Juramentum Bonae Copiae” en el que éste aseguraba no tener suficiente liquidez para cubrir la deuda en el momento presente, se le brindaba la oportunidad de recaudarlo en un plazo de tiempo determinado. Dicho de otro modo, la nueva normativa abolió la responsabilidad personal a causa de las deudas, cuya responsabilidad comenzaría a tener connotaciones tan sólo de carácter patrimonial, o lo que es lo mismo, la ejecución patrimonial como única responsabilidad ante las deudas contraídas y no abonadas.

A pesar de la aparición de la “*Lex Poetelia Papiria*” que en principio aboliría la ejecución personal, lo cierto es que tan solo mejoró la situación del deudor en cuanto que éste quedaba obligado a satisfacer la deuda con su trabajo pero sin tener que permanecer encadenado o encarcelado, no pudiendo considerarse parte de la ejecución patrimonial el trabajo personal del deudor.

---

<sup>8</sup> SOZA RIED, M.A.: “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras”. La Revista de Estudio Histórico-Jurídico n.º. 20 Valparaíso 1998. Pág. 1.

Posteriormente aparece la figura de la *Cessio Bonorum*<sup>9</sup>, muy similar al *Juramentum Bonae Bonae*, tanto es así que la Doctrina no llega a establecer un criterio unificado en cuanto a la fecha de aparición de la *Lex Poetelia* ni en cuanto a su contenido concreto, ni en lo referente a su ámbito de aplicación, aunque lo más relevante en este aspecto es en realidad que gracias a ambas figuras, lo único que el esclavo tenía que empeñar en la consecución del pago de la deuda tenía carácter patrimonial y no de carácter personal, al contrario de lo que ocurría en el Derecho Romano más primitivo, que se hacía tanto con la persona del deudor como con su patrimonio, cuya regulación principal se contenía en la Ley de las XII tablas (conocida como las XII Tablas de Justiniano), concretamente en la tabla VII.

La desaparición de la *manus iniectio* se produce con el surgimiento de la *Lex Julia De Cessione Bonorum*, la institución de la *Pignoris Capio* y la *Lex Poetelia Papiria*.

El *Juramentum Bonae Copiae* ya comentado es precedente de la *Cessio Bonorum*, siendo ambas tan similares que, en ocasiones tal y como decía con anterioridad, los autores confunden incluso actualmente ambas figuras. Algunos autores fechan los comienzos de la *Cessio Bonorum* en el año 705 (roma, año 49 a.C). Los deudores entregaban parte de su patrimonio como forma de pago de la deuda (*datio in solutum*). Este es un claro ejemplo de la *Cessio Bonorum pro soluto*. Pero a la vez, el deudor disponía de un plazo de tiempo en el que podría acogerse al *Juramentum Bonae Copiae*, a pesar de someterse a un posible encarcelamiento.

Aparece entonces una nueva figura que pronto se convertiría en el recurso más habitual: la ejecución patrimonial a través de “*La Bonorum Venditio*” que surgió para salvaguardar los intereses de los deudores, pero también los de los acreedores, para asegurarse el cumplimiento de la deuda, o lo que es lo mismo, se trata de una vía de ejecución sobre los bienes por la cual un acreedor hace vender en bloque el patrimonio de su deudor, comerciante o no comerciante, tanto en su propio nombre como en el de otros acreedores.

---

<sup>9</sup> *Cessio Bonorum*: se trata del Derecho Concursal Romano.

Para llevar a cabo dicha labor surge la persona del “*pretor*”, magistrado encargado de (entre otras cosas) de valorar los bienes cedidos por el deudor, una especie de peritaje para deshacer la deuda con respecto a las necesidades de los acreedores. Esta figura va a hacer posible la sustitución de la tendencia de la ejecución personal ante la de ejecución patrimonial del deudor.

Tras la *Bonorum Venditio* surge la *Bonorum Distractio*. La diferencia entre uno y otro se encuentra en que, mientras que en la *Bonorum Venditio* la venta se produce sobre todos los bienes en bloque, en la *Distractio*, dichos bienes son vendidos individualmente, por lo que la venta al detalle resulta ser menos costosa y más sencilla en cuanto a labor administrativa, lo que suponía para los acreedores menos gastos y mayor rapidez para recuperar el crédito. Este procedimiento no solo resultaba más beneficioso para agilizar el trámite administrativo sino también para el propio deudor, quien no perdía la totalidad de sus bienes.

No podemos pasar por alto la relevancia de la figura de la denominada “presunción murciana”, una de las vías para proteger al deudor casado en régimen de separación de bienes de los acreedores en el ámbito concursal<sup>10</sup>.

En definitiva, es durante la caída del Imperio Romano cuando puede decirse acertadamente que comienzan los verdaderos orígenes del actual procedimiento concursal.

### **2.3. En el Derecho germánico**

---

En el Derecho Germánico tan sólo se han encontrado vestigios exclusivamente de la institución de la ejecución individual pero nada acerca de la ejecución colectiva, afirmando aquello en la acentuación de la ejecución patrimonial a través del “*arrestmandat*” o secuestro real de bienes, que equivalía al actual embargo, dándose origen al principio de prioridad del primer embargante.

---

<sup>10</sup> YAÑEZ VIVIERO, F.: “Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico-matrimonial del concursado”. Monografías. Ed. Aranzadi. Versión electrónica.

En realidad, en este derecho intermedio, que abarca desde la caída del Imperio Romano hasta el derecho de las comarcas, el derecho germano aportó la figura de la “prenda”, del “desapoderamiento” y el “secuestro”, la legislación Longobarda y Franca introdujeron el embargo.

Así nace la “*datio in solutum*” que consistía en una entrega voluntaria y privada de un bien o bienes por parte del deudor y la “*datio in solutum ope iudice*” cuando lo ordenaba un Juez a fin de liquidar la deuda contraída. Estos eran los institutos más destacados de esta época y sus procedimientos eran pagos coactivos y no propiamente expropiaciones.

Esta etapa culmina con el cese de la justicia privada a fin de ser dirigida por la autoridad pública y así, en el caso de pluralidad de acreedores el secuestro originó el concurso, nítidamente perfilado como ejecución colectiva con carácter universal.

#### **2.4. La Edad Media**

---

A lo largo de la Edad Media, durante el feudalismo medieval se tomaron las instituciones que provenían del Derecho Romano principalmente, ofreciendo un tinte publicista a la autoridad de aplicación, llegándose incluso a no aplicar medidas contra los deudores de buena fe. A tal punto que el Rey Luis de Francia en 1254 abolió la prisión por deudas, limitándolas en 1260 a favor del fisco y la autoridad eclesiástica, instituciones infinitamente beneficiados en todas las épocas, incluida la actual.

El desarrollo del derecho patrimonial en las comunas italianas del norte se debió al incremento comercial, creándose así los estatutos, verdaderos códigos profesionales que regían cada una de las corporaciones creadas en las distintas comarcas.

Aparece por primera vez el concepto de “*cesación de pagos*”, surgido de la palabra cesante, usado en por primera vez el Costituto de Siena en 1262. También aparece en esta época la palabra bancarrota, en virtud del hecho simbólico que significaba la ruptura del banco del deudor insolvente del mercado (banca rotta), equivalente a la clausura del negocio, primera medida que dictaba el juez. Se conoce en

esta época a través del Estatuto de Lucca, el concordato preventivo aprobado por mayoría como etapa anterior a la quiebra con convocatoria de acreedores.

Sin perjuicio de los adelantos en materia de Derecho Comercial, en los orígenes, en los Estatutos de Venecia, Bolonia, Florencia y otras ciudades itálicas de donde surgieron las “instituciones falimentarias” más innovadoras, se sometía al procedimiento concursal a cualquier deudor en situación de insolvencia aunque no sea comerciante, circunstancia que también encontrábamos en la antigua época romana.

Se trataba de un proceso oficioso a instancia de acreedor, que se originaba por la existencia de cesación de pagos, la que se manifestaba mediante la fuga u ocultación de deudor, por aplicación del principio “*par omnium conditio creditorum*”.

Según el estatuto que se trate, podemos decir que se creó la figura del administrador o procurador que ejercitaba las acciones y cobraba los créditos, en otros, un *magistratus* elegido por los acreedores quien nombraba a un *curator* que ejercía la administración y representación judicial o un comité de acreedores con plenos poderes.

Se producía entonces la aprehensión total de los bienes por la autoridad, desapoderamiento y puesta en custodia de los bienes por la masa, período de sospecha, carácter personal y persecutorio, igualdad de acreedores, verificación de créditos y cese de acciones individuales, liquidación y repartición del activo y reparto proporcional entre los acreedores comunes.

El deudor podía evitar la quiebra cediendo sus bienes produciendo la *datio in solutio*, pero sometiéndose a imposiciones que alcanzaron el nivel máximo de humillación a que fueron sujetos los comerciantes arruinados. Se producía una *capitis deminutio* que los asimilaba a los fallidos en virtud de las prohibiciones que se les imponía.

En el medioevo se mantiene tanto la corriente publicística como la privatista de la quiebra. El primero, representado por el derecho visigodo, tenía importante ingerencia la autoridad judicial, siendo importante la colectividad de acreedores y de la comunidad consorcial, se funda esta corriente en el hecho de que el deudor es un defraudador y el Estado tiene a su cargo la represión del ilícito que importa la quiebra.

La corriente privatista, por el contrario, continúa su camino desde el Derecho Romano con amplio despliegue de los acreedores.

## **2.5. Los orígenes de España**

---

El concurso de acreedores se remonta en España hasta el primer cuerpo legal que se ocupa del instituto de la quiebra a través del Código de Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, dictado en la segunda mitad del S. XIII, antecedentes científicamente (si cuando nos referimos al Derecho podemos hablar de ciencia) mejor logrados incluso que los estatutos italianos, a criterio de la Doctrina de la época.

Posteriormente, y a pesar de dichos antecedentes en España, el derecho estatutario italiano superó en influencia al español y tuvo ingerencia en las Ordenanzas de Bilbao de 1737 separando así la institución de la quiebra para los comerciantes, apartándose del derecho español que con base en las partidas, reglando el concurso como instituto común para toda clase de deudores, fueran o no comerciantes.

Sin embargo, los principios concursales españoles basados en el sistema publicista de la quiebra fueron conocidos en el resto del mundo a través del primer tratado sistemático sobre la quiebra, la obra de Francisco Salgado de Somoza y su *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorum inter ellas causatam* con gran influencia mundial.

## **2.6. La evolución de España hasta la actualidad**

---

El concurso de acreedores se tramita actualmente a través del procedimiento concursal. No obstante, las regulaciones anteriores no ofrecían una visión unificadora al respecto sino que éste dividía la situación de quiebra y la suspensión de pagos.

La primera Ley a la que debemos remontarnos es al Código de Comercio de 30 de mayo de 1829, con gran influencia del Código Napoleónico. En dicho texto puede encontrarse en el artículo 1001 parte de la justificación de la posterior unificación de



procedimientos a través de la definición de quiebra<sup>11</sup>, pues bien se aproxima a la que hoy nos ofrece la vigente legislación al respecto del concurso de acreedores, pues según el Código de Comercio de 1829 “Se considera en estado de quiebra a todo comerciante que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones”, presupuesto objetivo que exige la Ley actualmente para la declaración de insolvencia de una empresa que supondrá una posterior declaración de situación concursal de la misma.

Entendía el legislador que la situación de quiebra no podía comprender cualquier tipo de imposibilidad de hacer frente a las obligaciones económicas de la empresa, sino que bajo el mismo paraguas de la quiebra se encontraban recogidas diferentes clases: Suspensión de pagos, Insolvencia fortuita, Insolvencia culpable, Insolvencia fraudulenta y Alzamiento (art. 1002 – también denominados quebrados de primera, segunda, tercera y cuarta clase).

No obstante, las cuantiosas variantes de la situación de quiebra de una empresa parecían enrevesar y empañar una cuestión que posteriormente se ha simplificado en un solo procedimiento: procedimiento concursal o concurso de acreedores que a su vez se dividiría posteriormente en concurso de acreedores voluntario o forzoso.

Parece interesante señalar las diferentes jurisdicciones y correspondientes Tribunales por las que ha pasado la insolvencia a través del procedimiento concursal, pues en un primer momento y tras la entrada en vigor del Código de Comercio de 1829 los conflictos entre comerciantes fueron resueltos por los Tribunales de Comercio, de carácter gremial y no profesional establecidos como sucesores de los antiguos

---

<sup>11</sup> La quiebra, puede definirse según la doctrina del Tribunal Supremo como: “una situación económica objetiva de los comerciantes. caracterizada por existir un alcance y desproporción entre el activo y el pasivo de su patrimonio que genera un estado de insolvencia más o menos amplio, que defrauda por el mal uso de los bienes propios y que impide o al menos dificulta, a los acreedores el ejercicio de las acciones ordinarias individuales para la satisfacción de sus créditos”. STS (Sala segunda) de fecha 20.12.1969.

Según jurisprudencia anterior, se trata de un procedimiento de significado especial donde “se considera en estado de quiebra al comerciante que sobresé en el pago corriente de sus obligaciones (art. 874 del C. de Comercio), y viene regulada en forma definitiva, reiterada y constante por el actual Código de Comercio, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y el Código de Comercio de 1829, en determinados artículos a ella referidos”. STS de fecha 04.05.1962. En la misma línea STS de fecha 28.02.1970).

Consulados por el Código de Comercio en 1829. Entendían en primera instancia (la segunda correspondía a las Audiencias de la jurisdicción civil ordinaria) de los negocios mercantiles y a los que puso término el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, como consecuencia de un Gobierno que acusaba a dichos órganos jurisdiccionales de ser responsables de cierta inseguridad jurídica, lentitud y ausencia de segunda instancia especializada así como una animadversión de estos Tribunales ante el litigante extranjero y los cuantiosos gastos derivados del procedimiento<sup>12</sup>.

Así las cosas, tanto el Código de Comercio de 1829 como la Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas del Comercio de 24 de Julio de 1830 regularon la jurisdicción mercantil.

El Real Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, conocido como Ley de Unificación de Fueros, suprimió los Tribunales especiales de Comercio estableciendo en el art. 13.1º literalmente lo siguiente: ”Los procedimientos en los juicios de quiebra... continuarán arreglándose a las prescripciones del Libro IV del Código de Comercio, y al Título V de la Ley de Enjuiciamiento en los Negocios y Causas de Comercio...”, o lo que es lo mismo, se sustituye la jurisdicción especial mercantil por la jurisdicción ordinaria, es decir, la civil, por lo que todo el Título V de la Ley de Enjuiciamiento en los Negocios y Causas de Comercio (también conocido como Ley de Enjuiciamiento Mercantil) pasó a formar parte del Título XIII del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. (arts. 1318 a 1396), no siendo objeto de modificación en su contenido, aplicándose en relación a la regulación adjetiva o procesal de los institutos concursales.

Por tanto, se mantiene la dualidad entre derecho procesal adjetivo y derecho sustantivo a través de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, lo que hacía necesario analizar qué preceptos del código de comercio posterior de 1885, venían a sustituir a los del código de 1829, para hacer posible la concordancia entre derecho procesal adjetivo y derecho sustantivo.

---

<sup>12</sup> ARRIBAS HERNÁNDEZ, A.: “Cuarto seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina – La especialización judicial en Materia Mercantil” (Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid). Versión electrónica.

Tras ello, la materia concursal sufre una reforma con el Código de Comercio de 1885, cuya regulación se encuentra en el Libro Cuarto, Título I en el que se trataba de la suspensión de pagos y de la quiebra. En los primeros artículos –reformados en 1897- se regulaba la suspensión de pagos del comerciante solvente –incluyéndose expresamente sociedades y empresas-, pero necesitado de una espera en el pago de sus deudas, incorporando el concurso preventivo.

En 1922 aparece la Ley de Suspensión de pagos, aplicable a comerciantes y sociedades mercantiles, con excepción de las Compañías Ferroviarias y de otras Obras Públicas, que establece el nuevo procedimiento de convenio del empresario con sus acreedores.

En este momento histórico nos encontramos con el siguiente panorama, en palabras de la doctrina:

*“La LEC de 1881, que ocupaba el primer lugar en el orden de fuentes procesales, tomaba como referencia el orden jurídico material del C. Co. de 1829, debiéndose por tanto analizar qué preceptos del C. Co. de 1885 sustituían a los del Código de 1829. En segundo término, resultaban aplicables los preceptos de carácter adjetivo del C. Co. de 1829 no derogados por el de 1885. Finalmente eran aplicables las normas de Derecho Civil, como supletorio en materia concursal mercantil, en base al art. 1319 LEC, confirmatorio del orden de fuentes, contenido en el art. 2 del C. Co. de 1885<sup>13</sup>”.*

Posteriormente, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1959 suscita las siguientes cuestiones. La quiebra es una defensa contra la insolvencia y no contra el incumplimiento, no apareciendo con demasiada claridad en el C.Co. 1885. Sin embargo, en este Anteproyecto se recoge como objeto del concurso la satisfacción de los acreedores en los casos de insolvencia (art.1º). La cesación de pagos, como efecto principal de la insolvencia y los hechos legales, tasados en su art. 2º, como indicios de

---

<sup>13</sup> PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo de la quiebra en Derecho español”. Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones. 2000. Págs. 787 a 867.

insolvencia, serán el presupuesto objetivo de apertura del concurso, sin que quepa ningún otro hecho distinto de los previstos en la Ley, salvo la solicitud presentada por el deudor. La declaración de concurso se extiende –en cuanto a su presupuesto subjetivo– a deudores de cualquier clase, aplicándose el criterio tanto a personas físicas como jurídicas; pierden exclusividad los comerciantes, ocupando ya un lugar significativo el concurso de sociedades, al que el ALC dedica el Título VII (arts. 121-129), aunque recoge de manera relevante disposiciones sobre sociedades personalistas. La solicitud del deudor en el concurso voluntario, constituye manifestación externa de insolvencia, la cual, por sí sola, es causa suficiente para la declaración de quiebra. En el caso de sociedades, sólo podrán solicitar el concurso aquellas que posean personalidad jurídica.

El Anteproyecto de Ley Concursal de 27 junio 1983 recoge como finalidad básica del concurso, (recogida en la Exposición de Motivos de este Anteproyecto), no tanto la liquidación como la conservación del patrimonio del deudor, con las modificaciones de estructura y de gestión que resulten necesarias para posibilitar su supervivencia. Se desea por tanto, que el concurso acabe mediante convenio y sólo, en su defecto, si éste fracasa se abriría la fase de liquidación. El fulcro del concurso no va a ser la insolvencia, sino la situación de crisis económica del deudor, consistente en un estado patrimonial que lesiona o amenaza gravemente los intereses de los acreedores en la satisfacción normal y ordenada de sus créditos. En síntesis, prima el convenio sobre la liquidación.

La apertura de la liquidación sólo se llevará a cabo por tanto cuando no se logre o fracase el convenio, si bien continúa la satisfacción de los acreedores como interés prevalente del concurso junto con la conservación del patrimonio del deudor en la medida en que sea posible. Por otra parte, la liquidación no es la única alternativa al convenio. Si la desaparición de la empresa puede dar lugar a aspectos negativos de especial importancia económica o social, la Junta de acreedores puede acordar y el Juez aprobar, con aquiescencia del deudor, la gestión controlada de su patrimonio, fundamentalmente empresarial.

La situación de la legislación vigente obliga a tomar en consideración un conjunto de fuentes heterogéneas, por un lado el Código de Comercio de 1885, con preceptos de Derecho material, y la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, con preceptos de Derecho procesal; pero esta última remite a su vez (art. 1324) al Código de Comercio de 1829, derogado casi totalmente por el de 1885: viendo qué preceptos del vigente suceden al del 29 es como hay que hacer la concordancia entre la ley adjetiva y la material.

A ello hay que añadir que el Código de Comercio de 1829 sigue vigente en su parte procesal y resulta complementario de la LECiv de 1881. Por su parte, la suspensión de pagos se rige por su propia Ley de 1922, llevando consigo una cuestión que es ya un tópico en la doctrina mercantilista, a saber, la difícil distinción entre el estado de insolvencia<sup>14</sup> irreversible (que daría lugar a una quiebra), y el reversible (que llevaría a una suspensión de pagos en vistas de un posible saneamiento del patrimonio empresarial), cuestión irresoluta que se traslada al actual debate sobre la reforma concursal, pues ha provocado que “situaciones de auténtica y definitiva insolvencia se solucionen mediante los más variados convenios... con absoluta impunidad de los responsables de esta situación de crisis económica”<sup>15</sup>.

Con este panorama resulta obvia la necesidad de unificación de las normas, que no identidad de procedimiento, ante la evidente falta de claridad.

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 diciembre 1995 se introducen importantes modificaciones respecto al ALC de 1983. La finalidad principal del concurso sigue siendo la satisfacción de las pretensiones de los acreedores, al menos ofreciendo la posibilidad de llegar a un convenio de continuación –cualquiera que haya sido la conducta del deudor- (lo que actualmente tan solo sería viable a través del concurso de acreedores). El convenio y la liquidación son las soluciones del concurso,

---

<sup>14</sup> Entendiendo por insolvencia la “impotencia del patrimonio para satisfacer las deudas vencidas”, definición extraída del trabajo especial de grado presentado por MODUGNO MARTÍNEZ, R.I.: “Implicaciones de la preferencia temporal del artículo 150 de la ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras en el atraso y la quiebra en Venezuela”. Universidad Católica Andrés Bello. 2013. Pág. 67.

<sup>15</sup> Prólogo a la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995.

pudiendo el deudor elegir entre ambas soluciones. Por primera vez, se hace mención expresa a la posibilidad de que el deudor pueda solicitar la liquidación de la empresa, junto con la solicitud de declaración judicial del concurso (art. 182). Aunque la declaración siga recayendo en cualquier deudor, persona física o jurídica, la Propuesta de Anteproyecto participa de la constatación de que la mayoría de los sujetos del tráfico jurídico han adoptado la forma de sociedades mercantiles, con frecuencia integradas por grupos nacionales o multinacionales.

Anteproyecto de Ley Concursal de 17 noviembre de 2000. Entre las modificaciones recogidas en este Anteproyecto respecto a la Propuesta de 1995 hay que destacar el ascenso del convenio a solución normal del concurso, en detrimento de la liquidación, que pasa a ser solución subsidiaria. El ALC fomenta la solución concursal mediante convenio, a través de medios orientados a alcanzar la satisfacción de los acreedores mediante acuerdos. Además, y como novedad, cuando la solicitud de concurso la insta el deudor, se considera el reconocimiento de su estado de insolvencia, no sólo la actual sino también la inminente. Esta anticipación en el tiempo de la insolvencia se establece *“a fin de evitar que el deterioro del estado patrimonial del deudor impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores.”*

En el Anteproyecto del año 2001 ya se plantea la introducción de cuestiones laborales en ley concursal. Los Informes y Dictámenes sobre los Anteproyectos de Ley de 2001<sup>16</sup>. El Informe del Consejo General del Poder Judicial (6 noviembre 2001), en las consideraciones generales sobre convenio y liquidación, después de indicar que el convenio es la actuación que permite, por regla general, la subsistencia de la empresa, añade, a continuación, que esta situación alternativa a la tradicional eliminación y liquidación de la empresa del deudor, sólo debe emplearse cuando aquélla cuente con *“perspectivas razonables de viabilidad”*, careciendo de sentido en caso contrario. Al tratar la solicitud de liquidación por los acreedores –recogida en el art. 141,4 del ALC de 2001- donde se les obliga a acreditar *“la existencia de algunos hechos que pueden*

---

<sup>16</sup> La Secretaría General Técnica del Mº de Justicia elaboró y difundió dos Textos de ALC con fechas 7 de septiembre 2001 y 9 de enero 2002.

*fundamentar una declaración de concurso”, el Informe pone de manifiesto que “esta cuestión ya se probó en el contradictorio que dio lugar a la declaración de concurso necesario, por lo que, en principio, no parece muy lógica la inclusión de esta previsión cuando, además, a estas alturas del procedimiento se conoce la situación económica del deudor<sup>17</sup>”.*

En el Informe del Consejo de Estado sobre el ALC 2001 (21 de marzo 2002) tiene particular interés –por lo que respecta a la incidencia de la extinción, suspensión y modificación colectivas de contratos laborales en la liquidación de la empresa- las recomendaciones sobre manifestaciones de índole laboral que afectan al art. 63, así como sus observaciones sobre la apertura de la liquidación y práctica de la misma en la venta de los bienes, indicaciones que, en su mayor parte, serán recogidas en el texto definitivo aprobado. Al tratar de los contratos de trabajo, critica la regulación excesivamente centrada en las incidencias perjudiciales de la declaración de concurso en la suerte de tales contratos, sin tener en cuenta las posibilidades laborales que brindan las distintas fases – convenio y liquidación- con medidas sobre conservación de los puestos de trabajo en la fase de convenio y las que pueden adoptarse en la fase de liquidación, con la posible transmisión de la empresa o centro de trabajo, abundando, poco después, en esa idea diferencial al indicar que el art. 63 del ALC no sólo recoge la extinción derivada por la cesación definitiva de la actividad empresarial sino que *“admite supuestos de extinción al servicio de la continuidad de la actividad del concursado<sup>18</sup>”.*

Es por tanto el Anteproyecto del año 2001 así como el Informe del Consejo de Estado sobre ALC 2001 los verdaderos orígenes de una normativa relativa al procedimiento concursal en el que comienzan a introducirse materias que le son propias a la jurisdicción social y que en el futuro comenzarían a ser parte de las competencias del juez mercantil, a pesar de su innegable tinte de carácter laboral.

---

<sup>17</sup> ROJO, A.-BELTRÁN, E., “Informes y dictámenes a los Anteproyectos de la Ley de 2001. Informe del Consejo General del Poder Judicial”. Comentario de la Ley Concursal. Tomo II. 2001. Págs. 3748 y 3752.

<sup>18</sup> ROJO, A.-BELTRÁN, E. Op. Cit. Págs. 3802-3803. La Ley concursal, por lo que se refiere a la enajenación de la entidad económica o una rama de actividad en fase de liquidación, no recogerá este criterio que hubiera facilitado en gran medida su venta.

El Proyecto de Ley concursal de 23 de julio de 2002. Por lo que se refiere a la liquidación de empresas, recoge, en su art. 63, la posibilidad de solicitar por la Administración judicial la modificación, extinción y suspensión de los contratos de trabajo, si bien todavía no se incorporan los representantes de los trabajadores como posibles solicitantes.

Si bien es cierto que en un primer momento el legislador no recogía aspectos laborales en la legislación de carácter mercantil tal y como ocurre en la actualidad, parece relevante señalar como primera particularidad, la regulación de la suspensión de pagos como procedimiento autónomo y alternativo de la quiebra, permaneciendo inalterado este último procedimiento. Existía además, una dispersión legislativa –en lo que atañe al procedimiento- aplicable a los institutos concursales, que dificultaba la correcta interpretación y, en consecuencia, la recta aplicación de los preceptos.

De hecho, *“en España hasta la vigencia de la Ley Concursal puede desentenderse e ignorar el procedimiento de concurso. Así lo disponen de forma rotunda el art. 32 ET (regulador de las garantías del salario), en sus puntos 4 y 5, y de forma más genérica y estrictamente procedimental, el art. 246.3 de la Ley procesal laboral (LPL). Los acreedores salariales tienen la facultad de accionar de forma independiente mediante ejecuciones jurisdiccionales ante el orden social, algo que no será posible a partir del 1 de septiembre 2004, cuando su sometimiento a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso (art. 8 LC) les obligará a hacer valer sus derechos preferentes dentro del procedimiento universal conforme su normativa (arts. 84, 90 y 91 LC) como, en el caso del que puede presumirse que será frecuente, para, por esta vía única, cobrar las prestaciones del Organismo estatal de garantía (el Fondo de Garantía Salarial -FGS—) adscrito al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales aunque con autonomía propia para el cumplimiento de sus fines (arts. 33 ET y Decreto de 6.3.1985). La LC deroga el contenido de los mencionados arts. 32*



*ET y 246 LPL dándoles un sentido enteramente inverso<sup>19</sup>”, situación a la que había que proponer soluciones con carácter urgente.*

Por ello, a pesar de esta necesidad la aprobación de la Ley 22/2003, Concursal, apunta la doctrina: *“supuso en el ámbito laboral una gran convulsión, debido, entre otras razones, a la irrupción de una norma de carácter claramente mercantil y procesal en una materia hasta entonces tradicionalmente reservada al ámbito laboral: la regulación y afectación de los contratos de trabajo de empresas en situación de crisis.*

*Hasta la aprobación de la misma, en materia laboral, las fuentes laborales habían incidido sobre los procedimientos concursales mercantiles, ofreciendo una protección específica a los trabajadores de las empresas que se declaraban en suspensión de pagos o quiebra.*

*Por tanto, con anterioridad, se sustraían de la regulación mercantil y se regulaban laboralmente aspectos que incidían sobre los derechos de los trabajadores, constituyendo excepciones al principio de ejecución universal, como el derecho de ejecución separada, y estableciendo privilegios para el trabajador acreedor, imponiéndose a las reglas de preferencia de la legislación civil y mercantil<sup>20</sup>.”*

Varias normas legales de carácter material otorgaron privilegios o preferencias para el cobro de créditos contra el deudor común. El más palmario ejemplo -por supuesto no el único—es el hoy interdisciplinar artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores (ET), regulador universal de las preferencias de los trabajadores asalariados.

De igual modo el art. 246.3 de la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral y el actual 237.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social “establecen un orden de prelación de créditos en la deuda laboral según determinadas cuantías, y que inciden en

---

<sup>19</sup> FONOLL PUEDO, J.M. “Implicaciones laborales derivadas de la reducción de privilegios en el sistema concursal europeo. Especial referencia al caso español”. Noviembre 2004. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

<sup>20</sup> CARRILLO MÁRQUEZ, D. Op. Cit. Pág. 11.

la dinámica del proceso concursal a través del privilegio de una ejecución separada, al margen del proceso concursal, y anterior o coetáneo a él<sup>21</sup>”.

Por tanto, aparece una discordancia ante una normativa laboral que incluye legislación concursal ante situaciones de insolvencia empresarial en situación de concurso, lo que provoca la incorporación de materia puramente laboral en la Ley Concursal actual.

Hasta este momento eran los textos legales de carácter laboral y por tanto, la autoridad laboral, los competentes para la totalidad de aspectos laborales que es lo que venía sucediendo hasta ahora en los procesos de quiebra o suspensión de pagos, debiendo atender a tal efecto al artículo 86.ter.1.2º (art. 8 LC) de la Ley de ordenamiento del poder judicial en los siguientes términos:

*“Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral”.*

En este sentido, *“Es casi un lugar común afirmar que, generalmente, la situación de crisis en la empresa –más pronto que tarde– acaba por afectar a las relaciones de trabajo. Ya sea porque el empresario no pueda hacer frente al pago de los salarios o de otros créditos laborales, ya sea porque para superar la coyuntura adversa resulte necesario reestructurar la plantilla, cerrar la empresa o transmitirla a*

---

<sup>21</sup> BORGES CHAMORRO, A.M.: “Sobre el crédito laboral y la reforma concursal”. Ed. Aranzadi social. Parte Estudio. Versión electrónica.

*un tercero, en el contexto de la relación de trabajo se manifiestan algunos de los síntomas típicos de la existencia de una crisis.*

*Consciente de esta realidad, la norma laboral (el ET), contiene desde antiguo una serie de previsiones específicas que inciden en todos esos aspectos. Previsiones que conceden al empresario cierto margen de actuación para reestructurar o redimensionar la plantilla de la empresa (las figuras de la modificación, suspensión o extinción por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas), previsiones que regulan el cierre de la empresa y su transmisión; y previsiones que tienen por objeto proteger la posición del trabajador en general y su crédito salarial, en particular, ante la posible insolvencia del empresario (Fogasa).*

*Esta regulación –laboral— que interesa a la empresa en situación de crisis se ve afectada por las previsiones establecidas en la Ley Concursal para el caso de que la empresa haya sido declarada en situación de concurso, para cuando la situación de crisis se ha «formalizado». En general, y dejando al margen matizaciones importantes, puede decirse que, una vez declarado el concurso, son las previsiones de la LC las que ordenan los efectos de la crisis en las relaciones de trabajo, ya sea sumándose a las previsiones contenidas en el ET, ya sea ocupando el lugar de éstas.*

*El hecho de que la LC incluyera en su articulado previsiones netamente laborales y el hecho de que la competencia del juez del concurso se adentrara en el territorio de lo laboral, supuso un cambio muy notable con respecto al contexto normativo existente que fue recibido por la doctrina con un igualmente muy notable recelo. Pasados unos años, es buen momento para acercarse de nuevo a la regulación de los aspectos laborales del concurso y reflexionar sobre los principales problemas aplicativos que presenta<sup>22</sup>”.*

Tras la Ley 22/2003, Concursal, el RD-L 3/2009 introduce determinadas novedades en el orden concursal que afectan al ámbito de las relaciones laborales.

---

<sup>22</sup> VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”. Actualidad Laboral, n.º 18, Tomo 2. Ed. La Ley. Pág. 1.

Dichas modificaciones se recogen en el Capítulo III de la citada norma, cuya relevancia radica principalmente por tratarse de la primera reforma tras la aprobación de la conflictiva Ley 22/2003.

En este sentido destaca la reforma del art. 64 LC en relación a los expedientes de regulación de empleo, siendo ésta una de las principales reformas del RD-L 3/2009, precepto que bajo la denominación “contratos de trabajo” regulaba los conocidos expedientes de regulación de empleo o lo que es lo mismo, los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales<sup>23</sup>.

En segundo lugar, merece especial atención la nueva redacción del art. 5.3 LC y 15.3 LC, por cuanto se pretendía por parte del legislador un incentivo a la salida convenida en lugar del concurso de acreedores, siempre y cuando se mantuviera la actividad de la empresa, es decir, una medida conciliadora previa al concurso que exime al deudor de la solicitud del concurso.

Sin embargo, y tras los años que han transcurrido desde la primera reforma de la Ley 22/2003, podemos asegurar que dicha flexibilización en pro de los deudores no han servido sino para retrasar aún más si cabe con el cumplimiento de las obligaciones de éstos, permitiéndoles incluso salvaguardar el patrimonio de la empresa a la vez que incumplían con el resto de sus obligaciones con los trabajadores y los propios organismos públicos, tales como la TGSS.

Podemos decir, que si la Ley 22/2003 ya posibilitaba y facilitaba la insolvencia empresarial, permitir a los deudores incumplir sus obligaciones por el mero hecho de encontrarse en vías de acuerdo, no hace otra cosa que fomentar aún más e incentivar la insolvencia empresarial, siendo el más perjudicado el acreedor más débil, el trabajador, por ello no puede concluirse otra cosa que la primera reforma de la ley 22/2003, a través del RDL 3/2009 no ha hecho otra cosa que flexibilizar aún ´mas el incumplimiento de

---

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: “La reforma de la Ley Concursal en materia laboral. Más allá del art. 64 de la LC”. Jornadas Formativas sobre la Reforma de la LC. ICALPA. 2009. Palmas de Gran Canaria.

las obligaciones del empresario deudor e incentivar la insolvencia empresarial, a día de hoy, insoportable.

Finalmente, la Ley 38/2011, de 10 de octubre de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuya entrada en vigor tuvo lugar en fecha 1 de enero de 2012, supone el último esfuerzo por subsanar todas aquellos elementos de cuestionable eficacia en materia laboral que forma parte de la Ley Concursal, sin éxito al menos en materia laboral que es la que resulta de interés a lo largo de este estudio.

Tanto la Ley 22/2003, Concursal, como la posterior reforma a través de la Ley 38/2011 tienen como objetivo principal la continuidad de las empresas en pro del cierre de las mismas, eliminando para ello, instituciones tales como el Principio de Ejecución Separada<sup>24</sup> así como un trasvase de competencias a la jurisdicción mercantil que le eran propias al juez social, a fin de obtener un procedimiento más eficiente y universal, al menos en beneficio de las empresas.

La norma presenta una marcada complejidad desde el punto de vista de las relaciones laborales pues son muchos los aspectos que son modificados, cuya mayor incidencia radica en la denominada flexibilidad «interna» (modificaciones de las condiciones de trabajo, movilidad geográfica, suspensiones de contratos) como en la «externa» o de salida (despidos), contrariamente a lo que parece apuntar la Exposición de Motivos (apartado VI)<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> Debe señalarse que el Principio de Ejecución Separada ha sido muy criticado por la doctrina mayoritaria. A modo de ejemplo RAMÓN DANGLA, R.: “El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamientos: Eficiencia vs. riesgo moral”. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración Núm. 71, Febrero 2008. En la cita nº 5 de su estudio invoca una cita del profesor GARCÍA MURCIA: “El privilegio tiene que hacerse valer en un procedimiento de ejecución concursal ante la Jurisdicción y éste es lento y dificultoso”.

Sin embargo, el presente estudio demostrará que no resultaba tan costoso como el actual sistema de cobro de los créditos salariales en empresas inmersas en concursos de acreedores, cuyo resultado en la mayoría de los supuestos finaliza a través del Fondo de Garantía Salarial.

<sup>25</sup> En este sentido: SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Retoques laborales en el procedimiento laboral (notas sobre la Ley 38/2011, de 10 de octubre). Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8, 2011, parte comentario. Versión electrónica.

Asimismo, se introducen importantes novedades en relación a la toma de decisiones colectivas que afectan a materias tales como modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, traslados, suspensiones y reducciones de jornada y, en fin, despidos colectivos, mediante una intensa reforma del art. 64 de la LC.

Junto a algunas novedades de detalle como las que afectan a la extinción de los contratos del personal de alta dirección, se refuerza el protagonismo el Fondo de Garantía Salarial a fin de facilitar la defensa de sus intereses de cara a las futuras reclamaciones que puedan entablar los trabajadores, ante situaciones de insolvencia empresarial.

En último lugar, la Ley 25/2015 será una norma que por su relevancia y debido a la proximidad temporal a la finalización del presente estudio, será comentada y analizada con posterioridad.

Como parte de la evolución histórica sobre la materia objeto d estudio, parece cuanto menos curioso que debamos alejarnos de las cuestiones que se plantean en el seno de las medidas que la norma recoge en el ámbito socio laboral, por cuanto las cuestiones que más afectan a esta materia se recogen precisamente, como un *totum revolutum*, en las reformas del acuerdo extrajudicial de pagos (arts. 231 y ss).

En este sentido, la Ley 25/2015 recoge parte del espíritu de la Ley 22/2003 consistente en proteger la continuidad de la actividad profesional o empresarial como principio básico y fundamental, incluso manteniendo la suspensión de ejecución separada en estos casos, perjudicando sin duda a los acreedores sin garantía real o aval y a los acreedores más humildes y que menos recursos tienen para litigar, nuevamente, los trabajadores. Adicionalmente, no puedo estar sino plenamente de acuerdo con el hecho de que “La LC no contiene apenas previsiones en relación a la suspensión de la ejecución laboral, no regulándose ni su duración, ni sus efectos sobre el crédito, ni el órgano que sería competente en caso de que se reanudara la ejecución”<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> BAJO GARCÍA, I.: “Los trabajadores ante la crisis de la empresa: aspectos laborales de la Ley Concursal”. *Quantor*, nº2. 2008. Versión electrónica.

## 2.7. Evolución legislativa a modo de esquema

Para determinar con exactitud la evolución del concurso de acreedores así como de la legislación que ampara la insolvencia empresarial debemos hacer un recorrido a modo de esquema que comienza con el Código de Comercio de 30 de mayo e ir desarrollando las posteriores normas entre las que destaca la Ley 22/2003 así como las reformas y demás normativa aplicable: RD-L 3/2009, de 27 de marzo, Ley 38/2011, Ley 14/2013, de 22 de septiembre, RD-L 4/2014, de 7 de marzo, RD-L 11/2014, de 5 de septiembre, Ley 17/2014 y Ley 25/2015.

La legislación citada recoge la normativa básica de reestructuración e insolvencia, no debiendo olvidar otro tipo de normas, aunque por su carácter supletorio serán abordadas en distintos espacios a lo largo del estudio, entre las que se encuentran la LEC, CP, CC, entre otros.

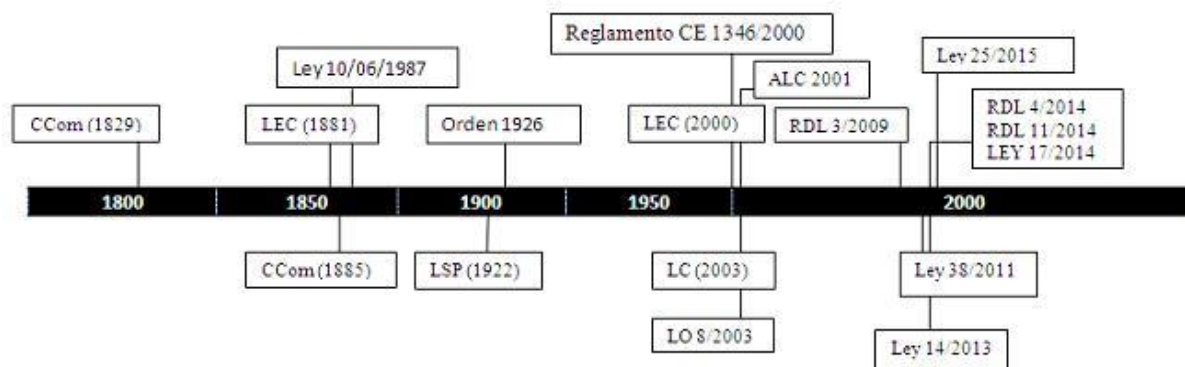
A modo de esquema, la evolución legislativa sobre la materia objeto de estudio en España podría materializarse del siguiente modo:

<b>EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL CONCURSO DE ACREEDORES, REESTRUCTURACIÓN E INSOLVENCIAS</b>	
<b>AÑO</b>	<b>ACONTECIMIENTO</b>
1829	Código de Comercio de 30 de mayo
1881	Ley de Enjuiciamiento Civil (1881)
1885	Código de Comercio (1885)
1897	Ley de 10 de junio de 1897
1922	Ley de Suspensión de Pagos de 1922

1926	Orden de 10 de junio de 1926
2000	Ley 1/2000, de 7 de enero, Enjuiciamiento Civil
2000	Reglamento CE 1346/2000
2001	Anteproyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal de 5 de septiembre de 2001 y Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001
2003	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal
2003	Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal
2009	Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal
2011	Ley 38/2011, de 10 de octubre de Reforma de la Ley 22/2003, Concursal
2013	Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo al emprendedor
2014	Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.
2014	Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.
2014	Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.
2015	Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social.



Evolución legislativa que puede representarse gráficamente del siguiente modo:



Tras abordar la evolución histórica del concurso de acreedores en España, necesario para comprender las razones de los cambios competenciales que afectan sin lugar a dudas al ámbito laboral, resulta relevante conocer y examinar la creación de los Juzgados de lo Mercantil, ya que la aprobación de la actual Ley concursal del año 2003 impulsó la necesidad de crear Juzgados que conocieran de la insolvencia empresarial, concretamente del concurso de acreedores a pesar de que parte de dicho conocimiento afecte al ámbito laboral a tenor de la Ley 22/2003 y la LO 8/2003.

En fecha 1 de septiembre de 2004 entró en vigor la nueva Ley Concursal (antiguas quiebras y suspensiones de pagos) y con ella el funcionamiento de los juzgados de lo mercantil, hasta ahora inexistentes en el sistema judicial español creados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Hasta el 1 de septiembre de 2004, los asuntos mercantiles se tramitaban en los juzgados de primera instancia, donde se ventilan los procedimientos de orden civil, por lo que en ese momento se distingue lo civil de lo mercantil.

El legislador a través de la Ley Orgánica 8/2003 consideró necesario la creación de una nueva tipología de Juzgados por las siguientes razones:

- El carácter universal del procedimiento, que atribuye al Juez del concurso no sólo el conocimiento de cuestiones de gran dificultad técnica y que requieren

una profunda preparación, sino también la asunción de materias propias de otras disciplinas jurídicas, entre las que se incluyen con especial relevancia aquellas materias que le son propias a la jurisdicción social.

- La complejidad de la realidad social y económica, que aconseja avanzar decididamente en el proceso de especialización. Por este motivo, se atribuyen a los Juzgados de lo mercantil otras competencias añadidas a la específica concursal, aunque abarquen materias principalmente mercantiles.

Por tanto, se trata de la creación de una nueva categoría de Juzgados que a pesar del tinte de formalidad que la LORC pretende revestir, lo cierto es que se trata básicamente de la posibilidad de descargar de trabajo a la jurisdicción civil, debiendo por tanto, desembocar en una situación de mayor eficiencia y rapidez a los actuales procedimientos mercantiles. En este sentido la jurisprudencia asegura que: *“Para lo que aquí resulta de interés en el Preámbulo del citado Real Decreto se indica que en lo que se refiere a los juzgados, se continúa el reforzamiento de la jurisdicción mercantil, con la creación de nuevos juzgados de lo mercantil y la transformación de juzgados de primera instancia, en funcionamiento, en determinados partidos judiciales que compatibilizan las materias de lo mercantil con las del resto del orden jurisdiccional civil, en juzgados de lo mercantil exclusivos.”*<sup>27</sup>

Igualmente se pretende con ello alcanzar una mayor calidad de las resoluciones judiciales, una mayor coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas que proporcione más seguridad jurídica, así como una mayor celeridad en los procedimientos.

No obstante, ¿la realidad obedece a esa vertiente positiva que el legislador describe o por el contrario puede decirse que la creación de los juzgados de lo mercantil caracterizados por la universalidad del procedimiento ha supuesto un error?

Parte de la Doctrina entiende que la creación de juzgados especializados e independientes a la jurisdicción civil supone la vuelta atrás y una recuperación de la ya superada distinción entre fueros civiles y mercantiles, rompiendo así con la unidad

---

<sup>27</sup> STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de fecha 30.05.2011. Ref. CENDOJ 28079330062011100658.

jurisdiccional en materia de derecho privado lograda a través del ya comentado Real Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, conocido como Ley de Unificación de Fueros, que suprimió los Tribunales especiales de Comercio.

En concreto, se ha señalado que el listado de competencias no concursales que se atribuyen a los nuevos Juzgados resulta imprecisa, y no responde a criterios uniformes, de tal manera que podría dar lugar a numerosos conflictos de competencia que podrían frustrar el ansiado objetivo de lograr la celeridad del proceso.

Se trata de una nueva etapa en la que destacan además de los problemas competenciales, controversias tales como las vacantes que han quedado sin cubrir por los jueces especialistas, ya que de los 37 nuevos juzgados, tan sólo 23 fueron cubiertos en un primer momento por jueces especializados en mercantil que han superado unas duras pruebas tras haber recibido una formación añadida a la ya estudiada en la oposición de judicaturas.

Esto significa que las plazas restantes se cubrieron con jueces sustitutos en espera de un nuevo concurso del que quieran participar los jueces, por lo que algunas comunidades autónomas parece que quedan castigadas sin especialización, situación que va en contra del principio de especialidad.

Por otro lado, el Consejo General del Poder Judicial mostró su insatisfacción en este sentido por no haber previsto la necesidad de que en todas las provincias se creara un juzgado, ya que hay algunas que no tienen juzgado de lo mercantil.

Sin embargo, debemos retomar uno de los temas centrales de esta exposición, y es que las competencias de los juzgados de lo mercantil fueron una de las grandes problemáticas más comentadas por gran parte de la Doctrina, pues *“se viene a atribuir a los Juzgados de lo Mercantil, con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas materias, unas de indubitada naturaleza mercantil, pero otras no exclusivamente mercantiles, a lo que ha de añadirse que no les excluye expresamente del conocimiento de otras materias civiles, en cuyo orden se residen dichos Juzgados.*

*Queda la crítica de un sector de la doctrina, y reconocida en la propia Exposición de Motivos, acerca de la falta de sistemática y de dogmática en la elección de las materias atribuidas, dejando fuera materias propias y hasta tradicionales de la disciplina mercantil, tales como la contratación mercantil o los títulos-valores<sup>28</sup>”.*

Asimismo, parte de la Doctrina, tal y como se ha comentado previamente, ha considerado que la distribución de competencias atribuida por la Ley “*supondrá una vuelta atrás y una recuperación de la ya superada distinción entre fueros civiles y mercantiles, rompiendo así con la unidad jurisdiccional en materia de derecho privado. En concreto, se ha señalado que el listado de competencias no concursales que se atribuyen a los nuevos Juzgados resulta imprecisa, y no responde a criterios uniformes, de tal manera que podría dar lugar a numerosos conflictos de competencia que podrían frustrar el ansiado objetivo de lograr la celeridad del proceso<sup>29</sup>”.*

Las competencias de los juzgados de lo mercantil son varias, y además de las relativas a los procedimientos de concurso de acreedores (recordamos, antiguas quiebras y suspensiones de pagos), van a tramitar cuestiones muy relacionadas con el comercio exterior, como las siguientes:

- Cuestiones que se susciten en materia de quiebra o suspensión de pagos.
- Las demandas sobre competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas y las relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.
- Las pretensiones que se promuevan al amparo de la normativa en materia de transportes, nacional o internacional y las relativas a la aplicación del Derecho Marítimo.

---

<sup>28</sup> MENÉNDEZ ESTEBANEZ, F.L.: “Primeras notas sobre la Competencias de los nuevos Juzgados de lo Mercantil (Competencia dos xuíces e tribunais)”. Revista Xurídica Galega, nº 43. Pág. 41. Versión electrónica.

<sup>29</sup> SÁNCHEZ, L.: “La creación de los juzgados de lo mercantil por la nueva normativa concursal”. Artículos Doctrinales de Derecho Mercantil. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

- Los recursos contra las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado en materia de recurso contra la calificación del Registrador Mercantil.
- Determinados procedimientos en materia de competencia a nivel comunitario.
- Las demandas que se interpongan al amparo de las leyes de sociedades anónimas, limitadas y cooperativas.
- Las demandas que afecten a las condiciones generales de los contratos.
- Y finalmente, las intervenciones que sean necesarias en un procedimiento de arbitraje que se haya interpuesto por alguna de las cuestiones mencionadas en estos párrafos anteriores.

Todas estas materias, continuarán sustanciándose desde el punto de vista procedimental con arreglo a la normativa general del proceso civil, sin perjuicio de las especialidades que en cada caso se puedan establecer.

Por tanto, a partir de la aprobación de la Ley 22/2003 Concursal, las demandas judiciales que versen sobre los aspectos señalados deberán ser interpuestas ante un juzgado de lo mercantil.

Así, *“El proyecto de Ley es un intento de regulación para el siglo XXI. Es innovación trascendental en él la creación de unos nuevos órganos judiciales, los Juzgados de lo Mercantil, a quienes se encarga dirigir el proceso. Un proceso que, si tiene mucho de jurídico, también lo tiene de gestión mercantil, financiera y contable; sobre todo cuando la nueva norma quiere que su fin principal sea el salvamento, y no el desguace, de la empresa insolvente<sup>30</sup>”*.

El Real Decreto 167/2009<sup>31</sup>, de 13 de febrero establece en la exposición de motivos literalmente lo siguiente: *“Las dificultades que en estos momentos atraviesa la*

---

30 TOLEDO SAAVEDRA, J.A. y BUFETE ÁLVAREZ DE TOLEDO: “La creación de los juzgados de lo mercantil”. Artículo publicado en el número especial Reforma Concursal del Diario de Noticias. La Ley. 2002. Versión electrónica.

<sup>31</sup> Real Decreto 167/2009, de 13 de febrero, por el que se dispone la creación y constitución de 15 juzgados para la mejora de la jurisdicción mercantil, dentro de la programación del año 2009. Juzgados que se crean a tenor del artículo 3 y 4 del Real Decreto: Número 2 de Málaga; Número 2 de Sevilla; Número 2 de Zaragoza; Número 2 de Las Palmas de Gran Canaria; Número 3 de Alicante; Número 3 de

*economía están provocando un incremento de la litigiosidad en materia mercantil y, por tanto, un aumento de la carga de trabajo de los juzgados de lo mercantil actualmente en funcionamiento. Esta realidad ha hecho necesario efectuar un estudio de las medidas a adoptar a medio y corto plazo para que la planta judicial sea idónea para atender las necesidades de la Administración de Justicia y garantizar así a los ciudadanos la efectiva protección judicial de sus derechos”.*

Las dificultades económicas a las que menciona la ley en materia Mercantil se traduce en que cada vez más empresas son declaradas en situación de Concurso siendo necesario un número mayor de Juzgados para su tramitación, por ello a través del Real Decreto 167/2009 se dispone la creación y constitución de 15 juzgados de lo mercantil.

Así las cosas, el Real Decreto 819/2010, de 25 de junio, siguiendo las directrices marcadas por el Plan Estratégico de Modernización de la Justicia (2009-2012) pretende, entre otros fines, reforzar la jurisdicción mercantil y para ello utiliza dos vías: la creación ex novo de Juzgados de lo Mercantil, como es el caso del núm. 3 de Oviedo y los núms. 9 y 10 de Barcelona o la transformación de otros ya existentes que venían compatibilizando esta materia, como es el caso del núm. 8 de León, el núm. 7 de Almería, el núm. 9 de Córdoba.

No obstante, la Ley 22/2003 Concursal, incluye una serie de competencias a favor del juez mercantil cuyo conocimiento ha conocido tradicionalmente al juez social, cuya unificación en el ámbito mercantil, ha producido efectos de gran alcance, que serán examinados a lo largo del presente texto, aunque como parecía inevitable, han perjudicado gravemente no solo la aplicación de la normativa laboral sino a las propias partes, sobre todo a la que menos recursos tiene para litigar en jurisdicciones costosas como es el caso de la jurisdicción mercantil

---

Valencia; Número 2 de A Coruña; Número 3 de Pontevedra; Números 10, 11 y 12 de Madrid; Número 2 de Murcia; Número 1 de Valladolid; Número 1 de Badajoz; Juzgado de lo Mercantil número 1 de Burgos, que no se constituyó sino que se transformó en Mercantil el Juzgado de Primera Instancia de Burgos.

A decorative graphic consisting of several overlapping geometric shapes in shades of gray. A large, white, rounded square is centered, containing the number '3' in a large, gray, serif font.

### **3. LA INSOLVENCIA EMPRESARIAL**

---

---

Tal y como venía señalándose desde el inicio del presente estudio, el análisis de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales viene a ser el epicentro del presente estudio, siendo ésta una de las grandes problemáticas en el antedicho ámbito, extendiéndose por ende a la propia jurisdicción social.

Tras un recorrido por los hitos histórico – legislativos más representativos de la insolvencia, en un primer momento podría llegarse a la conclusión de lo necesario y positivo que ha resultado la unificación de todos los procedimientos existentes con carácter previo a la Ley 22/2003.

Sin embargo, tras un profundo análisis de la materia y aplicando criterios de carácter empírico ya sea desde la experiencia en sede judicial como del estudio de cuantiosas resoluciones, llegamos a priori y sin saber muy bien los motivos, a una conclusión bien distinta, y es que es muy probable que nos encontremos ante una situación de desigualdad entre las partes protagonistas en el ámbito de las relaciones

laborales que se materializa en la insatisfacción de las pretensiones de la parte con menos recursos por cuanto la contraparte tiene la posibilidad de no cumplir con aquello a lo que está legalmente obligado, y es en ese momento cuando caemos en la cuenta de la existencia de una de las grandes problemáticas en el ámbito de las relaciones laborales que radica en las situaciones de insolvencia empresarial<sup>32</sup>.

Debe advertirse desde el inicio, que dicha problemática encuentra su origen y por tanto se convierte en una de las causas principales, en la redacción de la Ley 22/2003, norma que regula el concurso de acreedores y por consiguiente el procedimiento concursal, ahora unificado respecto de la antigua legislación que desarrollaba los distintos procedimientos en materia concursal (quiebra, suspensión de pagos, concurso de acreedores y beneficio de quita y espera), que tiene por objeto dar solución a situaciones de insolvencia empresarial a fin de satisfacer los créditos de los acreedores. Aunque sobre el papel, la norma debe velar por la garantía crediticia de los créditos laborales, posicionando dichos créditos en situación de especial preferencia, resulta que la versión definitiva, los derechos crediticios de los trabajadores no han sido precisamente una prioridad para el legislador, circunstancia que aún sigue sin corregirse, todo ello a pesar de la reforma instada por la Ley 38/2011, sin perjuicio de la preferencia de la que gozan los últimos treinta días de salario por ostentar la categoría de “créditos contra la masa”<sup>33</sup>, ni tampoco en ninguna de las posteriores reformas legislativas que serán igualmente comentadas a lo largo del texto.

Dicha unificación procedimental se caracteriza principalmente por dotar a la actual legislación concursal de mayor simplicidad y ahorro en los costes del mismo para la Administración de Justicia, que bien es conocido en términos jurídicos al menos en parte, como economía procesal, aunque insisto, no por ello debía haberse llevado a cabo una reforma de tal calado, sin tener en cuenta la necesaria prioridad y perfección con la que debía haberse regulado en relación a los derechos crediticios de la parte

---

<sup>32</sup> Insolvencia empresarial regulada en la Sección Quinta de la LRJS (Arts. 276 y 277).

<sup>33</sup> Art. 84.2.1 L.C: entiéndase como los últimos treinta días de salario de trabajo efectivo anterior a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.



habitualmente más vulnerable en términos principalmente económicos, los trabajadores, principalmente por los efectos que de la situación de insolvencia se derivan.

Debe señalarse que la apertura y la posterior declaración de concurso requiere como requisito imprescindible (ya sea voluntario o forzoso) que la empresa se encuentre inmersa en una situación de insolvencia, o lo que es lo mismo, aquella situación en la que el deudor no pueda cumplir con carácter regular sus obligaciones, que en el ámbito que nos ocupa se traduce principalmente en la imposibilidad de hacer frente al abono de los salarios de los trabajadores y el resto de los derechos crediticios de éstos así como los correspondientes en materia de Seguridad Social.

Parte de doctrina entiende que *“una empresa deviene insolvente cuando no puede hacer frente a los pagos de sus deudas en las correspondientes fechas de vencimiento. Según Suárez (2003), ello se debe a una mala gestión de tesorería, al ser el activo (total de las inversiones) superior al pasivo exigible (total deudas ajenas)”<sup>34</sup>*, o lo que es lo mismo, el planteamiento defiende la teoría que una empresa deviene en insolvencia sea cual sea la causa, ésta siempre tiene origen en una mala gestión devenida en el mejor de los casos de la decisión o ausencia de predicción.

Las vicisitudes de las relaciones laborales en la empresa insolvente encuentran en la LC una regulación singular que se aleja del régimen laboral común y se traduce, en la mayor parte de los supuestos, en una minoración de garantías sustantivas (individuales y colectivas) y procesales, que obligan a interpretaciones, que de producirse en situaciones normales, podrían ser consideradas contrarias al ordenamiento laboral<sup>35</sup>, todo ello por haberse legislado al margen de la jurisdicción social y de la normativa de carácter laboral.

---

<sup>34</sup> PATAU BRUNET, J.: “Efecto dominó en el ámbito financiero. Especial referencia a las situaciones concursales en Cataluña durante el bienio 2004-2005. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona. Versión inédita.

<sup>35</sup> MORENO LISO, L.: “La vis atractiva del procedimiento concursal y los créditos laborales”. Aranzadi Social. Paraf. 10/2010 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2010. Pág. 37-46.

En una ocasión, mantuve una interesante conversación con una jueza que se encuentra en activo y actualmente en los juzgados de lo social de Madrid. Entre otras cuestiones, estuvimos charlando sobre la materia que nos ocupa en este estudio y me confesó algo que me llamó verdaderamente la atención. Los juzgados de lo social – me decía –, se caracterizan por ser especialmente ágiles, no solo en la fase declarativa sino también en la fase de ejecución, sobre todo en la fase de ejecución. Concretamente – continuó – el problema principal que se daba con carácter previo a la aprobación de la Ley 22/2003, es que los juzgados de lo social “nos hacíamos con todo”, “hacíamos trizas los concursos de acreedores”. La explicación la encontré tras tan sorprendente declaración, y es que a juicio de S.S<sup>a</sup> (con la que me encuentro totalmente de acuerdo), la agilidad de los juzgados de lo social junto con la posibilidad de aplicar el principio de ejecución separada, hacía posible que los créditos de los trabajadores se satisficieran casi en su totalidad en la mayoría de los supuestos, mientras que el resto de créditos quedaban absolutamente desprotegidos. - Y, ¿cuál es el problema? – pregunté. – Pues que los derechos crediticios de los trabajadores han de encontrarse especialmente protegidos, sí, pero hasta cierto punto – me contestó.

Así las cosas, encontrándose recogidas las reglas de la ejecución en la Ley de Enjuiciamiento Civil en los arts. 517 y ss que deben tenerse en cuenta, en tanto y cuanto dicha norma posee carácter supletorio en el orden jurisdiccional social, debe atenderse en pro del principio de especialidad a la regulación recogida en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, tal y como adelantaba al inicio del capítulo, en la Sección 5<sup>a</sup>, del Capítulo II del Título I del Libro Cuarto de la actual Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social, que por su especial relevancia en el presente estudio reproduzco con carácter literal:

*“Artículo 276 Intervención del Fondo de Garantía Salarial. Declaración de insolvencia de la empresa*

*1. Previamente a la declaración de insolvencia, si el Fondo de Garantía Salarial no hubiere sido llamado con anterioridad, el secretario judicial le dará audiencia, por un*

*plazo máximo de quince días, para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe bienes del deudor principal que le consten.*

*2. Dentro de los treinta días siguientes a la práctica de las diligencias instadas por el Fondo de Garantía Salarial, el secretario judicial dictará decreto declarando, cuando proceda, la insolvencia total o parcial del ejecutado, fijando en este caso el valor pericial dado a los bienes embargados. La insolvencia se entenderá a todos los efectos como provisional hasta que se conozcan bienes al ejecutado o se realicen los bienes embargados.*

*3. Declarada la insolvencia de una empresa, ello constituirá base suficiente para estimar su pervivencia en otras ejecuciones, pudiéndose dictar el decreto de insolvencia sin necesidad de reiterar los trámites de averiguación de bienes establecidos en el artículo 250, si bien en todo caso se deberá dar audiencia previa a la parte actora y al Fondo de Garantía Salarial para que puedan señalar la existencia de nuevos bienes.*

*4. De estar determinadas en la sentencia que se ejecute las cantidades legalmente a cargo del Fondo de Garantía Salarial, firme la declaración de insolvencia, el secretario judicial le requerirá en su caso de abono, en el plazo de diez días y, de no efectuarlo, continuará la ejecución contra el mismo.*

*5. La declaración firme de insolvencia del ejecutado se hará constar en el registro correspondiente según la naturaleza de la entidad.*

#### *Artículo 277 Embargo de bienes afectados al proceso productivo*

*1. Cuando los bienes susceptibles de embargo se encuentren afectos al proceso productivo de la empresa deudora y ésta continúe su actividad, el Fondo de Garantía Salarial podrá solicitar la suspensión de la ejecución, por el plazo de treinta días, a fin de valorar la imposibilidad de satisfacción de los créditos laborales, así como los efectos de la enajenación judicial de los bienes embargados sobre la continuidad de las relaciones laborales subsistentes en la empresa deudora.*

*2. Constatada por el Fondo de Garantía Salarial la imposibilidad de satisfacer los créditos laborales por determinar ello la extinción de las relaciones laborales subsistentes, lo pondrá de manifiesto motivadamente, solicitando la declaración de insolvencia a los solos efectos de reconocimiento de prestaciones de garantía salarial”.*

No obstante, teniendo en cuenta la actual regulación, para que el Fondo de Garantía Salarial se posicione en el lugar de la empresa deudora e insolvente en calidad de responsable subsidiario, con carácter previo a la declaración de insolvencia, éste ha de ser oído por las partes, ya sea en el propio acto del juicio (en caso de haber sido emplazado previamente) o *“si el Fondo de Garantía Salarial no hubiere sido llamado con anterioridad, el secretario judicial le dará audiencia, por un plazo máximo de quince días, para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe bienes del deudor principal que le consten”* a tenor del apartado primero del artículo 276<sup>36</sup>, se persone o no en el acto de juicio, alegue o no lo que a su derecho conviniese.

Continuando con lo legalmente establecido, el Secretario Judicial (actual Letrado de la Administración de Justicia) tendrá en cuenta un plazo de treinta días desde la práctica de las diligencias instadas por el Fondo de Garantía, momento en que deberá dictar decreto declarando la insolvencia parcial o total del ejecutado con carácter provisional, hasta que se conozcan bienes al ejecutado en un futuro, en su caso<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> En este sentido VALERO LOZANO, N.: “El régimen jurídico del crédito público en la Ley Concursal”. Ed. La Ley. Año 2007. Pág. 334. El autor entiende que lo mismo ocurre en el proceso concursal, en tanto que “la intervención del FOGASA en el proceso concursal lo será en concepto de litisconsorte del deudor, pudiendo hacer valer sus facultades procesales, aún en contra del criterio de aquél”.

<sup>37</sup> Art. 250 LRJS establece en cuanto a la investigación judicial del patrimonio del ejecutado lo siguiente:

“1. Si no se tuviere conocimiento de la existencia de bienes suficientes, el secretario judicial deberá dirigirse a los pertinentes organismos y registros públicos a fin de que faciliten la relación de todos los bienes o derechos del deudor de los que tengan constancia, tras la realización por éstos, si fuere preciso, de las averiguaciones legalmente posibles.

2. También podrá el secretario judicial, dentro de los límites del derecho a la intimidad personal, dirigirse o recabar la información precisa para lograr la efectividad de la obligación pecuniaria que ejecute, de entidades financieras o depositarias o de otras personas privadas que por el objeto de su normal actividad

Asimismo, si la insolvencia es parcial, en el mismo Decreto deberá constar el valor pericial de los bienes embargados.

Una vez declarada la insolvencia de la empresa, dice el apartado tercero, *“ello constituirá base suficiente para estimar su pervivencia en otras ejecuciones, pudiéndose dictar el decreto de insolvencia sin necesidad de reiterar los trámites de averiguación de bienes establecidos en el artículo 250, si bien en todo caso se deberá dar audiencia previa a la parte actora y al Fondo de Garantía Salarial para que puedan señalar la existencia de nuevos bienes”*.

En caso de estar determinadas y establecidas en la sentencia, la norma plantea que las cantidades han de ser ejecutadas legalmente a cargo del Fondo de Garantía Salarial (en caso de insolvencia empresarial), y tras la firmeza de la declaración de insolvencia, el secretario judicial le requerirá para el abono de dichas cuantías en el plazo de diez días y de no efectuarlo, continuará la ejecución contra el mismo.

Sin embargo, la realidad es más exigente para el trabajador ejecutante, ya que los juzgados no llevan a cabo la directa ejecución contra el Fondo de Garantía Salarial en caso de insolvencia empresarial, por lo que el trabajador se ve abocado a solicitar la correspondiente prestación (una vez finalizada la fase de ejecución y decretada la insolvencia total de la empresa en cuestión) a FOGASA, de acuerdo a lo establecido en el RD 505/1985, RD 372/2011 y RESOLUCIÓN de 03/04/08 de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial.

Para la continuación del presente estudio, habida cuenta de la extensión de la introducción y la parte introductoria del presente apartado, así como garantía de una mayor precisión, el estudio continuará con una sencilla estructura que haga más comprensible el presente texto, que vendrá a desarrollarse en causas, efectos y propuestas que reduzcan el efecto de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales, todo ello sin perjuicio de ulteriores consideraciones y valoraciones.

---

o por sus relaciones jurídicas con el ejecutado deban tener constancia de los bienes o derechos de éste o pudieran resultar deudoras del mismo”.

### **3.1. Causas**

---

Con carácter previo a lo que hoy conocemos como concurso de acreedores propiamente dicho, las situaciones de insolvencia ya sean de carácter empresarial o de otra índole, venían regulándose por una serie de procedimientos desarrollados en líneas anteriores: quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y procedimiento de quita y espera, todo ello al amparo de la ya derogada Ley de Suspensión de Pagos.

Dichos procedimientos venían siendo calificados por gran parte de la doctrina científica como arcaicos, caracterizados por la dispersión de la normativa, por la dualidad de códigos de derecho derivado: derecho sustantivo y derecho procesal adjetivo, así como por la multiplicidad de procedimientos concursales, entre otros.

De hecho, una de las críticas que la doctrina científica de la época venía a verter sobre la anterior legislación es que precisamente la Ley de Suspensión de Pagos se convirtió en una pieza básica de nuestra legislación, cuando debería haber sido algo excepcional. Curioso cuanto menos si analizamos dicha afirmación con el paso de los años, la experiencia adquirida y el actual estado de los juzgados de lo social.

Cabría preguntarse, ¿qué ha ocurrido con la normativa que pretendía superar la antedicha situación? Me refiero concretamente y como no podía ser de otro modo a la Ley 22/2003, Concursal.

#### **3.1.1. La Ley 22/2003 como principal causa de la insolvencia empresarial: el ppio de continuidad de la actividad**

Tras un profundo análisis sobre la aplicación de la Ley 22/2003, el autor que suscribe ha llegado a la conclusión de que la LC (teniendo en cuenta las ulteriores reformas), se ha convertido en una de las primeras causas de la insolvencia y concretamente, de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales, o lo que es lo mismo, la insolvencia empresarial.

En este sentido, y para una mayor comprensión de la materia objeto del presente estudio, parece relevante recordar las notas que caracterizan a la Ley 22/2003, Concursal a criterio de la doctrina científica entre otras fuentes, así como de la posterior modificación a través de la Ley 38/2011, especialmente relevante por cuanto se trata de la primera norma que introduce por primera vez uno de los grandes errores a criterio de este autor, esto es el trasvase de algunas de las competencias más relevantes del orden jurisdiccional social al mercantil (tema que será abordado con posterioridad) y es por ello que parece igualmente relevante conocer las notas más relevantes de dicha norma, cuyo contenido tenía al menos sobre el papel, el objetivo de dotar de un mejor tratamiento a las crisis empresariales que desembocaban y aún continúan haciéndolo en constantes endeudamientos e impagos sobre los derechos crediticios de los trabajadores.

Así las cosas, tiene lugar la primera gran reforma unificadora sobre la materia objeto del presente estudio de la mano de dos normas fundamentales:

- Ley 22/2003, de 9 de Julio, Concursal, ordenando el concurso de acreedores tanto en su vertiente sustantiva o procesal.
- Ley Orgánica 8/2003, para la Reforma Concursal, modificando la Ley reseñada así como su desarrollo, en cuanto a la creación de los Juzgados de lo Mercantil se refiere, a fin de que éstos puedan conocer de aquellas controversias que puedan generarse en el seno del concurso de acreedores.

La legislación en materia concursal precedente a la Ley 22/2003, Concursal tal y como se indicó con anterioridad, se encuentra caracterizada a juicio de gran parte de la doctrina científica por un carácter arcaico, inadecuación a la realidad social y económica así como dispersión y carencia de un sistema armónico predominando determinados intereses particulares en detrimento de otras generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.

Dicha caracterización de la legislación concursal propiciaba a tenor de la doctrina del momento, maniobras de mala fe, abusos y manipulaciones por parte de las empresas; situación que de otro lado, continúa ocurriendo actualmente sin que esta

postura haya sido corregida, ni interés alguno en que así se haga por parte del legislador como principal responsable de tal situación.

En este sentido, las causas que según el legislador promovieron la aprobación de una nueva normativa que regulase las situaciones de insolvencia (Ley 22/2003) pueden resumirse del siguiente modo:

1. Arcaísmo.
2. Dispersión normativa vigente.
3. Dualidad de códigos de derecho derivado: derecho sustantivo y derecho procesal adjetivo.
4. Multiplicidad de procedimientos concursales: Quiebra, concurso de acreedores, suspensión de pagos y procedimiento de quita y espera.
5. La Ley de Suspensión de Pagos se convirtió en una pieza básica de nuestra legislación, cuando debería haber sido algo excepcional.
6. Actual vigencia de un buen número de artículos del Código de Comercio de 1829. (Se invoca a ellos en la LEC de 1881).

Por su puesto, en ningún caso cabe pensar que dicha reforma hubiese sido promovida por el interés personal de una parte de la sociedad, que si bien de número reducido, con enormes influencias sobre el legislador. Por supuesto que no, en ningún caso.

Dentro de la objetividad que debe preceder siempre en un estudio como éste, ha de señalarse que ya a partir del Código de Comercio de 1885 el legislador, lejos de mejorar el sistema concursal, ha llevado a cabo continuas reformas que han contribuido a complicar el procedimiento que debe regular las situaciones de insolvencia, con mayor dispersión de normas especiales y excepcionales, y frecuentemente, con la introducción de privilegios y alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia, que han venido afectando gravemente a los créditos de carácter laboral.



En el caso de la Ley 22/2003, los principios regidores de la Ley 22/2003 (a juicio de la doctrina mayoritaria, que por cierto, continúa siendo la misma que la doctrina que criticaba la legislación predecesora), pueden resumirse del siguiente modo:

1. Principio de unidad legal.
2. Principio de disciplina.
3. Principio de unidad de procedimiento.
4. Unidad de presupuesto objetivo: la insolvencia.
5. Armonía en la preferencia de créditos.

#### ➤ 1. Principio de unidad legal

El principio de unidad viene a caracterizarse por los siguientes rasgos:

- En primer lugar, el legislador pretende la unión del derecho sustantiva y derecho procesal adjetivo en materia concursal.
- En segundo lugar, la ausencia de diferenciación entre comerciantes y no comerciantes, como consecuencia de la desaparición del carácter represivo de la insolvencia mercantil y como consecuencia de la tendencia a simplificar el procedimiento.
- En tercer lugar, la unidad se materializa en cuanto que la Ley dota al procedimiento concursal de flexibilidad, pues ésta se adapta a diferentes supuestos sin necesidad de mayor número de leyes, a fin de satisfacer la intención de los acreedores (ya veremos si de todos), que es la finalidad prioritaria del concurso.
- En cuarto y último lugar, se recoge al procedimiento en la materia objeto de estudio bajo un único nombre: CONCURSO, cuya apertura se lleva a cabo tras el carácter insolvente de las empresas, lo que se concibe según el concepto

unitario como el estado patrimonial del deudor del que no puede cumplir regularmente sus obligaciones<sup>38</sup>.

### ➤ 2. Principio de unidad de disciplina

Dicho principio se refiere a que la nueva regulación se aplicará tanto a comerciantes como a no comerciantes, personas físicas o jurídicas de derecho privado. Por las personas jurídicas han de intervenir sus administradores o liquidadores. Los apoderados generales del deudor tienen deberes de colaboración e información. Durante la tramitación del concurso se mantienen, como regla general, los órganos de la persona jurídica deudora.

### ➤ 3. Principio de unidad de procedimiento

Habrà un procedimiento único que se denominará “concurso de acreedores”. La ley lo dota de gran flexibilidad para permitir su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales pueda alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso. Tiene una fase común que puede desembocar en otra de convenio o de liquidación. Se han previsto reglas especialmente ágiles para los concursos de menor entidad (pasivo de hasta 1.000.000 de euros).

En este sentido, la jurisprudencia refuerza esta idea en tanto que: *“... uno de los principios informadores de la nueva legislación concursal es lo que denominaríamos la unidad de tratamiento. Desde el punto de vista procedimental cabe resaltar que la nueva legislación concursal pretende responder a las situaciones de insolvencia empresarial de forma unitaria, coordinada y coherente a las múltiples y complicadas aristas que surgen en el contexto de una insolvencia empresarial; respuesta unitaria frente a los diferentes intereses en juego, para atender*

---

<sup>38</sup> Definición de concurso según Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, de fecha 15.02.2010. (Recurso 824/2009). Ref. CENDOJ 46250470012010200001: "El concurso conforma un instrumento económico de primer orden para el saneamiento de las empresas en crisis y la satisfacción ordenada de los créditos concurrentes. Se trata de un procedimiento de naturaleza concursal cuya fase previa de declaración está en todo caso regida por el principio dispositivo, lo que se traduce en la imposibilidad de que el Juzgador pueda declarar el concurso de oficio y en la necesidad, por el contrario, de llevarlo a efecto siempre a instancia de parte legítima".

*equilibradamente al conjunto de sujetos afectados y perjudicados por la situación concursal, para la búsqueda de una solución efectiva que procure conjugar debidamente las variadas opciones posibles. Como afirma expresamente la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, se opta por "los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema"<sup>39</sup>.*

#### ➤ 4. Unidad de presupuesto objetivo: la insolvencia.

En este sentido, se concibe como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones. Pero ese concepto unitario es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario.

Incumbe al solicitante del concurso la prueba de los hechos en que fundamente su solicitud, pudiéndose otorgar al crédito del acreedor instante un privilegio general de hasta la cuarta parte de su importe.

Si la solicitud de concurso la presenta el propio deudor (la gran mayoría de los supuestos al amparo de las estadísticas que se mostrarán a lo largo del estudio), deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, el cual no sólo podrá ser actual, sino futuro, previsto como “inminente”. El deudor tiene el deber de solicitar la declaración de concurso cuando conozca o hubiera debido conocer su estado de insolvencia; pero tiene la facultad de anticiparse a éste (todo ello insisto, desde el papel, ya que la realidad es muy distinta).

#### ➤ 5. Armonía en la preferencia de créditos.

Esta Ley crea desajustes en las preferencias de créditos, dependiendo de si están o no en concurso. Para resolverlos, la disposición final trigésima primera encomienda al Gobierno que en el plazo de seis meses presente a las Cortes Generales un proyecto de

---

<sup>39</sup> ST AP de Islas Baleares (Sección 5ª), número 59/2009, de fecha 24.03.2009.

ley sobre reforma de los Códigos Civil y de Comercio en materia de concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.

Aunque la Ley 22/2003 de 9 de julio, tuvo de su parte a una parte de la doctrina, que a su vez también tuvo grandes detractores incluso con anterioridad a que se conociera el texto del proyecto aprobado y enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados. Así, ya el anteproyecto de la Ley Concursal encontró el rechazo, entre otros sectores, de dos relevantes e importantes y caracterizados colectivos:

#### **a) De un lado, los Jueces de la jurisdicción Social**

Los jueces de la jurisdicción social rechazaban de un lado, su absoluta pérdida de competencias en aquellos supuestos en que la empresa entraba en situación de concurso y de otro, el radical y poco matizado trasvase de dichas consecuencias *en pro* del Juez de la jurisdicción mercantil, produciéndose así un proceso de mercantilización sobre los aspectos laborales o laboralización de la Ley Concursal<sup>40</sup>, no sólo en la fase de ejecución sino también en la fase declarativa. Dicha posición fue avalada por distintos informes del Consejo General del Poder Judicial, del Consejo de Estado y del Consejo Económico y Social, pero a pesar de ello, el trasvase competencial fue finalmente materializado.

#### **b) De otro, los representantes de los trabajadores a través de los Sindicatos**

La reacción de los representantes de los trabajadores a través de los sindicatos, radicó en la pérdida y detrimento de los derechos y garantías de los trabajadores.

En definitiva, nos encontramos con una normativa que lejos de solucionar las controversias planteadas por la propia jurisprudencia y por gran parte de la doctrina

---

<sup>40</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “El nuevo derecho concursal español”, Anales de la Academia Matritense del Notariado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDESA. Tomo 43. 2005. E. Beltrán habla de que la LC se ha convertido en gran medida en una Ley de Procedimiento Laboral y afirma que quizás se haya equivocado el medio para conseguir el fin (la protección de los trabajadores), fin «por supuesto digno y acertado», pero que según el autor se podía haber realizado preferentemente a través del Fondo de Garantía Salarial.

científica, ha provocado y motivado a empresas y empresarios para situarse en situación de insolvencia, no en pocas situaciones que deberían ser calificadas de verdadero fraude procesal, todo ello con las consecuencias y efectos que a lo largo del estudio se detallarán.

De hecho, aunque la norma produce dicho efecto por cuanto permite las situaciones que serán objeto de análisis a lo largo del estudio, puede adelantarse que la norma justifica el impago de los créditos adeudados entre los que se encuentran los más sensibles (créditos salariales) en la necesidad de la continuidad de la actividad empresarial como preferencia a la satisfacción de los créditos laborales, circunstancia que tiene mucho que ver con la desaparición de la aplicación del principio de ejecución separada.

En este sentido, resulta interesante recordar que dicha tesis viene siendo refrendada por parte de la doctrina científica: *“Conviene comenzar dicho análisis recordando que ya uno de los propósitos declarados de la Ley Concursal era el de la conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, propósito que, sin embargo, no se veía refrendado por un articulado claramente orientado hacia la consecución del verdadero objetivo prioritario del concurso, que no era otro que la satisfacción de los acreedores, de tal manera que la decisión de conservar o no la actividad de la empresa se adoptaba en función de su eficacia para la consecución de aquel objetivo, y no valorando otros elementos, tales como el mantenimiento de un tejido empresarial y productivo sano, o la reducción de los efectos del concurso sobre la destrucción de empleo; y, lo que es más grave, sin que ello haya demostrado una mayor efectividad en la satisfacción de los acreedores”, [...]* *“Un análisis de la reforma concursal desde la perspectiva laboral no debe olvidar, por otra parte, que los trabajadores de la empresa concursada mantienen un doble interés frente al concurso, por supuesto, el relativo a la conservación de su puesto de trabajo, pero, junto a este, el relativo a la satisfacción de los créditos que, por salario, indemnizaciones o cualquier*

*otro concepto, dispongan frente al empresario, se hayan devengando con anterioridad o con posterioridad a la declaración de concurso<sup>41</sup>”.*

Así las cosas, tanto la Ley 22/2003, como la Ley 38/2011 y posteriores reformas, el legislador ha centrado todos sus esfuerzos en priorizar la continuidad de la actividad empresarial en detrimento de la liquidación de las deudas, o lo que es lo mismo, de la satisfacción de los derechos de los acreedores, incluso en el caso de los créditos de carácter laborales, a diferencia de lo que ocurría con la ya derogada Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos.

Precisamente, tal y como se decía con anterioridad, dicha preferencia radica en la permanencia y supervivencia de las empresas (que no de su actividad tal y como asegura la norma) en lugar de apostar por la liquidación de las deudas o satisfacción de los créditos de los acreedores. Es por ello, que el establecimiento de la prioridad de continuidad de la de las empresas regulada en la Ley 22/2003, Concursal, bien merece un análisis sobre si la norma ha obtenido los resultados esperados, que es precisamente la permanencia de la actividad empresarial frente a la desaparición de las mismas con el objeto de mantener y crear puestos de trabajo, sin olvidar las obligaciones que dichas mercantiles tienen para con los acreedores, en lo que interesa en este estudio, los trabajadores.

En este sentido, los datos revelan que durante el tercer trimestre de 2012 el número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.646, lo que supone un aumento del 16,5% respecto al mismo periodo del año anterior<sup>42</sup>.

Del total de los concursos, 1.562 son voluntarios (un 16,1% más que en el tercer trimestre de 2011) y 84 necesarios (un 23,5% más). Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios aumentan un 212,7%, y los abreviados disminuyen un 0,1%.

---

<sup>41</sup> BAJO GARCÍA, I.: “Incidencia de la reforma concursal sobre los aspectos laborales del concurso”. Ed. Lefebvre - El Derecho. 2011. Versión electrónica.

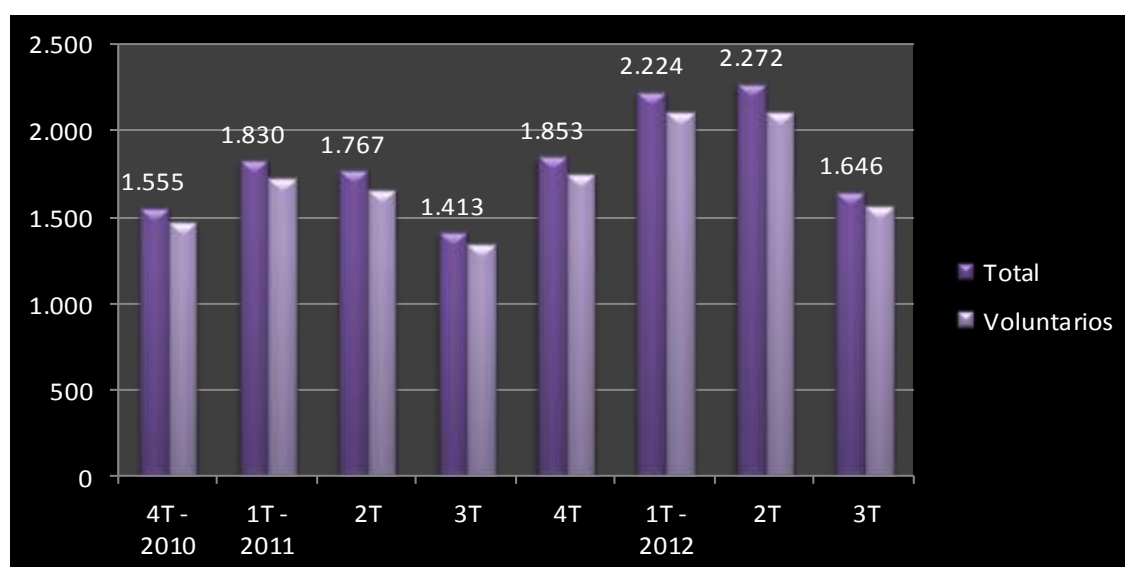
<sup>42</sup> Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) del Tercer trimestre de 2012 realizada por el Instituto Nacional de Estadística.

De los 1.646 deudores concursados en el tercer trimestre, 1.466 son empresas (personas físicas con actividad empresarial y personas jurídicas). El 77,8% de las empresas concursadas son Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Un dato relevante es que el 29,7% de las empresas concursadas tiene como actividad principal la Construcción y promoción inmobiliaria, el 19,9% el Comercio y el 18,1% la Industria y energía, por lo que a pesar de haber sido el año 2007 en su tercer trimestre, el momento culminante de la fase expansiva del ciclo económico y por tanto del empleo, fue a partir del cuarto trimestre cuando comenzaron a notarse los efectos de la decadencia del mercado laboral que tienen su origen en la modificación de la Ley 6/1998, de 3 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, determinante ante el deterioro del mercado de trabajo como consecuencia de la crisis económica, provocada en parte, por la fuerte expansión del sector de la construcción y en la consiguiente burbuja inmobiliaria en relación a la norma reseñada, más conocida como “Ley del Suelo”.

En cuanto al número de asalariados, el 63,6% del total de empresas concursadas se concentran en el tramo de uno a 49 asalariados.

#### **Evolución del número de deudores concursados\***

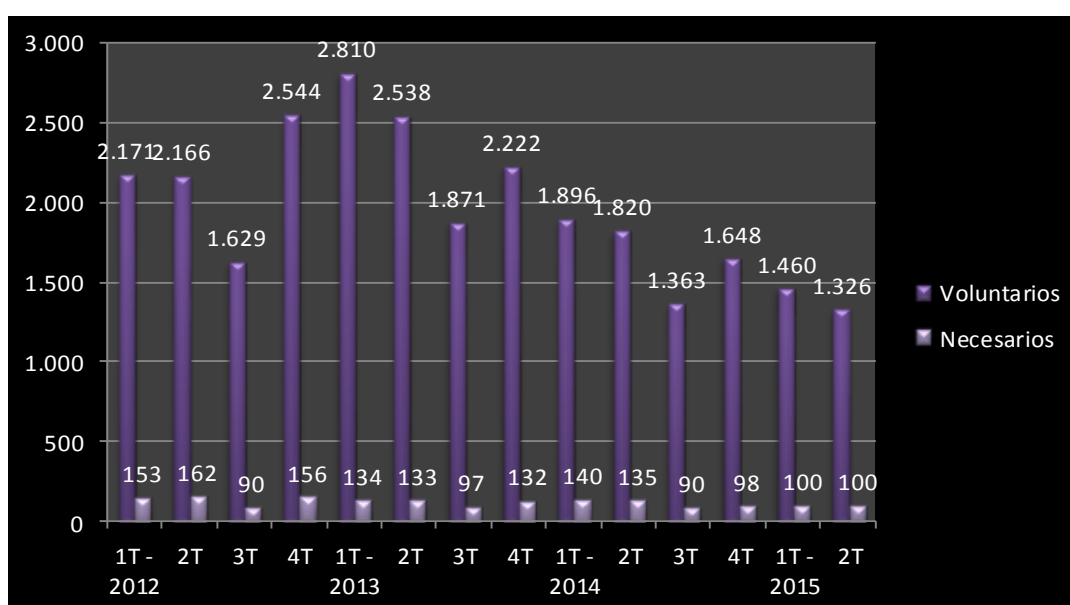


\*Datos definitivos hasta el 4º trimestre 2011

El período recogido en el presente estudio fue seleccionado por tratarse del momento preciso en el que se venía realizando la investigación. Sin embargo, dicha circunstancia no altera en absoluto las conclusiones, pues si tenemos en cuenta los datos actualizados a día de la fecha (la última actualización corresponde a agosto de 2015), éstos son los resultados:

El número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.426 en el segundo trimestre de 2015, lo que supone una disminución del 27,1% respecto al mismo periodo del año anterior. Por tipo de concurso, 1.326 son voluntarios (un 27,1% menos que en el segundo trimestre de 2014) y 100 necesarios (un 25,9% menos). Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios disminuyen un 36,6% y los abreviados un 24,8%<sup>43</sup>.

#### Evolución del número de deudores concursados\*



\*Datos definitivos hasta el 4º trimestre de 2014

Aunque los datos y el propio gráfico puedan parecer esperanzadores en relación a una disminución del número de concursadas, éstos resultan algo engañosos si tenemos en cuenta la evolución de lo que ahora conocemos como concurso de acreedores desde que tuvo lugar la aprobación de la unificación de procesos a través de la Ley 22/2003.

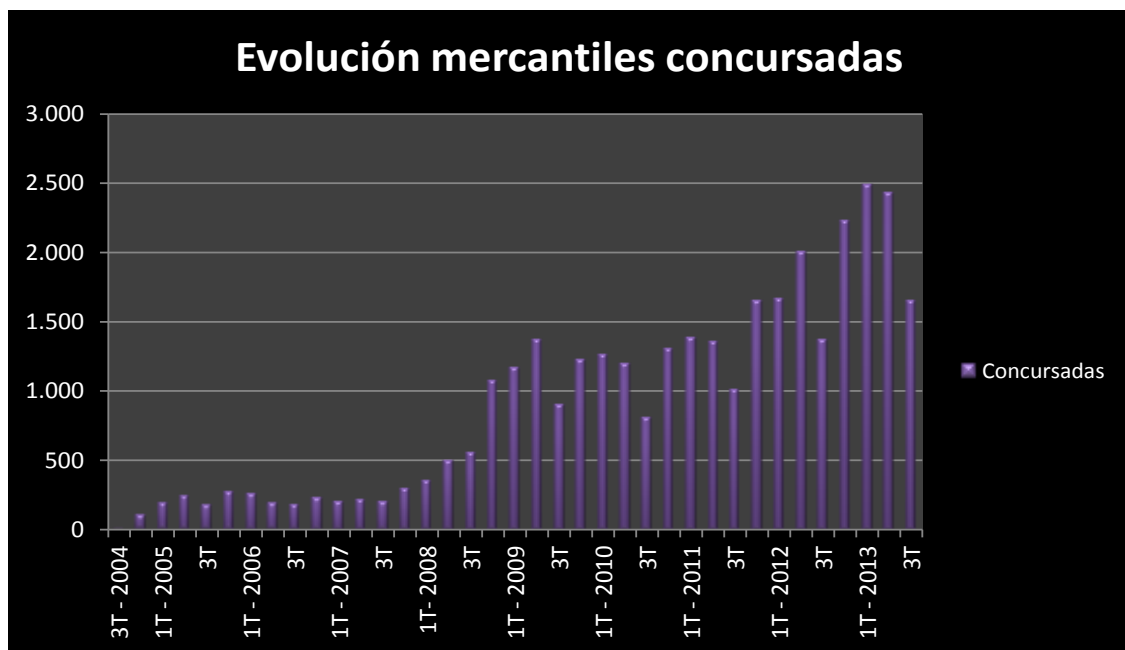
<sup>43</sup> Datos oficiales del Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0215.pdf>



Por tanto, si tenemos en cuenta la evolución histórica de los concursos de acreedores publicados desde 2004 se muestra una tendencia claramente creciente con la excepción de 2010 donde se produjo una ligera reducción.

Para una visión más gráfica, se introduce como parte del estudio, un gráfico elaborado por la consultora PriceWaterHouseCoopers, S.L., en el que se refleja con claridad el sorprendente aumento al que se hace referencia a lo largo de todo el estudio<sup>44</sup>.

#### **Evolución trimestral del número de empresas concursadas\***



\*Fuente: BOE y Unidad Concursal PwC

<sup>44</sup> Informe PriceWaterHouseCoopers, S.L.: “Baremo Concursal. Tercer trimestre 2013”.

Y para mayor claridad si cabe, se incluyen los datos exactos que muestran el aumento de los concursos de acreedores desde la aprobación de la Ley 22/2003 de un modo aún más gráfico.

NÚMERO DE CONCURSOS POR TRIMESTRE												
	2004			2005			2006			2007		
	PJ	PF	TOTAL 2004	PJ	PF	TOTAL 2005	PJ	PF	TOTAL 2006	PJ	PF	TOTAL 2007
1T	-	-	-	181	11	192	246	14	260	199	25	224
2T	-	-	-	228	26	254	177	22	199	212	37	249
3T	2	-	2	167	23	190	172	9	181	195	35	230
4T	94	8	102	259	17	276	222	23	245	288	36	324
<b>TOTAL</b>	<b>96</b>	<b>8</b>	<b>104</b>	<b>635</b>	<b>77</b>	<b>912</b>	<b>817</b>	<b>68</b>	<b>885</b>	<b>894</b>	<b>133</b>	<b>1.027</b>

NÚMERO DE CONCURSOS POR TRIMESTRE												
	2008			2009			2010			2011		
	PJ	PF	TOTAL 2008	PJ	PF	TOTAL 2009	PJ	PF	TOTAL 2010	PJ	PF	TOTAL 2011
1T	344	57	401	1.162	208	1.370	1.250	302	1.552	1.380	282	1.662
2T	488	102	590	1.369	354	1.723	1.184	290	1.474	1.347	371	1.718
3T	550	102	652	895	285	1.180	792	218	1.010	996	242	1.238
4T	1.063	165	1.228	1.219	343	1.562	1.291	317	1.698	1.649	271	1.920
<b>TOTAL</b>	<b>96</b>	<b>426</b>	<b>2.871</b>	<b>4.645</b>	<b>1.190</b>	<b>5.835</b>	<b>4.517</b>	<b>1.127</b>	<b>5.644</b>	<b>5.372</b>	<b>1.166</b>	<b>6.538</b>

NÚMERO DE CONCURSOS POR TRIMESTRE												
	2012			2013			2014			2015		
	PJ	PF	TOTAL 2012	PJ	PF	TOTAL 2013	PJ	PF	TOTAL 2014	PJ	PF	TOTAL 2015
1T	1.660	295	1.955	2.478	283	2.761	1.916	214	2.130	1.344	217	1.561
2T	1.995	334	2.329	2.426	286	2.712	1.644	245	1.889	-	-	-
3T	1.360	231	1.591	1.638	183	1.821	1.207	173	1.380	-	-	-
4T	2.234	315	2.549	2.188	225	2.413	1.654	218	1.872	-	-	-
<b>TOTAL</b>	<b>7.249</b>	<b>1.175</b>	<b>8.424</b>	<b>8.730</b>	<b>977</b>	<b>9.707</b>	<b>6.421</b>	<b>850</b>	<b>7.271</b>	<b>1.344</b>	<b>1.561</b>	<b>1.361</b>

DATOS TOTALES	DATOS TOTALES
1T	14.068
2T	13.137
3T	9.475
4T	14.099
<b>TOTAL</b>	<b>50.779</b>

\* (PF: Personas físicas; PJ: Personas jurídicas)

Fuente: BOE y Unidad Concursal PwC

De hecho, si escogemos los diez últimos años en los que constan datos completos, los datos muestran que mientras que el año 2005 cerró con un total de 912 concursos de acreedores, el año 2014 lo hizo con la escalofriante cifra de 7.271 concursadas, lo que supone un incremento del 797%.

De los datos se desprende que se trata de una cifra histórica en relación al número de empresas concursadas (entre las que se incluyen igualmente las personas

físicas), que optaron por la liquidación en lugar de llevar a cabo un plan de viabilidad real que permita la continuidad de la actividad empresarial, por lo que resulta evidente que la preferencia recogida en la norma que persigue la continuidad de la actividad empresarial en las empresas concursadas, no ha obtenido precisamente el objetivo deseado, sino que en realidad, parece que nos encontramos ante un procedimiento tendente a la búsqueda de la insolvencia empresarial, consistente en asegurar, en el momento de la presentación del concurso, que la empresa desarrollará un plan de viabilidad, en realidad ficticio, que en absoluto permitirá la continuidad de la actividad empresarial, llevándose a cabo finalmente la liquidación a través del correspondiente informe del Administrador Concursal a tenor del art. 75.2 LC, habiéndose ahorrado el pago de los créditos que corresponden a los trabajadores, quienes en la mayor parte de los supuestos se verán abocados a solicitar la prestación al Fondo de Garantía Salarial y el resto de acreedores en su mayoría habrían desistido de sus pretensiones o incluso ni tan siquiera habrían iniciado acciones legales ante la imposibilidad de cobro de las empresas concursadas tal y como está confeccionado actualmente nuestro ordenamiento jurídico.

### ***3.1.1.1. Acerca de la continuidad de la actividad empresarial en la Ley Concursal***

De acuerdo con el art. 6.3º LSPLEG 1922, 70) , la declaración de suspensión de pagos suponía la continuación en el ejercicio de la actividad comercial o económica del suspenso, habida cuenta de que la tramitación de este expediente tenía como objeto resolver sus dificultades temporales de tesorería mediante una solución acordada o convenida con los acreedores.

A diferencia de ello, y según los arts. 1044.3ª, 1046 CComLEG 1885, 21) 1829 y 1334 LECiv/1881LEG 1881, 1) , la declaración de quiebra implicaba originariamente y como regla general, la ocupación de todos los bienes del quebrado, la clausura y cierre de sus establecimientos y oficinas, así como la inmediata paralización de su actividad comercial, empresarial o profesional, lo cual resultaba sumamente lógico si se recuerda que nos hallábamos ante un procedimiento de ejecución colectiva y ordenada del patrimonio del deudor que, bajo la vigencia del principio de *l'apar conditio*

creditorum<sup>45</sup>, tenía como finalidad primordial la liquidación de ese conjunto de bienes para satisfacer los derechos de los acreedores.

Contrariamente, la Ley 22/2003, viene contemplando a lo largo de todo su articulado la necesidad y preferencia sobre todas aquellas soluciones que garanticen la continuidad de la empresa aunque lo deseable en todo caso, hubiese sido la actividad que venía desarrollándose en la mercantil, pues aunque sea ésta condición la que se encuentra recogida en la norma, la realidad en este aspecto es bien distinta tal y como se ha explicado con anterioridad. Así, la propia Exposición de Motivos LC (Apartado VII) establece que *“la ley procura la conservación de las empresas o unidades productivas de bienes o servicios integradas en la masa, mediante su enajenación como un todo, salvo que resulte más conveniente a los intereses del concurso su división o la realización aislada de todos o alguno de sus elementos componentes, con preferencia a las soluciones que garanticen la continuidad de la empresa”*.

La aparición de la regulación concursal a través de la Ley 22/2003 Concursal, ha supuesto la irrupción de una norma de carácter mercantil en determinadas materias que hasta este momento se conocía claramente en el ámbito de la jurisdicción social.

Frente a la dispersa regulación existente con anterioridad, la Ley Concursal *“no posee como objetivo directo la disolución de la empresa, sino el pago de las cantidades adeudadas, pudiendo constituir el mantenimiento de la actividad de la empresa un medio para ello”*<sup>46</sup>.

En el mismo sentido, la norma dedica uno de sus preceptos<sup>47</sup> a fin de garantizar la continuación del ejercicio de la actividad profesional o empresarial, estableciendo las siguientes reglas:

---

<sup>45</sup> “Igual condición de crédito”. Principio que consiste en el Derecho a la paridad de tratamiento en igualdad de condiciones para los acreedores.

<sup>46</sup> CARRILLO MÁRQUEZ. Op. Cit. Pág. 17.

<sup>47</sup> Art. 44 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

*“1. La declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor.*

*2. En caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general.*

*No obstante lo establecido en el apartado anterior, y sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado.*

*3. En caso de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial.*

*4. Como excepción a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.*

*Cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez actuará conforme a lo establecido en el artículo 8.2.º y simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64. La administración concursal en su solicitud deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.4”.*

El artículo 44 de la norma resulta clave por tanto, para el desarrollo del presente apartado por lo que parece pertinente el análisis del mismo.

Establece en el primer apartado que *“la declaración de concurso no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor”*. Ahora bien, sin volver a la cuestión de la actividad o no de la mercantil, cuestión ya resuelta anteriormente, debemos preguntarnos: ¿qué ha de entenderse por declaración de concurso? A tenor del artículo 2 de la norma, la declaración de concurso, desde una vertiente objetiva (ya que la subjetiva carece de interés a estos efectos) será procedente en caso de insolvencia del deudor común, es decir, el empresario deudor, quien *“no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”*, o lo que es lo mismo, no puede abonar las cantidades a las que ha de hacer frente: clientes, proveedores, trabajadores, etc.

En este sentido la jurisprudencia ha llegado a interpretar el sentido de la propia Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, entendiendo que la insolvencia debe concebirse *“como el estado patrimonial del deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones”*, si bien parece que dicho concepto unitario *“es también flexible y opera de manera distinta según se trate de concurso necesario o voluntario”*, pues quien solicite el concurso *“deberá basarse en alguno de los hechos que como presuntos reveladores de la insolvencia establece la ley: desde la ejecución singular infructuosa hasta el sobreseimiento, general o sectorial, según afecta al conjunto de las obligaciones o a alguna de las clases que la ley considera especialmente sensibles en el pasivo del deudor, entre otros hechos tasados<sup>48</sup>”*.

La norma establece por tanto que a través del concurso, el empresario puede posicionarse en una situación de insolvencia, no cumpliendo con las obligaciones que le son legalmente exigibles, entre las que se encuentra el abono de los salarios (en lo que respecta a las obligaciones respecto de los trabajadores, entre otros créditos) y a pesar de ello, continuar con la actividad empresarial, todo ello siempre que la empresa sea declarada en situación de concurso, ya sea con carácter voluntario o forzoso, pues según contempla nuestra jurisprudencia en determinadas situaciones no basta con encontrarse en situación de insolvencia, y por ende no haciéndose cargo de sus obligaciones, pues

---

48 ST AP de Islas Baleares (Sección 5ª). Auto núm. 7/2010 de fecha 27.01.2010. (Rec. 537/2009). Ref. CENDOJ 07040370052010200003.

han de concurrir además, los denominados “*hechos reveladores*” de la insolvencia<sup>49</sup> (presunción de insolvencia), pues según apunta del mismo modo la doctrina, “para admitir a trámite la solicitud de concurso necesario es suficiente la existencia de algunos de los hechos enumerados en el artículo 2.4 y afirmados por el acreedor en su demanda correspondiéndole la carga de tales hechos reveladores<sup>50</sup>”.

La norma establece por tanto una prioridad absoluta en relación a lo que considera la continuidad de la actividad empresarial, incluso con preferencia al cumplimiento de las obligaciones crediticias relacionadas con aquellos pagos de carácter laboral, obligación estipulada en el propio Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, concretamente en el art. 1.1 ET, precepto en el que se establece la retribución como requisito indispensable para que la relación entre trabajador y empresa pueda ser calificada de laboral, cuyo incumplimiento daría lugar a la extinción de la relación laboral en relación con el art. 50.1.b) ET “*Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*<sup>51</sup>”.

En este sentido la propia jurisprudencia establece que “*...la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato ex art. 50.1.b) ET, aún sin mediar culpabilidad empresarial. Como esta Sala viene señalando con reiteración, salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario [así, SSTs 03/11/86; y 04/12/86 ( RJ 1986, 7275) ], o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y*

---

49 a) el sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor; b) la existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor; y c) el alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor. d) El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades. (Art. 2.4. LC).

50 SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; ADRIÁN ARNAIZ, A.J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. “Comentarios a la legislación concursal”. Volumen I. Ed. Lex Nova. 2004. Pág. 437.

51 En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Un apunte sobre los intereses generados por deudas de la empresa a favor del trabajador”. Ed. Lefebvre – El Derecho. 2015. Versión electrónica.

*culpable, continuado y persistente [ STS 20/01/87 ( RJ 1987, 83 ) ], este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa ( SSTS 24/03/92 ( RJ 1992, 1870) -rcud 413/91 -; 29/12/94 ( RJ 1995, 10522) -rcud 1169/94 -; 13/07/98 -rcud 4808/97 -; 28/09/98 ( RJ 1998, 8553) -rcud 930/98 -; 25/01/99 -rcud 4275/97 -; y 22/12/08 ( RJ 2009, 1434) -rcud 294/08 -). En esta línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET , partiendo de un criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25/01/99 ( RJ 1999, 898) -rcud 4275/97 -; y 26/06/08 ( RJ 2008, 4451) -rcud 2196/07 -, en obiter dicta )”.*

En esta misma línea la jurisprudencia<sup>52</sup> considera que es con el impago generalizado de la quinta nómina por una empresa en situación de insolvencia, cuando el empresario ha incumplido su obligación de solicitar el concurso de acreedores. Por tanto, cuando un empresario en situación de insolvencia adeude el número de nóminas jurisprudencialmente establecido de forma generalizada a los trabajadores, deberá instar la declaración de concurso en el plazo de dos meses, por lo que la quinta nómina, sin encontrarse bajo la regulación especial del concurso, marcará el incumplimiento legal, a tenor del artículo 5.1 LC.

<sup>52</sup> STSJ de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de fecha 23.07.2010. (Rec. 1213/2010). Ref. CENDOJ 47186340012010101516.



Entienden los tribunales, que el empresario cuenta con las medidas que el derecho laboral le permite, para no incurrir en dichos impagos, medidas como el expediente de reducción de jornada, suspensión o extinción en vía administrativa o el despido por vía del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores<sup>53</sup>.

En este sentido cobra mayor sentido la redacción del art. 2.3 LC cuando establece que *“Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente”*, en cuanto que la insolvencia alegada por el empresario deudor deberá acreditarse actual o inminente por cuanto ha de tener la capacidad de gestión suficiente para solicitar el correspondiente concurso de acreedores, entre los que se encuentran los trabajadores acreedores tras la derogación del principio de ejecución separada<sup>54</sup> ateniéndose al sistema de prelación de créditos regulado en el art. 237.5 LRJS, exceptuando los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, antes de situar a la empresa en una situación de incapacidad de solvencia incontrolable, perjudicando a los trabajadores en relación a su incapacidad para cumplir con las obligaciones que le son propias y que devienen de la propia relación laboral.

Según lo expuesto a lo largo de estas líneas, parece obvia la preferencia del legislador por apostar por la continuidad de lo que denomina “la actividad” en las empresas concursadas, no solo por la protección y privilegios de éstas en la fase declarativa sino también en las posibles ejecuciones. En este sentido, el art. 55 LC establece que: *“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”*, situación que fue reseñada con anterioridad, consecuencia de la derogación del principio de ejecución separada, pudiendo continuar tal y como establece el precepto, *“aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se*

---

<sup>53</sup> MUÑOZ VILLAREAL, A.: “El requisito de probar la insolvencia del deudor”. Artículos Doctrinales: Derecho mercantil. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

<sup>54</sup> Art. 55.1 LC: “Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales...”.

*hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso”, hasta la aprobación del plan de liquidación, y de nuevo insiste la norma, “siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.*

En este sentido la protección hacia las empresas frente a los derechos crediticios de los trabajadores en relación al cobro de los créditos laborales e incluso en relación a la conservación de un empleo digno se encuentra en máximos históricos, al haberse derogado el principio de ejecución separada<sup>55</sup> por lo que no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni de otra índole contra el patrimonio del deudor, sino que en aquellos supuestos en los que pueda continuarse la ejecución al haberse dictado diligencia de embargo y ejecuciones laborales, tampoco será posible si los bienes objeto de embargo son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, por lo que mientras que el empresario mantiene deudas con los trabajadores, ya sea en concepto de indemnización, ya sea en concepto de salarios (exceptuando las cantidades correspondientes a los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 ET), podrá continuar con la actividad empresarial, generando crédito suficiente para mantener la empresa e incluso obtener beneficios en algunos casos, nada desdeñables, a la vez que mantiene la deuda con los trabajadores, quienes se verán abocados a solicitar la prestación del Fondo de Garantía Salarial a tenor del art. 33 ET, con las limitaciones establecidas en la Ley<sup>56</sup>.

No obstante, determinada doctrina sostiene que la limitación que establece el artículo 55.1 2º párrafo de la LC en cuanto a la inembargabilidad de los bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor opera sólo en relación con las ejecuciones laborales<sup>57</sup>. Sin embargo, la casi totalidad de

---

<sup>55</sup> Calificada como desafortunada por la doctrina laboralista. En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V; RÍOS SALMERÓN, B; ARETA MARTÍNEZ, M.: “La Ley concursal y los aspectos sociales”. Ed. Laborum. 2004. Pág. 350.

<sup>56</sup> Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

<sup>57</sup> Así lo sostiene MARÍN LÓPEZ, M.J: “Comentarios al Artículo 55 de la Ley Concursal” en BERCOTVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coordinador): Comentarios a la Ley Concursal. Volumen I. Ed. Tecnos, 2004. Pág. 580, que aunque reconoce los desproporcionados e intolerables efectos que esta

los autores entienden que esta limitación también es aplicable en el procedimiento administrativo de apremio al igual que diversos Juzgados Mercantiles<sup>58</sup>.

En la misma línea, el art. 56 mantiene la protección hacia lo que el legislador a través de la LC como viabilidad de la actividad empresarial respecto de los acreedores con garantía real sobre los bienes del concursado afectados a su actividad profesional o empresarial ya que *“no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación”*.

En este sentido, el precepto recoge determinadas acciones que tampoco podrán ejercitarse a lo largo de dicho período en la fase ejecutiva:

- a. *“Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.*
- b. *Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.*
- c. *Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución”*.

Por último parece relevante señalar lo recogido en el art. 71. 6. LC en cuanto que *“no podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se*

---

interpretación provoca señala que tal era la intención del legislador y por tanto, debe ser la que prevalezca.

<sup>58</sup> En esta línea SÁNCHEZ PINO, A.J, “La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal”. Quincena Fiscal, 2004, nº 8. Pág. 16; PITA GRANDAL, A y RUIZ HIDALGO, C: “El crédito tributario en la Ley Concursal y las técnicas de resolución de conflictos”, Revista Técnica Tributaria, 2005, nº 70. Pág. 791; LUQUE CORTELLA, A: “La hacienda pública y el crédito tributario en los procesos concursales”. Marcial Pons, 2008. Pág. 51; RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “La Hacienda Pública y los procesos concursales”. Thomson-Aranzadi, 2006. Pág. 37.

*hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial... ”.*

No obstante, parece conveniente señalar algunas excepciones a la preferencia por la continuidad de la actividad empresarial, tal y como establece nuestra jurisprudencia “*pues no puede autorizarse una actividad empresarial fuera de la legalidad*”, o lo que es lo mismo no basta con la mera intencionalidad respecto de la continuidad de la actividad empresarial sino que resulta imprescindible demostrar la capacidad empresarial para la continuidad de dicha actividad, a los efectos no de vulnerar los artículos 44 y 55 LECO (al menos sobre el papel). (Obtención de la licencia municipal de apertura o actividad, seguro obligatorio de responsabilidad civil, etc)<sup>59</sup>. En esta misma línea será necesario igualmente para la continuación de la actividad empresarial, el mantenimiento de plantilla suficiente que justifique el plan de viabilidad presentado en su momento<sup>60</sup> (insisto, al menos, sobre el papel).

### ***3.1.1.2 Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal***

La reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio a través de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, recoge igualmente extremos que tienden a la continuidad de la actividad empresarial (adviento que en adelante, haré lo imposible por no volver a hacer constante

---

<sup>59</sup> Auto de la AP de Burgos. (Sección 3ª), núm. 166/2010 de fecha 16.04.2010. (Rec. 81/2010). Ref. CENDOJ 09059370032010200026. “No es óbice a su cumplimiento el hecho que afecte o pueda afectar, temporalmente, a la continuidad de la actividad empresarial, ya no solo por principio, sino porque, como se alega (que se reconoce por la Administración Concursal), folio 25, la entidad concursada incumple todo tipo de requisitos para poder seguir realizando la actividad, pues no tiene licencia municipal de apertura o actividad ni tiene concertado seguro obligatorio necesario para su desarrollo; por lo que mal se pueden infringir los arts. 44 y 55 LECO, en este aspecto, pues no puede autorizarse una actividad empresarial fuera de la legalidad, cuyas condiciones de ejercicio deben ser observadas en todo caso; en términos de igualdad con los restantes operadores -de no ser así, se incurría en una competencia desleal”.

<sup>60</sup> ST del Juzgado de lo mercantil número 1 de Bilbao (Provincia de Vizcaya). Auto de fecha 22.03.2005. AC 2005/247. “En este caso de la petición de la deudora lo que no se desprende es que haya continuidad de la actividad empresarial. Como manifiesta en su escrito, ya no tiene trabajadores”.

referencia a mi parecer en relación a la precisión sobre la “actividad” empresarial, todo ello a efectos de una lectura más relajada, sin que ello signifique mi aceptación en ningún caso), incluso mediante determinados aspectos que bien podrían tacharse de privilegios con escasa seguridad jurídica desde el punto de vista garantista y crediticio.

En este sentido la propia Exposición de Motivos establece la creación de nuevos mecanismos para *“favorecer la concesión de crédito a una empresa en fase de convenio y también como mecanismo protector de ese “dinero nuevo” que contribuye a la continuidad de su actividad”*.

De otro lado, el art. 19 de la norma modifica el art. 27 de la LC añadiendo así un nuevo art. 27 bis) respecto de la capacidad de los administradores concursales profesionales. La norma establece que el Juez mantiene la competencia para nombrar al Administrador Concursal, *“procurando una distribución equitativa de designaciones entre los incluidos en las listas que existan”*. No obstante, podrá designarse a una serie de Administradores Concursales concretos, con un tinte de exclusión dicho sea de paso, *“cuando el previsible desarrollo del proceso exija una experiencia o unos conocimientos o formación especiales, como los vinculados a asegurar la continuidad de la actividad empresarial...”*

En relación a la fase de ejecución, la norma lleva a cabo planteamientos proteccionistas a tenor del art. 30 de la Ley, modificando así el art. 43.2 y 43.3 de la LC. En este sentido el apartado 2 del art. 43 LC establece que *“Hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no se podrán enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez”*. Sin embargo la imposibilidad de enajenar o gravar los bienes o derechos que integran la masa activa hasta la aprobación de convenio o apertura de la liquidación se limita para aquellos bienes que no son necesarios para la actividad empresarial. De la ausencia de protección hacia los bienes necesarios para la actividad empresarial se infiere una clara casi

obcecación, por aquellos bienes que de ser embargados, trabados, en definitiva enajenados o gravados, la continuidad de la actividad empresarial se haría imposible<sup>61</sup>.

Continuando con la fase de ejecución, tal y como se señaló en el apartado inmediatamente anterior, la vertiente positiva en relación a la protección directa de los bienes necesarios para la actividad empresarial se encuentra regulado en el art. 42 de la norma, modificando el art. 55.1 y 55.3 LC en los siguientes términos: *“1. Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor. Hasta la aprobación del plan de liquidación, podrán continuarse aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*.

*3. Cuando las actuaciones de ejecución hayan quedado en suspenso conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores, el juez, a petición de la administración concursal y previa audiencia de los acreedores afectados, podrá acordar el levantamiento y cancelación de los embargos trabados cuando el mantenimiento de los mismos dificultara gravemente la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. El levantamiento y cancelación no podrá acordarse respecto de los embargos administrativos”*.

El art. 43 de la norma modifica el art. 56 LC en relación a la paralización de las ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas. En este sentido se paralizarán las siguientes:

a) Las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles.

---

<sup>61</sup> Art. 43.3.2º LC.: “2.º Los actos de disposición de bienes que no sean necesarios para la continuidad de la actividad cuando se presenten ofertas que coincidan sustancialmente con el valor que se les haya dado en el inventario. [...]”

b) Las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.

c) Las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución.

Asimismo, se paralizarán igualmente todas *“Las actuaciones ya iniciadas en ejercicio de las acciones a que se refiere el apartado anterior se suspenderán desde que la declaración del concurso, sea o no firme, conste en el correspondiente procedimiento, aunque ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho”*.

No obstante, la norma plantea una excepción a dicha paralización, de nuevo, cuando *“los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*. (Art. 56 LC. Modificado por el art. 43 de la Ley 38/2011), cuya calificación sigue siendo competencia exclusiva del juez. (Apartado 5 del art. 56 LC).

El art. 50 de la Ley 38/2011 modifica el art. 71 de la LC, en cuanto que, tal y como se señalaba anteriormente, el apartado seis establece que *“No podrán ser objeto de rescisión los acuerdos de refinanciación alcanzados por el deudor, así como los negocios, actos y pagos, cualquiera que sea la forma en que se hubieren realizado, y las garantías constituidas en ejecución de tales acuerdos, cuando en virtud de éstos se proceda, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible o a la modificación de sus obligaciones, bien mediante prórroga de su plazo de vencimiento o el establecimiento de otras contraídas en sustitución de aquéllas, siempre que respondan a un plan de viabilidad que permita la continuidad de la actividad profesional o empresarial en el corto y medio plazo y que con anterioridad a la declaración del concurso”*, o lo que es lo mismo, establece la prohibición de rescindir aquellos acuerdos de refinanciación, préstamos, pagos u otros asimilados siempre que

éstos respondan a un plan de viabilidad presentado por la empresa en el momento de la solicitud del concurso, que permita la continuidad de la actividad empresarial.

### ***3.1.1.3 Ventajas de la continuidad de la actividad empresarial***

Vista la regulación en la materia analizada en este apartado tanto en la Ley 22/2003 como en su posterior reforma (Ley 38/2011), careciendo de cualquier relevancia el resto de reformas en este sentido, puesto que en relación a la continuidad de la actividad empresarial se mantiene sin modificación relevante alguna, y a tenor de lo expuesto en el actual contexto, debemos plantearnos si la solución ante situaciones de insolvencia pasa por la continuidad de la actividad empresarial tal y como ocurre en la actualidad, o tal y como se entendía con la Ley de de Suspensión de pagos, en la que se mostraba como una necesidad detener la actividad del quebrado, *“ya que su continuidad generaba el riesgo de que se creasen y asumiesen nuevas deudas u obligaciones que, al no verse ya afectadas por las reglas de la quiebra, no serían imputables a la masa activa y gozarían del beneficio de la prededucibilidad, lo cual acabaría por perjudicar gravemente los intereses de los acreedores en cuanto que el patrimonio del deudor se vería reducido en su volumen y lesionado en su integridad, afectando, por ese motivo, a su aptitud para actuar como garantía de satisfacción de los derechos de crédito que proyectasen sobre el mismo”*<sup>62</sup>, incluso siendo precisa una solución intermedia.

Para ello, es preciso plantearse cuáles son las ventajas y los inconvenientes de la continuidad de las empresas sin capacidad para cumplir con sus obligaciones crediticias, sobre todo teniendo en cuenta la perspectiva desde la que se analice: es decir, respecto de su administrador/administradores/consejo de administración/accionistas o si lo hacemos respecto de los trabajadores acreedores.

Si tenemos en cuenta una perspectiva positiva respecto de la perpetuación de la empresa, incluso a los efectos de plantear el saneamiento de la empresa, desde el punto de vista del administrador/administradores/consejo de administración/accionistas, parece lógico atender a las siguientes ventajas:

---

<sup>62</sup> COLINA GAREA, R.: “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor”. Revista Aranzadi Doctrinal nº. 10. 2010. Parte Estudio. Versión electrónica.



- Evita la destrucción del valor empresarial que toda liquidación conlleva<sup>9</sup>, lo cual es especialmente trascendente sobre todo cuando se trata de ciertos bienes que, pese a que puedan lucir en el balance por una cantidad importante, poseen un valor liquidatorio prácticamente nulo.
- Permite ahorrar el coste indemnizatorio que supondría el despido de la totalidad de una plantilla de trabajadores o la extinción colectiva de contratos de trabajo, con el ahorro que ya supone la cada vez menor cuantía indemnizatoria cuando la rescisión de los contratos se debe a causas de carácter objetivo económico o de otra índole.
- Facilitaría el aprovechamiento de las posibilidades de rentabilidad de la empresa en funcionamiento. Se podrían obtener, por ende, los rendimientos de las inversiones realizadas, finalizar los procesos productivos, obras y trabajos pendientes, así como los encargos efectuados por clientes. De esta forma, la masa activa del concurso se vería favorecida por los ingresos percibidos como consecuencia de la venta o puesta en el mercado de todos esos productos resultantes.

#### ***3.1.1.4 Inconvenientes de la continuidad de la actividad empresarial***

Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza del presente estudio, ha de tenerse en cuenta la perspectiva negativa desde la perspectiva de los trabajadores acreedores, por lo que parece lógico atender a los siguientes inconvenientes:

- Podría acarrear pérdidas o el riesgo de tener que asumir nuevas deudas y obligaciones, las cuales, debido a su calificación como créditos contra la masa, gozarían del beneficio de la preeducibilidad (arts. 84.2.5º y 154 LCRCL 2003, 1748), afectando por ello negativamente a la masa activa con el subsiguiente daño para los intereses de los acreedores, quienes acabarían acogidos a la prestación del Fondo de Garantía Salarial anteriormente reseñada.

En este sentido, la jurisprudencia ha señalado recientemente que incluso aquellas cuotas adeudadas a la Seguridad Social devengadas con posterioridad al concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial, no solo tendrán la consideración de créditos contra la masa sino que podrán generar en caso de impago,

tantos intereses como recargos: *“Ha quedado acreditado en la instancia que las cuotas de la Seguridad Social reclamadas con cargo a la masa del concurso se han devengado con posterioridad a la declaración de concurso, como consecuencia de la continuación de la actividad empresarial de la sociedad concursada, razón por la cual no se discute que tengan la consideración de créditos contra la masa, al amparo del art. 84.2.5º LC (RCL 2003, 1748)”... “En consecuencia, podemos concluir que los créditos contra la masa que la TGSS tiene por cuotas devengadas con posterioridad a la declaración de concurso, en caso de impago, pueden generar tanto intereses como recargos, que tienen la misma consideración de créditos contra la masa, al amparo de lo previsto en el art. 84.2.5º LC.”*<sup>63</sup>

- De otro lado, la continuidad de la actividad empresarial supone, tal y como se ha venido señalando a lo largo del presente estudio, la imposibilidad de ejecutar y embargar determinados bienes si éstos resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. (Art. 55.1 2º párrafo). En este sentido los trabajadores acreedores no podrán exigir al empresario deudor el cumplimiento de la obligación que legalmente le corresponde, es decir, el abono de los posibles salarios adeudados o indemnizaciones dejadas de abonar si para ello tuviera que vender determinados bienes de la naturaleza reseñada, por lo que deberán recurrir nuevamente a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, que por supuesto, habitualmente no cubre la totalidad de la deuda.
- En el mismo sentido, parece relevante señalar que en determinados supuestos, el propio trabajador se convierte en un bien más, necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Tal y como se decía con anterioridad, las empresas que solicitan ser declaradas en concurso generalmente presentan un plan de viabilidad que en realidad no van a cumplir, es decir, un plan de viabilidad ficticio, aunque para ello necesitarán un número mínimo y determinado de trabajadores, reciban o no su retribución salarial, convirtiéndose así en un bien adicional de la empresa, necesario para la continuidad de la actividad de la misma hasta el momento de la liquidación, como regla general.

<sup>63</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 237/2013, de fecha 09.04.2013. (Rec. 2013/3685). Ref. CENDOJ 28079110012013100276; en el mismo sentido STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 189/2013, de fecha 22.03.2013. (Rec. 2013/3383). Ref. CENDOJ 28079110012013100218.

- En último lugar y continuando con el argumento señalado en el párrafo anterior, ha de señalarse que la declaración de concurso no es causa directa ni inmediata para la modificación, suspensión o resolución de los contratos de trabajo en curso, o lo que es lo mismo, el principio general de la continuación de los contratos. Por tanto, podría darse el caso señalado anteriormente o todo lo contrario; que el principio de continuidad pueda verse afectado en la medida en que, a criterio del Administrador Concursal sea necesario para la sostenibilidad o aseguramiento de la viabilidad de la empresa, o lo que es lo mismo, que en pro de la continuidad de la actividad empresarial se lleven a cabo los despidos que el Administrador Concursal entienda necesarios a fin de cumplir dicho objetivo.

A modo de primeras conclusiones (sin perjuicio de las que se expondrán a la finalización del estudio), debemos señalar que la actual Ley Concursal, aún con las correspondientes modificaciones de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003 contiene como uno de los principios fundamentales la continuidad de la actividad profesional o empresarial de las empresas afectadas por un proceso concursal, incluso si ello supone frustrar (préstese atención al término frustración por cuanto será protagonista en apartados ulteriores en materia penal) la satisfacción de la pretensión de los acreedores respecto de las deudas generadas por dichas mercantiles en lugar de llevar a cabo la liquidación de las deudas y por ende la satisfacción de los créditos de los trabajadores, a diferencia de lo que ocurría con la ya derogada Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos.

Ciertamente, dicha preferencia en relación a la continuidad de la actividad empresarial en lugar de apostar por la liquidación de las deudas tiene sentido si realmente las empresas mantuvieran su actividad real y con ello la permanencia de los puestos de trabajo, incluso, creando nuevos puestos de trabajo. Por contra, lamentablemente la realidad es bien distinta y es que, tal y como se indicó con anterioridad, la regla general apunta a la liquidación de las empresas sin que éstas previamente hayan satisfecho los créditos de los acreedores, en especial, los créditos de carácter laboral.

A mayor abundamiento, los datos no parecen avalar que la continuidad de la actividad empresarial sea siempre una alternativa óptima, pues ni tan siquiera parece ser la opción preferente por las empresas (a pesar de la contraria apariencia en cuanto a la presentación de la solicitud de concurso con la incorporación de un plan de viabilidad ficticio). En este sentido, los ha de señalarse que durante el tercer trimestre de 2012 el número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.646, lo que supone un aumento del 16,5% respecto al mismo periodo del año anterior, de los cuales 1.466 son empresas (personas físicas con actividad empresarial y personas jurídicas), datos que si bien actualizados a lo largo del texto hasta agosto de 2015 no son precisamente esperanzadores.

Así las cosas, a lo largo de este apartado se han venido desarrollando tanto las posibles ventajas como los inconvenientes de la preferencia que recoge la norma en relación a la continuidad de la actividad empresarial y es por ello que puede concluirse señalando que como posibles ventajas desde el punto de vista empresarial las siguientes: (1) la ausencia de destrucción del valor empresarial que toda liquidación conlleva, lo cual es especialmente trascendente sobre todo cuando se trata de ciertos bienes que, pese a que puedan lucir en el balance por una cantidad importante, poseen un valor liquidatorio prácticamente nulo; (2) Permite ahorrar el coste indemnizatorio que supondría el despido de la totalidad de una plantilla de trabajadores o la extinción colectiva de contratos de trabajo, con el ahorro que ya supone la cada vez menor cuantía indemnizatoria cuando la rescisión de los contratos se debe a causas de carácter objetivo económico; (3) Facilitaría el aprovechamiento de las posibilidades de rentabilidad de la empresa en funcionamiento. Se podrían obtener, pues, los rendimientos de las inversiones realizadas, finalizar los procesos productivos, obras y trabajos pendientes, así como los encargos efectuados por clientes. De esta forma, la masa activa del concurso se vería favorecida por los ingresos percibidos como consecuencia de la venta o puesta en el mercado de todos esos productos resultantes.

No obstante, las ventajas para los trabajadores son más bien limitadas, salvo para aquellos que permanezcan en la empresa concursada obteniendo la correspondiente retribución (situación que se da en pocas ocasiones).

En este sentido, se entienden como posibles repercusiones para los trabajadores: (1) las posibles pérdidas o el riesgo de tener que asumir nuevas deudas y obligaciones, las cuales, debido a su calificación como créditos contra la masa, gozarían del beneficio de la preeducibilidad (arts. 84.2.5º y 154 LCRCL 2003, 1748) ), afectando por ello negativamente a la masa activa con el subsiguiente daño para los intereses de los acreedores, quienes acabarán acogiéndose a la prestación del Fondo de Garantía Salarial anteriormente reseñada; (2) la continuidad de la actividad empresarial supone, tal y como se ha venido señalando a lo largo del presente estudio, la imposibilidad de ejecutar y embargar determinados bienes si éstos resultan necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. (Art. 55.1 2º párrafo). En este sentido los trabajadores acreedores no podrán exigir al empresario deudor el cumplimiento de la obligación de abonarles tanto los posibles salarios adeudados o indemnizaciones dejadas de abonar si para ello tenga que vender determinados bienes de la naturaleza reseñada, por lo que deberán recurrir a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, que por supuesto, no cubre la totalidad de la deuda en la mayoría de los supuestos; (3) por último, en determinados supuestos, el propio trabajador se convierte en un bien más, necesario para la continuidad de la actividad empresarial. Tal y como se decía con anterioridad, las empresas que solicitan ser declaradas en concurso generalmente presentan un plan de viabilidad ficticio para lo que necesitarán un número mínimo y determinado de trabajadores reciban o no su retribución salarial, convirtiéndose así en un bien adicional de la empresa, necesario para la continuidad de la actividad de la misma hasta el momento de la liquidación, en su caso.

Parece de justicia señalar por tanto, que los perjuicios son mayores si se mantiene la preferencia por la continuidad de la actividad empresarial, máxime cuando la práctica habitual pasa por la irresponsable utilización de este principio por parte de las empresas ya que, en lugar de ser utilizado con el fin que la norma en principio pretendía (la persistencia y supervivencia de la actividad empresarial a fin de mantener y crear nuevos puestos de trabajo), se utiliza para evitar abonar los correspondientes salarios e indemnizaciones adeudadas a los trabajadores así como las deudas contraídas con acreedores con escasa posibilidad de cobro a falta de aval o de implicación personal de los administradores de la empresa, todo ello a fin de poder pagar las deudas

contraídas con los verdaderos beneficiarios de este tipo de situaciones, entre otras las entidades bancarias, que si bien es cierto, en la mayoría de los supuestos acaban cobrando los créditos que las empresas de las deudas gracias a la existencia de avales de carácter personal.

También puede entenderse que este tipo de situaciones pueden llegar a darse igualmente sin necesidad de mala fe por parte de la empresa o sin la intencionalidad que habitualmente se les refiere (al menos por mi parte, basada en una experiencia más que amplia), aunque no por ello merece menor reproche, ya que tal y como acertadamente señala parte de la doctrina *“en muchas ocasiones las empresas que acuden al procedimiento concursal se encuentran en una crisis económica y patrimonial irreversible, aun cuando no debe perderse de vista que la legislación concursal se muestra favorable a la continuidad de la actividad empresarial (art. 44.1 LC ), lo que no en todos los caso resulta factible, como sería deseable<sup>64</sup>”*.

En último lugar, parece relevante acabar concluyendo atendiendo a que la continuidad de la actividad empresarial cobraría mayor sentido siempre que las empresas llevaran a cabo un plan de viabilidad real, presentado junto con la solicitud de concurso, no como una solución ficticia con fines de dudosa legalidad comentados a lo largo de este apartado, sino como una alternativa real, ya que en ese caso, la empresa podría continuar con su actividad, manteniendo el máximo número de contratos de carácter laboral (entre otros), con la posibilidad de abonar a los trabajadores los posibles salarios e indemnizaciones que se les adeuda (aún incluso mediante plazos) a fin de evitar que éstos deban recurrir a la solicitud de prestación del Fondo de Garantía Salarial, perjudicial para los trabajadores acreedores que ven reducida su pretensión pecuniaria, circunstancia igualmente perjudicial para las propias administraciones públicas.

---

<sup>64</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz. Auto de fecha 21.01.2008. (Rec. 22/2004) Ref. CENDOJ 11012470012008200003.

### **3.1.2. La escasa responsabilidad de la persona física**

La segunda causa y vinculada a la analizada en el primer punto radica precisamente en la imposibilidad por parte de jueces y tribunales de extender la responsabilidad de la deuda de carácter laboral en el ámbito jurisdiccional social a las personas físicas, es decir, a los administradores y/o socios de las mercantiles, particularmente insisto, si nos encontramos en el ámbito de la jurisdicción social, todo ello por razón de incompetencia por razón de la materia, ya que dicha competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil, salvo en aquellos supuestos en los que exista responsabilidad de las personas físicas por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, en cuyo caso no necesariamente tiene que coincidir la persona física condenada en su caso con los administradores y/o socios de las mercantiles, ya que como decía con anterioridad, se trata de una cuestión que no corresponde conocer a los jueces de lo social, pues huelga decir, que actualmente resulta pacífica la jurisprudencia y doctrina que impide a los jueces de lo social conocer sobre la posible responsabilidad del administradores y/o socios de las empresas deudoras, por incompetencia por razón de la materia, en tanto que dicha competencia corresponde íntegramente a los juzgados de lo mercantil<sup>65</sup>.

En relación a la responsabilidad de los administradores, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1998, distinguía en el análisis de la competencia del orden social para el conocimiento de las acciones de responsabilidad frente al administrador, entre las cuestiones prejudiciales y las que no lo son. De este modo, afirma que el orden social es competente si se precisa determinar, como cuestión prejudicial, quién es el verdadero empresario, no siéndolo cuando se dirige la acción de responsabilidad frente al administrador, por razones derivadas de su relación societaria. Señala el TS que *“cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan*

---

<sup>65</sup> STS (Sala 1ª) núm. 539/2012, de fecha 10.09.2010. (Rec. 2149/2009) declaró que la acción de reclamación de cantidad frente a una entidad mercantil y la acción de responsabilidad de los administradores por las deudas de la entidad mercantil pueden ser acumuladas para su tramitación y decisión en un mismo proceso, y que la competencia para conocer de las acciones acumuladas corresponde en estos casos a los Juzgados de lo Mercantil. En el mismo sentido, jurisprudencia más reciente: STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 315/2013. (Rec. 417/2010). Ref. CENDOJ 28079110012013100290.

*por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal. Siendo evidente que para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador único, primero ha de establecerse la obligación de la empresa, y, después analizar si la conducta social del Administrador le hace responsable de aquella deuda, ha de concluirse que falta el componente de «necesidad previa», propio de las cuestiones así calificadas. Al no tratarse de una cuestión previa o prejudicial, está bien negada la competencia del Orden Social de la Jurisdicción”.*

En este sentido, debe citarse también las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1999 y de 31 de marzo de 1999, que declaran la competencia del orden social para conocer de las acciones contra los administradores sociales, pero sólo cuando no hayan elevado el capital social, en la cuantía y forma establecida en la disposición transitoria 3a de la Ley de Sociedades Anónimas.

La Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de noviembre de 1999 resume la doctrina sentada sobre la competencia del orden social para conocer de las acciones de responsabilidad de los administradores sociales: “1. La actual doctrina unificada de esta Sala sobre esta materia declara: a) incompetencia del orden jurisdiccional social cuando se trata de la cuestión relativa a la responsabilidad de los 'administradores societarios fundada en la omisión de los deberes impuestos en el artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas remitiendo la solución al orden jurisdiccional civil (entre otras, SSTS/IV 28-2-1997 --recurso 2928/1996--, 13-4-1998 --recurso 2925/1997-- con voto particular, 21-7-1998 --recurso 102/1998--); y b) En cambio, proclama la competencia del orden social en los supuestos de responsabilidad de los administradores sociales por incumplimiento de la disposición transitoria tercera de dicha Ley mercantil (entre otras, SSTS/IV 28-10-1997 --recurso 3485/1996--, 31-12-1997 --recurso 1858/1997--, 31-3-1999 --recurso 3073/1998--, 20-9-1999 --recurso 1339/1998--), argumentándose que las conclusiones distintas a las que se llega no son contradictorias al ser distintos los supuestos a los que se aplican”.



En el mismo sentido, resolvía la cuestión la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de junio de 2.000, en la que se declara que: *"1.- El orden jurisdiccional social es incompetente para conocer de pretensiones relativas a la responsabilidad de los administradores societarios, cuya causa de pedir consiste en la omisión o incumplimiento de los deberes impuestos en el artículo 265 Ley de Sociedades Anónimas. Constituye excepción, en que se atribuye el conocimiento al orden social, el incumplimiento por el administrador de la Disposición Transitoria Tercera Ley de Sociedades Anónimas, sobre incremento del capital social a la cifra de diez millones de pesetas.*

*Ello es así, porque de una parte, el conocimiento de las pretensiones relativas a la responsabilidad de los administradores por incumplimiento de las obligaciones de su cargo -en general observar la diligencia de un ordenado comerciante y cumplir las normas legales y estatutarias- no constituyen, en el proceso laboral, una cuestión prejudicial de la que puede conocer conforme al artículo 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el orden social, aunque no le esté atribuido orgánicamente. Como afirmó nuestra sentencia citada de 28 de febrero de 1997: Cuando no se trata de identificar sujetos de la relación laboral, sino de extender a otros sujetos responsabilidades de cualquier naturaleza, que les alcanzan por títulos jurídicos no laborales, no se puede calificar la cuestión como prejudicial, porque su decisión no impide y ni siquiera condiciona, la de la pretensión principal. Siendo evidente que para extender la deuda salarial de la compañía a su administrador único, primero ha de establecerse la obligación de la empresa, y, después analizar si la conducta social del Administrador le hace responsable de aquella deuda, ha de concluirse que falta el componente de «necesidad previa», propio de las cuestiones así calificadas. Al no tratarse de una cuestión previa o prejudicial, está bien negada la competencia del Orden Social de la Jurisdicción.*

*En el supuesto, también, de obligación de disolver la Sociedad, la sentencia de 28 de octubre de 1997, ha expresado que «En el caso regulado en el artículo 262 de la Ley de Sociedades Anónimas (caso contemplado en la sentencia de 28 de febrero de 1997) se establece una responsabilidad de los administradores que incumplen la*

*obligación de disolver la sociedad (mediante la consiguiente convocatoria de junta de accionistas o declaración judicial) en los supuestos establecidos. Para fijar estas responsabilidades es necesario un previo pronunciamiento sobre si concurren o no los supuestos de hecho que la Ley señala como determinantes del deber de disolver la sociedad. Pronunciamiento que ha de ser realizado por los Tribunales competentes en materia mercantil, pues tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales»; e igualmente en la de 31 de diciembre de 1997, se ha afirmado que «La responsabilidad derivada del incumplimiento de este deber de disolución del ente exige un previo conocimiento y pronunciamiento sobre la existencia de los condicionamientos legales determinantes o no de dicha obligación de disolución. Y, parece lógico que, al respecto, deba atribuirse a los Tribunales competentes en materia mercantil, el conocimiento de aquella cuestión principal de responsabilidad, en cuanto "tal determinación no es accesoria respecto a las obligaciones sociales" y de 13 de abril de 1998, la incompetencia en el caso de "incumplimiento de la obligación de convocar, en plazo, Junta General para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución de la sociedad por concurrir la causa legal de existencia de pérdidas que dejen reducido su patrimonio contable a menos de la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente"», incompetencia de jurisdicción que se admite implícitamente en el recurso al pretender que esta Sala atribuya responsabilidad a los demandados con base en la doctrina del "levantamiento del velo".*

Igualmente, tampoco es motivo suficiente para declarar la competencia de la jurisdicción social que las acciones pertenezcan a un único accionista, ya que conforme al artículo 1º de la Ley de Sociedades Anónimas contenida en el Real Decreto Legislativo 1.564/1.989 de 22 de diciembre, en la sociedad anónima el capital "que estará dividido en acciones, se integrará por las aportaciones de los socios, quienes no responderán personalmente de las deudas sociales", permitiendo expresamente el artículo 311 de la Ley la existencia de la Sociedad Anónima Unipersonal, a la que se aplica las mismas normas que a la Sociedad Limitada Unipersonal, caracterizándose ambas por estar constituidas "por un único socio, sea persona natural o jurídica." o "por dos o más socios cuando todas las participaciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales

*que pertenezcan a la sociedad unipersonal*”, por lo que el hecho de que las acciones sean propiedad de un único socio no es un motivo suficiente para atribuirle una responsabilidad patrimonial o para considerar que su actuación es fraudulenta, cuando la constitución de este tipo de sociedades está amparado por normas legales vigentes.

La Ley de Sociedades Anónimas contenida en el Real Decreto Legislativo 1.564/1.989 de 22 de diciembre y la Ley 2/1.995, de 23 de marzo de Sociedades de Responsabilidad Limitadas, establecen como regla general que los socios o las personas naturales que participan de estas sociedades limiten su responsabilidad al capital del que son titulares, por tanto, garantizada la limitación de responsabilidad para quienes participan de la sociedad por normas legales, debemos respetar esta exención que sólo puede ceder cuando la constitución de la persona jurídica, tenga carácter fraudulento, que sólo es admisible cuando se revelen indicios notorios y evidentes utilizar la forma societaria para defraudar el principio de responsabilidad ilimitada del deudor, cuestión que debe ser examinada por los órganos de la jurisdicción civil.

Por tanto, tal y como ha venido comentándose a lo largo del presente apartado, la jurisdicción social tan solo puede entrar a conocer en relación a la posible responsabilidad de los administradores y/o socios de la mercantil, cuando resulte de aplicación la conocida Teoría del Levantamiento del Velo.

Cuando hablamos de la teoría del velo nos referimos a una técnica jurisprudencial, no incluida por el momento en ninguna norma<sup>66</sup> que tiene su origen en los tribunales de los Estados Unidos conocido con el nombre "Piercing the corporate veil" o "lifting the corporate veil" dándose a conocer en España a través de la obra de Rolf Serick (aunque si bien es cierto esta teoría ya era conocida en España entre expertos como De Cossío y De Castro), a través de la cual el juzgador tiene la

---

<sup>66</sup> Las fuentes de esta teoría son jurisprudenciales, no legales, porque el fenómeno equivale a una derogación de las reglas de la persona moral o jurídica: el levantamiento del velo tiene lugar siempre con ocasión de un litigio donde el juez estima que los principios de la persona jurídica han sido en realidad desconocidos por los propios socios o componentes de la entidad. STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1era), número 903/2010 de fecha 28.06.2010. Ref. CENDOJ 35016340012010100498.

posibilidad de dirigirse directamente contra los socios de la mercantil sin tener en cuenta la personalidad jurídica otorgada a la sociedad.

La jurisprudencia española lo planteó por primera vez como un “*conflicto entre seguridad jurídica y justicia, valores hoy consagrados en la Constitución (artículos primero, uno, y noveno, tres ), se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de la buena fe (artículo séptimo, uno, del Código Civil ), la tesis y práctica de penetrar en el "substratum" personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (artículo sexto, cuatro, del Código Civil ) admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar ("levantar el velo jurídico") en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (artículo séptimo, dos, del Código Civil ) en daño ajeno o de "los derechos de los demás" (artículo diez de la Constitución) o contra interés de los socios, es decir, de un mal uso de la personalidad, en un "ejercicio antisocial" de su derecho (artículo séptimo, dos, del Código Civil )*<sup>67</sup>”.

Por tanto, resulta más que evidente el carácter excepcional con que la jurisprudencia da tratamiento y aplicación a esta teoría, lo que a priori supone una enorme dificultad para la parte que pretenda su aplicación, pero resulta aún más complejo si además debemos delimitar previamente la jurisdicción competente para el conocimiento de dicha materia, pudiendo ser la jurisdicción mercantil, la civil e incluso la jurisdicción laboral que es la que resulta de especial interés en el presente estudio.

A criterio del alto tribunal, se trata entonces de aplicar la teoría del levantamiento del velo en caso de no obtener mediante las vías ordinarias, las pretensiones de los actores, evitando así que se convierta en “...una pieza más del derecho de sociedades de capital con función genérica de prevención<sup>68</sup>”, en tanto que,

<sup>67</sup> STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 330 de fecha 28.05.1984 (Rec. 1984/2800). Ref. CENDOJ 28079110011984100397.

<sup>68</sup> ST AP de Gerona de fecha 28.09.1992.

debido a la falta de determinación y las consecuencias que la aplicación de dicha teoría produce, el principio de seguridad jurídica podría verse afectado.

Así, debemos recordar en este sentido la aplicación del art. 1 LRJS en tanto que establece que *“Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”*, en relación con el art. 9.5 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial: *“Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”*.

Parece que en una primera lectura, la competencia para conocer sobre la responsabilidad de los socios y administradores (en su caso) corresponde a la jurisdicción civil.

Sin embargo, antes de llegar a una afirmación tan contundente, debemos tener en cuenta la evolución de jurisprudencia y de la doctrina en sus distintas teorías<sup>69</sup>, que además de la jurisprudencia comentada, puede resumirse del siguiente modo:

Teoría número 1. La primera teoría determina que el orden jurisdicción social será concedor de la responsabilidad de los socios y administradores (en su caso) en caso de incumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del ya derogado Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, o lo que es lo mismo, la adaptación de estatutos y de cifra de capital al mínimo de 10.000.000 pesetas, a las

---

<sup>69</sup> Téngase en cuenta estudio de MARÍN HITTA, L.: “Ampliación de la ejecución de sentencias y condenatoria de sociedad a las personas de sus socios y administradores”. Aranzadi Social, paraf. N° 6918. 2011. Parte Presentación. Versión electrónica.

sociedades constituidas antes de la entrada en vigor del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas<sup>70</sup>.

Sin embargo, será competencia del orden jurisdiccional civil cuando se trate de los incumplimientos recogidos en los arts. 262 de la antigua Ley de Sociedades Anónimas o 105 de la ya derogada Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, o lo que es lo mismo, obligación de convocar junta general para la disolución de la sociedad o instarla judicialmente cuando se dan las causas que señala la Ley<sup>71</sup>, actualmente recogido en el art. 364 de la Ley de Sociedades de Capital.

Teoría número 2. La segunda teoría entiende que la responsabilidad de los socios y administradores puede reclamársele a los administradores y/o socios ante la jurisdicción social en tanto que se entiende que aunque encuentre su causa en preceptos mercantiles, la causa de pedir es estrictamente laboral<sup>72</sup>.

Dichas teorías encajan a la perfección con la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en un primer momento declaró la incompetencia para conocer de esta materia al orden jurisdiccional social cuando se trate de las acciones en que se exige la responsabilidad de los administradores, en tanto que éstos son ajenos a la relación laboral existente entre los trabajadores y la empresa, por lo que en ese caso, la jurisdicción competente es la civil<sup>73</sup>.

Sin embargo, el criterio empieza a modificarse a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7680), por entender que la acción planteada de responsabilidad contra el administrador de la mercantil se basaba

---

<sup>70</sup> Actualmente regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

<sup>71</sup> En este sentido STS de fecha 28.10.1997 (RJ 1997/7680); STS de fecha 31.12.1997 (RJ 1997, 9644); STS de fecha 13.04.1998 (RJ 1998, 4577); STS de fecha 31.03.1999 (RJ 1999, 3782); STS de fecha 20.10.1999 (RJ 1999, 7227) y STS de fecha 9.11.1999 (RJ 1999, 8520).

<sup>72</sup> STSJ de Navarra de fecha 18.06.1999 (RJ 1999, 1918).

<sup>73</sup> Auto de la Sala de Conflictos de de fecha 08.03.1996 (RJ 1996, 9185). En el mismo sentido STS (Sala Cuarta) de fecha 28.02.1997 (RJ 1997, 4220).

ante el incumplimiento de la obligación de adaptación de los estatutos establecida en la Disposición Transitoria Tercera de la ya derogada Ley de Sociedades Anónimas y que por tanto, se declaró competente para conocer a los tribunales pertenecientes a la jurisdicción social, sentencia que a su vez, mantuvo la competencia del orden civil cuando la responsabilidad del administrador se base en la infracción del deber de disolución del ente social.

Actualmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sigue conceptualizando a la teoría del levantamiento del velo de una persona jurídica como aquella que “*consiste en hacer abstracción de su personalidad, o de alguno de sus atributos, en hipótesis determinadas*”.

Doctrina y jurisprudencia admiten que la regla debe ser el respeto de la personalidad moral; pero a seguido admiten la necesidad ocasional de levantar el velo, porque lo impone “la realidad de la vida y el poder de los hechos” o “la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas”; apelando así al interés público y a la equidad.

De ahí que haya sido preciso construir un inventario de las situaciones que caracterizadamente autorizan el levantamiento para su conocimiento en el ámbito de la jurisdicción social<sup>74</sup>:

- Confusión de patrimonios.
- Infracapitalización.
- El fraude.
- La persona jurídica ficticia.
- La conclusión de contratos entre la persona física y “su” sociedad.

En el ámbito que incumbe al derecho del trabajo, la doctrina comprende aquellas hipótesis en las que la sociedad se instrumentaliza o actúa de modo fraudulento para

---

<sup>74</sup> STS de fecha 25.05.2000 ( RJ 2000, 4799) . (Rec. 895/99).

incumplir las obligaciones contractuales. Implica pues, en términos de generalidad, la apreciación de una doble circunstancia: la utilización de la compañía para un fin diverso al que se derivaría del cumplimiento del objeto social y las normas estatutarias, así como la ilicitud de esa finalidad por su carácter abusivo, fraudulento o evasivo de responsabilidades y obligaciones<sup>75</sup>.

Por tanto, las directrices que inspiran la denominada teoría del levantamiento del velo se centran en facilitar la extensión de responsabilidad de los socios, en caso de insolvencia de sociedades, bien buscada de propósito para hacer vanos los derechos de los trabajadores, bien cuando se descapitaliza una sociedad en beneficio de otra persona física o de otra persona jurídica que está formada por los mismos o similares accionistas o socios, administradores o miembros del consejo de administración. Por ello la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo exige como primer e imprescindible requisito la demostración por parte de los trabajadores de la situación de insolvencia de la empresa y la conducta fraudulenta de la sociedad en perjuicio de los derechos e intereses legítimos de los trabajadores y en beneficio de los socios, administradores o consejeros. Todo lo cual requiere, a su vez, la demostración del ánimo de engaño u ocultación, al igual que la prueba de que la empleadora es una sociedad de acomodo, simulada o de fachada como justificación de la incardinación de la misma en el instituto del abuso de derecho, a la vista de la evidencia o deducción inequívoca de que la personalidad jurídica es una apariencia formal y que el empresario auténtico y real es una persona física o individual que se oculta con la dirección y el mando de una sociedad fingida a lo cual, cabe añadir que, en virtud de lo establecido en los artículos 6-4 y 7-2 del Código Civil, tanto el fraude de ley como el abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, no se presume, sino que deben probarse en todas sus manifestaciones.

Y en este sentido continúa manifestándose la jurisprudencia. De hecho, de este modo fue aplicada la teoría del levantamiento del velo en Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1) número 882/2014. RJ 121/2013.

---

<sup>75</sup> STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) número 865/2002 de fecha 10.05.2002. (Rec. 611/2002). Ref. CENDOJ 29067340012002103625.



Se trata de una sentencia que bien ha de tenerse en cuenta como la reafirmación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su criterio de situar a la jurisdicción social como orden jurisdiccional competente para conocer de las acciones planteadas contra socios o administradores en situaciones que pueda aplicarse la teoría del levantamiento del velo.

Así, en el caso citado, el alto tribunal sentencia la existencia de una *“continua y clara confusión entre la titularidad patrimonial de las sociedades y las de sus socios”*, abusando jurídicamente estos últimos de su condición pues su actuación era muy negativa para las sociedades, ya que *“consistía en apropiarse de lo que deberían haber sido ingresos de la sociedad con los consiguientes efectos negativos para ésta...”*.

La actuación de los socios individuales en este caso, implica un claro uso fraudulento de la normativa societaria, pues su objetivo era tratar de eludir sus responsabilidades mediante la creación de empresas “pantallas” o interpuestas. La Sala recuerda su consolidada doctrina sobre el levantamiento del velo, y aplicando la misma ello permite *“ver la realidad laboral de la empresa más allá de las apariencias, para encontrar que esa realidad ha producido la creación de entidades distintas con la finalidad claramente dirigida a obtener unos beneficios que no pueden redundar en perjuicio de los trabajadores”*.

De lo expuesto hasta el momento se desprende una enorme dificultad para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, no solo por la complejidad probatoria (materia que no procede examinar en el presente estudio) sino por lo excepcional de la aplicación de dicha teoría así como por la previa determinación de la competencia de los tribunales.

Sin embargo, la complejidad de aplicación de la teoría resulta aún más compleja si cabe ante las dudas que surgen para determinar en qué supuestos resulta competente la jurisdicción mercantil en detrimento de la jurisdicción social y viceversa, sobre todo

si tenemos en cuenta la relevancia del art. 64 LC y su correcta aplicación e interpretación.

En este sentido, resulta relevante la Sentencia del Tribunal Superior de Cataluña de fecha 30 de septiembre de 2013, máxime cuando el tribunal admite que el empresario individual codemandado “controla y domina” a varias sociedades codemandadas, y que la empresa a la que pertenecen los trabajadores despedidos actuaba como empresa financiera de todas ellas, recogándose en el hecho probado decimocuarto la activa e importante intervención del empresario individual en las decisiones adoptadas por DATELSA (una de las mercantiles codemandadas), en supuestos tales como *“cubrir la indemnización por despido de los trabajadores de...”*, pagar salarios de otras de las empresas demandadas, o hacer condonaciones.

La importante presencia jurídica del empresario individual recogida en el hecho probado decimotercero se relaciona con la afirmación recogida en el fundamento jurídico primero sobre la valoración de las pruebas aportadas, entendiendo la Sala, entre otras consideraciones efectuadas, que ha quedado debidamente probada en primer lugar porque las empresas codemandadas no asistieron al juicio, y en segundo término porque el empresario individual reconoció que *“fue y aún sigue siendo el administrador de todas ellas, que ninguna de ellas ha sido liquidada, que es el titular de la mayoría de las acciones y participaciones y, como dejó claro en el juicio, es él el que a título personal ha tomado todas y cada una de las decisiones que en la demanda se relatan...”*.

Como primera cuestión jurídica que se aborda en los fundamentos de derecho, existe un debate procesal planteado por la empresa demandada, que alega incompetencia de jurisdicción por entender que el litigio debe ser resuelto por el juzgado de lo mercantil y no por la jurisdicción social.

La cuestión se centra en la interpretación del art. 64 de la Ley concursal, cuyo apartado 1, en la redacción vigente en el momento en que acaecieron los hechos motivos del litigio era la siguiente: *“Los expedientes de modificación sustancial de las*

*condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo. Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado”.*

El debate se centra en la distinta interpretación que realizan las partes. Para la demandada, la solicitud de concurso voluntario se presentó el 29 de octubre y fue declarada por auto de 16 de enero de este año, mientras que la demanda no fue presentada hasta el 24 de enero, es decir después de dictado el auto, por lo que entiende que la autoridad judicial competente es la mercantil. Por el contrario, para la parte demandante, la interpretación del precepto debe ir referida a la fecha “en que la empresa procedió a despedir a los trabajadores” (27 de diciembre), y como fue anterior a la declaración del concurso el órgano judicial competente es el de la jurisdicción social, añadiendo en defensa de su tesis que sólo hay una empresa concursada mientras que las restantes codemandadas se encuentran en situación mercantil ordinaria, por lo que al pedirse la condena solidaria de todas ellas y el empresario individual la jurisdicción competente ha de ser la social, tesis rechazada por la parte demandada que insiste que la condena principal que se pide es la de DATELSA, por lo que la incompetencia de jurisdicción alegada para esta implica también la incompetencia “*para resolver si procede condenar al resto de las empresas solidarias*”.

La Sala cita dos sentencias en que ya ha habido pronunciamientos sobre esta cuestión: (2) una del propio Tribunal de fecha 22 de noviembre de 2012; (2) y otra de la Audiencia Nacional de fecha 26 de julio de 2012, que llegan al mismo resultado y conclusión aunque recorriendo para ello vías diferentes, cual es que “*si la*

*comunicación de la finalización del período de consultas a los trabajadores se produce antes de la fecha del auto declarando el concurso, el órgano competente será la Sala de lo Social, y si se producen con posterioridad es el Juzgado de lo Mercantil”.*

Tras un interesante análisis de la normativa concursal y del art. 29 del RD 1483/2012, la Sala concluye que el momento que debe tenerse en cuenta para resolver qué órgano judicial es el competente para conocer de un despido colectivo declara que será *“la fecha en que la empresa comunica a la autoridad laboral la finalización del período de consultas y el resultado del mismo”*. Y por ello, dado que la fecha de dicha comunicación fue el 27 de diciembre y la declaración del concurso el posterior 17 de enero, la Sala concluye que tiene competencia funcional para resolver el litigio, aportando en apoyo de su tesis una reciente sentencia del TSJ de Galicia de fecha 7 de mayo.

Por consiguiente, obsérvese que la Sala pone el acento en un dato que depende de la parte empresarial, cual es la presentación de la solicitud del concurso con tiempo suficiente con anterioridad al inicio del período de consultas, al objeto de que el juzgado mercantil declare la existencia jurídica de dicho concurso y atraiga la competencia funcional si la finalización del período de consultas y la comunicación a la autoridad laboral se produce con posterioridad a la misma. Si esa actitud diligente no se produce, o no existen razones para presentar el concurso aunque posteriormente sí surjan, será la jurisdicción social la que deba conocer del litigio. Se trata, sin duda, de una interesante aportación al debate de la interpretación del art. 64 de la Ley Concursal.

En este sentido, merece especial atención la recopilación que realiza la Sentencia del Juzgado número 1 de Elche, número 404/2008 de fecha 24.10.2008 en relación a la triple condición que debería reunir la persona física a fin de poder atribuírsele responsabilidad en el ámbito de la jurisdicción social:

*“[...] a) Administrador social: es constante la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que declara la incompetencia de este orden para analizar las consecuencias de su indebida gestión y así se ha mantenido, entre otras, en las*

*Sentencias de 28 de febrero de 1997, 28 de octubre de 1999 (RJ 1997/7680) (con la salvedad de que ésta únicamente admite la competencia del orden social en el supuesto de incumplimiento por el administrador de la disposición transitoria tercera del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 [LSA]); 31 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9644); 13 de abril y 21 de julio de 1998 (RJ 1998/4577 y RD 1998/6211); 9 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8520) y 17 de enero de 2000 (RJ 2000/918), que resume la de fecha 9 de junio del 2000 (RJ 2000/5109), y, por demás, tampoco se cuestionó su actuación como administrador ni en la demanda ni en el acto de juicio.*

*b) Socio: la forma jurídica de sociedad de carácter mercantil implica inicialmente la limitación de la responsabilidad personal de los socios componentes de la misma, quedando así resguardado su patrimonio particular y estando limitada la misma al patrimonio social al igual que ocurre con respecto a las personas que, en ejercicio de las personas societarias que ésta le tenga atribuidas, actúan en su nombre y la administran. Pero tal principio general puede quedar enervado en determinados supuestos, toda vez que dicho privilegio personal lleva implícito, por un lado, el adecuado cumplimiento de la normativa general reguladora del tipo de sociedad a que se hayan acogido sus promotores, así como la estatutaria de la misma, y por otro, que no se haya utilizado la forma social en fraude de ley para burlar mediante maniobras anómalas y carentes de cobijo normativo las que sean en realidad propias responsabilidades personales de sus integrantes. Cuando tal quebranto se constata la doctrina y jurisprudencia admiten que la regla general del respeto de la personalidad moral, pueda ser ocasionalmente desconocida permitiendo “levantar el velo”, porque lo impone “la realidad de la vida y el poder de los hechos” o “la preeminencia de las realidades económicas sobre las formas jurídicas”; hasta se apela al interés público y a la equidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2000 RJ 2000/4799). Esta misma jurisprudencia ha concretado las situaciones que autorizan el levantamiento, destacando entre ellas la confusión de patrimonios de la persona física y la jurídica, la infra capitalización, el fraude, la persona jurídica ficticia y la conclusión de contratos entre la persona física y “su sociedad”. En el bien entendido que ninguna de estas situaciones excepcionales se presume, sino que es necesario alegar y probar datos que determinen la actuación fraudulenta y para que pueda realizarse la actividad*

*probatoria que conduce a aquella declaración es indispensable que se hayan realizado las correspondientes alegaciones en la demanda, pues la prueba ha de limitarse a los hechos controvertidos (Ex arts. 87.1 y 85.1 LPL). Traslada la anterior doctrina a nuestro caso, la parte actora no alega ni prueba la concurrencia de tales situaciones lo que impide declarar la responsabilidad del demandado en su condición de socio de algunas de las empresas.*

*c) Empresario: es pacífico que en una primera etapa (entre los años 1980/1993), D. Antonio Marquerie actuó como empresario individual así como que, una vez constituida la mercantil AM Arquigés, S.L., ésta le sucedió en la actividad, siendo legítima conversión de una empresa individual en una sociedad y la consiguiente sucesión empresarial, sin que ello entrañe necesariamente fraude de ley (STS 27 de marzo de 1989 [RJ 1989/2416]). Sin embargo esa misma sentencia advierte que, en estos casos, no cabe ampararse en la mera apariencia jurídica sino que es preciso analizar la realidad subyacente tras esa estrategia empresarial al objeto de evitar perjuicios para terceros. En nuestro caso, en el momento en que se produjo la citada sucesión empresarial no existía un grupo empresarial ni ha quedado acreditado que se llevase a cabo ninguna actuación que permita cuestionar su legitimidad y si a ello unimos que han transcurrido más de tres años de la misma y que el despido es muy posterior a la cesión, ninguna responsabilidad ha contraído el cedente en el despido acordado por el sucesor (Art. 44.3 ET) ni, por consecuencia, de las actuaciones de las empresas del grupo del que éste último forma parte”.*

En definitiva, puede afirmarse que la teoría del levantamiento del velo resulta de aplicación en ocasiones de excepcionalidad, solo en aquellos supuestos en que nos encontremos ante situaciones de insolvencia empresarial provocada con intencionalidad clara de evadir responsabilidades y obligaciones en relación a los créditos laborales en un claro intento de fraude empresarial.

Asimismo, debe afirmarse que en un primer momento, los tribunales eran reticentes a que dicha teoría fuera aplicada por el juez social para la reclamación de créditos de carácter laboral, doctrina que, tal y como se ha venido analizando a lo largo

del presente apartado, fue corregida pues la inaplicación de la misma estaba siendo partícipe de un fraude empresarial generalizado.

Sin embargo, en opinión del autor que suscribe la competencia debería corresponder en todo caso al orden jurisdiccional social para conocer de todos los supuestos de responsabilidad exigida por el trabajador-acreedor, siempre que la causa de pedir sean estrictamente créditos de carácter laboral, tal y como procede en la jurisdicción social, circunstancia que debía haberse recogido en la Ley 36/2011 resolviendo dicha cuestión, en lugar de provocar mayor desigualdad jurídica con la nueva redacción del art. 64 a través de la Ley 38/2011, aprobadas por cierto el mismo 10 de octubre de 2011 y posteriormente reformulado por las distintas reformas ulteriores en el mismo sentido.

### **3.1.3 Trasvase de competencias del juez social al juez mercantil**

Con anterioridad al año 2003, año en que fue aprobada la Ley 22/2003, el orden jurisdiccional competente para conocer de la responsabilidad de los administradores de las mercantiles, era el orden jurisdiccional civil, puesto que se trataba de acciones de carácter civil, a excepción, de las demandas interpuestas por los trabajadores de la sociedad contra los administradores cuyo orden jurisdiccional competente eran los Juzgados de lo Social.

Sin embargo, desde la entrada en vigor de la LO 8/2003, de 9 de julio, para la reforma concursal, por la que se modifica la LOPJ, la atribución de competencias a la jurisdicción civil no es unívoca.

La mencionada LO 8/2003, introduce como novedad la creación de los Juzgados de lo Mercantil, tal y como se decía la inicio del presente estudio, que entraron en funcionamiento, tal y como estaba previsto su la disposición final 2ª, el día 1 de septiembre de 2004, y es entonces cuando la competencia objetiva para conocer de la acción de responsabilidad de administradores societarios, se atribuye a los Juzgados de lo Mercantil, o en su caso, a los Juzgados de Primera Instancia con competencias mercantiles (artículo 86.2.a) ter LOPJ).

En este sentido, la Ley 22/2003 además de las notas reseñadas al inicio del estudio, ha sido especialmente criticada por ser la primera norma que posibilitaba a los jueces de lo mercantil a conocer de aquellas materias que le eran propias a los jueces de lo social y que como veremos a lo largo de este estudio, nunca debió permitir, convirtiéndose ésta en la tercera causa del presente estudio motivadora de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales.

La Ley 22/2003, ha dotado al Procedimiento Concursal de tal fuerza jurídica que provocó que ésta se convirtiera en un pequeño tornado que va absorbiendo parcelas o asuntos de otras jurisdicciones en base al principio de unidad del sistema concursal que en este estudio nos interesa en relación a lo concerniente a la jurisdicción social. El principio se articula en el múltiple sentido de unidad legal, de disciplina, de procedimiento y de jurisdicción, primando soluciones acordadas por todos los implicados en el procedimiento concursal para intentar subsanar la situación de insolvencia empresarial y dar adecuado cumplimiento al principio de conservación de la empresa. Se priman, pues, otros intereses que no son las salidas liquidatorias, y se fija, en la propia norma mercantil, las reglas para modificar o extinguir relaciones contractuales vinculadas a un concurso, entre ellas las de los trabajadores<sup>76</sup>.

Con la Ley Concursal y la modificación que ha conllevado de la LOPJ ( Ley Orgánica 8/2003 de 9 de julio) se han producido grandes cambios legislativos en la organización judicial, que han supuesto la atribución a los jueces de lo mercantil, de competencias en materia laboral (desde el 1 de septiembre de 2004), lo que nos puede llevar a pensar en un retorno a una situación casi anterior al surgimiento del derecho del trabajo y del proceso laboral, pues se altera la competencia del orden social de la

---

<sup>76</sup> Entre otros, FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: “La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general en la Ley Concursal”. Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 80. 2004. Págs. 871-912; DÍAZ DE VELASCO VALLEJO, M. y VALLEJO LOBETE, E.: “Los efectos para los trabajadores de la insolvencia empresarial: el pago de los créditos laborales en concurso de acreedores”. Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a OLIVENCIA, M, Vol. 3. Ed. Marcial Pons. 2005. Págs. 2655-2683; MARTÍNEZ FONS, D.: “Créditos Laborales en la Ley Concursal”. Ed. Bosch. 2008; ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales”. Actualidad Laboral nº 3. 2002. Pág. 659 y ss. Tomo 2 La Ley; MONEREO PÉREZ, J.L.: “Concurso y Relaciones Laborales. Efectos de la Declaración del Concurso”. Relaciones Laborales, nº 15. Págs. 545 y ss. Tomo 2 Ed. La Ley; HERRERA CUEVAS, E.J.: “Aproximación al nuevo Derecho Concursal del Trabajo”. Revista de Derecho Concursal y Para concursal, nº 2/2005. Págs. 97 y ss. Ed. La Ley; Y vid. también jurisprudencia sobre el principio de unidad, como la SAP Madrid de fecha 04.02.2008.



jurisdicción en beneficio de los jueces de lo mercantil y, se altera también el derecho sustantivo laboral que se ha de aplicar, en una manifestación "de libro" de, hasta qué punto, los cambios procesales no son inocuos desde la perspectiva del derecho material<sup>77</sup>.

Podríamos decir que, después de que el proceso laboral y sus principios se extendieran y "laboralizaran" el proceso civil (y de igual modo el proceso mercantil en cuanto a las suspensiones de pagos afectadas por las preferencias crediticias de los trabajadores), ahora es el proceso laboral el que tendrá que "civilizarse" o "mercantilizarse" en el sentido de que ha de adaptarse a los nuevos procesos civiles y a la nueva legislación concursal<sup>78</sup>.

En este sentido debemos hacer referencia al art. 8 de la Ley 22/2003: *“Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:*

*2º Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores*<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias entre el juez mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal”. Revista de Derecho Social núm. 26. 2004. Pág. 22.

<sup>78</sup> BARRIO CALLE, M.A.: “Ley Concursal y el art 50.1 del ET”. Ed. Aranzadi Social núm. 17/2004 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004. Versión electrónica.

<sup>79</sup> La LO 8/2003, de 9 de julio, en el artículo 2.7 modificó la LOPJ, 6/1985, de 1 de julio ( RCL 1985, 1578, 2635) .

Asimismo, añadir que en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral»; en los mismos términos se expresa el art. 8.2º LC. Por otro lado, el art. 64.1 LC indica que «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por

*En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.*

*Por suspensión colectiva se entienden las previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo”.*

Se añade como Sexto párrafo el siguiente:

*“6º Las acciones de reclamación de deudas sociales interpuestas contra los socios subsidiariamente responsables de los créditos de la sociedad deudora, cualquiera que sea la fecha en que se hubiera contraído y las acciones para exigir a los socios de la sociedad deudora el desembolso de las aportaciones sociales diferidas o el cumplimiento de las prestaciones accesorias”.*

Así, el artículo 44.4 establece que:

*“Como excepción a lo dispuesto en los 4 apartados anteriores, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta”.*

Se modifica el segundo párrafo del apartado 4 en los siguientes términos:

*“Cuando las medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo, incluidos los traslados colectivos, el juez actuará*

---

las reglas establecidas en el presente artículo», y el nuevo art. 57 bis ET contiene una remisión normativa, disponiendo que «en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal».

*conforme a lo establecido en el artículo 8.2.º y simultáneamente iniciará el expediente del artículo 64. La administración concursal en su solicitud deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 64.4”.*

El art. 208 LGSS literalmente expresa:

*“1. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos:*

*3) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, en virtud de expediente de regulación de empleo en los términos del artículo 203.3”.*

Así, el art. 203.3:

*“3. El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción.*

*A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria aquella que se autorice por un período de regulación de empleo, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo”.*

Y sobre todo, resulta de especial relevancia el art. 64. (Se modifican los puntos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, y 10) (No se modifican: 3, 9 y 11).

*“1. Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, incluidos los traslados colectivos, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.*

*Si a la fecha de la declaración del concurso estuviere en tramitación un expediente de regulación de empleo, la autoridad laboral remitirá lo actuado al juez del concurso. Dentro de los tres días siguientes al de recepción del expediente, el secretario judicial citará a comparecencia a los legitimados previstos en el apartado*

*siguiente para exponer y justificar, en su caso, la procedencia de continuar con la tramitación de las medidas colectivas, conforme a lo previsto en este artículo. Las actuaciones practicadas en el expediente anterior hasta la fecha de la declaración de concurso conservarán su validez en el expediente que se tramite ante el juzgado.*

*Si a la fecha de la declaración de concurso ya hubiera recaído resolución que autorice o estime la solicitud, corresponderá a la administración concursal la ejecución de la resolución. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.*

*2. La administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado.*

*En el caso de no existir representación legal de los trabajadores, éstos podrán atribuir su representación en la tramitación del procedimiento a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el artículo 41.4 del Estatuto de los Trabajadores. Transcurrido el plazo de cinco días previsto para el ejercicio de este derecho sin que los trabajadores hayan designado representantes, el juez podrá acordar la intervención de una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por los sindicatos más representativos y los representativos del sector al que la empresa pertenezca.*

*3. La adopción de las medidas previstas en el apartado anterior sólo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal el informe a que se refiere el capítulo I del título IV de esta Ley, salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso.*

4. *La solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con éstas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación.*

*La administración concursal podrá solicitar la colaboración del concursado o el auxilio del juzgado que estime necesario para su comprobación.*

5. *Recibida la solicitud, el juez convocará al concursado, a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un período de consultas, cuya duración no será superior a treinta días naturales, o a quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores.*

*En caso de intervención de las facultades de administración y disposición del deudor, el juez podrá autorizar la participación del concursado en el período de consultas.*

*Los representantes de los trabajadores o la administración concursal podrán solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrán interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas.*

*Si la medida afecta a empresas de más de cincuenta trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo.*

*En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del período de consultas deberá incluir copia de la solicitud*

*prevista en el apartado 4 de este artículo y de los documentos que en su caso se acompañen.*

*El juez, a instancia de la administración concursal o de la representación de los trabajadores, podrá acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período.*

*6. Durante el período de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo.*

*El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, de la comisión de trabajadores, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquéllos.*

*El acuerdo suscrito por la administración concursal y los representantes de los trabajadores podrá ser acompañado con la solicitud, en cuyo caso, no será necesaria la apertura del período de consultas.*

*En el acuerdo se recogerá la identidad de los trabajadores afectados y se fijarán las indemnizaciones, que se ajustarán a lo establecido en la legislación laboral, salvo que, ponderando los intereses afectados por el concurso, se pacten de forma expresa otras superiores.*

*Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del período de consultas.*

*Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de quince días, pudiendo ésta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión.*

*Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución.*

*7. Cumplidos los trámites ordenados en los apartados anteriores, el juez resolverá en un plazo máximo de cinco días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.*

*En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.*

*Si no hubiera sido alcanzado un acuerdo, el juez del concurso dará audiencia a quienes hubieran intervenido en el período de consultas, para lo cual, el secretario del juzgado les convocará a una comparecencia en la que podrán formular alegaciones y aportar prueba documental. El juez podrá sustituir esta comparecencia por un trámite escrito de alegaciones por tres días.*

*El auto, en caso de acordarse la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, surtirá efectos desde la fecha en que se dicte, salvo que en el auto se disponga otra fecha posterior, y producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa de la autoridad laboral recaída en un expediente de regulación de empleo, a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo.*

8. *Contra el auto a que se refiere el apartado anterior, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA) podrán interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.*

*Las acciones que los trabajadores o el FOGASA puedan ejercer contra el auto en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral.*

*El plazo para interponer la demanda de incidente concursal es de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto del juez del concurso. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación.*

9. *En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo de las previstas en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.*

*La suspensión prevista en el párrafo anterior también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de éste, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el veinticinco por ciento de la duración de la jornada diaria de trabajo.*



*Tanto en este caso como en los demás supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la improcedencia del ejercicio de la acción de rescisión derivada de la modificación colectiva de las condiciones de trabajo no podrá prolongarse por un período superior a doce meses, a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación.*

*10. Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva.*

*La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vezalzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales.*

*El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos”.*

Por tanto, las acciones individuales interpuestas por los trabajadores al amparo de lo previsto en el art. 50.1.b) ET, es decir, aquellas que tienen su origen en la falta de pago o en retrasos continuados en el pago del salario “*tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:*

- *Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.*

- *Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.*

- *Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores”<sup>80</sup>.*

Esto significa que, si se alcanzan los umbrales numéricos indicados, las acciones individuales que los trabajadores puedan interponer con la pretensión de resolver su contrato, y que tengan su origen en la mencionada causa, se convierten en colectivas y deberán ser tramitadas por ello ante el juez del concurso; lo relevante será, por lo tanto, el alcance cuantitativo de las pretensiones instadas y no tanto la concurrencia o no de la causa indicada, como su invocación en el procedimiento<sup>81</sup>.

A subrayar que las otras dos causas previstas en el art. 50 ET siguen siendo competencia exclusiva del juez de lo social, y que incluso en los supuestos del art. 50.1.b) ET se mantiene la competencia del orden jurisdiccional social y la aplicación de la normativa laboral mientras no se alcancen los límites numéricos previstos en la norma concursal; por lo tanto, será el número de reclamantes 3 lo que determine la

---

<sup>80</sup> BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. Aranzadi Social. Paraf. 64 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2005. Versión electrónica.

<sup>81</sup> Específicamente sobre esta materia, LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio ( RCL 2003, 1748) , concursal”. Revista de Derecho Social nº. 27. 2004. Págs. 65 y ss.; más recientemente, BARRIO CALLE, M. A. Op. Cit. Págs. 75 y ss. Asimismo me permito citar a BADIOLA SÁNCHEZ, A. M. y ORCARAY REVIRIEGO, J. J.: “La nueva Ley Concursal ( RCL 2003, 1748) y las medidas declarativas laborales competencia del juez de lo mercantil: especial referencia a las acciones resolutorias individuales ex artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores ( RCL 1995, 997)”. Información Laboral Jurisprudencia, nº. 3. 2005. Págs. 2 y ss.

ubicación en una u otra sede, la diversa competencia del órgano judicial que resuelva, y los trámites a seguir<sup>82</sup>.

*“11. En todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral y, especialmente, mantendrán los representantes de los trabajadores cuantas competencias les atribuye la misma”.*

En definitiva, debemos insistir en que la Ley 22/2003 ha sido la primera norma en incluir en el orden jurisdiccional mercantil materias que le son propias a la jurisdicción social, sobre todo si tenemos en cuenta la redacción del art. 64 LC, y aunque dicho trasvase competencial se justifica en la unificación del procedimiento para conseguir una mayor agilidad y especialización del procedimiento, no podemos olvidar que dicho trasvase ha perjudicado el cobro de derechos crediticios de los trabajadores y con ello las pretensiones de éstos.

### ***3.1.3.1. De las competencias que le son propias al juez social***

A través de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de junio, para la Reforma Concursal se introduce el artículo 86 ter en la Ley Orgánica del Poder Judicial, añadido por el artículo 2.7 de la LO 8/2003, y actual artículo 8.2 de la Ley Concursal, que completan la nueva redacción del artículo 2.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a fin de salvar la reserva al juez mercantil de los asuntos previstos en el art. 8 LC, excepción en la que insisten el art. 3.1.d) y el art. 4.1 de la LRJS, que va a regular las nuevas competencias atribuidas al juez mercantil que anteriormente pertenecían al juez de la jurisdicción social.

---

<sup>82</sup> Esto es, cuando la medida pueda afectar a un grupo de trabajadores que se considera significativo y aparece como fundamento la relevancia colectiva de estas acciones. Así, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”. Actualidad Laboral nº. 10. 2004. Pág. 1168. La pretensión de la norma parece ser agrupar en un solo procedimiento todas las solicitudes de resolución contractual formuladas, procediendo en esta materia a efectuar un análisis conjunto y unitario. Igualmente, CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. Relaciones Laborales nº. 23-24. 2003. Pág. 116.

Antes de ahondar en las competencias que han sido objeto de trasvase de la jurisdicción social al juez mercantil, en detrimento del primero (además de lo expresado en el punto inmediatamente anterior), parece relevante ahondar en las materias que le son propias actualmente a cada orden jurisdiccional, de cuya situación se infiere una clara mercantilización<sup>83</sup> de las competencias del orden jurisdiccional social o dicho de otro modo, el juez de lo mercantil sufre una absoluta *laboralización* en sus competencias, desde una doble perspectiva, tal y como establece parte de la doctrina:

*“1. El de la recepción dentro del concurso de reglas sociales sobre representación y defensa de las partes y el beneficio de asistencia jurídica gratuita. 2. El de la adaptación estructural de determinados aspectos del propio proceso concursal, como sucede en dos instituciones básicas: el incidente concursal laboral (art. 195 LC) y el sistema de recursos, admitiéndose el recurso de suplicación ante la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia contra el auto que pone fin al procedimiento judicial de regulación de empleo (art. 64.8 LC) y contra la sentencia que pone fin al incidente concursal (art. 196.3 LC). Contra la sentencia dictada en suplicación cabe, en su caso, recurso de casación para la unificación de doctrina. También procede en este ámbito el recurso de queja.”<sup>84</sup>”*

No obstante, ha de señalarse que otra parte de la doctrina entiende que en realidad no debe hablarse de “*mercantilización o laboralización*” sino que en realidad determinadas materias “*se han judicializado así decisiones que, no existiendo concurso, competen a la autoridad laboral o al propio empresario. La nueva normativa ha supuesto en definitiva una postergación del protagonismo que la autoridad laboral tiene – a diferencia de lo que ocurre en otros países de nuestro entorno – en nuestro sistema de reestructuración de empleo y, por otro lado, la sustitución de la capacidad*

---

<sup>83</sup> Utilizando la expresión de RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y BRAVO-FERRER: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”. Revista Relaciones Laborales, nº. 23-24. 2003. Pág. 18.

<sup>84</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F: “La competencia laboral de los jueces del concurso.” Aranzadi Social nº. 9. 2009 (Tribuna), apartado I. Planteamiento general. Versión electrónica.

*de decisión del empresario por las disposiciones del juez o de la administración concursal*<sup>85</sup>”.

Si tenemos en cuenta la evolución legislativa de la materia objeto de estudio, actualmente (y en contra de la opinión de un sector de la doctrina) nos encontramos ante un proceso de *mercantilización* de la materia laboral, más cuando con anterioridad nos encontrábamos ante un proceso de *laboralización* de la materia civil.

Igualmente ha de señalarse que la atribución a los jueces de lo mercantil de las competencias que les son propias al juez social (desde el 1 de septiembre de 2004), supone la alteración no solo del Derecho procesal adjetivo sino “*también del derecho sustantivo laboral que se ha de aplicar, en una manifestación “de libro” de, hasta qué punto, los cambios procesales no son inocuos desde la perspectiva del derecho material*<sup>86</sup>”.

Según lo expuesto, la Ley Concursal establece en el ámbito laboral la intervención del juez del concurso como juez universal al respecto de las relaciones laborales que pudieran resultar afectadas por la declaración de concurso.

Así, a pesar de la mercantilización de determinadas materias laborales, siguen siendo competencia del juez social las siguientes:

◆ En fase declarativa:

Según parte de la doctrina, las únicas acciones declarativas para las que el juez del concurso tiene atribuida competencias son las recogidas en los artículos 64, 65 y 197 de la LC, puesto que sobre ellas tiene conferida competencia excluyente de la de

---

<sup>85</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F. Op. Cit. Apartado II.

<sup>86</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: “Delimitación de competencias entre el juez de lo mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas sumergidos de la Ley 22/2003, concursal.” Revista de Derecho Social nº. 26. 2004. Pág. 22.

cualquier otro órgano jurisdiccional, tal y como dispone el art. 86 ter de la LOPJ y en el art. 8 LC<sup>87</sup>.

Por tanto, lo largo de la fase declarativa, el juez de lo social mantiene competencia sobre todas las acciones sociales, salvo que tengan por objeto la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado, en cuyo caso la competencia pertenece exclusivamente al juez mercantil. (Art. 8.2 y 64 LC).

En este sentido habrá que tener en cuenta dos supuestos:

a) En aquellos supuestos en los que la extinción, suspensión o modificación colectivas de los contratos de trabajo modifiquen las condiciones establecidas en el convenio colectivo aplicable, en cuyo caso se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores.

b) La supresión o extinción de los contratos de alta dirección, pues es el juez de lo mercantil quien ha de conocer en estos supuestos con las consecuencias y efectos inherentes en caso de presentar demanda ante la jurisdicción social a estos efectos<sup>88</sup>.

- Son competencia del juez social igualmente, las acciones de reclamación de obligaciones sociales contra los administradores de las sociedades de capital concursadas que hubieran incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución. En este sentido los jueces de lo mercantil no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión. En estos supuestos la actora deberá emplazar a la

---

<sup>87</sup> En este sentido, GARCÍA-PERROTE, I.: “La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social”. Ed. Lex Nova. Pág. 63. Versión electrónica.

<sup>88</sup> Art. 50.1 LC: “Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta Ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado”.

administración concursal y lo tendrá como parte en defensa de la masa, siempre que se personase. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado<sup>89</sup>.

- La jurisdicción social será competente además, en aquellos juicios declarativos en que el empresario deudor sea parte y se encuentre en tramitación en el momento de la declaración del concurso, pues las actuaciones en dicha jurisdicción deberán continuar hasta la firmeza de la sentencia.

◆ En fase ejecutiva:

La competencia se atribuye al juez de lo social tan solo en dos supuestos:

- a) En aquellas ejecuciones laborales en las que, antes de la declaración del concurso, se hubiesen embargado bienes del deudor concursado que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor. (Art. 55.1.2º LC).

En este sentido, el artículo 55 de la Ley Concursal cobra mayor intensidad si tenemos en cuenta la desaparición del denominado “Principio de Ejecución Separada”, pues se trata del único vestigio de dicho privilegio.

El crédito salarial se encuentra especialmente protegido por nuestro ordenamiento jurídico al menos sobre el papel, con el objetivo de que los trabajadores puedan cobrar al menos parte de los salarios adeudados con preferencia al resto de acreedores, teniendo en cuenta que el salario, sobre todo en caso de insolvencia del empresario<sup>90</sup>, tiene como principal destino de cara al trabajador, la satisfacción de sus necesidades más vitales<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> Artículo 50.2 de la Ley Concursal.

<sup>90</sup> En este sentido, la antigua Directiva 1980/987/CEE, de 20 de octubre. LCEur 1980\432 (art. 1.2) y actual Tratado de 25 de marzo 1957. LCEur 1986\8 (art. 189.párr. 3). Normas de especial aplicación en el Caso T. Wagner Miret contra Fondo de Garantía Salarial. Sentencia de fecha 16.12.1993. TJCE 1993\206. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta).

En este sentido el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores estableció en el artículo 32.5 el conocido privilegio de ejecución separada, *“garantía procesal que suponía la admisión de la concurrencia de la ejecución laboral con el proceso concursal”*<sup>92</sup>.

El art. 32.5 ET estableció que *“Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal.”*<sup>93</sup>

Sin embargo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, modificó el régimen de la ejecución laboral separada, y da nueva redacción al apartado 5 del artículo 32 ET en su disposición final 14<sup>a</sup>, quedando redactado del siguiente modo: *“Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios”*, extremo sobre el que viene a llamarse la atención a lo largo de todo el texto.

En el mismo sentido, la disposición final 15<sup>a</sup> LC modifica el artículo 248.3 LRJS, que antes reiteraba las normas sobre la ejecución separada, y ahora establece contrariamente que *“En caso de concurso las acciones de ejecución que*

---

<sup>91</sup> En este sentido STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1<sup>a</sup>), número 443/2007 de 13.02.2007. Ref. CENDOJ 48020340012007100598.

<sup>92</sup> GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso”. Revista Aranzadi Doctrinal n.º. 6. 2010. Parte comentario.

<sup>93</sup> El TS en las Sentencias de la Sala de Conflictos de la misma fecha, 28.01.1983 ( RJ 1983, 2728 y 2729) declaró que a los créditos privilegiados en el art. 32 ET se les confiere «un derecho de separación absoluta en el aspecto procesal análogo al que nuestro ordenamiento positivo otorga a los acreedores pignoraticios, por hipoteca naval, etc., cuyos créditos no quedan afectados por la suspensión de los actos de ejecución»; así lo confirma el propio precepto estatutario, en el que el término «acciones» que utiliza no puede entenderse limitado al mero ejercicio de las mismas hasta que se dicte sentencia en el oportuno proceso, sino que comprende el ejercicio del derecho en fase de ejecución.



*puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal”, de lo que claramente debemos entender como la derogación del necesario privilegio de ejecución separada y más aún en tiempos de excesivos supuestos de insolvencia empresarial.*

b) De otro lado, se mantiene como competencia de la jurisdicción social, aquellas ejecuciones de garantías reales<sup>94</sup> en las que, antes de la declaración del concurso, ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho afecto, siempre que estos no sean necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. (Art. 56.2 LC).

Según lo expuesto, la norma contiene una clara restricción en pro del juez social, pues en ambos supuestos excepcionales en fase ejecutiva pertenecientes a la jurisdicción social, estableciéndose por el contrario y como regla general, la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor<sup>95</sup>, teniéndose en cuenta en este sentido el art. 8, 44 y 49 de la LC.

---

<sup>94</sup> La Ley Concursal no establece un concepto claro acerca de lo que debemos entender como “garantía real” (Concepto recogido en gran parte de los preceptos de la norma - arts. 55,4; 56; 57; 59; 86, 2; 92,1, 3º; 97, 2LC -).

No obstante, y obedeciendo a los criterios doctrinales, ha de entenderse que la norma “*parece asumir un concepto deliberadamente amplio, puesto que no sólo se engloba bajo aquel término a los supuestos clásicos de los derechos de realización de valor (hipoteca, prenda) sino, también, a otras formas negociales en las que, ante el incumplimiento del deudor, su acreedor recupera la propiedad o la posesión del bien que fuera dispuesto*”, “*en particular todas aquellas formas de garantías atípicas que, con mayores o menores dudas, vienen admitiéndose en nuestra práctica (ad ex. venta en garantía, léase back, opción en garantía, etc.)*”.

En este sentido, el art. 56, 1 LC extiende la regla de suspensión a “las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos en virtud de contratos inscritos en el Registro de bienes muebles o los cedidos en arrendamientos financieros formalizados en documento que lleve aparejada ejecución o haya sido inscrito en el referido Registro, ni las resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad.” GARCÍA-CRUCES, J.A.: “Las garantías reales en el concurso: marco general”. III Seminario de Derecho Concursal. 2008. Versión electrónica.

<sup>95</sup> El art. 44.4 LC prevé como excepción que el juez del concurso acuerde el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de ésta.

### ***3.1.3.2. De las competencias que le son propias al juez mercantil***

Tal y como se ha venido advirtiendo a lo largo del presente apartado, la Ley Concursal provoca la sustracción del conocimiento del juez social materias que ahora van a ser competencia del juez mercantil, que bien pueden materializarse del siguiente modo:

◆ En fase declarativa:

1. La extinción y suspensión colectivas de contratos de trabajo en los que el empresario deudor haya solicitado la declaración del concurso (esté o no admitido a trámite). (Art. 8.2 y 64 LC).
2. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. (Art. 64 LC).
3. Traslados colectivos que supongan movilidad geográfica, en los que se haya solicitado el concurso de la empresa. (Art. 64 LC).
4. La suspensión o extinción de los contratos de alta dirección. (Art. 65 LC).
5. Las acciones de extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador, en base al impago o retrasos continuados en el salario pactado a tenor del artículo 50 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, considerándose acciones de carácter colectivo desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto el artículo 64 LC, para la extinción de los contratos. (Art. 64.10 LC).
6. Las acciones que los trabajadores puedan ejercitar en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual.
7. Las medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado.

8. Las cuestiones prejudiciales laborales directamente relacionadas con el concurso o cuya resolución sea necesaria para el buen desarrollo del procedimiento concursal. (Art. 9 LC).

◆ En fase ejecutiva:

La Ley Concursal reserva con carácter exclusivo y excluyente al juez de lo mercantil la competencia en la mencionada fase de ejecución salvo las excepciones anteriormente mencionadas y que corresponden por ende al juez social, por cuanto dicha competencia se ve limitada siempre que se trate de ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, pues en caso contrario, dicha competencia corresponderá al juez social (Art. 8.3 LC).

En cuanto a la fase ejecutiva ha de señalarse de nuevo la importancia de la derogación del Principio de Ejecución Separada (Disposición Final 15ª de la Ley Concursal) y por cuanto, una vez declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales contra el patrimonio del deudor, aunque sí podrán continuarse las ejecuciones laborales en las que hubieran embargado bienes del concursado con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, tal y como se señalaba en líneas anteriores. (Siempre que nos bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la empresa).

### ***3.1.3.3. El trasvase competencial del orden jurisdiccional social al juez de lo mercantil***

Precisamente la especialidad que necesitaba el ámbito de la jurisdicción social, desembocó como es de sobra conocido, en la creación de unos órganos judiciales (juzgados de lo social) y extrajudiciales propios (Servicios de Mediación, Arbitraje y Conciliación de las distintas CCAA), con una normativa específica que tan solo utiliza la normativa civil con carácter supletorio y nunca con carácter general; y es por ello, y

al correcto funcionamiento de dichos órganos, que gran parte de la doctrina se opuso al trasvase competencial, que sin lugar a dudas ha obtenido los resultados esperados.

En este punto del estudio analizaremos con detalle y desarrollando aquellas y otras cuestiones mencionadas al inicio del presente epígrafe a modo de introducción, una de las mayores problemáticas que se originó tras la Ley 22/2003, concursal: el trasvase de competencias al orden jurisdiccional social al ámbito mercantil.

Para ello conviene iniciar al lector en la complicada regulación de la jurisdicción mercantil en materia concursal en relación con las materias que si bien es cierto, le eran propias al juez social, actualmente competencia del juez mercantil por imperativo de la Ley 22/2003. Se trata por tanto del análisis de los aciertos y desaciertos del trasvase de competencias a la jurisdicción mercantil que le eran propias al juez social.

Es preciso recordar para el correcto desarrollo del presente apartado, que la legislación que regularía los conflictos y controversias que tuvieran origen en el ámbito de las relaciones laborales, surge con las normas referentes a la prevención de riesgos, siendo estas las primeras en aprobarse en materia laboral.

Son claros ejemplos, la Ley de 24 de julio, que regula las condiciones de trabajo de menores mujeres; la Ley de 26 de julio de 1878, con idéntico objeto; asentándose éstas como los precedentes de la que puede considerarse como la regulación más relevante en materia laboral, la Ley de Accidentes de Trabajo de 31 de enero de 1900, que además contiene una referencia específica a la problemática procesal laboral, reclamando la existencia de órganos y procedimientos jurisdiccionales propios, en palabras de nuestra doctrina la *"materia contenciosa laboral en la denominación clásica de ALONSO OLEA, sigue requiriendo de unos cauces procesales propios, en buena medida distintos de los del proceso civil, a través de los cuales se atienda a las específicas necesidades de los litigantes"*<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> MONTOYA MELGAR, A.: "Proceso civil y proceso laboral: (en torno a las recíprocas influencias entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Laboral)" en *Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral*. Ed. Aranzadi. 2001. Pág. 26.

Tanto es así, que fruto de la relevancia de la normativa laboral *“en su rechazo del procedimiento civil ordinario, y en la búsqueda inmediata de la oralidad, de la celeridad y de la facilitación del acceso a la prestación jurisdiccional, las normas laborales españolas se hacían eco del recelo del “obrerismo” ante la jurisdicción ordinaria. Y ello, porque la singularidad del Derecho del Trabajo dio lugar, y se reflejó, en el surgimiento histórico de un nuevo proceso, el proceso laboral o de trabajo, calificado como una de las instituciones centrales o nucleares de aquel sector del ordenamiento<sup>97</sup>”,* y no solo en el proceso declarativo sino que dicha pretensión también se persigue en el proceso ejecutivo, pues *“hacer de ésta un proceso de ejecución específico del orden social cuyos principios y normas de procedimiento se despegaron de lo previsto por la Ley rituarial civil<sup>98</sup>”,* de lo que se infiere una clara tendencia hacia la idea de una normativa laboral mucho más eficaz en cuanto a una jurisdicción ordinaria cada vez más obsoleta.

La normativa reseñada con anterioridad muestra con claridad la necesidad de regular las relaciones laborales y el establecimiento del equilibrio para ambas partes (trabajador y empresario), caracterizadas por mantener posturas claramente enfrentadas.

Sin embargo no será hasta la Ley de Tribunales Industriales de 1912 cuando se regule parte de lo que hoy conocemos como derecho procesal de la jurisdicción social, haciéndose expreso en las normas de procedimiento laboral a partir del año 1958.

A lo largo de los años, la balanza comienza a equilibrarse mediante la creación de asociaciones, organizaciones, sindicatos y otros organismos que protegerían los derechos de los trabajadores que, activismo que posteriormente desembocaría en la aprobación de gran diversidad de leyes que consagrarían los principios en que estos deberían regirse.

---

<sup>97</sup> BARRIO CALLE, M<sup>a</sup>. A. Op. Cit. Introducción. Pág. 1.

<sup>98</sup> ALONSO-OLEA, M y BAAMONDE CASAS, E.: “Manual de Derecho Procesal del Trabajo”. Ed. Civitas. 2000. (Capítulo X: Ejecución de Sentencias, apartado II: ejecución definitiva de la sentencia). Pág. 474.

Años más tarde, la clase obrera deja de conformarse con una época de apariencia transgresora, que ha sentado las bases de lo que hoy podríamos calificar como una clase cuasi esclava disfrazada de clase media, pues deja de ser suficiente el reconocimiento de los derechos básicos y fundamentales en el trabajo, persiguiéndose por tanto, la persistencia en el trabajo mediante contratos de larga duración, o dicho de otro modo, el procedimiento regulado a través de la jurisdicción civil se reveló<sup>99</sup>, pues éste comenzaba a entenderse como insuficiente.

Parece oportuno señalar que desde la Ley de 1912 no hubo reformas de gran calado, pasando por la República, la Dictadura de Primo de Rivera hasta la época franquista, cuando se aprueba el Decreto de 13 de mayo de 1938, suprimiendo los Jurados Mixtos y creando las Magistraturas de Trabajo, que son los antecedentes directos de los actuales Juzgados de lo Social, pues parece necesario recordar la aparente independencia del orden jurisdiccional social frente a la civil tal y como contempla parte de nuestra Doctrina: *“la materia contenciosa laboral sigue requiriendo de unos cauces procesales propios, en buena medida distintos de los del proceso civil, a través de los cuales se atiende a las específicas necesidades de los litigantes”<sup>100</sup>*. (Independientemente de la evidente politización de tribunales, tal y como ocurre en toda dictadura).

No obstante, el desarrollo de un mercado laboral comprendido por relaciones laborales de larga duración y novedosas políticas de empleo, se encuentra cada vez más en detrimento dando paso a la contratación temporal, situación que desemboca en una constante de contrataciones a corto plazo con sus correspondientes despidos de carácter libre y gratuito.

Una contratación temporal en fraude de ley en gran parte de los supuestos, una economía estancada como consecuencia de un período desafortunadamente denominado de “crisis económica”, la ausencia de crédito por parte de las entidades bancarias y

---

<sup>99</sup> MONTERO AROCA, J: “Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral.” Ed. Civitas. Madrid. 1993. Pág. 12.

<sup>100</sup> MONTOYA MELGAR, A: Op. Cit. Pág. 26.

financieras (por cierto, rescatadas a través de dinero público), resultan parte de los factores que desembocan en el impago de los salarios de los trabajadores por parte de las empresas así como la correspondiente pérdida de millones de puestos de trabajo.

A estos factores ha de añadirse la mayor tasa de desempleo jamás alcanzada, junto con una cifra histórica en cuanto a contratación temporal se refiere, sitúa a España como uno de los países más sensibles en materia de empleo y contrariamente a la lógica, la pérdida de los pilares que constituyen los verdaderos derechos fundamentales de los trabajadores van desapareciendo de nuestra normativa.

Una vez más, la realidad social supera a la respuesta que ofrece el legislador y es por ello por lo que la ley no se encuentra a la altura para enfrentarse a una situación de constantes impagos, despidos y cierres de centros de trabajo (que no de empresas o empresarios, cuestión que ha permitido gran parte de los fraudes llevados a cabo por los empresarios).

Ante este panorama (aparentemente actual en tanto que dicha problemática sigue siendo la misma), parte de la doctrina solicitaba una nueva regulación mercantil que finalmente tuvo respuesta en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que tiene como objetivo (aunque parece que solo sobre el papel), la adecuación de la legislación a la realidad social y económica, al menos en términos civiles y mercantiles.

No obstante, los la experiencia de los últimos años y las estadísticas aportadas en este trabajo, demuestra que precisamente como consecuencia de la aprobación de determinada normativa, se ha fomentado la insolvencia empresarial y por ende, el número de empresas concursadas, en lugar de perseguir la conservación del patrimonio del acreedor y en caso de que así fuese posible, la actividad y continuidad de la actividad empresarial, de tal modo que el patrimonio del concursado quede temporalmente protegido a los solos efectos de cumplir con esa finalidad esencial consistente en la satisfacción de las pretensiones de los acreedores a lo largo del

procedimiento concursal<sup>101</sup>, así como la continuidad de la actividad empresarial si así fuese posible.

Por contra, la actual normativa se ha convertido en el refugio más idóneo e idílico para todo empresario cuyo objetivo sea despedir a parte o a la totalidad de su plantilla sin necesidad de cumplir con sus obligaciones crediticias, tanto en concepto de salarios adeudados, como en concepto de indemnizaciones derivadas de la finalización de sus contratos, todo ello sin entrar en los beneficios fiscales y tributarios así como de otros ámbitos que del concurso se desprenden para el empresario.

Tanto la Ley 22/2003, como la posterior reforma a través de la Ley 38/2011 y posteriores reformas, tienen como objetivo principal insistir, la continuidad de las empresas (que no de su actividad) en perjuicio de los créditos de los acreedores, eliminando para ello, instituciones tan necesarias como el principio de ejecución separada, o aprobando a golpe de norma, el trasvase de competencias a la jurisdicción mercantil que le eran propias al juez social, a fin de obtener un procedimiento más eficiente y universal, insisto, solo y exclusivamente en beneficio del empresario.

No obstante, y al hilo de las primeras líneas de este estudio, es bien conocido que la jurisdicción social sigue siendo la jurisdicción más ágil debido a su indiscutible celeridad y eficacia así como por su carácter gratuito a pesar de la reciente aprobación de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, más conocida como la “ley de tasas”<sup>102</sup>, por lo que no cabe entender

---

101 MOYA YOLDI, J: “La disposición adicional segunda bis de la Ley Concursal y sus efectos en los concursos de los clubes de fútbol”. Revista Aranzadi Doctrinal nº. 8. 2011 parte Comentario. Versión electrónica.

102 Téngase en cuenta el Pleno no jurisdiccional de la sala cuarta del Tribunal Supremo sobre las tasas en el orden social de fecha 05.06.2013, que viene a concluir del siguiente modo: “LA SALA CUARTA DEL TRIBUNAL SUPREMO, EN PLENO NO JURISDICCIONAL del día de la fecha, ACUERDA que:

1) Para la tramitación de los recursos de suplicación y casación no son exigibles tasas al trabajador, ni al beneficiario de la Seguridad Social, ni al funcionario o personal estatutario, que interpongan recursos de suplicación o de casación en el Orden Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad al RDL 3/2013.



que el trasvase de competencias a la jurisdicción mercantil en detrimento del juez social se lleve a cabo para alterar un procedimiento con mayores garantías, sino que en realidad parece un proceso orquestado para facilitar la insolvencia empresarial o al menos retrasar lo suficiente los procedimientos de carácter laboral, que finalmente pierden su razón de ser tal y como comentamos con anterioridad.

Tanto es así que en la actualidad ni tan siquiera existe un criterio unificado en relación con la selección de las materias no concursales y conexas a las que le son propias a la jurisdicción mercantil. No existe por tanto, un criterio dogmático (o, mejor dicho, sistemático) “de atribución de competencias”, sino, en realidad, un criterio “pragmático” o práctico, en el que quienes han venido ocupándose del análisis de estos juzgados han querido ver como finalidad fundamental aumentar su carga de trabajo por la vía de la ampliación de sus competencias, ante la eventual circunstancia de que en muchas circunscripciones el número de procesos concursales pudiera no ser suficiente para que esa carga fuese la adecuada.

Se ha llegado incluso a afirmar que la verdadera razón está en aprovechar para realizar una distribución más adecuada del volumen de trabajo entre los distintos órganos de la jurisdicción civil<sup>103</sup>.

El trasvase de competencias de la jurisdicción social a los juzgados mercantiles o dicho de otro modo, la mercantilización de determinadas materias que le eran propias al juez laboral cual peregrinaje de jurisdicciones, conllevan determinados efectos que no siempre contienen una vertiente positiva tal y como se viene defendiendo en el presente estudio.

---

Y 2) Tampoco son exigibles las Tasas a los sindicatos para la interposición de recursos de suplicación ni de casación, ya unificadora, ya ordinaria, ante la Jurisdicción Social, ni siquiera respecto de recursos interpuestos con anterioridad al RDL 3/2013”.

<sup>103</sup> GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M.: “La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número extraordinario (Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González), nº 16. 2006. Págs. 48-49. En el mismo sentido, BANACLOCHE PALAO, J.: “Los Juzgados de lo mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación”. Ed. Civitas Ediciones. Madrid. 2005. Págs. 135 y ss.

Debemos partir de la idea de que el objetivo de la mercantilización de determinadas materias que le son propias a la jurisdicción social no es otro que la necesidad de que ante una situación de concurso, el juez que decida sobre ciertas cuestiones que aún siendo propias del juez social, puedan ser resueltas con la mayor objetividad y con suficiente criterio, evitando así resoluciones contradictorias, es simplemente erróneo, puesto que la especialización de dichas materias se encuentra precisamente en el orden jurisdiccional social.

No obstante, lo que en un principio podría entenderse como una modificación de la norma con cierto sentido, ha devenido en efectos de grave perjuicio para el trabajador:

- En primer lugar, debemos recordar la celeridad del orden jurisdiccional social (aunque si bien es cierto que esta garantía forma parte del pasado en algunos supuestos como consecuencia de la excesiva carga de trabajo a los que son sometidos los juzgados), principio del que no puede presumir precisamente la jurisdicción mercantil.

En este sentido, el trabajador verá gravemente perjudicados sus intereses como consecuencia de la poca agilidad característica de la jurisdicción civil y mercantil, dejando atrás la rapidez y celeridad de la jurisdicción social.

- De otro lado, el trasvase de determinadas competencias de la jurisdicción social a la mercantil, va a provocar un considerable encarecimiento del procedimiento, al que, en muchos supuestos el trabajador no podrá hacer frente (De obligada referencia, la introducción de tasas judiciales aunque posteriormente derogada por la interpretación de los tribunales, circunstancia que encareció considerablemente dicho proceso), lo que necesariamente, provoca la ausencia de derecho a obtener la tutela judicial efectiva recogida en la propia Constitución Española (art. 24.1 CE), entre otros elementos: la necesidad de ser asistido de letrado y representado por procurador (prescindible en la jurisdicción social –

art. 18 LRJS - ), tasas judiciales mucho más elevadas sobre todo en cuanto a recursos se refiere, entre otras cuestiones.

- Igualmente parece relevante destacar que precisamente, el origen de la creación de los Juzgados de lo Mercantil tiene su razón de ser en la especialización de una materia, cuyas materia hasta entonces, era resueltas ante la jurisdicción civil, pues con anterioridad a la aprobación de la Ley 22/2003 Concursal, parecía hacerse cada vez más necesaria la especialización y de un alto grado de formación técnica de los jueces, sobre todo en materia concursal.

En palabras de parte de la Doctrina<sup>104</sup> *“hemos de tener presente que el carácter marcadamente económico y contable que preside todo procedimiento concursal coloca al Juzgador inevitablemente en una situación de dependencia de los órganos auxiliares, llegando en muchos casos a ser éstos los que con sus informes y dictámenes van marcando la pauta del proceso”*.

Precisamente por esta última razón resulta cuanto menos curioso que la creación de los Juzgados de lo Mercantil se justificara en base a la falta de especialización de conocimientos de los jueces para enfrentarse a una materia mercantil y sin embargo, los jueces de la jurisdicción mercantil nos parezcan suficientemente capaces para resolver acerca de cuestiones estrictamente de carácter laboral.

En este sentido, la reciente interpretación de los tribunales se encuentra en línea con este criterio, entendiendo que al menos, las competencias más relevantes deben corresponder a la jurisdicción social, especialmente en el tema objeto del presente estudio.

Así, la jurisprudencia tuvo que pronunciarse en relación a una reclamación de un trabajador que solicitaba el abono de salarios de tramitación habiéndose declarado la insolvencia de la empresa deudora en la jurisdicción mercantil y no en la jurisdicción

---

<sup>104</sup> SÁNCHEZ, L.: “La creación de los juzgados de lo mercantil por la nueva normativa concursal.” Op. Cit. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

social: “En la sentencia de esta Sala de 23 de enero de 2015 (rec. 6330/2014 ), con cita de la de 12 de marzo de 2013 (rec. 4610/2012 ), se resuelve caso análogo al de autos, declarándose: "(...) no 3 podemos entender que el auto declarando a la empresa en concurso legitime la acción del trabajador para reclamar al Estado el abono de salarios de tramitación en el caso de autos, por cuanto no podemos entender equivalente la insolvencia laboral y la insolvencia concursal, entendiendo que la "insolvencia provisional" a que se refiere el apartado 2 del art. 116 de la LPL (actual art. 116 de la LRJS ) es la " insolvencia laboral (...)"El término " insolvencia " que utiliza el Derecho del Trabajo posee el mismo significado que el que le atribuye la nueva Ley Concursal ambos hacen referencia a su acepción jurídica que designa la insuficiencia patrimonial del deudor para poder hacer frente a sus deudas. Sin embargo, ambos conceptos -que parten del mismo significado- se perfilan desde una perspectiva subjetiva diferente, sirven a una finalidad diversa y cobran relevancia en distintos momentos, según se trate de una u otra rama del ordenamiento jurídico." Añade la sentencia que "Una primera diferencia reseñable que presenta la insolvencia en el ámbito laboral es de naturaleza subjetiva; es decir; el sujeto afectado por la misma es un empresario, entendido éste - claro está- desde una óptica laboral. Sin embargo, en la nueva Ley Concursal la naturaleza del sujeto es irrelevante, pues todos los institutos concursales anteriores, tanto civiles como mercantiles, se refunden en un único procedimiento. Lo determinante es la insolvencia - actual o inminente- con independencia del carácter empresarial, o no, del deudor. La segunda diferencia es de índole funcional, puesto que tiene que ver con el hecho de que el concepto "concurso!" y el concepto "laboral" de insolvencia , sirven a fines distintos. El artº 33.6 del ET .39 define la insolvencia , en relación con la forma de proceder establecida en la Ley de Procedimiento Laboral, en los siguientes términos: "a los efectos de este artículo se entiende que existe insolvencia del empresario cuando instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral no se consiga satisfacción de los créditos laborales. " El artículo transcrito se está refiriendo a que el empresario no puede hacer frente a sus deudas laborales porque no tiene bienes libres para atender al pago. Como podemos comprobar, el término insolvencia tiene el mismo significado que el empleado en la Lcon. Ahora bien, la finalidad perseguida por los artículos 274 y 275 de la LPL diverge de la pretendida por la Lcon. La verdadera finalidad del auto de

*insolvencia , al que se refieren los artículos citados de la LPL, es permitir la entrada del Fondo de Garantía Salarial a los efectos de que se haga cargo de las deudas salariales pendientes." A continuación explica la sentencia " Por lo que hace al momento de apreciación, hemos de decir que la " insolvencia empresarial" a la que se refiere la LPL (arts. 274 y 275 ) es lo que podíamos denominar " insolvencia ex post" o "constatada"; esto es: se trata de una insolvencia efectiva, que se acredita como un hecho prácticamente constatado. Como consecuencia de la ejecución de una sentencia previa, se han embargado y tasado los bienes del deudor -en el caso de que exista alguno- y se llega a la conclusión -tras el avalúo- de que estos bienes no son suficientes para el pago de los créditos salariales pendientes. En este momento es en el que se dicta el auto de insolvencia que justifica y posibilita que el Fondo de Garantía salarial se haga cargo de las deudas laborales correspondientes -esta última es la verdadera finalidad perseguida por la insolvencia en el seno laboral- Sin embargo, en el caso de la Ley Concursal, la insolvencia se podía configurar como ex ante, en la medida en que la insuficiencia patrimonial para hacer frente al cumplimiento regular de las obligaciones exigibles, se deduce de la comparación o análisis de las distintas partidas patrimoniales sin necesidad de llegar a la fase de embargo, avalúo o realización del patrimonio.....". La sentencia de 12 de Marzo de 2013 a que nos venimos refiriendo continua extendiéndose en razonamientos jurídicos a favor del criterio que sustenta y termina proclamando que "Por lo expuesto, no constando en el caso de autos que se haya declarado la insolvencia provisional de la empresa por el juzgado encargado de ejecutar la sentencia que declaró por primera vez la improcedencia del despido, no podía estimarse ja demanda del trabajador en reclamación de salarios de tramitación contra el estado, máxime cuando en el presente caso, ni siquiera el concurso había finalizado. Procede por ello, la estimación del recurso y la revocación de la sentencia con absolución de la recurrente".*

Y continúa añadiendo la sentencia, “La misma doctrina se contenía ya en la sentencia de esta Sala de 12-12-2014 (rec. 5784/2014 ), en la que se abunda en que "(...) no constando en el caso de autos que se haya declarado la insolvencia provisional de la empresa por el juzgado encargado de ejecutar la sentencia que declaró por primera vez la improcedencia del despido, no podía estimarse la demanda del

*trabajador en reclamación de salarios de tramitación contra el Estado, máxime cuando en el presente caso, ni siquiera consta en hechos probados que el concurso hubiera finalizado." Lo que también sucede en el presente caso, pues si bien la sociedad concursada se encuentra en fase de liquidación, no quedando activos realizables para el pago de deudas, lo cierto es que por sentencia no firme de 28-10-2013 se calificó como culpable el concurso, condenándose a la empresa matriz y a los administradores sociales a indemnizar a la masa y a cubrir el déficit patrimonial en las cantidades que se tienen por reproducidas (v. HP 6º), lo que, en ejecución de dicha sentencia, una vez firme, podría dar lugar a que la actora cobre en el concurso las cantidades que le adeuda la empresa. 4 La misma doctrina mayoritaria se recoge en nuestra sentencia de 17-9-2014 (rec. 3917/2014 ). La aplicación de esta doctrina al supuesto que nos ocupa, por evidentes razones de seguridad jurídica, supone que también en este caso proceda la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida con absolución de la recurrente Delegación del Gobierno en Cataluña”<sup>105</sup>.*

A modo de conclusión, debemos señalar que nos encontramos ante una materia verdaderamente conflictiva pues como se señalaba con anterioridad, el origen de una constante reivindicación por la creación de una regulación del procedimiento en materia concursal, deviene de una situación poco favorable hacia el derecho patrimonial español, en cuanto que el ordenamiento jurídico en dicha materia se encontraba caracterizado a criterio de la doctrina científica, por una regulación arcaica, inadecuada a la realidad social y económica, dispersa, carente de armonía, dando prioridad a determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores.

Se trataba por tanto de crear un procedimiento único, un tratamiento universal para todos los acreedores frente al empresario deudor, acabando con la en ese momento vigente dualidad de códigos que versan sobre la misma materia: por un lado el Código Civil y de otro, el Código de Comercio, que lejos de establecer la unificación de la materia sustantiva y la procesal adjetiva, son los primeros los que establecen las reglas

---

<sup>105</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social). Sede: Barcelona, de fecha 20.07.2015 (Rec. 2277/2015). Ref. CENDOJ 08019340012015104881.

en materia concursal sustantiva, atribuyendo la materia procesal adjetiva a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como resultado de dicha situación, Anteproyecto del año 2001 así como el Informe del Consejo de Estado sobre ALC 2001 son los verdaderos orígenes de una normativa relativa al procedimiento concursal en el que comienzan a introducirse materias que le son propias a la jurisdicción social y que en el futuro comenzarían a ser parte de las competencias del juez mercantil, a pesar de su innegable tinte de carácter laboral, que finalmente se integrarían en la actual y vigente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

A pesar de los innegables beneficios que puede reportar dicha unificación procedimental, máxime para aquellos empresarios cuya intención no es otra que la liquidación de la empresa (en la mayoría de los supuestos) o en la continuidad de la actividad (supuestos más escasos) mediante un proceso concursal, no lo son tanto para los verdaderos perjudicados en un procedimiento concursal: los trabajadores.

Tal y como se ha venido exponiendo a lo largo del presente estudio, y en el mismo sentido que ha venido pronunciándose la doctrina a lo largo de los últimos años, la jurisdicción social se caracteriza sobre todo por su celeridad y por el bajo coste de la tramitación de sus procedimientos, lo que supone un verdadero instrumento para aquellos trabajadores que quieran hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva.

No obstante, el trasvase de competencias de aquellas cuestiones que le eran propias al juez social al juez mercantil, no son una cuestión baladí pues salvo las excepciones planteadas, en el momento en que una empresa se declara en situación de concurso son más bien escasos los supuestos en que los jueces del orden jurisdicción social pueden continuar con la tramitación del proceso, dejando paso a la jurisdicción mercantil, mucho más lenta y por supuesto, mucho más costosa para aquella parte que menos recursos tiene para litigar.

A estas desventajas para la clase trabajadora, ha de tenerse igualmente en cuenta la ausencia de especialización del juez mercantil en materias que le eran exclusivamente cuestiones propias del juez social, quien si se encuentra plenamente capacitado para resolver sobre dichas cuestiones, máxime cuando es precisamente por esta razón por lo que se lleva a cabo la creación de los Juzgados de lo Mercantil, justificados tras la falta de especialización de conocimientos de los jueces ordinarios para enfrentarse a una materia mercantil, criterio que por contra, no es aplicado en los supuestos en los que se ha pretendido y de hecho se ha conseguido, una mercantilización sobre las materias que le eran propias al juez social.

Es por tanto, por lo que cada vez resulta menos descabellado afirmar que la prioridad por atender a la continuidad de la actividad empresarial, liberando al empresario de las deudas que le corresponden por estar así legalmente obligado, supone a todas luces un fraude al espíritu de la norma, por cuanto ha de garantizarse por encima de dichas cuestiones la satisfacción de los créditos, máxime si nos referimos a derechos crediticios de los trabajadores, para lo que sin duda resulta necesaria la aplicación del derogado principio de ejecución separada, ofreciendo por tanto, una nueva redacción del artículo 32.5 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

#### ***3.1.3.4. El art. 50 ET a la luz de las empresas concursadas tras la Ley 38/2011***

El trasvase competencial también afecta al art. 50 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, es decir, cuando un trabajador solicita la extinción de la relación laboral ante los incumplimientos del empresario, siendo este ejemplo uno de los más conflictivos en la materia objeto de estudio.

Resulta de aplicación en este sentido, el art. 29.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece que: *“La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes”*.



Sin embargo, la actual situación de crisis económica y la interpretación jurisprudencial del citado precepto, permite la flexibilidad en cuanto a la aplicación de dicho artículo, ya sea si tenemos en cuenta directamente el impago de los salarios o la ausencia de puntualidad en el abono de los mismos, pues si la interpretación jurisprudencial fuera tan estricta como debería, no podría nunca entenderse que una empresa pudiera dejar de abonar los salarios sus trabajadores por un período de hasta tres mensualidades sin que hubiese mayor responsabilidad para ésta que la condena a los intereses correspondientes, todo ello con la cautela advertida por el Tribunal Supremo y es que hay que estudiar caso a caso a la hora de extinguir las relaciones laborales al amparo del art. 50 ET.

A mayor abundamiento, desde una perspectiva igualmente jurídica, el abono del salario puntual se encuentra parcialmente protegido ya que ante el impago de cantidades que provengan de la relación laboral (salario, pagas extraordinarias, horas extraordinarias... en definitiva, reclamaciones de cantidad) podrán ser reclamadas por el trabajador a través del proceso ordinario en el plazo máximo de un año, por lo que encontramos una primera limitación temporal, a juicio de este autor, reducida, y es por ello que decía que nos encontramos ante una protección parcial, entre otros motivos.

Así las cosas y a fin de agilizar el proceso y en aras de mantener el principio de celeridad, la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, introdujo como novedad en el ámbito de la jurisdicción social, la posibilidad de reclamar frente a empresarios/as que no se encuentren en situación de concurso, a través del Proceso Monitorio, el pago de cantidades vencidas, exigibles, de cuantía determinada no superior a 6.000 €, siempre y cuando deriven de una relación laboral<sup>106</sup>.

Adviértase al lector, que una de las medidas que este autor propone a fin de reducir el impacto de la insolvencia empresarial es la incorporación de la nómina como título ejecutivo. Podría pensarse que se trata de una medida con cierta similitud al

---

<sup>106</sup> Art. 101 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

monitorio del art. 101 LRJS. Sin embargo, tal y como se expondrá en su momento nada tienen que ver ambas propuestas, salvo el objeto de agilizar aún más el proceso.

No obstante, el proceso monitorio peca de ciertas limitaciones que dejan sin objeto la utilidad real del monitorio, esto es, la limitación de la reclamación a 6.000 € y el requisito indispensable de la notificación a la contraparte sin que dicho requerimiento pueda practicarse mediante edictos.

Como es de sobra conocido, la gran parte de las reclamaciones planteadas en la jurisdicción social (al menos las más urgentes) superan el límite establecido en el art. 101 LRJS; y de otro lado, un número muy importante de empresas se encuentran incluso desaparecidas por lo que la práctica de la notificación en la mayoría de los supuestos resulta igualmente inviable, debiendo realizarse mediante edictos.

Llegamos a la conclusión por tanto que el proceso monitorio tal y como se encuentra comprendido en el art. 101 LRJS no tiene utilidad alguna.

A mayor abundamiento, el art. 101 LRJS recoge en el apartado e) literalmente lo siguiente: *“e) Si se formulase oposición en el plazo y la forma expresada en la letra b) anterior, se dará traslado a la parte actora, que podrá, en los cuatro días siguientes, presentar, ante el Juzgado de lo Social, demanda en la forma prevenida en este mismo artículo, en cuyo caso se procederá seguidamente al señalamiento ulterior de los actos de conciliación y juicio en la forma ordinariamente prevista, sobreseyendo en caso contrario las actuaciones”*, de lo que se infiere que en caso de que la contraparte (deudora) se opusiera al monitorio planteado por el trabajador, éste habrá perdido mucho más tiempo del que habría ganado tras la interposición de monitorio en lugar de haberse declinado a favor de la reclamación de cantidad tradicional, y es que en caso de oposición, el proceso se convierte en ordinario toda vez que el trabajador interponga posteriormente la correspondiente demanda ante los juzgados de lo social, quedando sobreseído el monitorio interpuesto en su momento<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> En este sentido, las conclusiones del estudio realizado por el Observatorio de la Justicia y de los Abogados del Área Procesal Laboral del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid “Proceso monitorio social” cuando finaliza del siguiente modo: *“Los letrados valoran el proceso monitorio como un proceso*

Por ello digo, que el procedimiento monitorio queda sin utilidad real en este tipo de supuestos y es por ello que insisto en la necesidad de introducir a la nómina como título ejecutivo tal y como desarrollaré a lo largo del estudio.

Volviendo al tema que nos ocupa de manera centrada en el presente estudio, debemos continuar insistiendo en que la protección en relación a los salarios de los trabajadores resulta insuficiente y poco eficiente si nos referimos a los procesos que regulan las reclamaciones de éstos, en cuanto que en el caso del procedimiento ordinario de reclamación de cantidad, desde el inicio del proceso con la presentación de la papeleta de conciliación y posterior presentación de la demanda ante los juzgados de lo social correspondientes hasta que tiene lugar el acto de juicio y posterior ejecución de la resolución que en su caso estime la demanda, habrá transcurrido un período de temporal tan extenso, que en la mayoría de los supuestos, de un lado, habrá perjudicado gravemente la ajustada economía del trabajador, y de otro, la empresa podría haberse posicionado en una situación de insolvencia tal, que hará imposible el cobro de lo adeudado al actor.

Dicha situación se agrava aún más en períodos de crisis económica tal y como ocurre en la actualidad, pues a lo largo del año 2012 los Juzgados de lo Social de todo el territorio español tuvieron que hacer frente a 146.647 reclamaciones de cantidad, un total de 918.094 desde el comienzo de la crisis en el año 2007<sup>108</sup>.

---

*que no es demasiado útil para lograr la agilización de la jurisdicción social. Los letrados se refieren a la percepción de que el procedimiento es una pérdida de tiempo, así como al límite económico y al hecho de que no pueda utilizarse frente a empresas a las que hay que notificar por edictos como impedimentos para su utilización. La conclusión final es que este procedimiento no agiliza la justicia”.*

108 Datos oficiales del CGPJ:

[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica\\_Judicial/Informes\\_estadisticos/Informes\\_periodicos/ci.Datos\\_sobre\\_el\\_efecto\\_de\\_la\\_crisis\\_en\\_los\\_organos\\_judiciales\\_Cuarto\\_trimestre\\_de\\_2012.formato3](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica_Judicial/Informes_estadisticos/Informes_periodicos/ci.Datos_sobre_el_efecto_de_la_crisis_en_los_organos_judiciales_Cuarto_trimestre_de_2012.formato3)

En el año 2013 la situación no mejoró, sino todo lo contrario pues la jurisdicción Social ingresó 469.329 asuntos, habiéndose resuelto un total de 408.092 expediente, quedando por tramitar un total de 360.412<sup>109</sup>.

En relación al último año actualizado (2014) la jurisdicción Social ha tenido un total de 427.966 nuevos asuntos. Se han resuelto 411.818 asuntos y han quedado tramitándose 346.105 asuntos, de lo que se infiere que si bien ha tenido lugar un descenso en el número de nuevos expedientes, no es menos cierto que el número continúa siendo excesivamente alto e imposible de manejar teniendo en cuenta los recursos de la justicia en el orden jurisdiccional social<sup>110</sup>.

Lo mismo ocurre en el caso de utilizar, para reclamar cantidades adeudadas, el proceso monitorio, pues tal y como comentamos con anterioridad *“Si se formulase oposición en el plazo y la forma expresada en la letra b) anterior, se dará traslado a la parte actora, que podrá, en los cuatro días siguientes, presentar, ante el Juzgado de lo Social, demanda en la forma prevenida en este mismo artículo, en cuyo caso se procederá seguidamente al señalamiento ulterior de los actos de conciliación y juicio en la forma ordinariamente prevista, sobreseyendo en caso contrario las actuaciones<sup>111</sup>”*; en definitiva, ambos procesos (ordinario y/o monitorio) sitúan al trabajador en una situación de tal espera, que en muchos de los supuestos tienden a aceptar quitas sobre gran parte de la deuda o aún mediando una resolución estimatoria, se vean abocados a la solicitud de la prestación del Fondo de Garantía Salarial, cuya cantidad principal se verá gravemente reducida, además de un retraso considerable en la satisfacción del crédito en la mayoría de los supuestos inasumible por tratarse del sustento principal del trabajador y de su familia.

Por tanto, la protección hacia los salarios o determinadas cantidades adeudadas por el empresario derivadas de la relación laboral se materializa a través del proceso de

---

<sup>109</sup> Datos oficiales del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Los-Juzgados-y-Tribunales-ingresaron-8-636-016-asuntos-el-ano-pasado--un-3-8----menos-que-en-2012>

<sup>110</sup> Datos oficiales del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/La-tasa-de-litigiosidad-aumento-en-2014--tras-cuatro-anos-a-la-baja>

<sup>111</sup> Art. 101.e) de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social.

reclamación de cantidad ordinario o a través del proceso monitorio (tan solo en determinados supuestos); ambos procesos, claramente insuficientes y carentes de eficacia y de la agilidad necesaria.

De otro lado, cabría preguntarnos, ¿qué protección ostenta el trabajador, ya no tanto cuando el empresario le adeuda cantidades *stricto sensu* sino cuando simplemente (entiéndase el adverbio utilizado sin ánimo alguno de quitar gravedad al asunto) se retrasa en el abono de los salarios y pretende la continuación de la relación laboral?

En este supuesto y lamentablemente debemos concluir que absolutamente ninguna, al menos con carácter inmediato. Veamos con más detalle el motivo de tal conclusión.

De un lado, el ordenamiento jurídico ofrece al trabajador la posibilidad de interponer denuncia ante la inspección de trabajo que provocará la correspondiente sanción al empresario ante una sanción tipificada como muy grave: “*El impago y los retrasos reiterados en el pago del salario debido*”<sup>112</sup>, lo que inevitablemente conlleva un perjuicio en la economía de la empresa que provocará mayores retrasos en el abono del salario en futuras ocasiones o incluso mayores retrasos en aquellos trabajadores que no hayan llevado a cabo acciones legales, protegiendo tan solo a quien haya denunciado dicha situación y no en todos los casos. Por tanto, esta alternativa, a menos que la contemplemos como una herramienta de aprendizaje a futuro, no supone una solución al problema que realmente preocupa al trabajador, que no es otro que el abono puntual de sus salarios.

De otro lado, ¿Qué solución propone el actual ordenamiento jurídico? El art. 50 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores establece que:

*“1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:*

---

<sup>112</sup> Art. 8 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

- a. *Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.*
- b. *La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.*
- c. *Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.*

2. *En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente”.*

En este sentido, tal y como apunta parte de la Doctrina, “*dos son las consecuencias que se anudan a los elementos anteriores que caracterizan a la acción del art. 50 ET (i.e. incumplimiento imputable al empresario y efectos constitutivos de la sentencia). En primer lugar y fundamentalmente, la apreciación de la causa resolutoria habilita al trabajador a ejercitar la correspondiente acción resarcitoria relativa a los daños y perjuicios causados por el empresario. En segundo lugar y con base en los efectos constitutivos de la sentencia, el trabajador se encuentra asimismo debidamente legitimado ad causam para pedir la satisfacción de los salarios devengados hasta la fecha de la resolución judicial. La cuestión reside en analizar cómo afecta a ambos extremos la declaración del empresario en situación legal de concurso, especialmente cuando la sentencia recayera con posterioridad al auto declarativo de concurso*<sup>113</sup>”.

Por tanto, las soluciones que el ordenamiento jurídico plantea al trabajador ante tal problemática son las siguientes:

- En caso de impago del salario:

---

<sup>113</sup> ALBALATE, J; ARA, C.: “Los efectos del concurso sobre la resolución del contrato laboral por causa imputable al empresario”. Anuario de Derecho Concursal, nº 28. 2013. Págs. 221-231.

Reclamación de cantidad a través de procedimiento ordinario.

Reclamación de cantidad a través del proceso monitorio.

Solicitud de intereses al 10% anual de mora.

Extinción de la relación laboral.

- En caso de retrasos en el abono del salario:

Extinción de la relación laboral.

Solicitud de intereses al 10% anual de mora.

No obstante lo anterior, si la empresa se encuentra en situación de insolvencia o de concurso de acreedores, el trabajador se encuentra en una situación aún menos ventajosa si cabe ya que no tendría ni tan siquiera opción a reclamar la cantidad a través del proceso monitorio, pues dicho proceso no puede ser utilizado frente a empresarios que se encuentren situación de concurso (Art. 101 LRJS) y es por ello que tan solo le quedaría la posibilidad de reclamar dichas cantidades por el proceso legalmente establecido en la LC, que no es otro que la solicitud de reconocimiento del crédito a la administración concursal, teniendo el trabajador que esperar a que la administración finalice las fases correspondientes y que éste no le niegue su derecho, en cuyo caso deberá continuar con la vía del incidente a través de la jurisdicción mercantil, muy alejada como bien sabemos de los principios de celeridad y agilidad procesal que si ostenta la jurisdicción social.

### ***3.1.3.5. El art. 50 ET a la luz de la Ley Concursal***

El art. 64.10 de la Ley 22/2003, Concursal, tras la redacción de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, establece que *“Las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente previsto en este artículo, la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme se*

*suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al expediente de extinción colectiva. La resolución que acuerde la suspensión se comunicará a la administración concursal a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte, una vez alzada la suspensión. Igualmente se comunicará a los tribunales ante los que estuvieren tramitando los procedimientos individuales. El auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos”.*

Antes de la reforma de la Ley 38/2011, todas a aquellas demandas presentadas ante la jurisdicción social al amparo del art. 50.1b) ET, en caso de superar determinados umbrales numéricos<sup>114</sup>, se reconvertirían en una solicitud colectiva de extinción ante los juzgados de lo mercantil. Si bien es cierto que la actual normativa no contempla umbral alguno.

De cumplirse los requisitos exigidos por la norma, *“la extinción contractual por la causa referida se considerará individual, tramitándose procesalmente ante el juzgado de lo social, aún cuando la empresa se encuentre en situación de concurso ( STSJ Madrid de 27-6-2006 [ JUR 2007, 9339 ] , todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de que, en el supuesto de recaer sentencia estimatoria que grave económicamente el patrimonio del deudor, su ejecución corresponda al juzgado de lo mercantil ( STSJ Madrid, de 17-12-2007 [ AS 2008, 661 ] )”*<sup>115</sup>.

---

114 Con anterioridad a la reforma de la Ley 38/2011 la norma establecía que debían alcanzarse al menos lo siguientes umbrales: *“Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa. Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores. Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores”*. Tras la reforma, se mantienen dichos umbrales.

<sup>115</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La competencia laboral de los jueces del concurso”. Aranzadi social nº. 9. 2009. Parte Tribuna. Versión electrónica.



Ha de precisarse que aunque el presente texto versa sobre las situaciones de impago o retraso en el abono de los salarios, tras la reforma de la Ley 38/2011 el art. 64.10 LC afecta no solo a lo establecido en el art. 50.1.b) ET sino que afecta a todo el art. 50 ET, es decir, no solo a la vulneración de las obligaciones del empresario acerca de impagos y/o retrasos en el abono del salario sino al resto por igual, aunque si bien es cierto, estas causas de resolución deberán estar relacionadas con la situación económica o de insolvencia del concursado, por lo tanto, no otras que se inicien tras la solicitud de concurso por razones distintas, por ejemplo, el acoso laboral.

El art. 50 ET en a tenor del art. 64.10 LC plantea determinados problemas de carácter práctico, tanto desde una perspectiva procesal, como es el caso de la competencia jurisdiccional, como desde una perspectiva sustantiva, en relación a la determinación indemnizatoria, entre otros aspectos.

### **3.1.3.6. Problemática procesal**

#### **1. La problemática en materia competencial**

La LO 8/2003, de 9 de julio modificó la LOPJ, 6/1985, de 1 de julio, añadiendo un nuevo precepto, el art. 86 ter, según el cual “...*la jurisdicción del juez del concurso será exclusiva y excluyente en las siguientes materias: 2º. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de la Ley Concursal, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral*»; en los mismos términos se expresa el art. 8.2º LC. Por otro lado, el art. 64.1 LC indica que «*los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez presentada ante el juez de lo mercantil la solicitud de declaración de concurso, se tramitarán ante éste por las reglas*

*establecidas en el presente artículo”, y el nuevo art. 57 bis ET contiene una remisión normativa, disponiendo que “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.*

Por ello, con anterioridad a la Ley 38/2011, y teniendo en cuenta que las otras dos causas previstas en el art. 50 ET siguen siendo competencia exclusiva del juez de lo social, y que incluso en los supuestos del art. 50.1.b) ET se mantiene la competencia del orden jurisdiccional social y la aplicación de la normativa laboral mientras no se alcancen los límites numéricos previstos en la norma concursal<sup>116</sup>; dicho lo cual, será el número de reclamantes lo que determine la ubicación en una u otra sede, la diversa competencia del órgano judicial que resuelva, y los trámites a seguir<sup>117</sup>.

Por tanto, *“cuando la medida pueda afectar a un grupo de trabajadores que se considera significativo y aparece como fundamento la relevancia colectiva de estas acciones”*<sup>118</sup>.

En este sentido la jurisprudencia venía estableciendo que *“acreditado el incumplimiento empresarial e interpuesta la conciliación antes de la declaración de concurso antes de haber sido autorizada por el juzgado de lo mercantil la extinción colectiva de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla de la empresa, resulta de aplicación la doctrina que recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 5 abril 2001 (RJ 2001, 4885), relativa a la interposición de acción individual de extinción de la relación laboral, al amparo del art.50 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997), cuando haya sido iniciado expediente de regulación de empleo, pues*

<sup>116</sup> En el mismo sentido BENTONILA CHOCRÓN, S; GARCÍA-SERRANO, C; HERNÁNDEZ VICTORIA, MJ; JIMENO SERRANO, J.F; LÓPEZ TERRADA, E; MARTÍNEZ MOYA, J; NORES TORRES,L; ORELLANA CANO, A.M.; DE LA RICA GOIRECELAYA, S; RÍOS MAESTRE, J.M.; RÍOS SALMERÓN, B.: "Despido y crisis económica". Ed. Lex Nova. 2011.

<sup>117</sup> BADIOILA SÁNCHEZ, A.M.: “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Comentario a la STSJ de Galicia de 15 de julio de 2005”. Aranzadi social. 2005. Versión electrónica.

<sup>118</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”. Actualidad Laboral nº. 10. 2004. Pág. 1168.

*se puede asimilar tal situación, con la solicitud de extinción colectiva de relaciones laborales, acaecida en procedimiento concursal, porque, aún cuando para el primer supuesto según el Tribunal Supremo, ningún precepto legal en nuestro Ordenamiento jurídico se pronuncia de manera expresa, en el sentido de prohibir el ejercicio de la acción que a los trabajadores confiere el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores , encaminada a obtener la resolución del contrato, con base en los incumplimientos graves por parte del empresario que en dicho precepto se contemplan, por el hecho de que, previamente a la interposición de la demanda, haya solicitado el empresario, a través del correspondiente ERE, la extinción de los contratos al amparo de lo previsto en el art. 51 del propio Estatuto, y para el segundo, es decir, en caso de concurso, si que se pronuncia expresamente el art. 64 de la Ley Concursal ( RCL 2003, 1748 ) , que no priva de eficacia a la acción individual ejercitada por el trabajador al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores , sino que solo indica que la misma tendrá la consideración de extinción de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el Juez del Concurso por el procedimiento previsto en el precepto, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración de concurso los límites que explicita”<sup>119</sup>.*

De lo expuesto se infiere que, para que el juez de lo social conociera de extinciones de la relación laboral presentadas con carácter individual ante los juzgados de lo social debían cumplirse los siguientes requisitos:

- Acreditar el incumplimiento empresarial, ya sea por impagos del salario o retrasos en el abono del mismo.
- Que la papeleta de conciliación haya sido presentada con anterioridad a la declaración del concurso.
- Que la interposición de la papeleta de conciliación haya sido presentada antes de haber sido autorizada por el juzgado de lo mercantil la extinción colectiva de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla de la empresa.

---

119 Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, número 76/2012 de fecha 27.01.2012.

Por tanto, únicamente, cuando se superaban los umbrales numéricos establecidos en la Ley 22/2003<sup>120</sup>, y no se cumplieran los requisitos anteriormente reseñados, serán las demandas de resolución de contrato planteadas por trabajadores competencia del juez de lo mercantil y no del juez social.<sup>121</sup>

La jurisprudencia del Tribunal Supremo apunta en este sentido cuando establece que *“La causa de la transferencia competencial se halla en la generalización de los impagos, que no afectan ya a un trabajador aislado o a un reducido número de ellos, sino que tienen una incidencia sobre la plantilla que el legislador ha considerado relevante -partiendo de una canon de proporcionalidad- y directamente vinculada a la situación crítica de la empresa y que, además, habrán de generar indemnizaciones con sustancial repercusión sobre la masa, lo que aconseja impedir al ejecución separada<sup>122</sup>”*.

Con posterioridad a la reforma, llevada a cabo por la Ley 38/1011, el artículo 64.10 LC no establece ningún umbral numérico, de modo que no indica a partir de cuantas acciones resolutorias individuales, la extinción se considera colectiva.

Por otro lado, el precepto utiliza el plural de modo que debe entenderse que en caso de llevarse a cabo más de una demanda que pretenda llevar a cabo la extinción de la relación laboral en base al art. 50 ET, podrá ser considerada la extinción individual como colectiva a los efectos de su tramitación por el juez del concurso.

Sin embargo, parece que la solución al caso no pasa por determinar el número de trabajadores afectados pues desde el momento en que se inicie el expediente a tenor de lo establecido en el art.64 LC, todos esos procesos individuales posteriores a la solicitud

---

120 Respecto a los umbrales numéricos de trabajadores afectados, ver LOUSADA AROCHENA, J.F., “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”, Revista de Derecho Social n.º 27. 2004. Págs. 68 a 70.

121 En este sentido STS (Sección Cuarta) de fecha 22.12.2008. (RJ 2009, 1434).

122 STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de fecha 13.04.2011. RJ 2011/3951. (Rec. 2149/2010). Ref. CENDOJ 28079140012011100379; STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 5398/2012 de fecha 8.11.2012. (Rec. 3988/2012). Ref. CENDOJ 15030340012012105094.

del concurso, pendientes de resolución firme, quedan suspendidos cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la suspensión.

Por lo tanto, al hacer referencia a todos los procesos individuales, la conversión en colectiva lo es con independencia del número de trabajadores accionantes<sup>123</sup>.

Parte de la doctrina entiende que *“La reforma modifica ampliamente este apartado, tratando de evitar las situaciones que se vienen produciendo cuando todos o parte de los trabajadores deciden acudir a los Juzgados de lo Social, soslayando el expediente de regulación de empleo concursal, a sabiendas de que la indemnización fijada por estos Juzgados puede ser muy superior, en concreto, de cuarenta y cinco días por año de servicio, actualmente treinta y tres, a las de veinte días o superior que se pactan en el expediente concursal. Se trata de solucionar igualmente la posibilidad de que una misma cuestión, la extinción de la relación laboral de un trabajador, se sustancie separadamente ante el Juzgado de lo Social y el Juzgado de lo Mercantil”*<sup>124</sup>.

Esta tesis, ahonda aún más si cabe en la idea de que la norma concursal pretende la prohibición de compatibilidad entre el procedimiento de extinción colectiva y el ejercicio de estas acciones individuales en aquellos supuestos que se cumplan los requisitos exigidos por la norma<sup>125</sup>.

No obstante, la opinión de quien suscribe el presente texto, es radicalmente distinta, al entender que la opción más razonable es que el Juzgado de lo Social sea quien conozca de la extinción de la relación laboral y que en su defecto y a pesar de

---

<sup>123</sup> En este sentido OLMOS PARÉS, ISABEL.: “La extensión de la jurisdicción del concurso en los aspectos laborales. La reforma de la Ley Concursal”. Ed. Francis Lefebvre. Actum Social, nº 59. 2012. Versión electrónica.

<sup>124</sup> CANO MARCO, F.: “Aspectos laborales de la reforma concursal efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre”. Ed. Revista jurídica galega. Nº 69. 2010. Págs. 11-28. En el mismo sentido CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. Relaciones Laborales nº 23-24/2003. Pág. 116.

<sup>125</sup> En este sentido ORCARAY REVIRIEGO, J.J.; BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: “La nueva Ley Concursal y las medidas declarativas laborales competencia del juez de lo mercantil: especial referencia a las acciones resolutorias individuales ex artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores”. Ed. Lex Nova nº. 3. 2005. Parte: artículo doctrinal.

seguir un procedimiento u otro – opción que por otro lado, no tiene sentido alguno ya que intentando evitar resoluciones dispares ante una misma cuestión, eliminamos el sentido de la modalidad procesal, vaciando de contenido la norma tanto procesalmente como sustantivamente, ya sea en el ámbito laboral o ante el juez mercantil – la indemnización sea la inherente a la calificación de extinción de la relación laboral como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del empresario y no la de un despido objetivo por causas económicas.

Por ende, he de insistir que el espíritu de simplificación e incluso de evitar posibles resoluciones contradictorias no puede entrar en conflicto con las normas sustantivas establecidas en el propio Estatuto de los Trabajadores (en el presente caso en el artículo 50), por lo que, de continuar en el empeño del trasvase de competencias que le eran propias al juez social, el juez mercantil deberá respetar las normas establecidas en el ordenamiento jurídico correspondiente al orden jurisdiccional social, evitando así el establecimiento de un nuevo cuerpo normativo, según convenga.

## **2. Acumulación de procesos seguidos ante la jurisdicción social y trasvase jurisdiccional**

La problemática de la reforma de la norma en relación al art. 64.10 no solo radica en cuanto al ámbito competencial se refiere, sino que en materia procesal existen serias dudas igualmente acerca de la acumulación de procesos seguidos ante la jurisdicción social. Desde una perspectiva procesal adjetiva, ¿Cómo va a poder llevarse a cabo dicho trasvase de la jurisdicción social a la civil/mercantil?

La LRJS en materia competencial en relación a la situación jurídica de empresas inmersas en concurso de acreedores viene estableciendo su falta de competencia en diversos preceptos de la norma: art. 3 en relación a las materias excluidas del orden jurisdiccional social; al igual que ocurre en el art. 4, art. 6; en cuanto a recursos: art. 7.d) y art. 191.4.b) incluso en la fase ejecutoria art. 237.5, art. 248.3, cobrando sin duda sentido la propia Disposición adicional tercera en relación a la Aplicación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal que establece literalmente que: “*Las disposiciones de*

*la presente Ley no resultarán de aplicación en las cuestiones litigiosas sociales que se planteen en caso de concurso y cuya resolución corresponda al juez del concurso conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con las excepciones expresas que se contienen en dicha Ley”.*

No obstante, La Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social recoge las normas en materia de acumulación en los artículos 25-41, los cuales no han sufrido modificación alguna en relación al tema que nos ocupa.

La dificultad radica principalmente en que se trata de demandas que se interponen ante los Juzgados de lo Social pertinentes; demandas que han de ser admitidas por dichos Juzgados al ser competentes para resolver sobre dicha materia<sup>126</sup> y que a su vez deberán ser acumuladas en el seno del orden jurisdiccional social para su posterior trasvase a la jurisdicción mercantil, que será donde se resuelva el conflicto litigioso.

Podría entenderse como primera opción, que se trata de una acumulación obligatoria tal y como ocurre con aquellas demandas interpuestas por el mismo trabajador por separado, en relación a la extinción de la relación laboral a tenor del art. 50 ET y un posterior despido<sup>127</sup>.

No obstante, he de incidir en la dificultad de llevarse a cabo acumulación de oficio, pues lógicamente, en el relato de la demanda los trabajadores no tienen por qué señalar que otros trabajadores de la misma empresa han interpuesto demandas por idéntica materia, no siendo tan común como a priori puede parecer que todos los trabajadores opten por la misma representación o asistencia jurídica y mucho menos

---

<sup>126</sup> Art. 2 LRJS.

<sup>127</sup> Art. 32.1 LRJS: “Cuando el trabajador formule por separado demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el juzgado que conoce del asunto”.

podemos poner en el tejado de la justicia que identifique esta cuestión a los efectos de acumulación.

De ello se infiere que *“será el empresario, o la administración concursal, la interesada en que se acumulen dichos procesos, y quien de cumplirse los requisitos establecidos, al pedir la acumulación tendrá que instar, también, el cambio de jurisdicción...”*<sup>128</sup>.

Una parte de la Doctrina entiende que una vez cumplidos los presupuestos legales, la competencia se altera y corresponde en su integridad al juez del concurso debiendo por tanto llevar a cabo el trasvase competencial, pudiendo llegar éste al conocimiento de tales acciones a través de una doble vía: de un lado, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51.1 LC, el juez mercantil de oficio o a instancia de parte podría apreciar su competencia y acordar la acumulación al concurso de las resoluciones individuales amparadas en el artículo 50.1.b) ET que estuviesen en tramitación en el orden social; de otro lado, el propio juez social ante el que se han formulado las demandas, ya sea de oficio o a instancia de parte podría, al amparo del artículo 50.1 LC, apreciar de oficio su falta de competencia teniendo igualmente que acumular dichos procesos para el posterior trasvase.

Según lo expuesto podrían darse las siguientes situaciones:

- Que el juez de lo social aprecie a instancia de parte (trabajadores, empresarios, administrador concursal...) o de oficio (más complicado) su falta de competencia por lo que una vez acumulados dichos procesos a tenor del art. 29 y 30 LRJS, y una vez oídas la partes acerca de la competencia, tendría que emitir el correspondiente Auto declarando su falta de competencia a fin de que las partes puedan continuar su procedimiento en la jurisdicción mercantil.

---

<sup>128</sup> BARRIO CALLE, A. Op. Cit. Pág. 1.



- El juez de lo mercantil podrá reconducir este tipo de procesos a través de la vía de la acumulación de autos prevista en el art. 51.1 LC: el juez del concurso (de oficio o a instancia de parte) puede apreciar su competencia y acordar la acumulación al concurso de los juicios declarativos que se encuentren en tramitación, esto es, puede acordar la acumulación al concurso de las acciones resolutorias ejercitadas y en tramitación ante la jurisdicción social<sup>129</sup>.

No obstante, la segunda de las alternativas resulta del todo inviable puesto que tal y como se expuesto con anterioridad, el juez natural y competente para la admisión y conocimiento de estas demandas individuales es el juez de lo social y, por otra parte, porque el juez del concurso solo será competente cuando se hayan cumplidos los requisitos exigidos en el art. 64.10 LC, pero no antes y, en todo caso, los trabajadores no podrían solicitar la extinción ante el juzgado mercantil por no tener la condición de legitimados ex artículo 64.2 de la Ley Concursal.

Lo lógico por tanto, parece que la jurisdicción social sea la única competente para llevar a cabo la acumulación de procesos, en el presente supuesto, acumulación de Autos y consiguiente transformación en demanda colectiva para su reenvío al juez mercantil, quedando el juez de lo social incurso en una especie de “*incompetencia jurisdiccional sobrevenida*”<sup>130</sup>.

### **3. Reconversión del procedimiento: del proceso de extinción de la relación laboral al proceso de extinción colectiva. El momento del ejercicio de la acción y tramitación en los Juzgados de lo mercantil.**

Con anterioridad a la reforma de la Ley 38/2011, el momento del ejercicio de la acción de reconversión del procedimiento sucedía cuando el número de trabajadores

---

<sup>129</sup> En este sentido VIQUEIRA PÉREZ, C.: “El ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago o retraso en el abono del salario en el contexto del concurso: algunos puntos críticos”. Revista Aranzadi Social. Paraf. 61. 2007. Parte presentación.

<sup>130</sup> CRUZ VILLALÓN, J. Op. Cit. Pág. 116.

afectados, es decir, el número de reclamantes, superaba los límites que la norma establecía, y eso deberá ocurrir “...desde la declaración del concurso...”.

No obstante, tras la reforma de la Ley 38/2011, el momento en que se considera la extinción colectiva es, desde que se inicia el expediente de regulación de empleo establecido en el art. 64 LC.

A priori, el precepto puede plantear dudas en relación a si debe considerarse desde la mera solicitud o desde la admisión por el juez de la solicitud de inicio, controversia que parece resolver el párrafo segundo del precepto cuando establece que: “Acordada la iniciación...”. De este modo, la misma providencia de admisión de la solicitud del expediente del art. 64 LC permitirá la aplicación del citado precepto.

Una vez recibidas las demandas individuales acumuladas, ¿Cómo se tramita en los juzgados de lo mercantil?

En este sentido, a pesar de que el art. 64.10 de la Ley Concursal no indica nada al respecto y partiendo de la ubicación sistemática en que se encuentra el artículo 64 de la Ley Concursal y de la utilización de términos equivalentes: “extinciones de carácter colectivo” (64.10) y “extinción colectiva” (64.1), parece que la tramitación de las demandas individuales acumuladas y a tenor de lo expuesto a lo largo del presente artículo, deberán llevarse a cabo en el seno del expediente de extinción colectiva presentado en los Juzgados de lo mercantil, que dará lugar a una única resolución judicial, el Auto.

En definitiva, parece evidente que la norma pretende evitar la simultaneidad de dos vías extintivas en pro del principio de la unidad del procedimiento concursal, aunque tal y como señalamos en líneas anteriores, lo que en realidad pretende el legislador es proteger la situación patrimonial del concursado y que los contratos de trabajo se extingan con la menor indemnización posible, aunque ello suponga un grave perjuicio en el patrimonio de los trabajadores, aún en el supuesto del incumplimiento grave de las obligaciones del empresario.

### **3.1.3.7. Problemática sustantiva**

#### **1. De la cuantía indemnizatoria**

Cuando un trabajador plantea una demanda por extinción de la relación laboral en base al art. 50 ET, solicita la resolución individual del contrato que en caso de ser estimada, inherente a dicha estimación, se prevé la indemnización del despido improcedente (45 días por año; 33 días por año a partir de la aprobación del Real Decreto 3/2012, más conocido como “Reforma laboral”).

No obstante, siguiendo el trámite que establece el art. 64.10 LC, la transformación en reclamación colectiva y su trámite como extinción colectiva dará lugar a las indemnizaciones previstas para estos casos de extinción colectiva: (20 días por año), que en el mejor de los casos, tales cantidades tendrán la consideración de créditos contra la masa (artículo 84.2.5.º de la Ley Concursal) y no se abonarán hasta que se apruebe el convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso (artículo 154.2 de la Ley Concursal), situación que provoca una situación nada atractiva para el trabajador que verá dilatado en el tiempo su pretensión de cobrar la cantidad adeudada por la empresa, ya sea en concepto de cantidades debidas o en concepto de indemnización como consecuencia de la solicitud de la extinción de la relación laboral por el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario.

No obstante, la regulación contenida en el artículo 64.10 de la Ley Concursal no ofrece una solución definitiva en relación a la indemnización, y así podría pensarse que la reconducción del procedimiento conlleva que en todos los aspectos se aplique lo dispuesto para las extinciones colectivas, en cuyo caso la indemnización sería también la de 20 días por año<sup>131</sup> o, por el contrario, podría defenderse la independencia indemnizatoria de los supuestos de resoluciones individuales (aún transformadas en extinción colectiva en relación al mero proceso) por cuanto de la literalidad del 64.10 de la Ley Concursal solo se deriva que la transformación lo será “a los efectos de su

---

131 En este sentido: CRUZ VILLAÓN, J. Op. Cit. Pág. 117.

tramitación ante el juez del concurso”, debiendo entenderse en este caso que las indemnizaciones alcanzarán los 45/33 días por año porque en lo no previsto actúa como supletoria la ley laboral<sup>132</sup>.

No obstante, ha de tenerse en cuenta que el proceso laboral queda suspendido por la iniciación del expediente de la LC art.64 y el juez del concurso extingue los contratos de trabajo y éste lo hará según la primera opción, con la indemnización de 20 días salvo acuerdo expreso de una indemnización superior y sólo si desestima la solicitud de extinción podrán reanudarse los procedimientos laborales ante el juez social para que en su caso acuerde la extinción solicitada con la indemnización de los 45 días previstos en el ET art.50.

En este sentido apunta la Doctrina del Tribunal Supremo en cuanto que *“La disyuntiva ha de ser resuelta en el sentido de que la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también el monto de la indemnización. Tras el Auto de declaración de concurso, la situación de concurso de la empresa no sólo provoca la competencia del Juez del concurso para el control y autorización de la extinción, sino que tiene efectos sustantivos en la misma y, al remitirlo al del art. 51.8 ET, transforma el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de extinción contractual.*

*Si el legislador ha incluido estas extinciones entre los llamados expedientes judiciales (o concursales) de regulación de empleo, competencia del juez del concurso, lo ha hecho porque la causa en la que inicialmente se sustentan -el incumplimiento de la obligación del abono del salario- está íntimamente ligada a la situación de la empresa, y tanto estas extinciones como las que resulten del despido colectivo habrán de ser valoradas desde la perspectiva del aseguramiento de la viabilidad de la empresa y del gravamen que las indemnizaciones representen en la continuidad de la misma.<sup>133</sup>”*

---

<sup>132</sup> En este sentido: ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales de la ley concursal”. Ed. Tirant Lo Blanch. 2004. Pág. 85. También, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003...”, ob. cit., pág. 74, dado que el artículo 64.10 se refiere sólo a alteración competencial, no a cambios sustantivos.

<sup>133</sup> STS (Sala cuarta) de fecha 13.04.2011. (Recurso 2149/2010). Ref. CENDOJ 28079140012011100379.

Por contra, quien suscribe ha de discrepar con dicha línea jurisprudencial de un lado, si tenemos en cuenta la literalidad del precepto. El propio Tribunal Supremo entiende en la sentencia reseñada (recurso de casación para la unificación de doctrina) que *“Es cierto que la literalidad del art. 64.10 LC pudiera dar a entender que contiene un mandato meramente procesal, de concreción del procedimiento...”*. De otro lado, si precisamente se ha justificado el trasvase de jurisdicciones o transformación procedimental de una extinción de la relación laboral de carácter individual al proceso de reclamación colectiva en aras de la unificación de procesos, no puede convertirse en el proceso de ahorro de indemnizaciones en perjuicio del Derecho del trabajador a percibir la indemnización contemplada en el art. 50 ET en cuanto que el trasvase competencial no suponga la vulneración de los derechos de los trabajadores contempladas en el ordenamiento jurídico laboral ni la vulneración de las normas sustantivas que componen el ordenamiento jurídico laboral.

En definitiva, quien suscribe entiende que el alto Tribunal confunde la mera adaptación de un proceso en aras del principio de unificación que sostiene la propia Ley Concursal con una absoluta violación de las normas laborales en pro del patrimonio de una empresa concursada en perjuicio de los derechos crediticios de los trabajadores y de la propia norma sustantiva del ordenamiento jurídico en materia laboral.

Por tanto, debe señalarse que desde el comienzo de la crisis en el año 2007 se ha acentuado tanto el impago como los retrasos en el abono de los salarios como obligaciones que el empresario ha venido incumpliendo y vulnerando reiteradamente y es por ello que cada vez son más los trabajadores que no pueden seguir conformándose con una mera reclamación de cantidad; en primer lugar por el grave retraso por parte de los Juzgados de los señalamientos para la resolución del conflicto en el acto de juicio, a diferencia del carácter urgente de los procedimientos que solicitan la extinción de la relación laboral; en segundo lugar, porque para combatir el incumplimiento del empresario en relación al retraso en el abono de los salarios no existe modalidad procesal alguna, salvo lo establecido en el artículo 8.1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que tipifica dicha situación como “muy grave”, cuya vía

procesal se escapa de la jurisdicción social, siendo competencia de la Inspección de Trabajo, sirviendo ésta en todo caso, tal y como se decía al inicio del presente epígrafe, como herramienta educativa para el empresario que incumple sus obligaciones.

El presente texto no pretende hacer un análisis respecto del ya comentado hasta la saciedad artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y sus efectos, sino el estudio del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores a la luz del art. 64.10 de la Ley 22/2003, Concursal, tras la redacción de la Ley 38/2011, de 10 de octubre y su problemática.

El artículo 64.10 del Estatuto de los Trabajadores establece, tal y como se ha venido señalando a lo largo del presentes texto que aquellas demandas interpuestas ante los Juzgados de lo Social a tenor del art. 50 ET motivadas por una mala situación económica o de insolvencia de la empresa concursada, no solo no se tramitarán ante la jurisdicción social, sino que además, dichas demandas sufrirán una mutación procesal, convirtiéndose así en auténticas extinciones de carácter colectivo desde el momento en que se acuerde la iniciación del expediente para la extinción de los contratos.

Dicho precepto ha motivado grandes críticas no solo por parte de la Doctrina científica sino por parte de los propios Tribunales.

En primer lugar, con anterioridad a la reforma de la Ley 38/2011, todas a aquellas demandas presentadas ante la jurisdicción social al amparo del art. 50.1b) ET, tan solo van a reconvertirse en una solicitud colectiva de extinción ante los juzgados de lo mercantil, si éstas superaban los umbrales numéricos que recogía el artículo 64.10 LC.

No obstante, parecía que el debate había finalizado y quedado resuelto con la reforma de la Ley 38/2011, pues contrariamente a ello, dicha normativa no contempla umbral alguno, lo que ha supuesto mayor facilidad aún para aquellas empresas que se encuentran en situación de concurso, pues no será necesario que un número determinado de trabajadores interpongan la correspondiente demanda a tenor del art. 50 ET antes los Juzgados de lo Social para poder reconvertirlo en una demanda colectiva

cual expediente de regulación de empleo, sino que basta con que sean al menos dos trabajadores para alcanzar dicho objetivo, situación con graves consecuencias para el trabajador tal y como se han venido exponiendo a lo largo del texto.

En segundo lugar, ha de señalarse una segunda modificación relevante en relación a la eliminación del requisito que exigía que para llevar a cabo la reconversión, el incumplimiento empresarial por el que el trabajador pretendía llevar a cabo la extinción de la relación laboral, debía basarse en el art. 50.1.b) ET, pues tras la reforma de la Ley 38/2011 dicha reconversión podrá llevarse a cabo por cualquiera de los incumplimientos recogidos en el art. 50 ET es decir, no solo por la vulneración de las obligaciones del empresario en relación a los impagos y/o retrasos en el abono del salario sino en relación a todos aquellos supuestos recogidos en el art. 50 ET por igual, aunque si bien es cierto, estas causas de resolución deberán estar relacionadas con la situación económica o de insolvencia del concursado, por lo tanto, no otras que se inicien tras la solicitud de concurso por razones distintas, por ejemplo, acoso laboral; situación que provoca de nuevo una mayor flexibilidad en pro de las empresas concursadas para llevar a cabo dicha reconversión con los efectos negativos hacia los trabajadores que ello conlleva.

En tercer lugar, en relación lo expuesto anteriormente, la problemática en materia competencial ya que con posterioridad a la reforma, llevada a cabo por la Ley 38/1011, el artículo 64.10 LC no establece ningún umbral numérico tal y como ocurría con la Ley 22/2003, de modo que no indica a partir de cuantas acciones resolutorias individuales, la extinción se considera colectiva.

El precepto utiliza el plural de modo que debe entenderse que en caso de llevarse a cabo más de una demanda que pretenda llevar a cabo la extinción de la relación laboral en base al art. 50 ET, podrá ser considerada la extinción individual como colectiva a los efectos de su tramitación por el juez del concurso.

Sin embargo, parece que la solución al caso no pasa por determinar el número de trabajadores afectados por lo que en el momento en que le precepto hace referencia a

todos los procesos individuales, la conversión en colectiva lo es con independencia del número de trabajadores accionantes en tanto que parte de la doctrina entiende que lo que pretende el actual art. 64.10 LC es evitar las situaciones que se vienen produciendo cuando todos o parte de los trabajadores deciden acudir a los Juzgados de lo Social, soslayando el expediente de regulación de empleo concursal.

Esta tesis, tal y como se señaló con anterioridad, ahonda aún más si cabe en la idea de que la norma concursal pretende la prohibición de compatibilidad entre el procedimiento de extinción colectiva y el ejercicio de estas acciones individuales en aquellos supuestos que se cumplan los requisitos exigidos por la norma.

En este sentido, la opinión de quien suscribe entiende que la mejor opción es que el Juzgado de lo Social sea quien conozca de la extinción de la relación laboral y que en su defecto y a pesar de seguir un procedimiento u otro – opción que por otro lado, no tiene sentido alguno ya que intentando evitar resoluciones dispares ante una misma cuestión, eliminamos el sentido de la modalidad procesal ya sea en el ámbito laboral o ante el juez mercantil – la indemnización sea la inherente a la calificación de extinción de la relación laboral como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones del empresario y no la de un despido objetivo por causas económicas.

Por ende, he de insistir que el espíritu de simplificación e incluso de evitar posibles resoluciones contradictorias no puede entrar en conflicto con las normas sustantivas establecidas en el propio Estatuto de los Trabajadores (en el presente caso en el artículo 50), por lo que, de continuar en el empeño del trasvase de competencias que le eran propias al juez social, el juez mercantil deberá respetar las normas establecidas en el ordenamiento jurídico correspondiente al orden jurisdiccional social, evitando así el establecimiento de un nuevo cuerpo normativo, según convenga.

En cuarto lugar, e igualmente en relación con lo expuesto anteriormente, existe un grave problema en relación a la cuantía indemnizatoria pues el efecto inherente al procedimiento seguido ante los juzgados de lo social a tenor del art. 50 ET supone una indemnización de 45 días por año de servicio hasta la aprobación del RD 3/2012 y 33



desde la aprobación de la misma, los procedimientos seguidos en el seno del expediente de regulación de empleo dan lugar tan solo a 20 días por año de servicio.

En este sentido apunta la Doctrina del Tribunal Supremo que la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos.

No obstante, de nuevo quien suscribe ha de discrepar con dicha línea jurisprudencial de un lado, si tenemos en cuenta la literalidad del precepto. El propio Tribunal Supremo entiende en la sentencia reseñada (recurso de casación para la unificación de doctrina) que *“Es cierto que la literalidad del art. 64.10 LC pudiera dar a entender que contiene un mandato meramente procesal, de concreción del procedimiento...”*. De otro lado, si precisamente se ha justificado el trasvase de jurisdicciones o transformación procedimental de una extinción de la relación laboral de carácter individual al proceso de reclamación colectiva, en aras de la unificación de procesos, no puede convertirse en el proceso de ahorro de indemnizaciones en perjuicio del Derecho del trabajador a percibir la indemnización contemplada en el art. 50 ET en cuanto que el trasvase competencial no suponga la vulneración de los derechos de los trabajadores contempladas en el ordenamiento jurídico laboral ni la vulneración de las normas sustantivas que componen el ordenamiento jurídico laboral.

En definitiva, quien suscribe entiende que el alto Tribunal confunde la mera adaptación de un proceso en aras del principio de unificación que sostiene la propia Ley Concursal con una absoluta violación de las normas laborales en pro del patrimonio de una empresa concursada en perjuicio de los derechos de los trabajadores y de la propia norma sustantiva del ordenamiento jurídico en materia laboral.

### **3.1.4. El embargo preventivo como medida cautelar**

Ante situaciones de insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales una de las alternativas que suelen aparecer en la mente de todo profesional del derecho es solicitar el embargo preventivo como medida cautelar, a fin de que los bienes del empresario deudor sean trabados y embargados con carácter previo a la resolución del

fondo del asunto, tendente a proteger los derechos crediticios del trabajador que los reclama, todo ello sin perjuicio de la puesta a disposición del empresario de la cantidad retenida en caso de que las pretensiones del trabajador no sean finalmente reconocidas judicialmente<sup>134</sup>.

No obstante, a pesar de que la figura del embargo preventivo como medida cautelar en casos de insolvencia empresarial puede parecer una solución interesante, lo cierto es que el acceso real a esta protección resulta especialmente complicada para los trabajadores que en su caso la soliciten, y es por ello que esta posibilidad debe ponerse en tela de juicio, y por ende, introducir al embargo preventivo como cuarta causa de la actual problemática en relación a la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales además de lo expresado, por la dificultad de los trabajadores para obtener como medida cautelar el embargo preventivo, necesario para asegurar el cumplimiento de resoluciones que pudieran entenderse finalmente estimatorias en pro de éstos.

Así las cosas, debe advertirse que resulta especialmente complejo que el trabajador solicitante reúna evidencias suficientes para acreditar que se cumplen los requisitos legalmente establecidos: apariencia de buen derecho, periculum in mora y la prestación de caución, sobre todo en relación a la apariencia de buen derecho y periculum in mora, y por si fuera poco, complicado resulta que el trabajador pueda prestar en la mayoría de las situaciones la caución legalmente exigida, todo ello si tenemos en cuenta la carencia de solvencia alguna como consecuencia de los incumplimientos del empresario en relación al abono de los créditos laborales, pues a pesar de lo estipulado en el art. 79.1 LRJS, es decir, la exención de la prestación de caución, determinados juzgados insisten en la necesidad de la prestación de caución como requisito indispensable para el acceso a esta medida cautelar.

En relación al embargo preventivo en el orden jurisdiccional civil cabe establecer, entre otras, dos importantes diferencias:

---

<sup>134</sup> En este sentido, VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Evitación del proceso: conciliación y reclamación previa. Nueva regulación de medidas cautelares”. Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante. Versión electrónica.

*“1º.- Se da entrada al FOGASA. Es Órgano Administrativo cuya intervención en el proceso laboral constituye una excepción a la regla general que restringe a los demandantes esta posibilidad de solicitud. Su legitimación nace de los supuestos de responsabilidad subsidiaria –supuesto de insolvencia empresarial- o directa que tiene reconocida en el Estatuto de los Trabajadores (arts. 33 y 51, respectivamente). La condición de parte procesal no se discute pues ha sido reconocida por el Tribunal Supremo con jurisprudencia pacífica sobre la materia (entre otras, STS en recurso de casación 132/02). La LPL habla de parte interesada por lo que habrá de entender no sólo al demandante sino también al demandado reconviniente.*

*2º.- El Juez puede acordarlo de oficio. Esta opción no tiene cabida en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Nace, con toda seguridad, del carácter tuitivo del derecho laboral y en favor del trabajador como parte más débil de la relación laboral”<sup>135</sup>.*

Sin embargo, la realidad resulta mucho más restrictiva que lo establecido en la normativa, puesto que rara vez un tercero ajeno a la propia parte insta de el embargo preventivo, entre otras razones a fin de no dar apariencia de falta de objetividad con una de las partes del proceso.

El embargo preventivo debe encuadrarse como una medida cautelar necesaria para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera acordarse en sentencia<sup>136</sup>.

El embargo preventivo debe solicitarse siempre que se cumplan los tres requisitos exigidos jurisprudencialmente y en la propia norma, a excepción de la caución, aunque como se advertía en líneas anteriores a día de la fecha determinados juzgados continúan exigiendo la prestación de la misma:

- Apariencia de buen derecho.

---

<sup>135</sup> "El embargo preventivo en el proceso laboral: diferencias respecto al proceso civil". Autoría de la propia editorial. Ed. Economist & Jurist. Versión electrónica.

<sup>136</sup> Art. 79 LRJS en relación con el art. 721 a 747 LEC.

- Periculum in mora.
- Caución.

Esto es así en tanto que el embargo de bienes se incardina normalmente en la fase de ejecución (provisionalmente o definitivamente) que exige por tanto una sentencia o resolución condenatoria ya dictada. La posibilidad de adelantar el embargo antes de haberse dictado la sentencia se prevé en el art. 79 LRJS, como una medida preventiva tendente a garantizar los futuros derechos que pudieran corresponder al demandante, pero siempre condicionado a que se justifique que por el demandado se realizan actos de los que pueda éste situarse en un estado de insolvencia e impedir la efectividad de la sentencia<sup>137</sup>.

Resulta comprensible que se trate de una medida excepcional en tanto que nadie puede ser desprendido de su patrimonio<sup>138</sup>, pero precisamente la exigencia desproporcionada por parte de juzgados y tribunales consistente en que la parte que solicite dicho embargo preventivo acredite la insolvencia de la mercantil que provoque la ineffectividad de la sentencia, hace que sea prácticamente imposible llevar a cabo dicha medida, pues a criterio de quien suscribe el presente estudio, en ocasiones, basta con acreditar la ausencia del pago de determinados créditos laborales para que sea llevado a cabo dicho embargo preventivo, pues rara vez el trabajador dispone de documentación o evidencias suficientes que acrediten una situación de insolvencia empresarial con carácter doloso o culpable, aunque si pueda demostrar que al menos la empresa se ha situado en una posición de insolvencia respecto del pago de los créditos laborales, motivo más que suficiente para creer que la empresa nunca pagará dichos créditos, pues de otro lado, se estaría pervirtiendo el espíritu y la finalidad de la norma en relación a esta medida cautelar, pues concurriendo situaciones de insolvencia dolosa o culpable la vía no debería ser en ningún caso el embargo preventivo, sino que ésta

---

<sup>137</sup> Auto del Juzgado de lo Social número 21 de Madrid de fecha 20.02.2014.

<sup>138</sup> Art. 1 del Protocolo nº. 1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades cuando señala literalmente que: “...Nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”.

sería en todo caso la consecuencia tras la interposición de medidas legales en el ámbito de la jurisdicción penal.

### **3.1.5. La mala actuación de los juzgados en fase de ejecución**

No son pocas las ocasiones en las que una mala actuación por parte de los propios juzgados en plena fase de ejecución y es por ello que el presente estudio debe recoger esta circunstancia como una de las causas motivadoras de la insolvencia en el ámbito de la relaciones laborales, por cuanto dicha actitud, tiene como resultado una nefasta tramitación de la fase de ejecución, situación provocada con mayor ahínco tras la implantación de la entonces denominada “nueva oficina judicial<sup>139</sup>”.

Dicha reforma ha permitido que las secretarías de los juzgados se hayan convertido en simples cadenas de montaje.

Cierto es que la normativa pretendía reforzarse la especialización de los funcionarios tal y como se desprende incluso de la propia exposición de motivos de la norma<sup>140</sup>.

Sin embargo, no se tuvo en cuenta que al igual que ocurre en un sistema equivalente al de una cadena de montaje, se ha dado lugar a que el conocimiento y por lo tanto, la verdadera gestión y tramitación de la fase de ejecución de toda una secretaría recaiga tan solo en uno o dos funcionarios a lo máximo, que en gran parte de las ocasiones tampoco se encuentran verdaderamente especializados, impidiendo así que dicha gestión sea asumida en un momento dado por el resto de los funcionarios de la oficina judicial con la misma eficiencia que los primeros.

Además de la dudosa especialización promovida por la implantación de la nueva oficina judicial, debe tenerse en cuenta la desidia con la que a menudo es tratada la fase

---

<sup>139</sup> LO 1/09, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de la reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; Ley 13/2009, de 3 de nov.

<sup>140</sup> En el mismo sentido ORDEN JUS/3388/2010, de 22 de diciembre.

de ejecución por parte de los juzgados, sin que dicha circunstancia pueda atribuirse a las circunstancias del órgano judicial (como pueda ser la sobrecarga de trabajo<sup>141</sup>, elemento que sin duda también influye a empeorar esta circunstancia), máxime tras la entrada en vigor de la nueva oficina judicial, que claramente beneficia al funcionamiento de la secretaría en perjuicio de los ciudadanos y el resto de intervinientes en la carrera judicial.

De hecho, a modo de ejemplo, es preciso dejar constancia de una de las problemáticas de la fase de ejecución, en el caso que nos ocupa, las alternativas de las que dispone el ordenamiento jurídico para la satisfacción de los derechos crediticios de los trabajadores acreedores. En este sentido, tuve la oportunidad de realizar un trabajo de investigación en relación a las alternativas a la subasta judicial y aunque en la actualidad la LRJS posibilita otras vías por las que satisfacer los derechos crediticios de la parte, lo cierto es que los juzgados no parecen tener intención alguna de abrir paso a otras posibilidades que no sean tan problemáticas como la subasta judicial, principalmente, la falta de sintonía de la subasta con el tipo de justicia que reclama el justiciable, es decir, la falta de sintonía con el tipo de justicia que reclama el justiciable, cuyo origen se encuentra principalmente en un excesivo carácter burocrático: desde una perspectiva judicial, pues todo aquel procedimiento que depende del aspecto puramente judicial, alberga una cadena de trámites procesales que ralentizan el verdadero fin u objetivo de la subasta<sup>142</sup>, que no olvidemos, se trata de la realización de los bienes embargados,<sup>143</sup> del modo que más se aproxima a la eficiencia.

---

<sup>141</sup> STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 10.02.2005. Ref. CENDOJ 28079130072005100034

<sup>142</sup> En esta línea, ST AP de Barcelona (Sección 15ª). Auto núm. 78/2004 de fecha 01.06.2004. (JUR 2004\204938) cuando señala expresamente que: *“Esta exigencia de que los bienes se vendan en pública subasta (art. 1358 LEC/1881 en relación con arts. 1087 y 1088 CCom1829), ha sido matizada por los tribunales. En este sentido participamos de la interpretación que en su día hizo el Auto de la AP Madrid 27 de junio de 1992 [ AC 1992, 851] ), cuando argumentaba que: “Una interpretación del precepto de acuerdo con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas conlleva a la conclusión de que no siempre es necesaria la subasta, pues de otra forma se pueden salvaguardar la seguridad jurídica y el que se recaude más de la liquidación, obteniendo una venta más ventajosa, en beneficio de los acreedores y del propio quebrado. El rigor formal de la subasta puede dilatar excesivamente la venta, acarrea numerosos gastos adicionales y la experiencia enseña que no es el mejor medio para obtener un buen resultado económico”. Además, ahora la antigua normativa concursal debería integrarse con la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 ( RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , y en concreto con las normas de realización de bienes en la ejecución singular, que admite formas alternativas a la subasta judicial , ya sea por acuerdo entre las partes o interesados, con la correspondiente aprobación judicial, ya sea*

Asimismo, es digno de mención lo obvio que resulta la infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española que recordemos, expresa literalmente lo siguiente:

*“1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.”*

La afirmación expuesta se apoya en la siguiente argumentación que supone a mi juicio, la problemática que ha de resolverse con absoluta prioridad: se trata de la ausencia de rentabilidad, si se considera el valor real del bien en el mercado, y no del valor de tasación en la subasta judicial y sobre todo el valor pecuniario aceptado en el remate. Se trata de una crítica más que razonable, pues en realidad, la subasta judicial no protege los intereses ni del acreedor ni del deudor, sino que beneficia y además de un modo desmesurado, los intereses de los conocidos como “subastadores profesionales o subasteros”. *“El justiciable resulta a menudo y por diversos factores, injusticiado por el sistema de tutela jurídica creado para protegerle”*.<sup>144</sup> Dicha afirmación se apoya en el obvio desequilibrio existente entre el valor que puede obtenerse con la venta del bien en el libre mercado, y el valor pecuniario por el que será definitivamente realizado mediante subasta judicial.

Como se ha dicho anteriormente, la ausencia de rentabilidad se deriva una doble clasificación, ambas constituidas por una vertiente de carácter negativo: en primer lugar

---

*mediante la venta por medio de persona o entidad especializada (art. 636 LEC). Siendo normas generales sobre el apremio en la ejecución judicial, podrían aplicarse integrando la arcaica normativa concursal.”*

143 En la misma línea, ROBLEDO VILLAR, A.: “La introducción de las formas especiales de realización forzosa de bienes”. (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 1/2000, de 7 de enero). Actualidad Civil, Sección Crónica, 2000. Ref. XXXVII, pág. 895, tomo 3, Ed. La Ley, cuando expresa literalmente que: *“Si bien mantiene (refiriéndose a la LEC) la subasta judicial como la forma ordinaria de realización forzosa, se admiten, en terminología del legislador, otras vías de enajenación que, de forma alternativa, permitirán agilizar la realización y mejorar su rendimiento”*.

<sup>144</sup> RAMOS MÉNDEZ, F.: “Reflexiones sobre la cuestionable eficacia de la ejecución dineraria”. Diario La Ley, nº 6995, Sección Doctrina. 2008.

para el deudor, quien no podrá obtener el máximo rendimiento económico al bien objeto de la venta, y en segundo lugar para el acreedor, cuya satisfacción del crédito debido no va a alcanzarse plenamente en el supuesto (situación que se produce en la mayoría de los casos) en que el deudor disponga de tan solo un bien para la correspondiente realización, y que este bien, consecuentemente por la venta de éste por un valor pecuniario muy inferior al que puede tasarse en el mercado o por un perito especializado, e incluso elevando el porcentaje de aceptación en el remate.

Por las razones expuestas y sobre todo por aquellas constituidas por la doble vertiente de carácter negativo, por lo que la doctrina tiende a un desarrollo de las alternativas a la subasta judicial, para así, situar a esta última como un verdadero mecanismo subsidiario y residual.

En la jurisdicción social, los tribunales han de resolver cuestiones relativas por lo general a la pérdida de bienes de los empresarios, llegando incluso a la realización de la propia empresa para el correspondiente pago de los créditos debidos a los trabajadores y por lo tanto, ha de alcanzarse un resultado óptimo si se pretende de una liquidación completa a través de la mayor eficiencia por parte de los organismos competentes para la realización de este modalidad de bienes.<sup>145</sup>

En esta línea se encuentra la legislación de países como Francia a través de la conocido “Ley de la Segunda Oportunidad”, consistente en la entrega del bien a cambio de saldar y liquidar la deuda completamente.

---

<sup>145</sup> En la misma línea de pensamiento de lo expuesto en el párrafo se encuentra la Auto de la Sala de lo Social 15ª de la AP de Barcelona al expresar literalmente que: *“La parte apelante con remisión a la doctrina de esta Sala que autoriza que la venta se lleve a cabo en la forma autorizada en el artículo 636 de la LEC, solicita en el recurso que se fije como precio mínimo para la venta del inmueble propiedad de la tutelada el fijado en el informe pericial aportado, permitiendo la venta del mismo de la forma en que se obtenga mayor producto. El Ministerio Fiscal que impugna en el mismo sentido la resolución, señala que la indicada resolución realiza una interpretación restrictiva del artículo 2015 de la LEC que no se ajusta a la realidad social y no protege de forma suficiente los intereses de la incapacitada porque la subasta judicial acarrea la obtención de un precio inferior al de mercado, solicitando la aplicación de lo dispuesto en el artículo 636 de la LEC, que introduce alternativas a la subasta judicial que redundan en beneficio del incapaz.”*



En este sentido podría determinarse incluso, que la deuda de los salarios a los trabajadores a gran escala, podría solventarse mediante la entrega de la empresa a los mismos a cambio de la renuncia expresa de las cantidades adeudadas, convirtiéndose la empresa por tanto en una cooperativa.

Sin embargo, los juzgados en una importante mayoría de los supuestos se niegan a la aplicación de alternativas que no sean la subasta judicial e incluso en alguna ocasión, ni tan siquiera ésta, todo ello dependiendo de si la cuantía de lo recuperable compensa las gestiones que se derivan de la subasta judicial.

No podemos olvidar que a pesar de lo estipulado en la normativa, la fase de ejecución depende directamente de la voluntad del funcionario encargado de la gestión del expediente concreto e incluso de sus circunstancias personales (vacaciones, días moscosos, situación de IT, jubilación, entre otras) y es por ello que en ocasiones los retrasos en la tramitación del expediente de ejecución hacen posible que determinadas empresas se sitúen en posiciones de insolvencia (a veces provocado; otras como consecuencia de la propia actividad mercantil) pero que en definitiva, se trata de circunstancias que empeoran significativamente la fase de ejecución, de realización de los bienes (en su caso) y en definitiva, la satisfacción de los derechos crediticios de los trabajadores.

Por tanto, nos encontramos de un lado con una incorrecta implantación de lo que debía haber sido la nueva oficina judicial, que ha desembocado en una falta de especialización de los funcionarios encargados de gestionar la fase de ejecución en la jurisdicción social; y de otro, la desidia y retraso en la tramitación del expediente en dicha fase de ejecución, con carácter injustificado, que dan lugar a una evidente ineficiencia de los juzgados en dicha fase, perjudicando gravemente al patrimonio de los trabajadores ejecutantes en beneficio de las empresas deudoras.

## 3.2. Efectos

---

### 3.2.1. La situación de insolvencia del trabajador

El impago de los créditos a los trabajadores por parte de empresas insolventes (se trate de una situación de insolvencia real o no) desemboca irremediablemente en una situación de insolvencia también para el trabajador o al menos les sitúa en una posición complicada a la hora de afrontar sus obligaciones del día a día, ya que en muchas ocasiones la cuantía adeudada llega a ser tal que si en cualquier economía familiar ya supone una quiebra importante el dejar de percibir un número determinado de mensualidades cuanto más lo será en una economía modesta, situación que precede a la mayoría de los trabajadores españoles.

No puede olvidarse que el salario supone el único sustento del trabajador y de su familia en la mayoría de los supuestos y por ende, dicho salario soporta los diferentes pagos que una persona (y su familia) debe realizar cada mes para mantener un nivel de vida digno: desde la alimentación del propio trabajador y de su familia, alquiler o hipoteca de la vivienda, suministros, entre otros múltiples gastos.

En este sentido puede citarse la sentencia del TSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2009 que a su vez hace referencia a las sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid en Sentencias de 25 de mayo de 2004 y de 13 de julio de 2004, y la Sala Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 20 de enero de 2006 de las que se desprende que nos encontramos ante situaciones insostenibles económicamente en el momento en que *"... un trabajador deje de cobrar por su trabajo durante un plazo superior al que permite su propia subsistencia, entendida ésta desde el cumplimiento de los deberes de índole financiero (prestamos o hipotecas) y fiscal (impuestos), hasta el del cumplimiento de los deberes familiares y personales más elementales, referidos a la educación, utilización de los servicios mínimos de la vivienda, alimentos, etc., necesariamente deben entenderse como de tal gravedad, que pueden llevar a afectar a la propia subsistencia"*.

En similar sentido se ha pronunciado la Sala del TSJ de Coruña a través de sentencia de fecha 31 de enero de 2010 (recurso 4614/2011 ), en la que el tribunal venía a recordar que la norma general, ante el ejercicio de una acción resolutoria ex art. 50 ET, es que el trabajador debe mantenerse en su puesto hasta la hora de accionar en demanda de la resolución contractual motivada por incumplimiento contractual del empresario, pues como señala la sentencia de la misma Sala de fecha 8 de noviembre de 2000: *“La doctrina jurisprudencial de la Sala ha matizado sobre el ejercicio de la facultad resolutoria del nexo laboral por voluntad del trabajador, en el sentido de que, salvo casos excepcionales -que no consta concurren en el presente caso-, no cabe que éste resuelva extrajudicialmente el contrato de trabajo, sino que lo procedente es que el trabajador solicite la rescisión del contrato laboral, sin abandonar la actividad laboral que desempeña en la empresa, dado que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes de hacerse este pronunciamiento ( sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1.986 ( RJ 1986, 5878), 26 de noviembre de 1.986 ( RJ 1986, 6516), 18 de julio de 1.990 (RJ 1990, 6425 ) y 23 de abril de 1.996 (RJ 1996, 3403), salvo como, antes se ha dicho y, ahora ser repite, que la continuidad laboral atente a la dignidad, a la integridad personal o, en general, a aquellos derechos fundamentales que corresponden al hombre por el solo hecho de su nacimiento”*.

Así las cosas, parece evidente que uno de los efectos más graves reside en los perjuicios que la insolvencia empresarial provoca sobre la vida de los trabajadores, quienes (dependiendo de la gravedad de los incumplimientos del caso concreto) pueden verse situados en posiciones de dificultad económica tal, que pudiesen verse afectados incluso por situaciones de pobreza y de exclusión social, pues no resulta necesario aclarar cuáles son las consecuencias ante el impago del alquiler o hipoteca de la vivienda aunque ésta circunstancia se derive de causa sobrevenida, pues lamentablemente los ciudadanos no tienen otorgada prerrogativa alguna en casos como al que nos referimos, ni tan siquiera por parte de las entidades aseguradoras, quienes en el mejor de los casos, contemplan determinada seguridad para el tomador en casos de despido que sean finalmente declarados nulos o improcedentes.

### **3.2.2. Los perjuicios para las Administraciones Públicas**

Los efectos no solo alcanzan con carácter exclusivo a las pequeñas y limitadas economías de los trabajadores (sin duda, para este autor, el perjuicio más grave) sino que éste se extiende irremediabilmente al ámbito de las Administraciones Públicas, en adelante, AAPP.

Así, las consecuencias de un alto nivel de insolvencia empresarial tal y como viene ocurriendo en España desde hace años trae consigo una serie de graves consecuencias, y la ausencia de penalización para quien provoca una situación de insolvencia empresarial fomenta con mayor frecuencia situaciones de dudosa realidad de insolvencia empresarial en clara connivencia con el legislador y con parte del sistema judicial en perjuicio de los trabajadores acreedores, abocados a la satisfacción parcial de su pretensión a través de un FOGASA en el mejor de los casos, cuyo organismo, a pesar de haber conseguido lo que podríamos calificar como mantenimiento de una parte de la pacificación social a lo largo de los últimos años, favoreciendo *“la mejora del bienestar social mediante la redistribución de la renta desde las vertientes territorial, sectorial y social<sup>146</sup>”*, cada vez garantiza una cuantía mucho menor de lo adeudado, perjudicando y atentando así cada vez más contra el patrimonio de los trabajadores, y la contraprestación que caracteriza las relaciones laborales al amparo del art. 1.1 ET.

Por ello es que desde el inicio de la mal llamada “crisis económica”, el número de expedientes pendientes de tramitación por parte del Fondo de Garantía Salarial ha aumentado considerablemente. Del excesivo aumento de expedientes tramitados se infiere que lejos de atender a los objetivos propios que corresponden según la naturaleza de las prestaciones que dicho organismo ofrece, éstas se han convertido en uno de los pilares más consolidados del fraude empresarial.

---

<sup>146</sup> RAMÓN DANGLA, R.: “La protección del crédito laboral ante la insolvencia empresarial. Desde el privilegio hasta el Fondo de Garantía Salarial. Un nuevo instrumento de política económica y del estado de bienestar”. Historia e Instituciones económicas. Universidad Castilla – La Mancha. Conference: IX Congreso Internacional de la Asociación Española de Historia Económica. Universidad de Murcia. Versión electrónica.

Debemos recordar que uno de los extremos especialmente protegido por parte del Fondo de Garantía Salarial es precisamente el salario. En este sentido, establece el art. 33.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que: *“El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario”*, precepto del que se desprende que el Fondo de Garantía Salarial se posiciona en caso de insolvencia salarial exclusivamente como responsable civil subsidiario, incluso en aquellos casos en los que el trabajador ni tan siquiera se encuentre dado de alta en la Seguridad Social<sup>147</sup>.

En el mismo sentido y desde una perspectiva procesal adjetiva debemos tener en cuenta la intervención del Fondo de Garantía Salariales en virtud de lo establecido en los arts. 23, 24, 253, 276 y Disposición Transitoria Quinta de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

La insolvencia empresarial en España ha aumentado de tal manera que según datos del Consejo General del Poder Judicial, en el último trimestre de 2013 hubo 2.419 concursos de acreedores, de un total de 10.949 concursos presentados a lo largo del año 2013, de los cuales un amplio porcentaje no abonó crédito laboral alguno y entre los que llegaron a cumplir con créditos laborales, tan solo hicieron frente a parte de los créditos laborales calificados como “créditos contra la masa”.

En palabras de la doctrina científica: *“Como es sobradamente conocido, la intervención del Fondo de Garantía Salarial está reservada de manera principal para aquellos casos en que la empresa se halla ante dificultades económicas a la hora de abonar los salarios u otros créditos laborales. Estas vicisitudes se presentan, sobre*

---

<sup>147</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3936/1994, de fecha 04.07.1994.

*todo, en situaciones de insolvencia y con ocasión de la sujeción de la empresa a un procedimiento de concurso”<sup>148</sup>.*

Sin embargo, no podemos mirar eternamente para otro lado sin señalar que no todas las empresas declaradas en situación de insolvencia, en calidad de responsable subsidiario que desemboca en el abono de las cuantías adeudadas por parte del Fondo de Garantía Salarial, se encuentran realmente en una situación de insolvencia real sino que en muchas ocasiones, determinadas empresas (cada vez un mayor número de éstas) vienen a crear una segunda empresa libre de deudas a la vez que conducen a los trabajadores a reclamar al Fondo de Garantía Salarial (previa correspondiente demanda), las deudas que deben ser abonadas por la empresa, única deudora principal.

En este sentido los privilegios empresariales frente a los derechos crediticios de los trabajadores resultan absolutos, no como consecuencia de la derogación del principio de ejecución separada<sup>149</sup>, razón por la que no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni de otra índole contra el patrimonio del deudor de un modo efectivo, sino que en aquellos supuestos en los que la empresa no se encuentra necesariamente en una posición real de insolvencia, mientras que el empresario mantiene deudas con sus trabajadores, ya sea en concepto de indemnización, ya sea en concepto de salarios (exceptuando las cantidades correspondientes a los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 ET), éste podrá continuar con la actividad empresarial, generando crédito suficiente para mantener la empresa e incluso obtener beneficios en algunos casos, nada desdeñables, todo ello insisto, manteniendo la deuda con los trabajadores, quienes se verán abocados a solicitar la prestación del Fondo de Garantía Salarial a tenor del art. 33 ET, con las limitaciones establecidas en la Ley<sup>150</sup>.

---

148 MIRANDA BOTO, J.M.: “Extensión de la garantía del FOGASA: validez de las indemnizaciones reconocidas por la jurisdicción social en el marco de un concurso”. *Aranzadi Social*. Paraf. 7. 2010. Parte presentación. Versión electrónica.

149 Calificada como desafortunada por la doctrina laboralista. En este sentido SEMPERE NAVARRO, A.V; RÍOS SALMERÓN, B; ARETA MARTÍNEZ, M.: “La Ley concursal y los aspectos sociales”. 2004. Ed. Laborum. Pág. 350.

150 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

Sin embargo, además de la absoluta desprotección y menoscabo en la que esta conducta empresarial sitúa al trabajador (analizada en el anterior epígrafe), no solo por la evidente pérdida en términos económicos en tanto que el Fondo de Garantía Salarial no responde de las deudas íntegras del empresario<sup>151</sup>, sino también por el grave retraso que resulta bien conocido y que viene caracterizando las gestiones y resoluciones de dicho organismo. Para ello, parece relevante analizar si cabe pensar en la posibilidad de llevar a cabo acciones legales contra empresarios que lleven a cabo la conducta empresarial anteriormente reseñada, concretamente a tenor de lo establecido en el art. 257 en relación con el art. 307 del Código Penal, tema principal del presente texto, extremo que analizaremos más adelante.

En este sentido, merece ser citada la resolución dictada por la Fiscalía Provincial de Madrid (N/Rfª: D. Inv. Penal 175/2015) de fecha 22 de octubre de 2015, que si bien concluía que la conducta del Fondo de Garantía Salarial a través de la empresa Tragsatec no constituía delito alguno sí que cabría “*hablar de cierto descontrol o errores en la tramitación de los expedientes*”, circunstancia especialmente significativa, pues los derechos crediticios de los trabajadores por su especial sensibilidad no deberían depender en ningún caso de la tramitación de empresas privadas que cuentan con un personal poco cualificado para gestiones de esta índole, y mucho menos cabe que, atendiendo a la especialidad de tales créditos y a pesar de haberse acreditado por la fiscalía un absoluto descontrol en la tramitación de los expedientes, no se haya llevado a

---

<sup>151</sup> Regulado a través del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

Tener en cuenta los máximos o topes: Respecto de cantidades la cuantía máxima a abonar es la que resulta de multiplicar el doble del salario mínimo interprofesional diario, con prorrateo de pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de ciento veinte días.

No obstante, cuando la declaración de insolvencia o el auto del concurso sea anterior al 15-7-12, y se soliciten cantidades devengadas antes de esa fecha, los límites a tener en cuenta serán de 150 días de salario, sin que el salario base del cálculo pueda superar el triple del salario mínimo interprofesional diario con prorrateo de pagas extras.

En relación con la indemnización, la cantidad máxima a abonar es una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del doble del Salario Mínimo Interprofesional, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias. No obstante, cuando la extinción del contrato y la declaración de insolvencia o el auto de declaración del concurso sean anteriores al 15-7-12, ese límite será del triple del salario mínimo interprofesional, con inclusión de la parte proporcional de pagas extraordinarias.

cabo medida alguna en aras de proteger y mejorar las garantías de cobro de los créditos de origen laboral.

### **3.2.2.1. Evolución del Fondo de Garantía Salarial**

Una de las graves consecuencias de la insolvencia empresarial radica en la inevitable pérdida patrimonial de los trabajadores y de toda la ciudadanía en general a través de FOGASA. En este sentido, parece relevante recordar la evolución del Fondo de Garantía Salarial por cuanto las constantes reformas legislativas han provocado un cambio significativo en relación al objeto y finalidad de dicho organismo y sobre todo, sobre la prestación que éste tiene el deber de gestionar y salvaguardar.

Debemos señalar la doble protección a la que el Fondo de Garantía Salarial debe responder: en primer lugar, en relación al salario de los trabajadores cuyas empresas han dejado de abonar y que en consecuencia, se encuentren en situación de insolvencia; y en segundo término, sobre las indemnizaciones por despido o situaciones análogas en idéntica situación.

Debemos remontarnos, para conceptualizar la primera de las protecciones, al término salario que según la doctrina científica *"constituye la contraprestación del empleador a la prestación laboral del trabajador por cuenta ajena y tiene su base en el contrato de trabajo, está sometido a las eventualidades propias de los contratos sinalagmáticos en lo que respecta a su percepción. Pero además, la situación jurídica del salario es imposible desligarla de su trascendencia económica, sobre todo en los sistemas de economía de mercado en los que por encontrarse, en general, los empresarios en una situación de privilegio frente a los trabajadores, éstos se hallan sujetos tanto a los avatares de la economía como a la especial presión del poder empresarial"*<sup>152</sup>. Así, *"para evitar esta situación de inseguridad del trabajador en relación con la percepción del salario, se han adoptado una serie de medidas de protección del mismo, tanto en relación a la cuantía como a su efectiva percepción y,*

---

<sup>152</sup> MOLINER TAMBORERO, G.: "El Fondo de Garantía Salarial y su problemática jurídica". Revista del Trabajo, nº 65. 1982. Pág. 87.



*en último caso, a reparar los perjuicios causados por su falta de pago*”<sup>153</sup>, y es precisamente en este punto donde aparece la figura e intervención del Fondo de Garantía Salarial.

En relación a la segunda protección sobre la que debe responder igualmente el Fondo de Garantía Salarial radica en el abono a los trabajadores de las indemnizaciones reconocidas en resoluciones que ostentan la categoría de título ejecutivo, tales como la Sentencia, el Auto, el Acta de Conciliación Judicial o la Resolución administrativa, a causa de despido (improcedente o nulo) o extinción de los contratos de trabajo conforme a los artículos 50, 51 y 52 del Estatuto de los Trabajadores, por incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por finalización de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan, todo ello de conformidad con el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

El Fondo de Garantía Salarial fue creado por el Real Decreto 17/1977, de 4 marzo, sobre relaciones de trabajo en cumplimiento de la previsión contenida en el art. 31 de la Ley 16/1976, de 8 abril, de Relaciones Laborales, que se consagra en la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, en la que ya aparece definido como organismo autónomo, dotado de personalidad jurídica y de capacidad de obrar, cuyo desarrollo se estableció en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

Actualmente, el Fondo de Garantía Salarial constituye un “*organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines*” (art. 33.1 TRET), cuya regulación se contiene en principalmente en el art. 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 24 marzo 1995 así como en el Real Decreto

---

<sup>153</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral”. Ed. Aranzadi. Parte I: Introducción. Versión electrónica.

372/2001, de 6 de abril por el que se modifica el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial<sup>154</sup>.

Así las cosas, la responsabilidad atribuida legalmente al Fondo de Garantía Salarial constituye un supuesto típico de responsabilidad subsidiaria y no como responsable principal o único ya que el responsable principal del abono de los créditos laborales es directamente el empresario, mientras que la obligación de abono del Fondo de Garantía Salarial surge exclusivamente en caso de que el empleador no pudiera hacer frente a la deuda<sup>155</sup>.

No obstante, a pesar de lo señalado con anterioridad en relación al carácter de responsabilidad subsidiario del Fondo de Garantía Salarial, resulta relevante mostrar la evolución de los expedientes que han sido gestionados por el Fondo de Garantía Salarial en los últimos años. Concretamente, los datos de los últimos diez años en relación a los

---

<sup>154</sup> NORMATIVA PRINCIPAL: Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. Actualizado tras Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio; REAL DECRETO 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial; REAL DECRETO 372/2001, de 6 de abril por el que se modifica el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial; ORDEN DE 20 DE AGOSTO DE 1985, por la que se desarrolla el artículo 32 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre conclusión de acuerdos de devolución de las cantidades satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial; RESOLUCIÓN de 3 de abril de 2008 de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial por la que se aprueba el modelo de impreso de solicitudes, según lo establecido en el artículo 24.2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

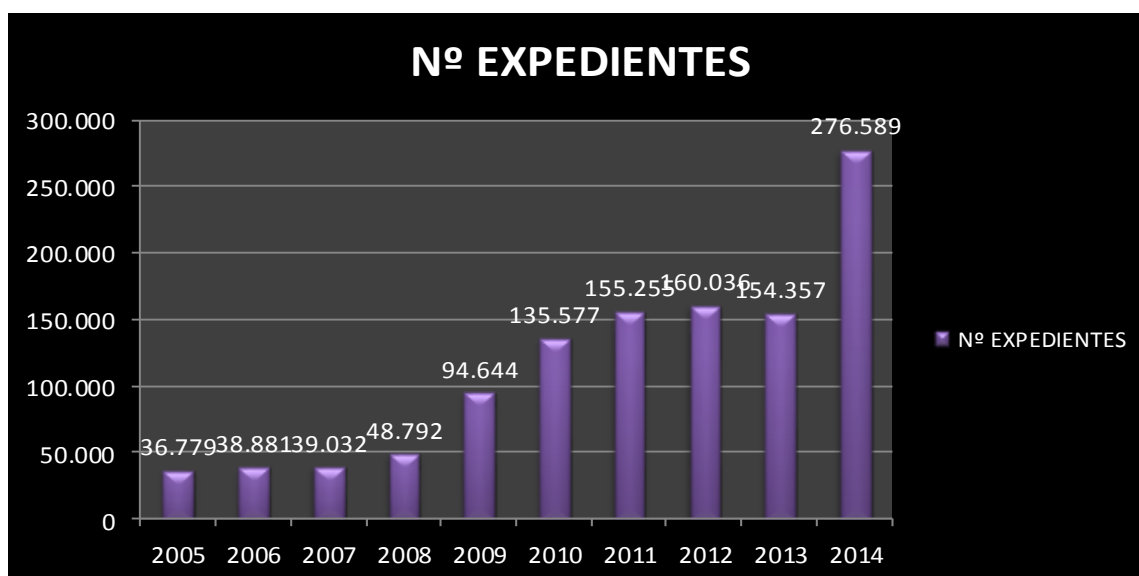
NORMATIVA COMPLEMENTARIA: LEY DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. Ley 30/1992, de 26 de noviembre; LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN SOCIAL. Ley 36/2011, de 10 de octubre; SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL PARA 2013. Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013 (BOE 31-12-12).

NORMATIVA SUPRANACIONAL: CONVENIO 173, DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Instrumento de ratificación del Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1992; DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES. Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

<sup>155</sup> Responsabilidad subsidiaria por insolvencia empresarial que por cierto arranca, “*como se ha reconocido por la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo desde la firmeza del correspondiente auto de insolvencia en este sentido se han pronunciado las sentencias ( STS 13-2-1993 EDJ 1993/1345 , 14-2-1994 EDJ 1994/1247, 24-2-1998 EDJ 1998/1598, 9-3-1999 EDJ 1999/6074 , 17-12-1999 EDJ 1999/405623) todas ellas también recogidas en la Sentencia TS 3-7-2001 REC 486/2000 EDJ 2001/29.321*”. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha (Sala de lo Social). Sede: Albacete, de fecha 01.09.2015. Recurso 1391/2014. Ref. CENDOJ 02003340012015100565.

expedientes tramitados por el Fondo de Garantía Salarial pueden materializarse del siguiente modo:

EVOLUCIÓN EXPEDIENTES FOGASA	
AÑO	EXPEDIENTES FOGASA
2005	36.779
2006	38.881
2007	39.032
2008	48.792
2009	94.644
2010	135.577,00
2011	155.255,00
2012	160.036,00
2013	154.357,00
2014	276.589
2015	88.946



**Evolución expedientes FOGASA\***

En cuanto al gasto en prestaciones de FOGASA, puede materializarse del siguiente modo:

<b>EVOLUCIÓN GASTO FOGASA</b>	
<b>AÑO</b>	<b>GASTO PRESTACIONES FOGASA (€)</b>
2005	232.024.946,21
2006	312.060.342,57
2007	380.515.856,50
2008	434.015.589,55
2009	833.758.573,53
2010	1.287.000.755,53
2011	1.499.982.502,42
2012	1.530.088.365,71
2013	1.373.609.844,53
2014	2.288.599.845,57
<b>TOTAL</b>	<b>8.171.656.622</b>



Evolución gasto prestaciones FOGASA\*

Los datos<sup>156</sup> revelan un claro aumento del número de prestaciones solicitadas y por tanto de expedientes tramitados por el Fondo de Garantía Salarial, cuyo mayor ascenso tiene su origen en el inicio de la mal llamada “crisis económica” en el año 2007, cifra que no ha dejado de ascender hasta el pasado año, descenso que tan solo puede atribuirse a determinadas modificaciones legislativas en aras de ahorro de las AAPP, de la desprotección social de los trabajadores y no a una mejoría del mercado laboral<sup>157</sup>.

No obstante, lo relevante del presente estudio no radica tanto en un análisis de la evolución del mercado laboral sino de la situación que se desprende de los datos reseñados ut supra en relación al número de expedientes tramitados por el Fondo de Garantía Salarial, que ponen de manifiesto los nefastos efectos de la insolvencia empresarial, agravados durante la última década.

Para ser exactos, debemos señalar que en los últimos diez años el número de expedientes tramitados por el Fondo de Garantía Salarial ha aumentado en 116.278 o lo que es lo mismo, un 405%; si tenemos en cuenta como origen el inicio la crisis en el año 2007, el número de expedientes ha aumentado en 115.325 o lo que es lo mismo, un 395%; datos que reflejan una evolución muy negativa del Fondo de Garantía Salarial en relación con los elementos que sitúan a dicho organismo como verdadero deudor principal de facto y no subsidiario tal y como establece la propia norma.

### **3.3. Propuestas y soluciones**

---

A través del presente epígrafe, este autor pretende introducir una batería de propuestas y soluciones tendentes a reducir el impacto de la insolvencia en el ámbito de

---

<sup>156</sup> Extraídos de la página web del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social: <http://www.empleo.gob.es/fogasa/estadisticas.html> (En el presente estudio no se contemplan los relativos al año 2014 en tanto que los datos publicados aún solo son parciales, concretamente hasta el 30/04/2014 que alcanza un total de 47.079 expedientes).

<sup>157</sup> En este sentido Disposición Final Quinta de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Modificación del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores establece: *"Con efectos de 1 de enero de 2014 y vigencia indefinida, se suprime el apartado 8 del artículo 33 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, manteniéndose el resto de la redacción, así como su numeración"*.

las relaciones laborales, tanto por el perjuicio que dicha conducta causa en perjuicio de aquellos que menos recursos disponen así como por el grave perjuicio que deben afrontar las AAPP y por ende, el resto de la ciudadanía.

A modo de esquema, las propuestas que serán desarrolladas a lo largo del estudio pueden materializarse del siguiente modo:

- Efectos de la Sentencia TJUE (Asunto C-311/13).
- Solución jurisprudencia: la interpretación del silencio por parte del Fondo de Garantía Salarial.
- La aplicación del art. 257 en relación con el art. 307 CP.
- La nómina como título ejecutivo.
- El monitorio social.
- La adquisición de la empresa concursada por parte de los trabajadores.
- El grupo empresarial o grupo de empresas.
- La sucesión de empresas.

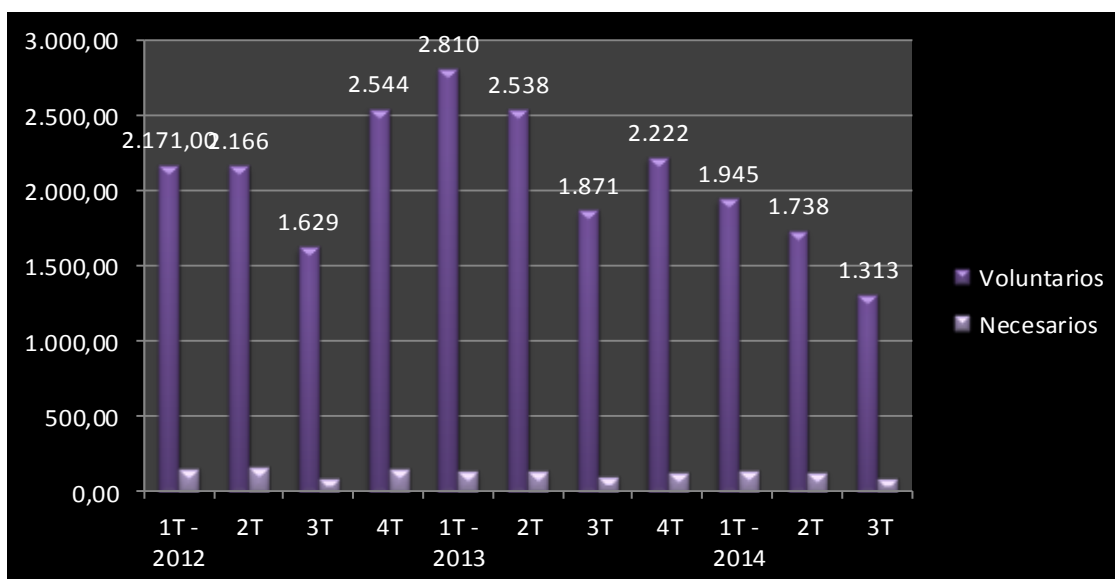
### **3.3.1. Efectos de la Sentencia TJUE (Asunto C-311/13)**

La insolvencia empresarial en España viene siendo uno de los problemas de mayor gravedad en el ámbito de las relaciones laborales, pues dicha conducta empresarial viene a repercutir gravemente sobre los derechos de los trabajadores y sobre los derechos de la propia Administración Pública<sup>158</sup> tal y como hemos podido analizar en el epígrafe dedicado a los efectos de la citada conducta empresarial.

---

<sup>158</sup> Téngase en cuenta que según datos del Instituto Nacional de Estadística correspondientes al tercer trimestre, aunque el número de deudores concursados ha disminuido en un 28,8% (alcanzando un total de 1.401 concursos), más del 95% de los concursos en 2013 terminaron en liquidación según últimas cifras de Estadística concursal de Registradores.

**Evolución del número de deudores concursados\***



**\*Datos definitivos hasta el 4º trimestre 2013**

De un lado, el trabajador deja de percibir la contraprestación de obligado cumplimiento para el empresario al amparo del art. 1.1 ET, siendo dicho salario el principal eje de la relación laboral, en contra del propio concepto de las relaciones laborales<sup>159</sup>.

De otro, la administración pública resulta igualmente perjudicada desde una triple perspectiva: (1) Porque la administración pública deja de percibir las cuantías a las que tiene derecho en relación al pago de las correspondientes cotizaciones a la Seguridad Social<sup>160</sup>. (2) Lo mismo ocurre en relación a la retención del IRPF<sup>161</sup> y resto de impuestos<sup>162</sup> de los trabajadores que presten servicios en las distintas empresas. (3)

<sup>159</sup> Artículo 1.1 en relación con el art. 29 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>160</sup> Artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>161</sup> Téngase en cuenta la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio.

<sup>162</sup> De hecho, la Hacienda Pública ha llevado a cabo quitas en concursos de acreedores por valor de 74 millones de euros desde el año 2006 - Conclusiones del Estudio del Consejo General de Economistas. Análisis de la pyme de la reforma concursal y la incidencia del crédito público de fecha 16 de julio de 2014.

Porque de los créditos salariales derivados de la insolvencia empresarial debe hacerse cargo en calidad de responsable y deudor civil subsidiario el Fondo de Garantía Salarial<sup>163</sup>.

Por si fuera poco, en no pocas ocasiones las empresas vienen a beneficiarse del servicio presado por los trabajadores, ignorando la obligación de dar de alta a éstos en el Régimen General de la Seguridad Social. Para estos trabajadores, el drama venía a agravarse cuando una empresa se situaba en una posición de insolvencia, ya sea a través de concurso de acreedores o simplemente a través del cierre directo de la empresa, ya que el trabajador no solo venía a sufrir el enorme perjuicio causado por no encontrarse dado de alta en el régimen general de la seguridad social, así como por el impago de los salarios sino porque además, el Fondo de Garantía Salarial no se hacía cargo de los créditos adeudados por el empresario, en tanto que no considera que éstos ostenten la condición de trabajador por cuenta ajena al amparo del art. 1.1 ET.

Por ello, podemos afirmar que el criterio mantenido por parte del Fondo de Garantía Salarial responsabilizaba al trabajador contratado con carácter ilegal de los incumplimientos derivados de las obligaciones que exclusivamente correspondía cumplir al empresario, por lo que sin lugar a dudas, el criterio mantenido por FOGASA no solo carece de todo fundamento jurídico y porqué no, carente de toda razón y sentido común<sup>164</sup>, sino que además pretendía criminalizar a los trabajadores por obligaciones que tan solo son exigibles a los empresarios.

En este sentido, y teniendo en cuenta la reciente sentencia del TJUE, el Fondo de Garantía Salarial venía disfrutando de una prerrogativa sin fundamento jurídico alguno, que le ha permitido eximirse del pago de la prestación a aquellos trabajadores que solicitaban la prestación como consecuencia de deudas provenientes de empresas insolventes, fundamentando la inadmisión de dicha solicitud precisamente en

---

<sup>163</sup> Artículo 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

<sup>164</sup> Tan irrazonable resulta dicho criterio que el 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 sanciona al empresario y no al trabajador por dicha conducta empresarial. Igualmente novedoso resulta la condena de empresarios por omitir la obligación de dar de alta a un trabajador en el Régimen General de la Seguridad social al amparo del art. 311 del Código Penal por delitos contra los derechos de los trabajadores.



incumplimientos de obligaciones que tan solo le son exigibles al empresario, quienes se niegan a priori, por razones de carácter económico a cumplir con las obligaciones derivadas de la formalización de una relación laboral.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha puesto punto final a dicho debate mediante la Sentencia de fecha 5 de noviembre de 2014 (Asunto C 311/13).

La sentencia resuelve un conflicto planteado a través de una petición de decisión prejudicial instada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos), mediante resolución de 4 de junio de 2013, en el procedimiento entre el Sr. O. Tümer y el Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados.

El Tribunal viene a interpretar la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219), en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 270, p. 10) y posteriormente por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 22 de octubre de 2008; dicho de otro modo, la sentencia trae a colación la ley sobre desempleo y más concretamente su concepto de trabajador asalariado (“persona física de menos de 65 años sujeta a una relación laboral de Derecho privado o de Derecho público”), con expresa inclusión finalmente, del “nacional de un país tercero que no resida legalmente en los Países Bajos en el sentido del artículo 8, letras a) a e) y l), de la *Vreemdelingenwet 2000* (Ley de extranjería de 2000...)”.

Afortunadamente a criterio de quien suscribe, el alto Tribunal viene a resolver el conflicto interpretando la Directiva en el sentido de considerar a los trabajadores nacionales de un tercer país que residen ilegalmente en un país como verdaderos trabajadores *stricto sensu*, obligando así al Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados, (organismo homólogo al Fondo de Garantía Salarial en España) a estimar las solicitudes realizadas por este tipo de

trabajadores en caso de insolvencia empresarial, teniendo por tanto que abonar los créditos laborales dejados de abonar por el empresario insolvente.

Si bien, el presente epígrafe tiene por objeto llevar a cabo un profundo análisis comparativo de la citada resolución y cómo afectará a las líneas de actuación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en España, en supuestos de insolvencia del empresario cuando el trabajador reside ilegalmente en el país o aún residiendo legalmente, no consta como trabajador por cuenta ajena ante los ojos de la Seguridad Social.

### ***3.3.1.1. Sentencia del TJUE (Asunto C-311/13): Contenido. Situación actual en España***

La sentencia viene resolver un conflicto planteado mediante una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Centrale Raad van Beroep (Países Bajos), mediante resolución de 4 de junio de 2013, en el procedimiento entre el Sr. O. Tümer y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen. (Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados).

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219), en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 270, p. 10) y posteriormente por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 22 de octubre de 2008.

El objeto del conflicto se basa precisamente en relación con la negativa del Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados a abonar al Sr. Tümer una prestación por insolvencia del empresario deudor, por ser nacional de un tercer país que no reside legalmente en los Países Bajos.

Si bien el objeto del presenta apartado radica en el análisis de tan relevante resolución como una de las soluciones que viene a reducir el impacto de los efectos

provocados por la insolvencia empresarial, parece conveniente analizar y comparar lo que en España viene sucediendo en este sentido, introduciendo en el presente caso las líneas de actuación del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en supuestos de insolvencia del empresario cuando el trabajador reside ilegalmente en el país o aún residiendo legalmente, no consta como trabajador por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social.

Así, y partiendo de una base de carácter empírico, pongamos un ejemplo práctico cuyo origen radica en la resolución del Fondo de Garantía Salarial de fecha 23 de septiembre de 2014 (EXPEDIENTE NÚMERO 28/2012/000/018530), que si bien será anunciado en el presente apartado, será resuelto tras la aplicación de la Sentencia del TJUE en el siguiente.

En dicho supuesto, el trabajador (de nacionalidad rumana) prestó sus servicios para una mercantil sin ser dado de alta ni en el Régimen General de la Seguridad Social ni en ningún otro, aunque si bien es cierto, dicha relación laboral fue reconocida por la propia mercantil ante el Juzgado que conocía del asunto, firmando así un acuerdo mediante conciliación judicial en el que se comprometía a abonar al trabajador las cuantías adeudadas así como la indemnización equivalente a la de un despido improcedente (ya que dicha improcedencia fue reconocida en dicho acto).

Así las cosas, una vez llevados a cabo los trámites de ejecución pertinentes, el juzgado declaró la insolvencia de la empresa, por lo que el trabajador solicitó la correspondiente prestación ante FOGASA aportando los testimonios legalmente exigidos, que dio lugar a la resolución anteriormente citada de fecha 23.09.2014.

Pues bien, FOGASA vino a denegar la prestación solicitada por el trabajador basándose en los siguientes preceptos: art. 33 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como en los arts. 14, 18 y 19 del Real Decreto 505/85, de 6 de marzo, sobre Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, todo ello en tanto que el trabajador no ha acreditado la condición de trabajador por cuenta ajena conforme al art. 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los

Trabajadores, estando por ello excluido de la garantía salarial del art. 33 del citado texto legal.

El citado supuesto se encuentra actualmente pendiente de resolución ya que, como consecuencia de los escasos recursos judiciales, el acto de juicio ha sido señalado para el año 2016, aunque resulta evidente que la sentencia objeto de estudio tendrá efectos directos sobre el fondo del citado procedimiento, que serán objeto de análisis a lo largo del siguiente apartado.

### ***3.3.1.2. Efectos de la sentencia del TJUE en España en relación con la aplicación de la Directiva 80/987/CEE***

En primer lugar debemos señalar que la normativa que debe aplicarse no es otra que la Directiva 80/987/CEE de 20 de octubre de 1980 -modificada, con motivo de la adhesión de España, por la Directiva 87/164/CEE-, posteriormente modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 270, p. 10) y posteriormente por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 22 de octubre de 2008.

Ahora bien, debemos tener en cuenta que desde el año 1987 España se encuentra adherida a la Directiva anteriormente citada, por lo que a tenor de dicha normativa los trabajadores tienen derecho a ser indemnizados por el FOGASA en caso de insolvencia empresarial y que, sin lugar a dudas dicha Directiva al menos debía y debe ser tenida en cuenta por los tribunales de los distintos Estados.

Decía con anterioridad que la Directiva Europea debía y debe tenerse en cuenta, si bien el Tribunal Constitucional tenía un criterio bien distinto a la sentencia objeto de análisis según Sentencia 180/1993, de 31 de mayo de 1993<sup>165</sup>. Por tanto, debe tenerse

---

<sup>165</sup> Téngase en cuenta el voto particular del Presidente del Tribunal don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, y el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, en el recurso de amparo núm. 1.145/90, quienes vienen a señalar que:

*"...la Sentencia impugnada no ha dejado resuelta la cuestión central objeto del debate procesal, la aplicación directa o no de una determinada Directiva de la CEE. Una cosa es que se pueda sostener su no aplicabilidad directa, y otra bien distinta es que el órgano judicial, que es también juez del Derecho comunitario, prescindiera por completo de la existencia de esa Directiva, y se limite a resolver desde la interpretación de una norma interna, sobre cuyo alcance no existía discrepancia entre las partes. Al dictar Sentencia y resolver el caso controvertido, el órgano judicial debió pronunciarse sobre la*

en cuenta que la decisión contraria a Derecho no solo proviene de los tribunales de los Países Bajos como es el caso de la sentencia de referencia, sino que en España, no solo se ha venido aplicando la normativa española erróneamente, interpretando que ésta debía prevalecer sobre la normativa europea (y no solo a criterio de quien suscribe sino también a criterio del TJUE) sino que además los tribunales nacionales ni tan siquiera se han venido pronunciando en relación a la aplicación o no de la propia Directiva, a la que España se adhirió en el año 1987, todo ello avalado por el mismísimo Tribunal Constitucional, quien aseguraba que tal actuación judicial no tenía alcance constitucional<sup>166</sup> y que por ello desestimaban el recurso de amparo interpuesto en su día.

---

*vigencia, prevalencia y jerarquía de esas normas, lo que la Sentencia impugnada omite por entender "inoperativo a su análisis"; sin embargo, la aplicación o no de dicha Directiva constituía una premisa necesaria para resolver sobre la aplicación del Derecho nacional. Aunque del contexto de la Sentencia pudiera deducirse que el Tribunal no ha considerado de aplicación la Directiva, no explicita las razones que le han llevado a esta inaplicación y a hacer prevalecer el Derecho nacional, en eventual contraste, según sostienen los recurrentes, con la Directiva.*

*Esta falta de respuesta o, en su caso, de motivación, sobre el tema central objeto del debate, alcanza relevancia constitucional y supone un defecto de tutela judicial que lesiona el derecho fundamental de los recurrentes reconocido en el art. 24.1 C.E., por lo que el recurso de amparo debería haber sido estimado".*

<sup>166</sup> Fundamento jurídico de la Sentencia: “Sin perjuicio de que el art. 177 TCEE, alegado por los recurrentes, pertenece al ámbito del Derecho comunitario y no constituye, por sí mismo, canon de constitucionalidad (SSTC [28/1991](#), [64/1991](#)), ninguna vulneración existe de los derechos garantizados por el art. 24.1 C.E. cuando el Tribunal estima que no alberga dudas sobre la interpretación que había de darse a la Directiva 80/987 CEE ni sobre su inaplicación en relación con los hechos enjuiciables en el litigio. A semejanza de lo que acontece en las cuestiones de inconstitucionalidad (SSTC [17/1981](#), [133/1987](#), [119/1991](#)) la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde, de forma exclusiva e irrevisable, al órgano judicial, y no impide la defensa del derecho fundamental de las partes ante este Tribunal ya que éstas disponen, a tal fin, del recurso de amparo” [...] “Esta doctrina no queda modificada por el hecho de que, en el presente supuesto, la selección normativa efectuada por el órgano jurisdiccional excluya la aplicación de una norma de Derecho comunitario estimando aplicable, en cambio, la normativa nacional ya que, como quedó dicho en la STC 64/1991, no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho comunitario. Este control compete a los órganos de la jurisdicción en cuanto aplicadores que son del ordenamiento comunitario y, en su caso, al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La tarea de garantizar la recta aplicación del Derecho comunitario por los poderes públicos nacionales es, pues, una cuestión excluida del ámbito del recurso de amparo. Como ya quedó establecido de manera general en relación con los tratados internacionales, la supuesta contradicción entre estos y las leyes y otras disposiciones normativas posteriores -por lo que aquí interesa también las anteriores- no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que, por tanto, deba ser resuelta por el Tribunal Constitucional, sino que, como puro problema de selección del Derecho aplicable al caso concreto, debe ser resuelto por los órganos judiciales en los litigios de que conozcan (STC 49/1988).

Es de justicia especificar que mientras que el supuesto resuelto por el TJUE seinterpuso por la denegación del Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados ante una solicitud de prestación por parte de un ciudadano que residía ilegalmente en los Países Bajos; el supuesto que examinó el Tribunal Constitucional versaba sobre la negativa de FOGASA a abonar las prestaciones solicitadas por trabajadores que, aún cuando figuraban en calidad de Presidente del Consejo de Administración y Consejeros Delegados de la empresa insolvente, hacían coincidir tales facultades con el ejercicio de funciones laborales calificadas de alta dirección en la misma empresa, figurando en la plantilla y estando afiliados y de alta en la Seguridad Social.

Dicho ésto, el perfil de los trabajadores no debe desvirtuar el inapropiado razonamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional (a excepción de los votos particulares), pues en ambos supuestos el conflicto versaba sobre la denegación del deudor solidario a hacer frente a prestaciones reconocidas tanto en la normativa nacional como en la propia Directiva objeto de estudio, siendo las causas exactamente iguales, a saber, no ser considerados como trabajadores por cuenta ajena a tenor del art. 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en el caso de España).

De la sentencia se infiere que los juzgados y tribunales españoles han venido aplicando la normativa nacional erróneamente, estableciendo que ésta tenía carácter preferente a la normativa y jurisprudencia europea, situación que ha dado lugar (al igual que en los Países Bajos) a que los correspondientes Organismos (Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores asalariados – Fondo de Garantía Salarial en España) hayan venido resolviendo contra derecho situaciones como las presentes, y ésto es, inadmitiendo las prestaciones solicitadas por trabajadores que residían ilegalmente en España o que aún residiendo legalmente, no se encontraban dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, ante supuestos de insolvencia empresarial, todo ello al no haber podido acreditar lo que se les venía

---

*En relación con el supuesto más específico de la legislación comunitaria este Tribunal ha indicado también que la eventual infracción de ésta por leyes estatales o autonómicas posteriores -y también por las anteriores- no convierte en litigio constitucional lo que sólo es un conflicto de normas no constitucionales que ha de resolverse en el ámbito de la jurisdicción ordinaria (STC 28/1991)”.*

exigiendo para considerárseles como verdaderos trabajadores desde el punto de vista estrictamente burocrático.

Por ello, merece especial reproche el criterio mantenido por el Tribunal Constitucional al haber permitido y avalado la desprotección de los trabajadores en situación de residencia ilegal o aún residiendo legalmente en España, no se encontraban dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, en casos de insolvencia empresarial, declarando que dicha situación no tenía alcance constitucional; criterio que tal y como se puso de manifiesto en su día a través de voto particular, resulta contrario a derecho, hoy además recientemente reconducido por parte del TJUE.

En el caso de España, no habría sido complicado llegar a la misma conclusión de haberse remitido al artículo 1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, referido al ámbito de aplicación de la citada norma, el cual señala literalmente lo siguiente: *“1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. 2. A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”*.

En síntesis, el ordenamiento jurídico español regula con claridad los requisitos que son necesarios para que una persona pueda ser considerado como trabajador *stricto sensu* al amparo del art. 1.1 ET. Para ello, deben concurrir en la relación mantenida con una empresa, las notas de voluntariedad, remuneración, ajeneidad y dependencia al ámbito de organización y dirección de la empresa.

En este sentido, podemos afirmar que España tiene una legislación mucho menos restrictiva que la holandesa, tal y como se desprende del caso de referencia, pues la condición de trabajador en España no necesita de formalización de contrato alguno ni tampoco de inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social (todo ello contra

el criterio establecido hasta el momento por parte del Fondo de Garantía Salarial), sino que basta con que concurran los requisitos establecidos en el art. 1.1 ET, pues contrariamente a lo que ocurría en el supuesto Holandés (Según la normativa holandesa reguladora de desempleo – tal y como se desprende de la propia sentencia -) no tiene condición de trabajador quien no reside regularmente en territorio holandés, por lo que el TJUE debe acudir al Derecho civil neerlandés para determinar que *“la relación con el empresario constituye un contrato de trabajo y tiene, en tal sentido, la condición de trabajador asalariado”*, siendo especialmente claro cuando señala que: *“según el Derecho civil neerlandés, cualquier persona vinculada a un empresario por un contrato de trabajo tiene la consideración de «trabajador asalariado» con derecho a una remuneración, independientemente de su nacionalidad o de la legalidad de su residencia en este Estado miembro”*<sup>167</sup>.

Podemos señalar por tanto que España tiene un régimen laboral propio en relación a una concepción de trabajador mucho más amplia, que no necesita de la supletoriedad de las normas civiles, ya que el propio art. 1.1 ET reconoce la condición de trabajador a todo aquel que cumpla los requisitos exigidos en dicho precepto: voluntariedad, remuneración, ajeneidad y dependencia<sup>168</sup>, sin que entre éstos se incluya ni la necesidad de formalización de contrato alguno ni el alta en el Régimen General de la Seguridad Social.

Y por ende, una vez reconocida dicha condición de trabajador, éste cumpliría los requisitos exigidos en los preceptos de aplicación: art. 33 ET<sup>169</sup> así como art. 14, 18 y 19 del RDL 505/85.

---

<sup>167</sup> Párrafo 26 y 39 de la Sentencia.

<sup>168</sup> Entre otras, STS (Sala de lo Social) núm. 166 de fecha 09.02.1990. (Rec. 769/1987). Ref. CENDOJ 28079140011990101937; y más recientes: STSJ de Cataluña (Sala de lo Social – Sección 1) de fecha 09.07.2014; STSJ de Oviedo (Sala de lo Social, Sección 1) de fecha 27.06.2014.

<sup>169</sup> Art. 33.1 ET “El Fondo de Garantía Salarial, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario”.



En el mismo sentido el prestigioso catedrático Rojo Torrecilla viene a concluir que *“Por lo que respecta al posible impacto de la sentencia del TJUE en el ordenamiento jurídico laboral español, conviene recordar que la normativa laboral española, interpretada por las sentencias del TC núms. 236 y 257, de 7 de noviembre y 19 de diciembre de 2007, respectivamente, consideran como trabajador a toda persona que presta una actividad que cumpla los requisitos del art. 1.1 de la Ley del Estatuto de los trabajadores, con independencia de su situación administrativa<sup>170</sup>”*, sentencias de las que se desprende un ligero gesto por parte del Tribunal Constitucional que pretenden modificar el criterio que hasta ese momento había mantenido en relación al alcance constitucional de tan importante cuestión.

Del mismo modo, resulta relevante señalar el importante precedente de carácter legislativo en España a través del destacado art. 36.5 de la LO 4/2009 tras la modificación operada por la LO 2/2009<sup>171</sup>.

Así las cosas, aplicando los razonamientos contenidos en la sentencia del TJUE, el caso práctico incluido en el presente estudio (a pesar de encontrarse pendiente de resolución judicial) debe concluir de un modo muy distinto a la respuesta que ha tenido por parte de la administración pública a través de FOGASA, pues en aplicación del art. 1.1 ET, del art. 33 ET así como de los preceptos 14, 18 y 19 del RDL 505/85 en relación con la sentencia del TJUE, FOGASA debía haberse estimado la prestación solicitada por el trabajador, pues a pesar de la inexistencia de contrato de trabajo y de no encontrarse dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, a la luz de dichos preceptos legales, nos encontramos ante un trabajador al amparo del art. 1.1 ET y por lo tanto, no puede denegársele un derecho recogido en la propia normativa española. Sin embargo, la respuesta de la administración pública ha vulnerado claramente el

<sup>170</sup> El blog de Eduardo Rojo: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2014/11/derecho-del-trabajador-extranjero-en.html>

<sup>171</sup> Art. 36.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: *“La carencia de la autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario a que dé lugar, incluidas las de Seguridad Social, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación. En todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo”*.

derecho del trabajador a la percepción de la prestación por parte de FOGASA ante la insolvencia del empresario, perjudicando así gravemente los intereses y pretensiones de éste, cuyo derecho será finalmente reconocido judicialmente aunque desgraciadamente con un retraso cada vez más incomprensible e intolerable.

### ***3.3.1.3. Causas y consecuencias del actual criterio del Fondo de Garantía Salarial***

Tal y como se ha venido comentando a lo largo del presente estudio, el criterio mantenido por el Fondo de Garantía Salarial en connivencia con una buena parte de la jurisprudencia en España, incluyendo así al propio Tribunal Constitucional, ha consistido en denegar la prestación por insolvencia del empresario a todos aquellos trabajadores que, aún acreditada la relación laboral, no se encontraran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, entendiéndose que el solicitante no ostentaba la condición de trabajador al amparo del art. 1.1 ET, tal y como se desprende del caso práctico incluido en el presente estudio.

En este sentido, el criterio del Fondo de Garantía Salarial, supone que del incumplimiento del empresario debe responder el trabajador<sup>172</sup>, pues de otra manera no puede entenderse sino, la perseverancia en la aplicación de dicho criterio. No obstante, dicha actuación administrativa resulta incompatible con lo estipulado en el art. 7 del RD 5/2000, en el que viene a regularse que ésta tan solo resulta reprochable al empresario y en ningún caso al trabajador<sup>173</sup>.

No resulta por tanto razonable, que el incumplimiento de las obligaciones del empresario afecten al trabajador y mucho menos utilizando criterios que sitúen al trabajador en una verdadera posición de indefensión, siendo además contraria al propio art. 1.1 ET, así como a lo regulado en el RD 505/85<sup>174</sup> y como no, a la Directiva

---

<sup>172</sup> Téngase en cuenta el art. 7 del 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: “Son infracciones graves:

1. No formalizar por escrito el contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador”.

<sup>173</sup> Téngase en cuenta igualmente la cuantía de la sanción regulada en el apartado 1.b) del art. 40 del RDL 50/2000.

<sup>174</sup> Concretamente art. 2 del RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

2002/74, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE así como contra la Directiva 2003/109/CE, Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 22 de octubre de 2008 y la jurisprudencia que lo interpreta, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de fecha 5 de noviembre de 2014 (Asunto C-311/13).

De otro lado, y dejando al margen que la utilización de dicho criterio resulta contrario a la norma estatal, europea y la jurisprudencia que lo interpreta, debemos plantearnos la siguiente cuestión: ¿Existe perjuicio directo no solo para el trabajador solicitante sino también para la propia Administración Pública?

Para responder a esta cuestión debemos tener en cuenta que partimos de la premisa de que el tema objeto de estudio radica en la inexistencia de formalización de contrato de carácter laboral entre empresa y trabajador y por ende la ausencia de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, con todos los efectos negativos que dicha situación produce.

Sin embargo, en este estudio no se pone en duda la necesidad de que al trabajador (una vez reconocida su relación laboral, ya sea mediante acuerdo judicial o extrajudicial o sentencia) le sea reconocida dicha situación, no solo en el citado acuerdo o sentencia sino también a todos los efectos, entre los que se encuentran el permiso de residencia, cotización en el Régimen General de la Seguridad social a efectos de acceso a la prestación por desempleo y pensión de jubilación en su caso, entre otros.

No obstante, existen supuestos (la mayoría de los casos) en los que el trabajador solicitante ha venido prestando sus servicios sin mediar contrato alguno, y que ha decidido llevar a cabo acciones legales como consecuencias de incumplimientos empresariales adicionales tales como impago de salarios, la ausencia de vacaciones o incluso el despido y por lo tanto viene a solicitar el reconocimiento de la relación laboral una vez ha finalizado el citado período con intención, en gran parte de las ocasiones, de volver a su país de origen.

Igualmente, debemos tener en cuenta que la Inspección de Trabajo no tiene competencia para actuar siempre y cuando la jurisdicción competente (en el presente supuesto la jurisdicción social) esté conociendo del supuesto en cuestión<sup>175</sup>.

Así pues, nos encontramos con una doble consecuencia: de un lado, para el trabajador que opte por continuar en España, que no solo deberá esperar a la finalización del proceso declarativo que le reconozca la relación laboral y a la fase de ejecución que finalizará con la insolvencia de la mercantil, sino que además deberá esperar a que sea tramitada por la Inspección de Trabajo la denuncia que deberá interponer el trabajador una vez esté en posesión de la citada resolución judicial testimoniada y que ésta sea firme, situación que retrasa en gran medida el cobro de la cantidad reconocida en sentencia.

De otro lado, para aquellos trabajadores que opten por volver a su país de residencia, la utilización del criterio del Fondo de Garantía Salarial no solo perjudica al trabajador por las razones ya expuestas, sino también a la propia Administración Pública por los siguientes motivos: (1) Poner en marcha la maquinaria administrativa a través de la Inspección de Trabajo. (2) El coste económico que supone para las arcas del Estado la cotización del trabajador, ya no solo por un reconocimiento de cantidades no cobradas ante el incumplimiento del empresario, sino por el coste que podría generar en prestaciones por desempleo; costes a los que no sería necesario hacer frente en caso de que el trabajador no solicitase el acceso a dichas prestaciones<sup>176</sup>.

A modo de conclusión debemos tener en cuenta que la sentencia ha venido a interpretar la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219), en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del

---

<sup>175</sup> Artículo 13.2 de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

<sup>176</sup> En este sentido GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección Social de los trabajadores extranjeros”. Expediente FIPROS – 2006/94. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. En el punto 2.1 relativo a la obligación de cotizar viene a señalar literalmente que: “Así, la cotización se traduce en el abono, por los periodos estipulados y en los plazos establecidos, por parte de los sujetos obligados y/o responsables, que se especifican más adelante, de una cantidad compuesta, en principio, por tres sumandos: cotización por contingencias comunes, cotización por contingencias profesionales, y cotización por desempleo, FOGASA y formación profesional”.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 270, p. 10) y posteriormente por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de fecha 22 de octubre de 2008, en el sentido de oposición a una normativa nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, tal y como ocurre en el presente caso, conforme a la cual un nacional de un país tercero que no reside legalmente en el Estado miembro de que se trate no tiene la consideración de trabajador asalariado con derecho a una prestación por insolvencia, en particular, con respecto a créditos salariales impagados en caso de insolvencia del empresario, a pesar de que este nacional de un país tercero, según las disposiciones del Derecho civil de este Estado miembro (normativa socio-laboral en el caso de España), tiene la condición de «trabajador asalariado» con derecho a una remuneración que puede ser objeto de una reclamación frente el empresario ante los tribunales nacionales.

Por ello, el alto Tribunal viene a reconocer este importante derecho de acceso a la prestación o al pago por parte del Organismo responsable civil subsidiario en caso de insolvencia empresarial, incluso en aquellos casos en los que el trabajador se encuentre residiendo ilegalmente en el país y por ende, no constando en el Régimen General de la Seguridad Social, ya que no por ello, deja de ostentar la condición de trabajador asalariado.

En el caso de España, debemos tener en cuenta que a pesar de encontrarse adherida desde el año 1987 a la Directiva anteriormente citada, el Tribunal Constitucional tenía un criterio bien distinto a la sentencia objeto de análisis según Sentencia 180/1993, de 31 de mayo de 1993 .

En este sentido, debe tenerse en cuenta que España ha mantenido un criterio contrario a Derecho, pues a través del propio Tribunal Constitucional se entendía que dicha problemática no tenía alcance constitucional, salvo los votos particulares mencionados a lo largo del estudio.

Para ello, basta con remitirnos al art. 1.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores mediante el cual, un trabajador adquiere dicha condición

cuando concurren las notas de voluntariedad, remuneración, ajeneidad y dependencia al ámbito de organización y dirección de la empresa.

Así las cosas, podemos afirmar que España tiene una legislación mucho menos restrictiva que la holandesa, pues la condición de trabajador en España no necesita de formalización de contrato alguno ni tampoco de inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, todo ello contrariamente al criterio utilizado por parte del Fondo de Garantía Salarial, ya que basta con que concurren los requisitos establecidos en el art. 1.1 ET anteriormente citados.

Podemos señalar por tanto, que España tiene un régimen laboral propio en relación a la concepción de trabajador mucho más amplia, que no necesita de la supletoriedad de las normas civiles, ya que el propio art. 1.1 ET reconoce la condición de trabajador a todo aquel que cumpla los requisitos exigidos en dicho precepto: voluntariedad, remuneración, ejeneidad y dependencia, y por ende, una vez reconocida dicha condición de trabajador, éste cumpliría los requisitos de los preceptos de correcta aplicación: art. 33 ET así como art. 14, 18 y 19 del RDL 505/85 que permitirían acceder a las prestaciones de FOGASA.

Dicho ésto, el criterio mantenido por el Fondo de Garantía Salarial en connivencia con una buena parte de la jurisprudencia en España, incluyendo al propio Tribunal Constitucional, ha consistido en denegar la prestación por insolvencia del empresario a todos aquellos trabajadores que, aún acreditada la relación laboral, no se encontraran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, entendiendo que el solicitante no ostentaba la condición de trabajador al amparo del art. 1.1 ET, criterio por el que, como consecuencia del incumplimiento del empresario debe responder el trabajador, pues de otra manera no puede entenderse sino, la perseverancia en la aplicación de dicho criterio, perjudicando así el derecho salarial de contraprestación de los trabajadores, óbice de las relaciones laborales.

En definitiva, y tal como se decía al inicio del estudio, afortunadamente a criterio de quien suscribe, el TJUE viene a resolver el conflicto interpretando la Directiva en el sentido de considerar a los trabajadores que residen en un país europeo

de forma ilegal, como verdaderos trabajadores *stricto sensu*, es decir, que la ausencia de inscripción de un trabajador en el Régimen General de la Seguridad Social en ningún caso supone la pérdida de dicha condición y por ende, el derecho a percibir las correspondientes prestaciones a través del órgano competente en caso de insolvencia empresarial, teniendo por tanto éste la obligación de abonar los créditos laborales impagados por el empresario insolvente.

### **3.3.2. Solución jurisprudencia: la interpretación del silencio por parte del Fondo de Garantía Salarial**

Entre los efectos de la cada vez más pronunciada insolvencia empresarial en España, se encuentra la negativa del Fondo de Garantía Salarial a responder como responsable civil subsidiario, ante las deudas de las empresas declaradas insolventes.

Entre ellas no solo se encuentra la negativa a abonar las prestaciones solicitadas por trabajadores que residen ilegalmente o que simplemente no se encuentran dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social (cuestión resuelta en el apartado anterior a través del análisis de la Sentencia del TJUE en el Asunto C-311/13), sino que en no pocas ocasiones, entre otras cuestiones FOGASA viene a solicitar documentación que ni tan siquiera resulta exigible a través del correspondiente reglamento<sup>177</sup>, con el objeto de dilatar e incluso evadir el correspondiente pago de las prestaciones solicitadas.

De otro lado nos encontramos que una situación que viene formando parte de la forma habitual de proceder por parte de FOGASA en relación a la resolución de solicitudes interpuestas por parte de los distintos trabajadores en casos de insolvencia empresarial, esto es, la obligación por parte del citado organismo de resolver en un plazo máximo de tres meses ya sea estimando o desestimando las correspondientes solicitudes de prestaciones ya sea por adeudamiento de salarios o indemnizaciones.

En el presente apartado se pretende presentar una de las soluciones que pretenden reducir el impacto de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales:

---

<sup>177</sup> Art. 25 Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

el análisis de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 814/2014, de fecha 1 de abril de 2014 (Rec. nº. 2399/2013), cuyo origen se encuentra en la sentencia de fecha 01.07.2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia en autos 376/2012, que en síntesis viene a estimar las demandas de un grupo de trabajadores a quienes FOGASA les había denegado la prestación solicitada más allá de los tres meses de plazo que el citado organismo tiene para resolver.

En este sentido, debe operar sin lugar a dudas el silencio administrativo, que en aplicación del art. 28.7 del RD 505/1985 y del art.43.3 y 4 de la LRJPAC viene a ser positivo. La duda que viene a plantearse la Sala es precisamente los efectos de dicho silencio positivo, que finalmente viene a resolver a de acuerdo al criterio de los actores, entendiendo que la inactividad de FOGASA a tenor de los citados preceptos no debe sino obligar a dicho organismo a pagar las prestaciones solicitadas por los trabajadores, siendo este criterio prioritario al regulado en el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 referido a la nulidad de pleno derecho de los actos presuntamente "contrarios" al ordenamiento jurídico, predominando por tanto las garantías de seguridad y permanencia.

A lo largo del presente estudio vendrá analizarse no solo la jurisprudencia en la línea con la sentencia del TSJV sino que también serán objeto de análisis las sentencias contrarias a dicho criterio. De la comparación de ambos criterios jurisprudenciales será evidente la necesidad de interés casacional a fin de evitar una situación de inseguridad jurídica y desigualdad entre los ciudadanos, y sobre todo a fin de evitar tener que calificar de presuntos prevaricadores a los juzgados y tribunales que utilizan el criterio contrario al utilizado por la Sala de lo Social del TSJV, si tenemos en cuenta que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en relación a los efectos y consecuencias del silencio administrativo aunque dicha doctrina no haya sido nunca analizada por el alto tribunal en relación a la inactividad de FOGASA.



### ***3.3.2.1. Del silencio positivo ante la ausencia de resolución en el plazo máximo de tres meses***

La sentencia viene a resolver un recurso interpuesto por el condenado, el Fondo de Garantía Salarial, alegando como primera cuestión, al amparo del art. 193.a) LRJS que la sentencia venía a causarle indefensión *“al no concretar en la sentencia impugnada los períodos y los conceptos retributivos que se le reclaman, y a los que se le condena”*.

Ante dicha afirmación, la Sala recuerda al impugnante que *“para que pueda declararse la existencia de indefensión a la parte, no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales sino que éste debe tener una repercusión real sobre los derechos de defensa y contradicción, privando de la posibilidad de justificar el reconocimiento del derecho que se reclama o de la de replicar las posiciones contrarias a esa reclamación”*. Para ello, el tribunal se ampara en la sentencia del Tribunal Constitucional 168/2002).

Así, el Tribunal no admite el primer motivo de impugnación en tanto que no se cumplen los tres requisitos exigidos por la consolidada doctrina jurisprudencial (Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2005):

- Que se identifique el precepto o garantía procesal que se estime infringido.
- Que dicha infracción haya causado indefensión al recurrente, entendida ésta como la imposibilidad de ejercitar el derecho a alegar y demostrar en el juicio oral lo que a su derecho convenga, y siempre que se trate de una situación de indefensión que trascienda el fallo de la sentencia y no haya sido propiciada por la misma parte que la denuncia (Sentencia del Tribunal Constitucional 45/2000).
- Que la parte que se considere perjudicada por la decisión judicial haya efectuado la oportuna protesta en el acto del juicio oral, para que no se le pueda reprochar haber contribuido a la indefensión que luego denuncia, salvo que la infracción de la norma o garantía procesal se produzca en la sentencia.

Sin embargo, el segundo motivo de impugnación es precisamente el más interesante para el presente estudio. El Fondo de Garantía Salarial viene a denunciar la infracción del art. 43<sup>178</sup> de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico y Procedimiento Común (LRJPAC) y del art. 33 ET.

Así, el recurrente asegura en síntesis que “... *el acto administrativo presunto de sentido positivo no puede contravenir lo previsto en el último de los preceptos citados porque la sentencia de instancia deja sin determinar los conceptos retributivos que integran las cantidades reclamadas por los actores que, en ningún caso, pueden superar los umbrales que el FOGASA está obligado a abonar*”.

Así las cosas, el Tribunal trae a colación el art. 28.7 del RD 505/1985 que viene a señalar literalmente que “*El plazo máximo para dictar resolución en primera instancia será de tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud*”; por tanto, (sigue razonando la Sala) en caso de no hacerlo, el silencio administrativo tiene carácter positivo, de acuerdo con lo previsto en el art. 43 LRJPAC.

Por tanto, continúa la sentencia: “*si el FOGASA no resuelve expresamente la solicitud de pago de las prestaciones de garantía contempladas en el artículo 33 ET, dentro del plazo de tres meses a contar desde la presentación de dicha solicitud, ésta se entenderá aprobada por silencio positivo, pudiéndose hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada, y sin que una resolución expresa posterior, denegatoria tengan ningún efecto (artículo 43.3 y 4 de la LRJPAC)*”.

---

<sup>178</sup> Señala el art. 43 concretamente que “En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario.”

Dicho esto, la cuestión que deberá resolver la Sala queda limitada a determinar las consecuencias derivadas de la negativa de FOGASA a abonar las prestaciones solicitadas a través de resolución expresa dictada más allá del plazo de los tres meses siguientes a la presentación de las solicitudes por parte de los demandantes.

La sentencia de instancia, venía a señalar que la controversia suscitada debe resolverse a favor de la postura actora por razones puramente formales pues *“aún concurriendo en las certificaciones concursales el defecto imputado que por lo demás, los trabajadores no aclararon al ser requeridos en el seno del expediente pues de un lado, aquéllas hablan de salarios dentro de cuya categoría se desconoce si se incluyen salarios de tramitación, retribuciones salariales que pueden ser muy variadas e incluso extrasalariales que son v gr. conceptos de los que no responde el FOGASA en ningún caso, no existiendo tampoco pese al requerimiento practicado, esfuerzo alguno de la parte actora por efectuar la necesaria concreción que abarca, no solo el concepto, sino de manera también relevante, el periodo en su caso de devengo que impide al FOGASA examinar cuestiones tales como la temporaneidad de la reclamación con el objeto de poder analizar a la luz de la necesaria información, si entra o no en juego su obligación de garantía - cualesquiera de las variadas que prevé el artículo 33 del E.T. - pudiendo y debiendo hacerlo conforme se desprende del artículo 217.1 de la LEC tal y como prescribe el artículo 25-dos del R.D. 505/85 de 6 de marzo según el cual "Las solicitudes defectuosas o carentes de alguno de los preceptivos documentos, darán lugar al requerimiento al promotor o primer firmante para que en el plazo de diez días subsane la falta observada o acompañe los preceptivos documentos, con apercibimiento de que si así no lo hiciese se archivará sin más trámite, sin perjuicio del derecho de los interesados a volver a replantearla, previo desglose y devolución de la documentación aportada." de cuya posibilidad hizo uso el Organismo demandado sin obtener reacción de los demandantes, sin embargo, de otro lado, también ha quedado debidamente acreditado que el FOGASA ha incumplido con su resolución la previsión contenida en el artículo 43.3 a) de la LPA conforme al cual "3. La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo." de cuanto se sigue que, en la medida en que las solicitudes de los trabajadores*

*se presentaron en marzo de 2.011, la no contestación expresa del FOGASA dentro de los tres meses siguientes, debía entenderse con efecto positivo, tal y como expresa el artículo 42.3 de la LPA de modo que por este motivo y en tanto contradijo el trascrito tenor legal las dictadas por el FOGASA, deberá ser anuladas, lo que necesariamente comporta la estimación de las demandas acumuladas que rigen el proceso”.*

Por tanto, la sentencia de instancia viene a declarar nulas las resoluciones dictadas por cuanto el Fondo de Garantía Salarial (aún cuando su contenido resultaba ajustado a Derecho) incumplió el trámite previsto en el art. 28.7 RD 505/1985, es decir, resolvió posteriormente a los tres meses de plazo que tenía para llevar a cabo dicho trámite, y por ello, independientemente del fondo del asunto, las citadas resoluciones quedan anuladas, estimando por tanto las demandas de los actores, reconociéndose así el derecho de éstos a acceder a las correspondientes prestaciones solicitadas.

La Sala del TSJV viene a resolver en el sentido de la sentencia de instancia, y es por ello que viene a señalar que: *“El organismo público recurrente, sin negar que el acto presunto cuestionado sea positivo y que la resolución administrativa expresa se ha dictado después de los tres meses posteriores a la presentación de la solicitud por parte de los demandantes, argumenta que de aceptarse las pretensiones de los actores se estaría infringiendo el artículo 33 del ET , dado que no están determinados los conceptos retributivos adeudados, y un acto presunto no puede ser contrario al ordenamiento jurídico. Este razonamiento, sin embargo, no puede ser aceptado porque el citado artículo 33 del ET no puede alegarse frente al silencio positivo con pleno valor de acto que pone fin al procedimiento. Así lo ha declarado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencia de 25 de septiembre de 2.012 [rec. núm. 4332/11 ] con cita de sentencias de 15 de marzo de 2.011 y las dos de 17 de julio de 2012 [rec. núm 3347/09, 5627/10 y 95/12])”*, el silencio administrativo positivo, según el artículo 43 de la Ley 30/1992 , tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto que concluya un expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver, de ahí que el apartado 4.a) de este precepto disponga que *“en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. De modo que una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un*

*examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, que las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expesos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad".*

Por tanto, al igual que la sentencia de instancia, el Tribunal declara no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas por el Fondo de Garantía Salarial, no tanto por su contenido (que ni tan siquiera es objeto de análisis) sino por defectos a lo largo del procedimiento y esto es que FOGASA incumplió el trámite previsto en el art. 28.7 RD 505/1985, resolviendo posteriormente a los tres meses de plazo que tenía para llevar a cabo dicho trámite, y por ello, independientemente del fondo del asunto, las citadas resoluciones no se ajustan a Derecho y por tanto el recurso interpuesto por FOGASA venía a desestimarse con la preceptiva condena en costas de quien no resulta tener acceso al beneficio de justicia gratuita, estimando por tanto las demandas de los actores, reconociéndose así el derecho de éstos a acceder a las correspondientes prestaciones solicitadas.

Debe señalarse que el criterio mantenido en la sentencia objeto de estudio tuvo efectos muy relevantes en la aplicación e interpretación del ya citado art. 28.7 del RD 505/1985, pues éste vino interpretándose de igual modo por el resto de los tribunales.

Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid (Sección 1) número 1254/2014 de fecha 16 de septiembre de 2014 (Rec. 1051/2014) que no solo viene a razonar y argumentar según la sentencia del TJSV sino que incluso resulta aún más restrictiva que la anterior ya que literalmente señala que “... una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al

*ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, que las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expresos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad”.*

### **3.3.2.2. Jurisprudencia contraria al silencio positivo**

Sin embargo, a pesar de haberse creado una nueva jurisprudencia en relación a los efectos positivos de la falta de resolución por parte de FOGASA en el plazo de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud de prestación, no es menos cierto que hay juzgados y tribunales que se niegan a aplicar dicha jurisprudencia.

Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena número 343/14 de fecha 10 de julio de 2014 invocando la Sentencia de la Sala de lo Social de 7 de abril de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra declara que el silencio positivo no puede aplicarse con carácter absoluto, pues “... *la aplicación de esta doctrina jurisprudencial conduciría a la estimación de la demanda. Sin embargo, su aplicación no puede ser absoluta, sino que necesariamente han de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso y, sobre todo, la actitud de las partes. Así, en la sentencia de la Sala de lo Social de 7 de abril de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra se niega la aplicación al FOGASA del silencio positivo argumentando que aunque no hay duda de la aplicabilidad de la ley 30/92 a los procedimientos administrativos tramitados por el FOGASA a la vista del artículo 2.2 de la citada ley, ni tampoco cabe cuestionar el plazo de tres meses para la resolución del expediente tal como dispone el artículo 28.7 del Real Decreto 505/85 de 6 de marzo, sin embargo el silencio administrativo no debe ser sino la garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la administración no los atiende eficazmente o con la celeridad debida, pero esta garantía cede cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe*”, es decir, que dicha jurisprudencia entiende que a pesar de ser aplicable el criterio jurisprudencial que entiende como

positivo el silencio administrativo de FOGASA, no puede aplicarse en términos absolutos ya que la garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la administración no los atiende eficazmente o con la celeridad debida cede cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe.

En el mismo sentido actúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) número 1909/2014 de fecha 3 de julio de 2014 cuando señala que: *“Por otra parte existe una interpretación errónea del silencio administrativo, regulado en el artículo 43 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , al disponer que " En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario." . La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativa de 5 de junio de 2.006 (RJ 2006\3722)" que se cita en el recurso, interpretando este precepto declara que: "El objetivo de la Ley no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella. El carácter positivo de la inactividad de la Administración es la garantía que se establece cuando no se cumple el verdadero objetivo de la Ley, que es que los ciudadanos obtengan respuesta expresa de la Administración y, sobre todo, que la obtengan en el plazo establecido. El silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico normal, sino la garantía que impida que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando su Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista». Esto es, el silencio, positivo o negativo, no es sino el remedio contra el fracaso del cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver." . En este caso*

*hay una resolución expresa dictada en plazo legal, cuya notificación se ha demorado, situación que no es equivalente al incumplimiento de la obligación de resolver sobre una determinada reclamación. Pero además como indica el artículo 43 el silencio administrativo positivo no puede operar cuando existe una norma con rango de ley o un interés general contrario a la concesión de la prestación, por ello existe un control judicial de la concesión de las prestaciones, que no puede ser dejado sin efecto por simples formalismos, como hace la sentencia de instancia, ya que es doctrina reiterada referida a las prestaciones de la Seguridad Social, pero aplicable a este caso que "El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho ...y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse" (sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de junio de 1994 (RJ 1994, 6319), doctrina que se reitera en la de 27 marzo 2007 (RJ 2007\3189). Por lo expuesto, al encontrarnos ante prestaciones públicas, la Magistrada tenía la facultad de efectuar un control de legalidad de las mismas para evitar enriquecimientos injustos”.*

De este modo, podemos comprobar cómo parte de la jurisprudencia entiende que el silencio positivo en el caso nos ocupa tan solo entra en juego cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula existe y no resulta contrario a derecho.

¿Resultan acaso compatibles ambos criterios jurisprudenciales?



Para abordar una cuestión como ésta, debemos tener en cuenta si nos encontramos ante una disparidad de criterios jurisprudenciales de tal entidad que pudieran entrar en contradicción y por tanto, objeto de recurso casacional<sup>179</sup>.

De un lado, una parte de la doctrina jurisprudencial entiende en síntesis que FOGASA tiene la obligación de dictar resolución en el plazo máximo de tres meses contados a partir de la presentación de la solicitud, todo ello conforme al art. 27.7 RD 505/1985 en relación con el art. 43 LRJPAC pues de lo contrario, dicho silencio deberá considerarse positivo y por ende, la solicitud del trabajador se entenderá estimada en su integridad. (Sentencia de fecha 01.07.2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia en autos 376/2012.; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 814/2014, de fecha 1 de abril de 2014 (Rec. nº. 2399/2013); Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid (Sección 1) número 1254/2014 de fecha 16 de septiembre de 2014 (Rec. 1051/2014)).

De otro lado, otra parte de la jurisprudencia entiende que el silencio positivo no puede aplicarse con carácter absoluto, pues según dicha corriente han de valorarse las circunstancias concurrentes en cada caso y, sobre todo, la actitud de las partes. Dicha corriente asegura que no hay duda de la aplicabilidad de la ley 30/92 a los procedimientos administrativos tramitados por el FOGASA a la vista del artículo 2.2 de la citada ley , ni tampoco cabe cuestionar el plazo de tres meses para la resolución del expediente tal como dispone el artículo 28.7 del Real Decreto 505/85 de 6 de marzo , aunque por el contrario, el silencio administrativo no debe ser sino la garantía que impide que los derechos de los particulares se vacíen de contenido cuando la administración no los atiende eficazmente o con la celeridad debida, pero esta garantía cede cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe.

Esta línea jurisprudencial asevera que existe una interpretación errónea del silencio administrativo, pues apoyándose en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativa de 5 de junio de 2.006 (RJ 2006\3722) el silencio

---

<sup>179</sup> Art. 205 y ss de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

positivo debe entenderse en el sentido de que el objetivo de la Ley 30/92 no es dar carácter positivo a la inactividad de la Administración cuando los particulares se dirijan a ella con carácter absoluto.

Así, según dicha corriente, el silencio positivo debe entenderse como una garantía, exponente de una Administración en la que debe primar la eficacia sobre el formalismo, que sólo cederá cuando exista un interés general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista, es decir que el silencio administrativo regulado en el art. 43 no puede operar cuando existe una norma con rango de ley o un interés general contrario a la concesión de la prestación y es por ello, por lo que existe un control judicial de la concesión de las prestaciones, que no puede ser dejado sin efecto por simples formalismos, ya que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas a fin de evitar “enriquecimientos injustos”. (Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena número 343/14 de fecha 10 de julio de 2014; Sentencia de la Sala de lo Social de 7 de abril de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) número 1909/2014 de fecha 3 de julio de 2014).

Así las cosas, quien suscribe entiende que nos encontramos con claridad ante una disparidad de criterios jurisprudenciales de tal entidad que pudieran entrar en contradicción y por tanto, deben ser objeto de casación, a criterio de quien suscribe a fin de casar las citadas sentencias (entre otras) en el sentido de que resulta de aplicación la Ley 30/92 y concretamente el art. 43 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985, cosa que por otra parte, no ha puesto en duda ninguna de las dos corrientes jurisprudenciales.

Es por ello, que en caso de aplicación de dicha normativa y una vez operado el silencio de carácter positivo, *“no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1.992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos “contrarios” al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, que las*

*garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expesos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad, y no, como efectuó la Administración y parece pretender la recurrente, haciendo supuesto de la disconformidad<sup>180</sup>”.*

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 15-3-2011 (rec. 3347/2009), cuando señala que *"el silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, el apartado 4.a) en la redacción actual, dispone que " en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo"*; Indicando a su vez esta misma sentencia que: *"Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad<sup>181</sup>".*

De este modo, podemos decir no parece una novedad que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en relación a las consecuencias una vez operado el silencio positivo, y esto es que en dicha situación no resulta posible efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, es decir, sobre el fondo del asunto.

<sup>180</sup> STS (Sala Tercera) de fecha 25.9.2012. (Rec. 4332/2011).

<sup>181</sup> En el mismo sentido STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de fecha 02.12.2013 (Rec. 1181/2013). Ref. CENDOJ 28079340062013100879; STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección nº 05) núm. 596, de fecha 07.07.2014. (Rec. 2106/2013). Ref. CENDOJ 28079340052014100672.

Sin embargo, la novedad de la Sentencia de fecha 01.07.2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia en autos 376/2012 y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 814/2014, de fecha 1 de abril de 2014 (Rec. nº. 2399/2013) radica en la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a las consecuencias de aplicar el silencio administrativo positivo cuando dicho acto proviene del Fondo de Garantía Salarial.

Sin embargo, a criterio de este autor, el silencio ha de aplicarse de igual modo cuando éste provenga de FOGASA a tenor del art. 43 de la Ley 30/92 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985 pues entender que el silencio positivo no puede aplicarse con carácter absoluto, en tanto que esta garantía debe ceder cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe, es entender que el silencio positivo no debe entrar en juego, no siendo de aplicación por tanto el art. 43 de la Ley 30/92 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985, todo ello a sabiendas de que dicha conducta resulta no solo contraria a derecho sino que además, la ausencia de aplicación de dichos preceptos podría incluso entenderse como un indicio de prevaricación, todo ello en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya citada e incluso teniendo en cuenta la jurisprudencia cuyo criterio resulta contraria a ésta, pues hasta los tribunales contrarios a la aplicación del silencio positivo, reconocen que no cabe duda de la aplicación del art. 43 de la Ley 30/92 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985.

La cuestión quedó zanjada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de fecha 16 de marzo de 2015, cuando se pronunció a favor de que operase el silencio administrativo positivo una vez transcurrido el plazo de tres meses que la Administración tiene para resolver al amparo de la Ley 30/92: *“Como señala con acierto el Ministerio Fiscal, la exposición de motivos de la ley 30/92 anuncia que el silencio administrativo, positivo o negativo, no debe ser un instituto jurídico formal, sino la garantía que impida que los derechos de particulares se vacíen de contenido cuando Administración no atiende eficazmente y con la celeridad debida las funciones para las que se ha organizado. Esta garantía, exponente de una Administración en la que de primar la eficacia sobre el formalismo, solo cederá cuando exista un interés*

*general prevalente o, cuando realmente, el derecho cuyo reconocimiento se postula no exista. Así, la sentencia de la Sala Tercera de 2-2-2012 precisa que el silencio administrativo pueda tener lugar ante cualquier clase de solicitud, siempre que su contenido sea real y posible desde el punto de vista material y jurídico. En el caso examinado, sobre rechazo del FOGASA al abono del 40% de la indemnización derivada de la extinción del contrato, podemos traer a colación nuestra sentencia de 26-12-2013 , expresiva de que la responsabilidad del FOGASA por el 40% de la indemnización legal de despido ex art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es una responsabilidad directa, que constituye un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores independientemente de la situación económica empresarial. Por otra parte como señala la sentencia de la Sala Tercera de 17-7-2012, citada en la de la misma Sala Tercera de 25-9-12 (R. 4332/11) -a su vez traída a colación por la parte recurrente en nuestro recurso y por el Ministerio Fiscal-: "una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad 4 intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el art. 62.1 f) de la Ley 30/92 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecidos por el art. 102, o instar la declaración de lesividad.<sup>182</sup>"*

Es por ello que sorprende enormemente la actuación de determinados tribunales, obcecados por aplicar la corriente contraria a la reciente jurisprudencia del alto tribunal. Tal es el caso del TSJ de Galicia (Coruña) cuando vino a desestimar las pretensiones de la actora bajo la siguiente argumentación:

*“Esta posibilidad ejercitada ahora por el FOGASA alegando la caducidad de la acción de despido, es admitida jurisprudencialmente, declarando la Sala IV del TS que cuando el Fogasa no es parte en el proceso laboral en el que se fijan las condenas a las*

---

<sup>182</sup> STS (Sala de lo Social, Sección 1) de fecha 16.03.2015. (Rec. 802/2014). Ref. CENDOJ 28079140012015100149.

*empresas (indemnizaciones o salarios ex art. 33 ET , puede alzar las excepciones procesales que estime pertinentes (normalmente debiera ser la prescripción, pues la caducidad debe ser declarada de oficio, pese que en el presente caso le pasó desapercibida al Magistrado de instancia). Se trata, según autorizada doctrina científica y jurisprudencial, de una intervención procesal adhesiva provocada ( STS 2-4-02 ). Tal no afectación la confirma incluso la doctrina jurisprudencial ( STCo.171/91 ). Al efecto, las STS 8-5-03 y 10-7-01 razonan que: "1.- El núcleo de la cuestión objeto de recurso consiste en determinar, si en los supuestos, como el de autos, en los que Fogasa no fue parte, ni estuvo citado en el proceso anterior de despido, esta entidad puede considerarse indefensa ante una declaración judicial en la que no participó ni tuvo oportunidad para ello y, en consecuencia puede oponer la excepción de caducidad de la acción de despido en el nuevo proceso seguido sobre responsabilidad de dicha entidad ante la insolvencia del empresario, que no fué acogida de oficio en la sentencia dictada por despido. 2.- Un examen adecuado del asunto exige como dicen las sentencias de esta Sala de 16 de marzo de 1992 y 13 de febrero de 1993 , precisar cuál sea la naturaleza de la acción otorgada frente al Fondo y la concurrente obligación asumida por este organismo; en este sentido dice la última de las sentencias citadas que "la Sala ya ha precisado que tal acción no es directa, sino que tiene un carácter subsidiario, de modo que la obligación de pago --se decía-- no nace hasta que se produce la declaración de insolvencia, desde cuyo momento el trabajador tiene la posibilidad de ejercitar contra FOGASA las reclamaciones y acciones encaminadas al reconocimiento de sus derechos de modo como afirmaba la sentencia en interés de ley de 21 de marzo de 1.988 que es la fecha de la tal declaración judicial de insolvencia la que acarrea la responsabilidad sustitutoria del Fondo; ... ahora bien como se recoge en la sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de mayo de 1.991 , en recurso de amparo, la responsabilidad subsidiaria del Fondo antes dicho está condicionada a la actualidad del crédito a cargo de FOGASA, que actúa en sustitución de empresa insolvente y en relación a créditos no prescritos; si dicho crédito ha prescrito no existe obligación a cargo de FOGASA; y ello porque siendo el Fondo un fiador legal, el mismo por disposición del art. 1839 del C. Civil norma jurídica también aplicable por vía analógica se subroga por el pago en todos los derechos que el deudor, viniendo a ocupar el mismo lugar que aquel con relación a este, por tanto puede alegar las*

*mismas excepciones que en su día pudo oponer el empleador, si con anterioridad no pudo hacerlo, como sucede en el caso de autos en donde cuando se plantea la demanda ante el Juzgado y la Mutua demandada y Comisión liquidadora ya había transcurrido con exceso más de un año desde la fecha de conciliación ante el UMAC, sin avenencia, es decir la deuda ya estaba prescrita, lo contrario supondría hacer recaer sobre el mismo las consecuencias de la pasividad del empleador; caso distinto, sería, si hubiese FOGASA sido demandado en el pleito contra el empleador, de acuerdo con lo establecido en el art. 143 L.P.L , de 1.980, no compareciendo, no alegando o rechazándose la excepción de prescripción, en cuyo caso, como se decía en la sentencia de 4 de diciembre de 1.992 , no cabría alegarla más tarde en el procedimiento contra 5 el mismo; lo contrario sería mantener una situación de pendencia indefinida de la responsabilidad sustitutoria del Fondo contraria a la seguridad jurídica que en principio trata de salvaguardar la prescripción; una cosa en suma es que la acción contra FOGASA nazca desde la fecha del auto de insolvencia y otra que, cuando éste se dicta dicha acción de naturaleza subsidiaria de la directa del empleador ya no esté "viva", por haber decaído el derecho del trabajador, y se pueda reclamar contra el Fondo, pues ello sería tanto como revivir frente al mismo una acción inexistente". 3.- Esta doctrina viene corroborada "a sensu contrario" por reiterada jurisprudencia de esta Sala. Así la sentencia de 14 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1038) (recurso 1298/93 ), reiterando doctrina establecida en sentencias 13 de marzo de 1990 , 15 de julio de 1991 y 13 de febrero de 1993 ha señalado, que no puede alegar la decadencia de la acción ejecutiva si había sido parte en el proceso y no formuló recurso contra el auto recaído; la sentencia de 16 de octubre de 1996 (RJ 1996, 7768) (recurso 1429/96 ), declarando que "si el Fondo que ahora recurre consintió la sentencia condenatoria, también para él como responsable subsidiario, no puede luego oponer la prescripción o caducidad que no alego a su debido tiempo"; la Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8209) (recurso 4565/96 ), en cuanto el Fogasa parte en el proceso, no impugnó la ejecución ni alego la prescripción de la acción ejecutiva, no puede resucitar la prescripción no alegada; la sentencia de 23 de abril de 2001 (RJ 2001, 4872) (recurso 4361/99 ), sobre caducidad no alegada en procedimiento por despido mantiene que "Cuando una persona - natural o jurídicaes constituida parte en un proceso, por admitirse a trámite una demanda dirigida contra ella, debe soportar los*

*pronunciamientos que en dicho proceso le alcancen y que vaya consintiendo sucesivamente. Y pretender alterar tales pronunciamientos después de haber dado lugar a su firmeza, por su aquietamiento, es un intento inútil -salvo los excepcionales supuestos de nulidad o de revisión- de desconocer la fuerza de la cosa juzgada y el deber constitucional de acatar y cumplir las Resoluciones judiciales firmes”<sup>183</sup>.*

Resulta evidente que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 814/2014, de fecha 1 de abril de 2014 (Rec. nº. 2399/2013), cuyo origen se encuentra en la sentencia de fecha 01.07.2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia en autos 376/2012 tienen un contenido hasta ahora novedoso en tanto que por primera vez un Tribunal declara no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas por el Fondo de Garantía Salarial, por el incumplimiento del citado organismo del art. 28.7 del RD 505/1985 al resolver más allá de los tres meses de plazo que tenía para llevar a cabo dicho trámite, declarando por tanto que en estos casos los efectos del silencio administrativo deben considerarse de carácter positivo, cuyos efectos radican principalmente en la imposibilidad de análisis jurídico del fondo del asunto y por ende, declarar no ajustada a derecho la resolución en cuestión, estimando así las pretensiones de los actores y obligando a FOGASA al abono de las cantidades solicitadas por los trabajadores sin perjuicio de los límites legalmente establecidos<sup>184</sup>.

En este sentido, parte de la jurisprudencia comparte el criterio de la Sala del TSJV. Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid (Sección 1) número 1254/2014 de fecha 16 de septiembre de 2014 (Rec. 1051/2014) que viene a resultar aún más restrictiva que la sentencia anteriormente citada ya que ni tan siquiera pone en tela de juicio la efectividad y consecuencias de silencio positivo, en tanto que una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, aún teniendo en cuenta el 62.1.f) de la Ley 30/1992 que viene a regular la nulidad de pleno derecho de

---

<sup>183</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social). Sede: Coruña, de fecha 14.07.2015. (Rec. 4590/2014). Ref. CENDOJ 15030340012015103833.

<sup>184</sup> Arts. 18 y 19 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.



los actos presuntos "contrarios" al ordenamiento jurídico, predominan las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expresos, gozan los actos producidos por silencio positivo, y por lo tanto conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad.

Sin embargo, debemos tener en cuenta una corriente jurisprudencial opuesta a la hasta ahora citada por entender que a pesar de reconocer la innegable aplicación de la ley 30/92 en relación con el art. 28.7 del RD 505/85, debe entenderse que predomina la nulidad de pleno derecho regulada en el art. 62.1.f) de la Ley 30/92, cuando nos encontremos ante actos contrarios al ordenamiento jurídico. En este sentido Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena número 343/14 de fecha 10 de julio de 2014 que a su vez invoca la Sentencia de la Sala de lo Social de 7 de abril de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

En el mismo sentido actúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) número 1909/2014 de fecha 3 de julio de 2014 cuando señala que asevera que existe una interpretación errónea del silencio administrativo, regulado en el artículo 43 de la Ley 30/1992 en tanto que según este criterio, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, ha de tenerse en cuenta el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legítima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario, sobre todo a fin de “evitar enriquecimientos injustos”.

Debemos tener por tanto en cuenta que nos encontramos ante criterios jurisprudenciales absolutamente opuestos, cuya disparidad pone en riesgo la seguridad jurídica, fomentando así la desigualdad entre los solicitantes que recaigan en unos y otros juzgados y/o tribunales, ya que dependerá del criterio de éstos, la resolución que

pueda estimarles o desestimarles su pretensión, ya que hasta el momento no existe un criterio unificado en este sentido, cuestión por tanto objeto de recurso casacional.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que el Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en relación al criterio que ha de utilizarse en casos de silencio administrativo, si bien es cierto no se trataba de su supuestos en los que interviniese FOGASA, no es menos cierto que el criterio que ha de priorizar en caso de silencio administrativo ya se encuentra jurisprudencialmente analizado por parte del Tribunal Supremo.

Así, el alto Tribunal en la Sentencia (Sala Tercera) de 25-9-2012 (rec. 4332/2011 ) declara que una vez operado el silencio de carácter positivo “no es dable efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto estimatorio, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1.992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, que las garantías de seguridad y permanencia de que, al igual que los actos expesos, gozan los actos producidos por silencio positivo, conduce a que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto nulo o anulable la Administración debe seguir, como si de un acto expreso se tratase, los procedimientos de revisión establecidos por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad, y no, como efectuó la Administración y parece pretender la recurrente, haciendo supuesto de la disconformidad”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera) de 15-3-2011 (rec. 3347/2009), cuando señala que "el silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992 , tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, el apartado 4.a) en la redacción actual, dispone que " en los casos de estimación por silencio administrativo , la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”; Indicando a su vez esta misma sentencia que: "Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable

efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro , recaída en el recurso de casación 1602/2000 , que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102 , o instar la declaración de lesividad".

De este modo, debemos concluir que se trata de una cuestión merecedora de ser objeto de interés casacional por cuanto se trata de criterios dispares de tal entidad que podrían perjudicar la seguridad jurídica de los ciudadanos y sobre todo situaciones de desigualdad entre éstos. Si bien es cierto, no se trata de una cuestión especialmente novedosa estricto sensu ya que el alto tribunal ya se ha pronunciado en relación a los efectos y consecuencias una vez operado el silencio positivo, y esto es en síntesis que en dicha situación no resulta posible efectuar un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, es decir, sobre el fondo del asunto, estimándose por tanto íntegramente las pretensiones de los actores.

De otro lado, merece ser tildada de novedosa la Sentencia de fecha 01.07.2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia en autos 376/2012 y de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) nº 814/2014, de fecha 1 de abril de 2014 (Rec. nº. 2399/2013) por la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo en relación a las consecuencias de aplicar el silencio administrativo positivo cuando dicho acto proviene del Fondo de Garantía Salarial.

Por tanto, si bien es cierto que el criterio ya se encuentra analizado y fijado por parte del Tribunal Supremo en relación a los efectos del silencio administrativo positivo, no es menos cierto que a fin de mantener una cierta seguridad jurídica e igualdad de los ciudadanos, parece inevitable que dicha cuestión sea discutida ante la

Sala de lo Social del Tribunal Supremo, ya sea a petición de las partes o del propio Ministerio Fiscal<sup>185</sup> (parte especialmente interesada aunque del todo desligada de la jurisdicción social) pues en caso de falta de interés casacional de dicha cuestión por entenderse que se trata de un tema ya resuelto con anterioridad, nos encontraríamos lamentablemente ante sentencias que rozarían presuntamente el delito de prevaricación, pues de ningún otro modo cabría entender que una vez fijado un criterio por parte del Tribunal Supremo, los distintos juzgados y tribunales siguieran un criterio jurisprudencial claramente contrario. (Me refiero como no puede ser de otro modo a la Sentencia del Juzgado de lo Social de Cartagena número 343/14 de fecha 10 de julio de 2014; Sentencia de la Sala de lo Social de 7 de abril de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) número 1909/2014 de fecha 3 de julio de 2014, entre otras.

A criterio de este autor, el silencio administrativo debe aplicarse de igual modo cuando éste provenga como consecuencia de la inactividad de FOGASA de conformidad con el art. 43 de la Ley 30/92 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985, pues entender que el silencio positivo no puede aplicarse con carácter absoluto en tanto que esta garantía debe ceder cuando el derecho cuyo reconocimiento se postula no existe, es entender que el silencio positivo no debe entrar en juego, inaplicando por tanto el art. 43 de la Ley 30/92 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985, todo ello a sabiendas de que dicha conducta resulta no solo contraria a derecho sino que además, la ausencia de aplicación de dichos preceptos podría incluso entenderse como un presunto indicio de prevaricación, todo ello en aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya citada e incluso teniendo en cuenta la jurisprudencia cuyo criterio resulta contraria a ésta, pues hasta los tribunales contrarios a la aplicación del silencio positivo, reconocen que no cabe duda de la aplicación del art. 43 de la Ley 30/92 en relación con el art. 27.7 RD 505/1985. Por ello, parece inevitable que a efectos de no tildar de presuntos prevaricadores a los distintos juzgados y tribunales por dictar sentencias contrarias al ordenamiento jurídico así como al criterio del propio Tribunal

---

<sup>185</sup> Art. 219 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Supremo<sup>186</sup>, parece más que necesario que la cuestión objeto de análisis sea por tanto analizada por el alto tribunal a fin de que, por medio del recurso de casación, resuelva casando y anulando las sentencias contrarias al criterio ya establecido.

### **3.3.3. La aplicación del art. 257 en relación con el art. 307 CP**

#### ***3.3.3.1. Fraude empresarial al Fondo de Garantía Salarial: posible aplicación del art. 257 en relación con el art. 307 del Código Penal.***

Para analizar los datos expuestos a lo largo del estudio desde la perspectiva propuesta en el presente epígrafe, resultaría muy sencillo concluir que los datos provenientes de FOGASA resultan razonables si tenemos en cuenta los efectos de una mal llamada crisis económica, que en España ha destruido casi 3.000.000 de puestos de trabajo según datos del Observatorio del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE)<sup>187</sup> (cifra algo superior si utilizásemos otro tipo de medidor o fuente como por ejemplo la Encuesta de Población Activa (EPA) o Eurostat).

No obstante, debemos abordar una materia como ésta desde un punto de vista puramente empírico, y por ello, debemos tener en cuenta, tal y como ya se anticipaba en la introducción del estudio, que no todas las empresas situadas en una posición de insolvencia se encuentran realmente en una situación de insolvencia real sino que en muchas ocasiones esta insolvencia es ficticia y meramente instrumental con el objeto de evitar tener que hacer frente a las obligaciones legalmente exigidas al empresario.

A modo de ejemplo, dicha insolvencia de carácter ficticio puede alcanzarse a través de la creación de una segunda empresa libre de deudas a la vez que conducen a los trabajadores a reclamar al Fondo de Garantía Salarial previa correspondiente demanda, las deudas que deben ser abonadas por la empresa, única deudora.

---

<sup>186</sup> En este sentido STC 230/1992; STC 151/2000; y STC 282/1993 que en síntesis vienen a declarar la sumisión del juez a la ley y al Derecho junto con la independencia judicial, que conforman la legitimación del oficio judicial, la puesta en relación de los apartados 3 y 1 del art. 117 nos muestra que la Constitución exige que el juez ordinario ejercite la potestad jurisdiccional mediante la aplicación del Derecho a los casos concretos.

<sup>187</sup> [http://www.sepe.es/contenido/mercado\\_trabajo/](http://www.sepe.es/contenido/mercado_trabajo/)

Por ello, debemos plantearnos (verdadero objeto del presente epígrafe) si cabe pensar en la posibilidad de llevar a cabo acciones legales contra las personas físicas en su condición de socios o administradores, cuya conducta empresarial se base en posicionar a las empresas que ellos mismos gestionan o incluso en auto posicionarse en una situación de insolvencia ficticia a fin de evitar hacer frente a las deudas de origen laboral que mantienen con los trabajadores en detrimento de éstos y de AAPP tales como el Fondo de Garantía Salarial, todo ello al margen del evidente alzamiento de bienes que constituye dicha actuación, entre otros delitos; en definitiva, si resulta aplicación en este tipo de supuestos el art. 257 del Código Penal en relación con el art. 307 del mismo texto legal.

Por ello, y con el objeto de facilitar la idea de lo pretendido al lector, además del ejemplo relacionado con la creación de segundas y terceras empresas, parece interesante ilustrar dicha circunstancia a través de un segundo ejemplo, que el autor que suscribe tuvo la oportunidad de analizar en su condición de letrado.

La mercantil “X”, S.L. hizo a entrega a los trabajadores de una carta con el siguiente tenor literal:

*“ASUNTO: INTEGRACIÓN EN PLANTILLA DE XXX, S.L. POR CAMBIO DE TITULARIDAD.*

*Muy señor nuestro:*

*Habiéndose constituido la sociedad “X”,S.L., mediante escritura pública otorgada ante el Notario “X” del Ilustre Colegio de Madrid, con el número “X” de su protocolo, en virtud del cual se crea una unidad productiva autónoma de “X”, S.A., se produce en este caso un cambio de titularidad de la misma de acuerdo con lo que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores que literalmente dice: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, no extinguirá por si mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social*

*del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social, complementaria hubiere adquirido el cedente. Sin perjuicio de lo establecido en la legislativa de seguridad social, el cedente y cesionario, en las transmisiones que tenga lugar por actos intervivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas”.*

*Por ello, tras haberse informado a la representación de los trabajadores, se pone en su conocimiento que a partir del día primero de julio de 2012 se integrará usted en la plantilla de “X”, S.L., como trabajador fijo de la misma y en las mismas condiciones contractuales que mantenía en la empresa cesionaria, respetándole la nueva sociedad todos los derechos adquiridos por usted en “X”, S.A., incluida su antigüedad a todos los efectos.*

*Se deja constancia de que, a esta fecha, tiene usted devengada la paga de verano de 2012 completa que, en su momento le será liquidada por la empresa cesionaria.*

*En su caso y de acuerdo con nuestras conversaciones, su retribución en la nueva compañía se verá afectada coyunturalmente en la cantidad de 153 euros brutos mensuales durante un período de 12 meses a partir del mes de julio de 2012, revisándose esta afectación antes del término de los citados 12 meses, en función de la evolución económica de la compañía en ese tiempo”.*

En el caso que nos ocupa, por algún tipo de error administrativo, la empresa vino a reconocer que la deuda sería abonada por la cesionaria y no por la cedente (en concurso de acreedores y en situación de insolvencia total) y por lo tanto, desde una perspectiva puramente jurídica, la empresa cesionaria es la única responsable del abono de la cantidad adeudada.

Sin embargo, la mercantil, con la intención de subsanar dicho error y en tanto que los trabajadores interpusieron la correspondiente demanda de cantidad (previa reclamación extrajudicial) en relación a la paga extraordinaria de verano de 2012 adeudada, reunieron a los trabajadores a fin de que desistieran de las demandas interpuestas a cambio de reclamar la cantidad adeudada al Fondo de Garantía Salarial aportando el correspondiente certificado de créditos del que hizo entrega el Administrador Concursal de la cedente y a cambio de mantener su puesto de trabajo en lugar de ser inmediatamente despedidos.

Dejando para otra ocasión el examen de las evidentes vulneraciones de Derechos Fundamentales de los trabajadores, analicemos tal y como procede en el presente texto, la posible aplicación del art. 257 CP en relación con el art. 307 CP en el ámbito laboral en un caso como en el presente.

Establece el art. 257 del Código Penal: *“1. Será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses:*

*1.º El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores.*

*2.º Quien con el mismo fin, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación.*

*2. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación o deuda cuya satisfacción o pago se intente eludir, incluidos los derechos económicos de los trabajadores, y con independencia de que el acreedor sea un particular o cualquier persona jurídica, pública o privada.*

*3. En el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, la pena a imponer será de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses.*



*4. Las penas previstas en el presente artículo se impondrán en su mitad superior en los supuestos previstos en los ordinales 1.º, 4.º y 5.º del apartado primero del artículo 250.*

*5. Este delito será perseguido aun cuando tras su comisión se iniciara una ejecución concursal.”*

Así, el art. 307 del mismo Código que: *“1. El que, por acción u omisión, defraude a la Seguridad Social eludiendo el pago de las cuotas de ésta y conceptos de recaudación conjunta, obteniendo indebidamente devoluciones de las mismas o disfrutando de deducciones por cualquier concepto asimismo de forma indebida, siempre que la cuantía de las cuotas defraudadas o de las devoluciones o deducciones indebidas exceda de cincuenta mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía salvo que hubiere regularizado su situación ante la Seguridad Social en los términos del apartado 3 del presente artículo.*

*La mera presentación de los documentos de cotización no excluye la defraudación, cuando ésta se acredite por otros hechos.*

*Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de tres a seis años.*

*2. A los efectos de determinar la cuantía mencionada en el apartado anterior se estará al importe total defraudado durante cuatro años naturales.*

*3. Se considerará regularizada la situación ante la Seguridad Social cuando se haya procedido por el obligado frente a la Seguridad Social al completo reconocimiento y pago de la deuda antes de que se le haya notificado la iniciación de actuaciones inspectoras dirigidas a la determinación de dichas deudas o, en caso de que tales*

*actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal o el Letrado de la Seguridad Social interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.*

*Asimismo, los efectos de la regularización prevista en el párrafo anterior, resultarán aplicables cuando se satisfagan deudas ante la Seguridad Social una vez prescrito el derecho de la Administración a su determinación en vía administrativa.*

*La regularización de la situación ante la Seguridad Social impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.*

*4. La existencia de un procedimiento penal por delito contra la Seguridad Social no paralizará el procedimiento administrativo para la liquidación y cobro de la deuda contraída con la Seguridad Social, salvo que el Juez lo acuerde previa prestación de garantía. En el caso de que no se pudiese prestar garantía en todo o en parte, el Juez, con carácter excepcional, podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de las garantías, en el caso de que apreciara que la ejecución pudiera ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación. La liquidación administrativa se ajustará finalmente a lo que se decida en el proceso penal.*

*5. Los Jueces y Tribunales podrán imponer al obligado frente a la Seguridad Social o al autor del delito la pena inferior en uno o dos grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como imputado, satisfaga la deuda con la Seguridad Social y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del deudor a la Seguridad Social o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado frente a la Seguridad Social o de otros responsables del delito.*

6. *En los procedimientos por el delito contemplado en este artículo, para la ejecución de la pena de multa y la responsabilidad civil, que comprenderá el importe de la deuda frente a la Seguridad Social que la Administración no haya liquidado por prescripción u otra causa legal, incluidos sus intereses de demora, los Jueces y Tribunales recabarán el auxilio de los servicios de la Administración de la Seguridad Social que las exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.”*

Por tanto, si tenemos en cuenta que *"El Fondo de Garantía Salarial es un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"* (art. 1 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial) y que resulta punible la insolvencia cuando el deudor *"se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores"* (art. 257.1.1º CP) o cuando el deudor *"realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación"* (art. 257.1.2º CP), siendo aplicable además cuando se trate de insolvencias punibles que afecten al ámbito de la Seguridad Social (art. 305 CP) podemos concluir que efectivamente, la conducta de aquellas empresas/empresarios que intenten evadir o evadan de facto el pago de salarios e indemnizaciones a trabajadores y que por esa razón el Fondo de Garantía Salarial tenga que hacerse cargo de dichos conceptos, además de un alzamiento de bienes, supone una insolvencia punible a tenor del art. 257 CP en relación con el art. 307 CP, todo ello habida cuenta de que el ejemplo comentado a efectos ilustrativos tendría connotaciones distintas teniendo en cuenta la reciente reforma del CP que en próximas líneas también se desarrollará.

Sin embargo cabe preguntarnos, ¿resultan de aplicación en la práctica dichos preceptos ante situaciones como las enunciadas?

A priori, puede parecer de sencilla aplicación el articulado reseñado si tenemos en cuenta la conducta empresarial en supuestos como los ya expresados. Sin embargo, la realidad es bien distinta por distintas razones que ni mucho menos pretenden establecerse como *"numerus clausus"*:

- En primer lugar, debemos atender a la falta de competencia por razón de la materia de aquellos órganos jurisdiccionales que tuvieran conocimiento de este tipo de situaciones, concretamente, los juzgados y/o tribunales del orden jurisdiccional de lo social y del orden jurisdiccional de lo mercantil e incluso desde el ámbito administrativo a través de la Inspección de Trabajo, y que rara vez deducen testimonio a los efectos legales oportunos a pesar de ser solicitado por la propia parte.

No obstante, a pesar de la falta de competencia en la que dichos órganos jurisdiccionales se esconden para evitar que una de las partes se vea inmiscuida en un pleito que conlleve consecuencias de tipo penal (con carácter general la empresa), lo cierto es que la Ley 36/2011, de 10 de diciembre, Reguladora de la Jurisdicción Social establece la competencia para que los citados órganos judiciales puedan apreciar de oficio la falta de competencia del orden jurisdiccional social en pro de la jurisdiccional penal, para lo que requerirá con carácter previo a las partes y al Ministerio Fiscal (Art. 5 LRSJ), pudiendo extenderse la aplicación de dicho precepto en aquellos casos en los que el juez entienda que pueda existir parte de la demanda que deba conocer el juez de lo penal.

En el mismo sentido, el art. 17.4 LRJS establece que: *“El Ministerio Fiscal estará legitimado para intervenir en todos aquellos supuestos previstos en la presente Ley”*, entre los que se encuentra el fraude a la Seguridad Social, en cuyo caso el juez de lo social deberá dar traslado de la demanda interpuesta de parte y solicitar al Ministerio Fiscal su personación en el acto de juicio (Aplicación igualmente del art. 82 LRJS), tal y como ocurre en determinados supuestos en los que el Ministerio Fiscal debe ser llamado para su personación al acto de juicio como regla general, procesos tales como impugnación de convenios colectivos (art. 164.6 LRJS); impugnaciones relativas a los estatutos de los sindicatos y de las asociaciones empresariales o a su modificación (art. 167.2, 173.3 y 177.3 LRSJ); vulneración de Derechos Fundamentales; recurso de casación (art. 214 LRJS), etc.

Por ello, a pesar de la falta de competencia de los jueces de lo social para entrar a conocer sobre el fondo de estos asuntos, tienen capacidad para poner en conocimiento

del Ministerio Fiscal la existencia de indicios o incluso hechos que puedan ser constitutivos de este tipo de delitos, situación que no se lleva a cabo en ocasiones por una carga de trabajo desmesurada, desentendimiento sobre materias que no pertenezcan al ámbito estrictamente socio-laboral, o por cualquier otro motivo desde luego en ningún caso se encuentra suficientemente justificado.

- En segundo término, el silencio de las partes afectadas. Debe tenerse en cuenta que en ocasiones, las partes afectadas (trabajador y empresa) llegan a acuerdos extrajudiciales e incluso judiciales en los que se pactan determinados extremos, aunque con carácter extrajudicial dichos extremos se amplían en relación a la no comunicación de elementos que pudieran ser constitutivos de delito al órgano judicial competente.

Asimismo, las partes son conocedoras de que la prejudicialidad de carácter penal puede paralizar el procedimiento. Así, art. 4.3 LRJS: *“Hasta que las resuelva el órgano judicial competente, las cuestiones prejudiciales penales suspenderán el plazo para adoptar la debida decisión sólo cuando se basen en falsedad documental y su solución sea de todo punto indispensable para dictarla”*; y art. 86.3 LRJS: *“Si cualquier otra cuestión prejudicial penal diera lugar a sentencia absolutoria por inexistencia del hecho o por no haber participado el sujeto en el mismo, quedará abierta contra la sentencia dictada por el juez o Sala de lo Social la vía de la revisión regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil”*.

En este sentido, resulta inevitable que las partes analicen la situación en la que desembocaría su procedimiento en caso de la apertura de la vía penal en un procedimiento que se encuentra en el orden jurisdiccional social, que no es otra que un retraso considerable (que deberá sumarse a los actuales amplísimos plazos en el orden jurisdiccional social) así como la posible insolvencia y desaparición de las empresas y empresarios que finalmente pudieran ser condenados previamente en el orden jurisdiccional penal.

- En tercer lugar, debemos tener en cuenta que la jurisdicción penal tampoco ofrece demasiadas expectativas para que prospere una denuncia en este sentido, no solo por la ausencia de interés para este colectivo judicial sobre la materia objeto de estudio

sino porque en raras ocasiones ha tenido la posibilidad de entrar a conocer este tipo de casos, todo como consecuencia de las problemáticas desarrolladas con anterioridad, en relación a la inacción por parte del juez social, la propia Inspección de Trabajo que mantiene una actitud bien parecida así como la falta de acción de las propias partes implicadas.

En definitiva, debemos tener en cuenta no solo la falta de interés por el juez social en poner en conocimiento del Ministerio Fiscal o la dificultad para que este tipo de acciones prosperen en el orden jurisdiccional penal por los motivos expuestos sino también la ausencia de colaboración de las partes, cuyo resultado no es otro que la tendencia empresarial fraudulenta no solo no se está viendo afectada sino que cada vez se encuentra más presente.

De otro lado, debemos tener en cuenta las ventajas e inconvenientes de entrar a conocer este tipo de actuaciones desde el ámbito jurisdiccional penal: tal y como vine señalando a lo largo del presente texto, procesar los actos empresariales señalados en el orden jurisdiccional penal podría conllevar situaciones negativas tales como la posición de insolvencia del deudor e incluso la desaparición de la actividad mercantil como consecuencia de la posible insolvencia o incluso como consecuencia de la imposibilidad de mantener la actividad empresarial en caso de contrataciones con entes públicos que exigen la ausencia de condena de carácter penal.

Sin embargo, debemos entender que las insolvencias punibles por fraude a órganos/instituciones de la Seguridad Social cuando se llevan a cabo por empresas/empresarios no pueden ser posicionadas en una situación de privilegio por temor a la pérdida de puestos de trabajo y/o a cierres de empresas, pues debemos entender que el modelo empresarial español ha de comenzar a cambiar radicalmente en este sentido si pretendemos la creación de una red empresarial responsable con las obligaciones que exigen las instituciones públicas y sobre todo, responsable con los Derechos de los trabajadores, entre otros, en relación al cumplimiento de la retribución de éstos y es por ello, que a la larga, procesar este tipo de conductas empresariales puede ser una medida realmente positiva a fin de que la insolvencia empresarial ficticia sea finalmente corregida y reconducida, cuya finalidad radica precisamente en unas

cuentas empresariales saneadas, una mayor contribución al Estado por parte de las empresas, mayor poder adquisitivo de los trabajadores, entre otros frutos positivos, siendo por tanto sin duda muy ventajoso, que el orden jurisdiccional penal entrara a conocer aquellas situaciones de fraude a la Seguridad Social siendo de aplicación el art. 257 CP en relación con el 307 CP, siendo necesaria una mayor colaboración tanto de la jurisdicción social como de la Inspección de la Trabajo y sin lugar a dudas de las propias partes implicadas.

En definitiva, a modo de conclusión debemos señalar que si tenemos en cuenta que *"El Fondo de Garantía Salarial es un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social"* (art. 1 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial) y que resulta punible la insolvencia cuando el deudor *"se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores"* (art. 257.1.1º CP) o cuando el deudor *"realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación"* (art. 257.1.2º CP), siendo aplicable además cuando se trate de insolvencias punibles que afecten al ámbito de la Seguridad Social (art. 305 CP), no cabe duda de que la conducta de aquellas empresas/empresarios que intenten evadir o evadan de facto el pago de salarios e indemnizaciones a trabajadores y que por esa razón el Fondo de Garantía Salarial tenga que hacerse cargo de dichos conceptos, además de un alzamiento de bienes, supone una insolvencia punible a tenor del art. 257 CP en relación con el art. 307 CP.

No obstante, la dificultad no radica tanto en la aplicación de los preceptos reseñados sino en la problemática que se deriva ante la imposibilidad en la mayoría de los casos, de que las conductas empresariales tendentes a defraudar al Fondo de Garantía Salarial sean enjuiciadas.

Decíamos que situación se producía fundamentalmente debido a tres cuestiones:

1. La falta de competencia por razón de la materia de los juzgados de lo social así como de los propios organismos administrativos, concretamente la Inspección de Trabajo.
2. El silencio de las partes afectadas, pues en ocasiones, las partes afectadas (trabajador y empresa) llegan a acuerdos judiciales en los que se pactan determinados extremos, aunque con carácter extrajudicial dichos extremos se amplían en relación a la no comunicación de elementos que pudieran ser constitutivos de delito al órgano judicial competente.
3. Las limitadas expectativas en la jurisdicción penal a fin de que prospere una denuncia en este sentido, no solo por la ausencia de interés para este colectivo judicial sobre la materia objeto de estudio sino porque en raras ocasiones ha tenido la posibilidad de entrar a conocer este tipo de casos, todo como consecuencia de las problemáticas desarrolladas con anterioridad, en relación a la inacción por parte del juez social, la propia Inspección de Trabajo que mantiene una actitud bien parecida así como la falta de acción de las propias partes implicadas.

Sin embargo, parece conveniente recordar que dicha problemática tiene fácil solución. En relación a la incompetencia por razón de la materia de los órganos jurisdiccionales de lo social, debe hacerse especial ahínco en que tanto los jueces de lo social como la propia Inspección de Trabajo tienen la posibilidad de dar traslado de situaciones que pudieran ser constitutivas de delito por fraude empresarial al Fondo de Garantía Salarial al Ministerio Fiscal y éste solicitar la apertura del correspondiente procedimiento en el orden jurisdiccional penal; solución que de otro lado, debemos señalar que no se trata tanto de una posibilidad sino de una verdadera obligación constantemente vulnerada.



De otro lado, en relación al silencio por las partes afectadas, poco puede hacerse en relación a posibles mejoras en determinados acuerdos antes la no comunicación de posibles delitos en el sentido que venimos apuntando a lo largo del presente estudio. Sin embargo, parece dicha circunstancia podría mejorarse a través de una mayor agilidad procesal y por tanto una mejora en cuanto a plazos procesales se refiere, puede evitarse el psico-terror de las partes a una prejudicialidad de carácter penal que hará aún más eterno el procedimiento en el orden jurisdiccional social así como problemas en cierto modo superados tras la Ley 36/2010<sup>188</sup>.

En último lugar, debemos señalar que una vez abordadas las dos primeras cuestiones, el juez de lo penal podrá entrar a conocer sobre posibles situaciones constitutivas de delito en relación al fraude empresarial al Fondo de Garantía Salarial con mayor facilidad así como la responsabilidad civil derivada de dichas conductas.

En definitiva, tal y como venía a señalar con anterioridad, las insolvencias punibles por fraude a órganos/instituciones de la Seguridad Social, en el presente caso ante el Fondo de Garantía Salarial, cuando se llevan a cabo por empresas/empresarios no pueden ser posicionadas en una situación de privilegio por temor a la pérdida de puestos de trabajo y/o a cierres de empresas, pues debemos entender que el modelo empresarial español ha de comenzar a cambiar radicalmente en este sentido si pretendemos la creación de una red empresarial responsable con las obligaciones que exigen las instituciones públicas y sobre todo, responsable con los Derechos de los trabajadores, entre otros, en relación al cumplimiento de la retribución de éstos y es por ello, que a la larga, procesar este tipo de conductas empresariales puede ser una medida realmente positiva a fin de que la insolvencia empresarial ficticia sea finalmente corregida y reconducida, cuya finalidad radica precisamente en unas cuentas empresariales saneadas, una mayor contribución al Estado por parte de las empresas, mayor poder adquisitivo de los trabajadores, entre otros aspectos positivos, siendo por

---

<sup>188</sup> En este orden de cosas se ha reiterado que la prejudicialidad penal, prevista en los arts. 362 de la LECiv y 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no es reconocida en el Procedimiento Laboral y ello por cuanto el art. 77 de la LPL ( RCL 1995, 1144 y 1563 ) (que se corresponde con el vigente art. 86) sólo admite la suspensión del procedimiento laboral por razón de delito en el supuesto del art. 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en las condiciones en él exigidas ( STS 15-4-1991 [ RJ 1991, 3268] ). STSJ de Andalucía (Sala de lo Social, Granada) núm. 70/2001 de fecha 11.01.2001. Ref. CENDOJ 18087340012001101805.

tanto sin duda alguna muy ventajoso, que el orden jurisdiccional penal entre a conocer en profundidad y como regla general todas aquellas situaciones de fraude a la Seguridad Social a tenor del art. 257 CP en relación con el 307 CP, siendo necesaria una mayor colaboración tanto de la jurisdicción social como de la Inspección de la Trabajo y sin lugar a dudas de las propias partes implicadas.

### ***3.3.3.2. La “frustración de la ejecución” y los delitos de concurso punible o insolvencia***

Tal y como se adelantaba en el epígrafe inmediatamente anterior, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, ha introducido interesantes reformas en la materia objeto de estudio, concretamente en la reforma llevada a cabo en el Capítulo VII bis del Código Penal (arts. 257 y ss), delitos “*comprensivos de las actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que hagan peligrar los intereses de los acreedores en el contexto de crisis económica en la empresa*”<sup>189</sup>.

La propia exposición de motivos de la norma refleja con claridad lo que el legislador ha pretendido, y en síntesis es llevar a cabo “*una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota*”.

Así, la reforma introduce, tal y como indicaba en líneas anteriores, dos nuevos delitos: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad, separando igualmente entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución de los tradicionales delitos de alzamiento de bienes, insolvencia y bancarrota<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> ESCALANTE, T.: "Los delitos de frustración de la ejecución tras la ley orgánica 1/2015, de 23 de noviembre, de reforma del código penal". Ed. Economist & Jurist. Versión electrónica.

<sup>190</sup> En este sentido, Auto del Juzgado de Instrucción de Zaragoza (Sección 1). (Rec. 3309/2013) de fecha 29.10.2015. Ref. CENDOJ: 50297430012015200001. “De los hechos indicados existen indicios para

Con carácter previo a la reforma, la única sanción penal que podría corresponder a quien no manifestaba sus bienes ante el requerimiento de la autoridad judicial, era la correspondiente a la desobediencia grave en el mejor de los casos, pues generalmente todo quedaba en una mera sanción económica.

Sin embargo, ahora el tradicional delito de alzamiento de bienes cambia de denominación, pasando a estar incluido en un capítulo denominado “frustración de la ejecución”.

En ese capítulo se incluye no sólo el tradicional alzamiento de bienes anteriormente analizado (es decir, la disposición de bienes o el aumento de las obligaciones del deudor en perjuicio de acreedores), sino también el art. 258 dedicado específicamente a la situación que nos ocupa. En este sentido, el citado precepto viene a señalar literalmente lo siguiente:

*“1. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses quien, en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor.*

*La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a que está sujeto.*

*2. La misma pena se impondrá cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior.*

*3. Los delitos a que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa”.*

---

imputar a Santos Inocencio un delito de alzamiento de bienes de los artículos 257 y 258 del CP ., siendo cooperadoras necesarias Amparo Celsa y Alicia Casilda .. Con la reforma L.O. 1/2015 del Código Penal, se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible, procediendo a la separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota”.

Por tanto, entre los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras: la ocultación de bienes en procedimientos de ejecución, y la utilización no autorizada de bienes embargados por la autoridad. Los primeros se castigan con penas de prisión de 1 a 4 años (hasta 6 años si la deuda es con la Hacienda Pública o la Seguridad Social) y multa de 12 a 24 meses.

Los nuevos delitos, por su parte, se castigan con pena de prisión de hasta 1 año o multa de hasta 24 meses. El nuevo delito de insolvencia punible o bancarrota castiga con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 8 a 24 meses a quienes, estando en situación de insolvencia, realice actos de ocultación o que dificulten o imposibiliten al acreedor conocer la verdadera situación económica del deudor. Esta penas se elevan de 2 a 6 años en tres circunstancias: en caso de peligro de causar un perjuicio patrimonial relevante para una pluralidad de personas o de ponerlas en una grave situación económica; cuando se cause a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 € o cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tengan como titulares a la Hacienda Pública.

En este sentido, parece relevante señalar que tal y como ha venido declarando la jurisprudencia en numerosas ocasiones, el bien jurídico protegido (según art. 257.1 CP) es el derecho de crédito del acreedor concretado en el derecho a la satisfacción que tiene sobre el patrimonio del deudor en caso de que incumpla sus obligaciones, y se produzca una frustración en el acreedor por ocultamiento del patrimonio del deudor, especialmente importante a tener en cuenta en el presente apartado.

Por esta razón, la Audiencia Provincial ha tenido a bien recordar que respecto al tipo delictivo anterior a la reforma del CP, la jurisprudencia haya acuñado las siguientes características del mismo:

*“A) Es un delito de mera actividad, ya que, no exige el perjuicio del acreedor sino la intención de ello, e incluso el perjuicio puede consistir en poner dilaciones u obstáculos a la efectividad del crédito, afectando esta naturaleza a la responsabilidad civil, ya que sólo conlleva la nulidad de los actos que habían alterado la normal*

*situación patrimonial sin que, en general, en ésta se comprenda la condena al pago de la deuda, ya que ésta existía previamente al delito y no nace con el mismo. No requiere la producción de una insolvencia total y real, pues el perjuicio a los acreedores pertenece no a la fase de perfección del delito si no a la de agotamiento (STS del 15 octubre 2003). Uno de los elementos del delito es la producción de un resultado, no de lesión sino de riesgo, pues es preciso que el deudor como consecuencia de las maniobras descritas, se coloque en situación de insolvencia total o parcial.*

*B) En cuanto al elemento subjetivo, suele hacerse referencia a que 8 requiere de un elemento subjetivo específico del injusto, al actuar "en perjuicio de sus acreedores". Por tanto, el delito se califica de tendencial, ya que la intención del deudor es defraudar las expectativas del acreedor, siendo un elemento esencial del mismo.*

*C) Existencia del elemento objetivo, consistente en la presencia de una relación jurídica obligacional contra el sujeto activo del delito, normalmente preexistente al acto ilícito aunque no necesariamente, pues puede ocurrir que cuando la ocultación se produce no estuvieran vencidos o fueran ilíquidos, y por ello no fueren exigibles los créditos, lo que no impide que pueda darse el delito cuando el autor actúe con la perspectiva de una deuda ya nacida pero no ejercitable ( STS de 14 de febrero 1992 y 11 noviembre 2004). El deber del deudor de no volatilizar sus bienes en perjuicio de sus acreedores no depende en principio, del reconocimiento judicial de la deuda STS de 3 mayo 2002). El defraudador, además, suele adelantarse para conseguir una situación de insolvencia ante la conocida inminencia de que los créditos lleguen a su vencimiento, liquidez o exigibilidad.*

*D) Respecto de la naturaleza de la deuda, se aplica cualquiera que sea la naturaleza u origen de la obligación, y con independencia de que el acreedor sea un particular o persona jurídica, pública o privada.*

*E) Debe concurrir el denominado elemento dinámico: "alzare con sus bienes ", y que tras su primera significación histórica relativa a la desaparición física del deudor con sus bienes, hay que entender como equivalente a insolventarse u ocultación de*

*bienes al acreedor para no satisfacer sus deudas, ya mediante enajenación del activo como de creación de gravámenes, produciéndose una situación de insolvencia total, parcial, aparente, real o ficticia siendo lo decisivo la frustración de la ejecución de las pretensiones de los acreedores mediante insolvencia o sin ella ( STS de 19 febrero 1993)”<sup>191</sup>.*

Así las cosas, aclara la sentencia, *“Es este el supuesto muchas veces invocado en la práctica, de inexistencia de verdadera insolvencia. En este sentido basta el mero impedimento o la acción de dificultar dolosamente la acción del acreedor. De ahí que en determinados supuestos se haya considerado que no se da alzamiento de bienes por no concurrir los requisitos legales del mismo”*, situación que ha sido radicalmente modificada con la reforma del CP, razón por la que la Audiencia Provincial (entre otras), en línea con la nueva reforma del CP, declaró recientemente que *“...la figura aplicada no es delito de insolvencia, sino de frustración de la ejecución, y para su aplicación basta con que concurra una situación de aparente insolvencia, sin que se exija una total descapitalización. En efecto, el resultado del delito no exige una insolvencia real y efectiva, sino una verdadera ocultación de bienes que sea, o razonablemente se crea que puede ser, un obstáculo para el éxito de la vía de apremio, y por eso la jurisprudencia que habla de la insolvencia como resultado del alzamiento de bienes, siempre añade los adjetivos total o parcial, real o ficticia, porque no es necesario en cada caso hacerle la cuenta al deudor para ver si tiene o no más activo que pasivo, lo cual no sería posible en muchos casos precisamente por la actitud de ocultación que adopta el deudor en estos supuestos. No es necesario, por tanto que el acreedor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados, ni menos aún que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica (Sentencias de 11 de noviembre de 1991 , 24 de*

---

<sup>191</sup> Sentencia de la AP de Soria número 87/2015 de fecha 15.10.2015. (Rec. 17/2014). Ref. CENDOJ: 42173370012015100154.

*enero de 1998 , 18 de junio y 30 de noviembre de 2001 , 15 de abril de 2002 , 15 de octubre de 2003 y 20 de enero de 2004 )”<sup>192</sup>.*

En definitiva, tras la reforma del Código Penal, es posible que la empresa o empresario deudor pueda ser finalmente condenado incluso con pena de prisión, no por el hecho de tener deudas sino por no colaborar con los propios acreedores y la autoridad judicial en relación a facilitarles datos de los bienes propios con los que permitirles su satisfacción, tal y como parece razonable desde todo sentido común.

En este sentido, la inclusión de una nueva tipología de tipos delictivos parece lógica si lo que se pretende es introducir nuevos métodos de imposibilitar el cobro de una deuda. En cualquier caso, la intención del legislador es clara: impedir los espacios de impunidad que hasta ahora existían relativos a las acciones destinadas a impedir intencionalmente el cobro de las deudas.

### **3.3.4. La nómina como título ejecutivo**

Una solución o alternativa tendente a la reducción del impacto que supone la insolvencia de carácter empresarial en el ámbito de las relaciones laborales, podría tener consideración una alternativa sin precedente histórico: la nómina o recibo salarial como título ejecutivo.

Ha de señalarse previamente que el contenido de cualquier título ejecutivo no tendría plena eficacia jurídica si no fuera por la fuerza ejecutiva que los acompaña, pues es precisamente ésta la que va a materializar lo que en ellos consta, ya que ejecutar una

---

<sup>192</sup> Sentencia de la AP de Madrid (Sección 16) número 379/15 de fecha 25.05.2015 (Rec. 550/2015). Ref. CENDOJ 28079370162015100399. En el mismo sentido, ST de la AP de Murcia (Sección 3) número 93/2015 de fecha 26.02.2015 (Rec. 25/2014). Ref. CENDOJ: 30030370032015100081: “De otro lado, el tipo aplicado comprende no sólo la desaparición física del deudor con sus bienes, sino también destruir u ocultar sus activos para no satisfacer las deudas, ora enajenando su activo, ora grabándolo, lo esencial es la frustración de la ejecución de las pretensiones de los acreedores, no es precisa una insolvencia completa, que afectaría al agotamiento del delito, si no que con la acción se hayan puesto obstáculos a la efectividad del crédito, aunque sólo sea demorándola el Art. 257.1.2º alude a que "dilata, dificulte o impida", por ello no es exigible que el acreedor tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados, ni que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica (cfr. SSTS. de 4 de mayo de 1989, 11 de marzo y 23 de septiembre de 2002 )”.

resolución judicial (un título ejecutivo cualquiera) implica cumplir y satisfacer íntegra o parcialmente la pretensión de quien lo posee.

No parece descabellado pensar la posibilidad de dotar a determinadas situaciones y/o documentos de fuerza jurídica suficiente que permita ejecutar las pretensiones en ellos recogidas. En este sentido, se aprobó Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en virtud del cual se crea la figura del título ejecutivo europeo entendiéndose como tal, *“el certificado que permite que las decisiones, transacciones judiciales y actos auténticos sobre créditos no impugnados sean reconocidos y ejecutados automáticamente en otro Estado miembro, sin procedimiento intermedio”*<sup>193</sup>.

Sin embargo, y teniendo en cuenta la actual situación económica que viene sufriendo España durante los últimos años y teniendo en cuenta igualmente los mecanismos previstos en la norma en relación a la insolvencia empresarial<sup>194</sup>, parece lógico pensar que los títulos ejecutivos no van a satisfacer las pretensiones del acreedor si el correspondiente deudor no dispone de bienes suficientes de carácter monetario para responder a las pretensiones del primero.

Así, con carácter previo, parece relevante conocer cuáles son los títulos ejecutivos establecidos en la norma, desde el más tradicional (la sentencia, regulada en el artículo 97 LRJS) o cualquiera de los contemplados en la Ley, especialmente en la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral y posteriormente en la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que, como es bien sabido, recopila los títulos recogidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 517 así como otros que son la consecuencia de la utilización de la solución de conflictos extrajurisdiccionales, cuya regulación no se especifica en un solo precepto sino que aparecen reflejados entre los diferentes artículos de la Ley. A modo de esquema han de anunciarse los siguientes:

---

<sup>193</sup> Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

<sup>194</sup> “De la insolvencia empresarial”. Arts. 276-277 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.



- Conciliación y avenencia previa (Artículo 63 LRJS).
- Conciliación y avenencia previa obtenida y aprobada ante y por el órgano judicial “en cualquier momento antes de dictar Sentencia” (Artículo 84 LRJS).
- Laudos firmes dictados por órganos que puedan constituirse “mediante los acuerdos...y los convenios” (Artículo 65 LRJS – Disposición Adicional séptima LPL).
- Lo acordado en avenencia ante los órganos instituidos por los acuerdos de interés profesional (Artículo 13 LETA).
- Laudos arbitrales firmes dictados en arbitraje voluntario (Artículo 18.3 y 4 LETA).

Como se expuso en líneas anteriores, una vez que el acreedor se encuentre en posesión del correspondiente título o títulos ejecutivos, podrá exigir el cumplimiento de la pretensión ejecutiva a través de ciertos mecanismos que aseguran la obtención de dicha pretensión que como bien establece el artículo 239.2 de la LRJS incluso mediante mecanismos alternativos a la ejecución absoluta total, como es el caso de la ejecución parcial. (Artículo 240 LRJS).

No obstante, no todos los títulos ejecutivos suponen la ejecución en sus propios términos, pues en situaciones que en un primer momento podían tildarse de carácter especial, son cada vez más habituales, en las que la economía de la empresa posee cierto carácter insolvente (en la mayoría de los casos, absoluto carácter insolvente) y por tanto el cobro de las cantidades adeudadas es poco efectiva aún estando insisto, en posesión de un título ejecutivo como los mencionados y más aún cuando el Fondo de Garantía Salarial es a día de hoy utilizado por las empresas como el verdadero deudor ordinario, olvidándose que el Fondo de Garantía Salarial tan solo es responsable subsidiario de los impagos de las empresas.

Con toda seguridad la modificación más relevante se traduce en la distancia que se produce entre la ya derogada LPL (actual LRJS) y la LEC, pues la norma social mediante novedosos principios reguladores pretende una mayor eficiencia en la tramitación de los procesos o lo que es lo mismo, una mayor celeridad en aras de la economía procesal.

Dicha modificación se introduce mediante la tendencia a evitar o al menos disminuir el carácter formalista de la Ley, atribuyendo por tanto una mayor importancia al principio dispositivo.

Resulta ilustrativo al menos en la presente materia, la potenciación que alberga la LPL de 1990, (RDL 521/1990, de 27 de abril) hacia una mayor eficacia en cuanto a la conciliación judicial, “donde los pactos, incluyendo los de carácter procesal, tienen por definición, su específica residencia”,<sup>195</sup> contemplándose así de nuevo en la reciente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Asimismo, parece oportuno dejar constancia de la verdadera intencionalidad de la LPL tras la reforma de los años noventa que bien puede resumirse del siguiente modo: “...en el proceso laboral, se contienen no pocos mecanismos pioneros, muchos ahora capturados para el proceso civil”<sup>196</sup>.

La norma social ha demostrado desde el principio que tiene como una de sus principales finalidades dotar de una mayor eficiencia al actual sistema procesal a través de la dispositividad de las normas y concretamente en el proceso de ejecución en el ámbito laboral, pues sin intención alguna de teñir a este ámbito jurisdiccional de un carácter preferente al resto, lo cierto es que se encuentra en una situación de alerta y urgencia derivada de una época caracterizada por un aumento de los procesos de ejecución laboral como consecuencia de un período mal denominado como “crisis económica”, así como de una inoportuna reforma laboral llevada a cabo a través del

---

<sup>195</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F; GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J: “Los pactos procesales en el orden social: unos apuntes para el debate”. Relaciones Laborales, nº 23, Sección Doctrina. Págs. 499-518.

<sup>196</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F; GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ. Cit. Op. Págs. 499-518.

Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral concretado en la posterior Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

Todo lo expuesto a lo largo del presente epígrafe pretende demostrar que el ordenamiento jurídico en relación a la jurisdicción social y a las materias de las que ésta conoce, ha venido demostrando ser abanderado de la defensa de normas dotadas de una mayor eficiencia en relación al actual sistema procesal a través de la dispositividad de las normas y concretamente en el proceso de ejecución a través de una mayor celeridad entre otros elementos.

Por tanto, es de justicia llevar a cabo de nuevo reformas tendentes a la introducción de la nómina o recibo salarial como título ejecutivo, máxime cuando se trate de determinados créditos que incluso la propia Ley 22/2003, Concursal (así como la correspondiente reforma a través de la Ley 38/2011) califica como créditos contra la masa (en parte) en relación con el art. 32.1 ET: el salario<sup>197</sup>.

En este sentido y teniendo en cuenta que el salario se concibe como el sustento de la economía personal e incluso familiar. Este sentido el propio contenido de la Carta Magna establece en el art. 35 que *“Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia...”*.

En el mismo sentido ahonda la existencia de un Salario Mínimo Interprofesional, que ante la ausencia de un salario mínimo homogeneizado en Europa (posibilidad planteada a lo largo de las últimas semanas), el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores en el art. 27 recoge la necesidad de la regulación de unos mínimos en términos retributivos *“que encuentra su justificación en la protección de un interés que*

---

<sup>197</sup> Art. 84.2.1 LC: “Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional”.

*se estima digno y necesitado de la atención del Estado, según los principios constitucionales<sup>198</sup>”. (Art. 35 CE).*

Así, dicho derecho se encuentra recogido en la Carta Social Europea de 1961 en relación al art. 4.1, ratificada por España el 6 de mayo de 1980, que además ratificó el Protocolo adicional a la Carta Social Europea de 1988, en fecha 24 de enero de 2000, estableciéndose que *“Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a una remuneración equitativa, las Partes se comprometen a reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso”*.

En este sentido, parece relevante constatar que el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa revisó por última vez en diciembre del año 2010 el artículo 4 de la Carta Social Europea, cuyas conclusiones lamentablemente venían a disponer que de la información contenida en el informe presentado por España, en su conclusión anterior (Conclusiones XVIII-2), el Comité consideró que el mínimo salario era manifiestamente inadecuada al caer muy por debajo del umbral del 60% de la media salarial.

Así las cosas, también solicitó información detallada sobre los valores netos del mínimo y medios salarios. El Comité toma nota del informe que sobre la base del Real Decreto 1632/2006 de 29 de diciembre del salario mínimo interprofesional se fija en € 570,60 al mes. Lo se elevó a 624 € en el año 2009 en virtud del Real Decreto 2128/2008, de 26 de diciembre. Sin embargo Comité observa que el informe, de nuevo, no puede proporcionar información solicitada en los valores netos de los salarios mínimos y medios. Toma nota de que Eurostat los ingresos brutos anuales promedio en 2007 fue de 21.890 € en 2007 (€ 1,824 por meses). Por lo tanto, incluso en la ausencia de información sobre los valores netos, el Comité considera que a pesar del crecimiento del salario mínimo, la situación no ha cambiado - el nivel del salario mínimo sigue siendo muy baja y por lo tanto no es justo. El Comité también notas de la OCDE que en

---

198 STC 31/1984, de fecha 07/03/1984. [RTC 1984, 31]

relación a los salarios mínimos promedio de los trabajadores a tiempo completo en 2007 ascendió a 45%.

A la vista de los datos, el Comité concluyó que la situación en España no está en conformidad con el artículo 4. 1 de la Carta sobre la base de que el salario mínimo es manifiestamente injusto, pues según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE) la ganancia media anual por trabajador ascendía a 22.899,35 euros brutos, lo que supone una media de 1.908,27 euros brutos/mes. Según estos datos, España estaría cumpliendo con lo establecido en la Carta Social Europea y con las Conclusiones XVIII-2 y con las Conclusiones XIX-3 del Comité Europeo en relación al art. 4.1 de la Carta, siempre y cuando el salario mínimo interprofesional estuviera fijado al menos en 1.144,96 euros brutos, y no en los 645 euros actuales, que hablando en términos porcentuales, debería aumentar en un 77%, o dicho de otro modo, el salario mínimo actual en España se sitúa un 43,6% por debajo del nivel exigido por el comité Europeo.

El incumplimiento y vulneración del art. 4.1 de la Carta y el Informe del Comité es aún más evidente tras la aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (posteriormente Ley 3/2012), en tanto que en a través del art. 12 de dicha norma se modifica el art. 41 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que permite a las empresas las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo con carácter unilateral, entre las que se encuentra el sistema de remuneración y cuantía salarial, pudiendo reducirse el salario del trabajador sin límite alguno, expresándose en la norma del siguiente modo:

*“1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa. Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones,*

*cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley”.*

La modificación en relación a la reducción del salario sin límite ni de carácter cuantitativo ni de carácter temporal supone la bajada de salarios en las rentas más bajas, afectando por tanto a las reglas establecidas tanto en la Carta Social Europea como en el posterior Informe del Comité y sus correspondientes Conclusiones ya reseñadas.

En definitiva y según lo expuesto, parece determinante la intencionalidad protectora que se desprende de nuestro ordenamiento jurídico en relación al salario (incluso contra el impago y retrasos continuados en el mismo – art. 50.1.b) -), dejando al margen los incumplimientos derivados de la imposición de un SMI.

Y es por ello, que contrariamente a dicha protección, la Ley 22/2003, Concursal derogue el principio de ejecución separada en todos los créditos de carácter laboral, eliminando el privilegio en relación a los créditos de los trabajadores, no solo en concepto de indemnización sino incluso en concepto de salario; en este sentido, se mantiene la preferencia de parte de los créditos salariales a tenor del art. 32 ET en relación con el art. 84.2.1 LC, tan solo sobre los últimos 30 días de salario siendo calificado como crédito contra la masa insisto, protección menor que la existente mediante el principio de ejecución separada, por dos razones:

- En primer lugar, se trata de una protección mucho menor. No se protege la totalidad de los créditos laborales o al menos los créditos salariales sino tan solo los últimos 30 días de salario, siendo el resto créditos con privilegios pero nunca créditos contra la masa.
- En segundo término, ostentar la calificación de crédito contra la masa parece una protección menor de los créditos laborales y concretamente los salariales ya que tras derogarse la posibilidad de ejecutar los créditos desde la jurisdicción social, se abre la vía perfecta para que el empresario pueda llevar a cabo una liquidación de los bienes existentes en la empresa desde que el trabajador

obtiene el correspondiente título ejecutivo hasta la ejecución del mismo (mayor aún si cabe en caso de declararse la empresa en concurso a lo largo de dicho período).

Según lo expuesto, quien suscribe no comprende la falta de coherencia del ordenamiento jurídico en cuanto que extrema la protección hacia el salario de los trabajadores, dejando sin efecto de otro lado, cualquier tipo de mecanismo que permita al mismo reclamar su salario en caso de impago por parte del empresario, pudiendo tan solo llevar a cabo una mera reclamación de cantidad ante los órganos correspondientes, ya que ni el recientemente creado procedimiento monitorio en la jurisdicción social<sup>199</sup> satisface la pretensión del trabajador acreedor en un corto espacio de tiempo en cuanto a su transformación en procedimiento ordinario tras la oposición de contrario.

Por lo expuesto, resulta urgente dotar de fuerza ejecutiva a los créditos salariales de los trabajadores a través de la nómina o del recibo salarial, convirtiéndose así en título ejecutivo al amparo del art. 517 LEC, todo ello a fin de obtener una verdadera protección a los créditos salariales y no solo en parte, no solo por razón de la cuantía (últimos 30 días de salario) sino por el cada vez más decadente mecanismo procesal.

Por tanto, tal y como se ha venido desprendiendo a lo largo de del presente apartado, las empresas concursadas mantienen un clímax de absoluta insolvencia, dejando por el camino un reguero de deudas en las que no solo se encuentran proveedores y otros acreedores sino con sus propios trabajadores.

Los créditos de los trabajadores ya sean salarios, ya sean indemnizaciones deben tratarse con especial sensibilidad ya que se trata del único sustento de los mismos. Se trata de una cuantía mensual que los trabajadores utilizan para cumplir con obligaciones tan básicas como el abono de la hipoteca o del arrendamiento correspondiente, el abono de suministros como la electricidad, agua y otros así como su propia alimentación; en algunos casos a título individual y en otros, a título familiar.

---

<sup>199</sup> Art. 101 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

En este sentido, tal y como se dijo anteriormente, antes de la aprobación de la Ley 22/2003, Concursal los créditos de los trabajadores se encontraban especialmente protegidos a través del Principio de Ejecución Separada. No obstante, tras aprobarse dicha norma, como consecuencia de la inclusión de los principios de unidad de sistema y de procedimiento que informan la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio (una de cuyas aplicaciones más destacadas se encuentra en su artículo 55.1), las Disposiciones Finales 14ª y 15ª, apartado 8 de la referida Ley, han introducido una modificación sustancial en la redacción del art. 32.5 del ET y en la del art. 246.3 de la LPL, lo que provoca que incluso aquellos trabajadores que posean título ejecutivo que les permita satisfacer su crédito, no podrán hacerlo efectivo si la mercantil hubiera sido declarada en situación de concurso, ateniéndose al sistema de prelación de créditos regulado en el art. 237.5 LRJS, exceptuando los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Así, el art. 55 LC establece que: *“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”*, pudiendo continuar tal y como establece el precepto, *“aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso”*, hasta la aprobación del plan de liquidación, y de nuevo insiste la norma, *“siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*; todo ello a fin de ofrecer una clara preferencia a la continuidad de la actividad profesional o empresarial frente al Derecho de cobro de los acreedores, incluso de los propios trabajadores.

La protección hacia las empresas frente a los derechos crediticios de los trabajadores es máxima, al establecer la propia norma que ya no solo se ha derogado el principio de ejecución separada por lo que no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni de otra índole contra el patrimonio del deudor, sino que en aquellos supuestos en los que pueda continuarse la ejecución al haberse dictado diligencia de embargo y ejecuciones laborales, tampoco será posible si los bienes objeto de embargo son



necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, por lo que mientras que el empresario mantiene deudas con sus trabajadores, ya sea en concepto de indemnización, ya sea en concepto de salarios (exceptuando las cantidades correspondientes a los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 ET), podrá continuar con la actividad empresarial, generando crédito suficiente para mantener la empresa e incluso obtener beneficios en algunos casos, nada desdeñables, todo ello insisto, manteniendo la deuda con los trabajadores, quienes se verán abocados a solicitar la prestación del Fondo de Garantía Salarial a tenor del art. 33 ET, con las limitaciones establecidas en la Ley.

Sin embargo, ¿Debe seguir teniendo preferencia la continuidad de la actividad empresarial frente a créditos tan sensibles como aquellos relacionados con los trabajadores (salarios o indemnizaciones)?

Los datos reseñados a lo largo del texto no parecen avalar dicha finalidad, pues de ellos se desprende que un número desproporcionado e histórico de empresas concursadas optaron por la liquidación en lugar de llevar a cabo un plan de viabilidad real que permita la continuidad de la actividad empresarial, por lo que no parece que la preferencia recogida en la norma que persigue la continuidad de la actividad empresarial en las empresas concursadas, haya obtenido precisamente el objetivo deseado, sino que en realidad, parece un procedimiento tendente a la búsqueda de la insolvencia empresarial, asegurando en el momento de la presentación del concurso que llevarán a cabo un plan de viabilidad ficticio que en absoluto permitirá la continuidad de la actividad empresarial, llevándose a cabo finalmente la liquidación a través del correspondiente informe del Administrador Concursal a tenor del art. 75.2 LC, habiéndose ahorrado los créditos de los trabajadores quienes en la mayor parte de los supuestos habrían solicitado la prestación al Fondo de Garantía Salarial y el resto de acreedores en su mayoría habrían desistido de sus pretensiones o incluso ni tan siquiera habrían iniciado acciones legales ante la imposibilidad de cobro de las empresas concursadas tal y como está confeccionado actualmente nuestro ordenamiento jurídico.

Según lo expuesto, no parece oportuno sacrificar el derecho de cobro de los acreedores y más aún si se trata de créditos especialmente sensibles como son los

créditos salariales y aquellos que provienen de deudas mantenidas con los trabajadores en general, persiguiendo una continuidad de la actividad empresarial inexistente. Por ello, parece al menos interesante estudiar la posibilidad de reinstaurar en el ordenamiento jurídico el principio de ejecución separada, al menos relación a los créditos que provengan de deudas con los trabajadores.

De otro lado, y con carácter subsidiario o incluso complementario cabría plantearse una segunda alternativa sin precedente histórico alguno: dotar a los recibos salariales o nóminas de los trabajadores de fuerza ejecutiva que les permita sortear la infranqueable barrera de la supresión del principio de ejecución separada. Esto es, entendiendo la pervivencia de la supresión de dicho principio y a fin de no someter a los trabajadores a una situación de permanente discriminación, debe establecerse un sistema que permita al trabajador solicitar la ejecución de su título (la nómina o recibo salarial) ante el impago del mismo, que necesariamente debe pasar por la dotación a la nómina de fuerza ejecutiva, sin necesidad de verse inmerso en un largo, lento y torpe proceso declarativo, que generalmente culmina con un título ejecutivo (normalmente sentencia o acta de conciliación) que no puede ser ejecutado ante la declaración de concurso de la mercantil deudora, que para mayor ironía seguramente solicitado con posterioridad a la interposición de la demanda por parte del trabajador.

### **3.3.5. La adquisición de la empresa concursada por parte de los trabajadores**

La adquisición de la empresa insolvente y concursada por parte de los trabajadores, más que una propuesta se trata actualmente de una realidad aprobada por el Juzgado de lo Mercantil de San Sebastián, donde se ha seguido el procedimiento concursal de Muebles Azcue de Azpeitia desde diciembre de 2012, y que finalmente ha autorizado la venta de la citada empresa a una nueva sociedad integrada por un grupo de ex trabajadores de la compañía (despedidos previamente), quienes pondrán nuevamente en marcha su actividad industrial a través de una sociedad-laboral llamada Muebles y Maderas de Nueva Línea SLL.

De este modo y en el caso que nos ocupa, el pago de la cifra estipulada por el Juez será abonada con la aportación de los socios a través de un plan de financiación

acordado con un grupo de entidades bancarias, en el plazo de un mes desde la formalización de la operación.

¿Se trata de una alternativa dirigida a evitar o al menos reducir el impacto de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales? Si bien, ningún trabajador puede ser obligado a adquirir una empresa de la que fue previamente despedido y mucho menos a correr riesgos a los que no están sometidos en ningún caso ni tampoco vinculados a través de una relación de carácter laboral, si que podemos decir que se trata de una operación ciertamente beneficiosa, por cuanto ésta se basa en que dicha adquisición no implica para los ofertantes la asunción de las deudas de la concursada frente a los acreedores públicos (Agencia Tributaria, Hacienda Foral, Fogasa, entre otros), ni la subrogación de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la adquisición.

De un lado, esta alternativa no garantiza el cobro de los créditos laborales adeudados. De hecho, fomenta en cierto modo no abonar los salarios e indemnizaciones adeudadas por cuanto esta alternativa exige a los deudores del abono de las cantidades referenciadas. De otro, en ocasiones los trabajadores deberán poner en una balanza si prefieren esperar (para el cobro de los créditos adeudados) a que el Fondo de Garantía Salarial cumpla con sus obligaciones prestacionales o decidir entrar a formar parte de la empresa en una especie de cooperativa, corriendo eso sí, con los riesgos correspondientes<sup>200</sup>.

### **3.3.6. Del grupo de empresas**

La declaración de grupo de empresas desde una perspectiva puramente laboral podría entenderse como una solución tendente a reducir el impacto de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laboral, en tanto y cuando, siendo la mercantil contratante insolvente, es más que probable que alguna de las empresas que sean declaradas como parte del grupo de empresas no lo sea, y siendo ésta igualmente responsable, o lo que es

---

<sup>200</sup> En este sentido, y por la complejidad de esta propuesta de creación de empleo sobre todo por la cuestión de la laboralidad de los socios trabajadores con la cooperativa, resulta especialmente enriquecedora la lectura de la obra de LOPEZ GANDÍA, J.: “Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

lo mismo, comparte responsabilidad solidaria, el trabajador vería satisfecha tu pretensión, percibiendo de este modo las cuantías a las que dichas empresas hayan sido previamente condenadas, evitando de este modo entrar en la espiral de la insolvencia empresarial.

Por contra, el orden jurisdiccional social es mucho más exigente que otros órdenes, tal y como ocurre en el civil o en el mercantil, con la declaración de grupo de empresas.

Así, los requisitos tradicionalmente exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pueden sintetizarse del siguiente modo:

**1º) La existencia de una plantilla única** (Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 19 de junio [RTCT 1986,4657], 28 de octubre [RTCT 1986,10337], 16 de diciembre de 1986 [RTCT 1986,13899], 30 de enero [RJ 1990,233] y 3 de mayo de 1990 [RJ 1990, 3946], entre otras) que se produce, cuando las sociedades pertenecientes al grupo se benefician de la prestación laboral de trabajadores finalmente adscritos a la plantilla de una de ellas. Y así, los trabajadores han pasado de manera indistinta a estar contratados por una u otra empresa del grupo, realizando las mismas funciones y bajo las instrucciones del mismo superior jerárquico.

**2º) Cuando existe una caja única o patrimonio social confundido** (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 7838], 8 de junio de 1988 [RJ 1988, 5256], 30 de enero de 1990), que tiene lugar cuando se utilizan indiferenciadamente por todas ellas los activos o se hace pago indistinto del pasivo.

**3º) Cuando se produce una apariencia externa unitaria**, actuando en el mercado de manera conjunta, que induce a confusión a los terceros que contrataren con las empresas del grupo (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1987 [RJ 1987, 6973], de 22 de diciembre de 1989 [RJA 1989,9073]).

Y es que en el ámbito laboral, aún no existiendo propiamente una norma que defina el alcance de lo que deba entenderse por grupo de empresas, debe tratarse

primordialmente como un concepto de naturaleza jurisprudencial, salvo la mención efectuada por el art. 6.4 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, por lo que respecta a acreditar la situación económica negativa empresarial, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente del nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo, como causa que justifique el despido colectivo regulado en el art. 51 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Y es que, la doctrina del grupo de empresas elaborada y aplicada por nuestra jurisprudencia, constituye una emanación de la técnica de levantamiento del velo anteriormente desarrollada, donde se busca la realidad empresarial pluripersonal y se trata de prescindir del dato de la personalidad de la social formalmente empleadora, para adentrarse en la realidad profunda de la actividad empresarial indiferenciada, a la búsqueda de la solidaridad de esa agrupación o unidad de empresa verdadera.

En este sentido, y fin de sentar las bases y criterios jurisprudenciales anteriormente citados, parece relevante atender a la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 diciembre 2000, (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4383/1999): “[...] *el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la Jurisprudencia de esta Sala. Así ya se afirmó que " no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales "* (Sentencias de 30 de enero, 9 de mayo de 1990 y 30 de junio de 1993). *No puede olvidarse que, como señala la sentencia de 30 de junio de 1993, "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son". La dirección unitaria de varias entidades*

*empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la Jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1) Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS. de 6 de mayo de 1981 y 8 de octubre de 1987. 2) Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1985 y 7 de diciembre de 1987 3) Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1988, 12 de julio de 1988 y 1 de julio de 1989). 4) Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993). Y todo ello teniendo en cuenta que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores."*

En relación al elemento de la confusión patrimonial citado al inicio, el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 06.03.2002, expresa que es necesario para su percepción “*la interrelación de bienes, intereses, derechos y obligaciones de las personas físicas y de las personas jurídicas demandadas*” que genere una situación de “*confusión de actividades, propiedades y patrimonios*” en la que “*todos los demandados han venido beneficiándose de la actividad profesional del trabajador*”, y ante una situación de confusión patrimonial de estas características se justifica la aplicación excepcional de la doctrina del “*levantamiento del velo de la sociedad*”, extendiendo la responsabilidad solidaria de las deudas salariales a las personas físicas por cuenta de las que efectivamente se ha prestado el trabajo cuando al menos de manera indiciaria, exista un

principio de prueba que suscite la sospecha de que la realidad material no es la que aparentan las formas. (STSJ País Vasco de fecha 07.02.2006)

Para determinar la existencia de un grupo empresarial habría que concluir que las empresas en cuestión mantienen importantes relaciones societarias, tanto en lo que respecta a su constitución (participación de unas en el capital social de las otras), como en el desarrollo de sus actividades (domicilio social u operativo común, operaciones de circulación interna de capitales o bienes...). Pero ello no sería bastante para declarar la responsabilidad solidaria de todas ellas en el ámbito de las relaciones laborales. En efecto, de la mera existencia de un grupo de empresas no puede derivarse la responsabilidad solidaria de todas las que lo constituyen, respecto a obligaciones laborales de una de ellas ya que, si bien entre las mismas pueden existir relaciones manifiestas -parte común en el accionariado de la otra, mismo domicilio social...- ha de averiguarse también si han actuado conjuntamente en su condición de empresarios, esto es, si ha quedado acreditado que hubieran actuado bajo una misma dirección empresarial, o haya existido movilidad entre las plantillas de los trabajadores que implique con ello una actuación fraudulenta. (STSJ del País Vasco de fecha 28.10.2003).

La STS (Sala de lo Social, Sección 1), de 23 enero 2007, (Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 641/2005), pone el acento para apreciar la responsabilidad laboral solidaria en la prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo, ya que en estos casos, como señaló la misma Sala en Sentencia de 31 de diciembre de 1991, rec. 688/1990, ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores, no se puede diferenciar a cuál de las empresas aportan su actividad. A estas situaciones apuntan lo dispuesto en el art. 1.2. ET, que califica como empresarios a las "personas físicas y jurídicas" y también a las "comunidades de bienes" "que reciban la prestación de servicios" de los trabajadores asalariados. La responsabilidad solidaria a efectos laborales, característica no de todos pero sí de determinados grupos de empresas, deriva en estos supuestos particulares de prestaciones de trabajo indistintas e indiferenciadas

del hecho de que las empresas o sociedades agrupadas asumen la posición de único empleador<sup>201</sup>.

Así las cosas, puede asegurarse que el grupo de empresas ha de tenerse muy presente a los efectos de ser contemplada como una de las soluciones ante la problemática de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales, pues como se decía al inicio del presente epígrafe, aun pudiendo darse el supuesto de que todas las mercantiles del grupo se encontrasen en situación de insolvencia, lo normal es que mientras que la empresa indiscutiblemente responsable (por tratarse de la mercantil contratante) se encuentre en situación de insolvencia, el resto de las empresas del grupo no lo estén, por cuanto en un porcentaje altísimo de los supuestos, el resto de empresas no son más que un mero instrumento para sanear las cuentas de la empresa principal y por ende, se encuentren especialmente saneadas desde una perspectiva económica.

Por contra, los requisitos que dan acceso a un grupo de empresas en el ámbito de la jurisdicción social son mucho más exigentes que en otros órdenes jurisdiccionales, todo ello atendiendo a la jurisprudencia del tribunal supremo, y es por ello que a pesar de la existencia generalizada del cumplimiento de la presente circunstancia, la regla general es la insuficiencia de evidencias de cara a su posterior declaración en sede judicial.

### **3.3.7. De la sucesión de empresas**

La sucesión de empresas (contrariamente lo que ocurre con el grupo de empresas) encuentra su regulación en el art. 44 ET bajo el siguiente tenor literal:

*“1. El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los*

---

<sup>201</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 497/2012 (Rec. 1902/2012). En el mismo sentido merecen especial atención por el modo ilustrativo casi didáctico de la materia analizada la Sentencia del Juzgado número 21 de Madrid núm. 91/13 de fecha 03.04.2013 y núm. 315/13 de fecha 09.09.2013.



*términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.*

*2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio.*

*3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.*

*El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delicto.*

*4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida.*

*Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.*

*5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad.*

*6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos*

*a) Fecha prevista de la transmisión;*

*b) Motivos de la transmisión;*

*c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y*

*d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.*

*7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión.*

*8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión.*

*En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos.*

*9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente Ley.*

*10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la*

*empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto”.*

A la regulación establecida en el art. 44 ET, si bien no existe una relación exhaustiva de los elementos objetivos que determinan la sucesión de empresa, los Juzgados y Tribunales vienen apreciando situaciones que pueden dar lugar al reconocimiento de la sucesión de empresas. Así, la STS de fecha 01.03.2004 viene a recopilar las circunstancias que han de darse para entender que nos encontramos ante la sucesión de empresas al amparo del art. 44 ET, sin que éstas puedan conformarse como un *numerus clausus*, pues según se desprende de los criterios prudenciales, al igual que ocurre con la rescisión del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET, ha de atenderse a cada caso concreto:

- Coincidencia de actividades económicas de ambas empresas.
- Transmisión de elementos patrimoniales esenciales de la empresa.
- Coincidencia del domicilio social o de la actividad, y continuación ininterrumpida de la misma.
- Coincidencia de clientela.
- Coincidencia entre las personas que forman parte de su accionariado o de sus órganos de administración.
- Si la empresa adquirente asume toda o parte de la plantilla de la anterior empresa.

Así las cosas, puede afirmarse que la sucesión de empresas también supone un mecanismo (al igual que ocurría en el caso del grupo de empresas) tendente a reducir el impacto de los efectos de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales,

siempre y cuando la empresa condenada no se encuentre en la misma situación económica que la principal, todo ello teniendo en cuenta las limitaciones legalmente establecidas en el supuesto de la sucesión de empresas, cosa que no ocurre en el grupo de empresas<sup>202</sup>, habida cuenta además de la reciente jurisprudencia del TJUE, cuya resolución será analizada a lo largo de la presente tesis doctoral en el epígrafe referente al análisis del Auto del TJUE (Asunto 688/13).

---

<sup>202</sup> A modo de ejemplo, STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) número 201/2013 (Rec. 122/2007): *“En el presente caso, y teniendo en cuenta que la contratista ha sido declarada insolvente, la responsabilidad de la recurrente, de carácter solidaria y subsidiaria, compatibles ambas, según la normativa aplicada e interpretada por la jurisprudencia, comprendería la cantidad adeudada a la seguridad social, pero circunscrita solamente a las deudas contraídas durante el período de la vigencia de la contrata (18 octubre 1999 a 19 de abril de 2001) y ello porque respecto de la responsabilidad subsidiaria por declaración de insolvencia del empresario, al amparo del art. 127.1 de la LGSS (RDLeg. 1/94) así está contemplado en el art. 12 del RD 1637/95 de 6 de octubre, que establece dicha limitación, mientras que para el supuesto de responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET, el propio precepto lo prevé expresamente. A otra solución se llegaría de apreciarse una responsabilidad solidaria por sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, pues se extendería la responsabilidad a períodos anteriores (art. 44 ET y 127.2 LGSS), pero como hemos visto no es el caso. En consecuencia procede estimar en parte la demanda, para que la Administración ciña la reclamación a las cantidades adeudadas durante el período de vigencia de la contrata, en ambos supuestos de responsabilidad y teniendo en cuenta las limitaciones establecidas en el art. 44.2 del ET, que no son otras que la que correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría y puesto de trabajo para el supuesto de responsabilidad solidaria y la cotización de los trabajadores por cuenta ajena para el caso de la responsabilidad subsidiaria por insolvencia (art. 12 del RD 1637/95, en relación con el art. 127 de la LGSS”.*



# 4

## **4. TENDENCIAS DE LAS ÚLTIMAS REFORMAS LEGISLATIVAS Y EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL**

---

### **4.1. Análisis del Auto del TJUE (Asunto 688/13)**

---

El presente epígrafe tiene por objeto el análisis del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de fecha 28 de enero de 2015 en el asunto C-688/13 en el que se entraba a conocer sobre la compatibilidad o incompatibilidad al derecho de la UE (Directiva 2001/23/CE del Consejo y 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) de la previsión establecida en el artículo 149 apartados 2 y 3 de la Ley 22/2003 Concursal, en línea con la resolución del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona que decidió elevar al TJUE la cuestión de prejudicialidad ante el recurso planteado por parte de la Tesorería General de la Seguridad Social y un grupo de antiguos trabajadores de la empresa concursada al considerar que el juez de instancia infringía el Estatuto de los Trabajadores, concretamente el art. 44.1 ET, resolución anteriormente citada a los efectos de analizar la sucesión de empresas como mecanismo de reducción del impacto sobre los efectos de la insolvencia empresarial.

En síntesis, el tribunal debía resolver en relación a la transmisión de una empresa concursada en fase de liquidación cuya principal actividad era la gestión de una escuela. En septiembre de 2013 se declaró el concurso voluntario de la empresa y en octubre de ese año la escuela fue adjudicada judicialmente a una sociedad constituida por un grupo de profesores del colegio que fue la única que presentó una oferta de compra. Esta sociedad se comprometió a mantener la actividad empresarial y a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores de esta última. Sin embargo, el auto de adjudicación disponía que la sociedad cesionaria no se subrogaría en las deudas que tenía la empresa frente a la Seguridad Social.

El juez de instancia, ante los recursos de la TGSS y de antiguos trabajadores de la empresa decidió preguntar esencialmente, si la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional como la española disponga o permita que, al transmitirse empresas, centros de actividad o partes de ellos, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia, se autorice al cesionario a no asumir las cargas del cedente relativas a los contratos o las relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen de la Seguridad Social, por ser estas deudas anteriores a la fecha de transmisión de la unidad productiva. También desea saber si es relevante el hecho de que las relaciones laborales se hubieran extinguido antes de la mencionada fecha. Básicamente, estas son las cuestiones planteadas por el juez de instancia ante el TJUE.

Sin embargo, con carácter previo al análisis del fondo del razonamiento jurídico del Auto, parece conveniente hacer una breve referencia al origen del conflicto, o lo que es lo mismo, los apartados 2 y 3 del art. 149 LC, la reforma de la Ley 22/2003 Concursal a través del Real Decreto –ley 11/2014, así como las Directivas Europeas de aplicación: 2001/23/CE del Consejo y 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, todo ello en relación con el art. 44.1 ET.

#### **4.1.1. La Ley 22/2009, Concursal: art. 149 (apartados 2 y 3)**

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal establece en los apartados 2 y 3 del art. 149 literalmente lo siguiente:

*“2. Cuando, como consecuencia de la enajenación a que se refiere la regla 1.<sup>a</sup> del apartado anterior, una entidad económica mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesoria, se considerará, a los efectos laborales y de Seguridad Social, que existe sucesión de empresa. En tal caso, el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores. Igualmente, para asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo, el cesionario y los representantes de los trabajadores podrán suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo.*

*3. En el auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados ya sea de forma separada, por lotes o formando parte de una empresa o unidad productiva, el juez acordará la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, salvo las que gocen de privilegio especial conforme al artículo 90 y se hayan transmitido al adquirente con subsistencia del gravamen”.*

De este modo, a través del establecimiento de determinadas reglas supletorias la Ley Concursal viene a regular qué normas deben ser aplicadas en caso de no aprobarse un plan de liquidación y, en su caso, en lo que no hubiere previsto el aprobado, todo ello en relación a las operaciones de liquidación.

En el presente estudio resulta especialmente relevante conocer qué ocurre con las deudas o cargas laborales que la empresa concursada mantiene a día de la transmisión, entre las que se encuentran las mantenidas con la Seguridad Social (TGSS).

El reciente apartado 2 del art. 149 LC viene a abrir la primera a la condonación de deudas con la Seguridad Social, en tanto que permite al juez del concurso acordar que la empresa adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los

Trabajadores, es decir, que el juez podrá perdonar la deuda a la empresa adquirente en perjuicio no solo de las arcas públicas en tanto que será el Fondo de Garantía Salarial quien asuma las deudas de carácter laboral de la mercantil concursada sino también de los trabajadores, quienes percibirán una cuantía cada vez más baja a tenor de las constantes reformas tendentes a limitar los máximos establecidos por la normativa que ampara las prestaciones que gestiona el citado organismo<sup>203</sup>.

En la misma línea el apartado 3 del art. 149 LC viene a establecer la obligación al juzgador de dictar auto de aprobación del remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados acordando la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales, con la excepción de las deudas que gocen de privilegio especial al amparo del artículo 90 LC, entre los que no se incluyen las deudas con la Seguridad Social.

Resulta reprochable al legislador (entre otras muchas cuestiones) que no haya recogido en el citado apartado qué ocurre en relación con las deudas o cargas que nazcan en el seno del concurso, es decir, durante la tramitación del concurso de acreedores cuando éstas tengan carácter laboral, aunque debemos entender que se trata de créditos contra la masa que correrán la misma suerte que aquellas cargas o deudas anteriores al concurso de acreedores<sup>204</sup>.

Sin embargo, los novedosos apartados 2 y 3 del art. 149 LC han provocado graves consecuencias para los distintos intervinientes cuando se produce una transmisión de empresas concursadas, pues como se decía al inicio del estudio aunque beneficia en gran medida al cesionario no es menos cierto que una vez más perjudica gravemente los intereses de los trabajadores que aún se mantengan en plantilla así como de las propias arcas públicas en tanto que la TGSS tan solo podrá exigir la deuda a la empresa cedente concursada (generalmente en situación de cuasi insolvencia) en relación a las cargas o deudas en relación a cuotas pendientes a la Seguridad Social, debiéndose hacer cargo el Fondo de Garantía Salarial de los créditos salariales e indemnizatorios que le corresponden en realidad a la empresa cedente.

---

<sup>203</sup> La última de las reformas se aprobó sorprendentemente mediante la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

<sup>204</sup> Conclusión al amparo del art. 84.2.5º LC.



En este sentido no puede pasarse por alto la redacción del art. 44.1 ET, que establece la obligación de las empresas cesionarias de hacerse cargo de los contratos laborales de la cedente así como de los derechos y obligaciones laborales y de la Seguridad Social de la empresa cedente, artículo constantemente y sistemáticamente vulnerado con la excusa de la continuidad de la actividad empresarial.

Una vez identificado el foco causante de la problemática objeto de estudio, será objeto de análisis en el siguiente epígrafe la incorporación de estas reglas a la Ley 22/2003 Concursal y las modificaciones en esta materia tras el RDL 11/2014.

#### **4.1.2. La reforma de la Ley 22/2003 Concursal a través del Real Decreto –ley 11/2014**

Debe tenerse en cuenta que el Real Decreto –ley 11/2014 aprobado el pasado 5 de septiembre, no solo viene a reformar en gran medida la Ley Concursal, ya modificada por cierto a lo largo del presente año a través del Real Decreto-ley 4/2014 sino que como viene siendo habitual, el legislador viene a introducir modificaciones que alteran el panorama jurídico-laboral, o dicho de otro modo, el Real Decreto-ley 11/2014 introduce reformas que afectan directamente a la normativa que resulta de aplicación a las relaciones laborales.

Así, respecto a la fase de liquidación viene a modificarse la LC a través de la reforma del art. 146.bis y del 149.1.1º (4º d) y 5º) así como la permanencia del art. 149.2 y 3.

Tras la reforma, a través de lo dispuesto en el art. 146.bis LC, el legislador introduce la exención de responsabilidad en supuestos de venta del establecimiento y explotaciones concursadas o cualesquiera otras unidades productivas por las deudas previas en relación al nuevo titular de la misma, todo ello y una vez más a los efectos de garantizar en lo posible la continuación de la actividad empresarial, excusa revestida de razonamiento jurídico para justificar la insolvencia empresarial.

En lo que respecta al art. 149.2 LC (precepto relativo a las reglas legales supletorias) sigue disponiendo que el juez podrá acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por el Fondo de Garantía Salarial de conformidad con el art. 33 ET. Debe entenderse que la reforma del RDL 11/2014 pretende decantarse por la aplicación de las reglas laborales de la sucesión de empresa aunque el adquirente decida no subrogarse en los contratos de trabajo (art. 44.1 ET), incluso en fase de liquidación, ya que el citado precepto ni tan siquiera recoge cuáles son aquellas situaciones en las que el juzgador podría llegar a una conclusión contraria.

Asimismo, la nueva redacción de la LC regula la exención de responsabilidad del adquirente por los créditos no satisfechos por el concursado antes de la transmisión, (salvo que el adquirente los asuma expresamente), por lo que la remisión al citado art. 149.2 LC implica que (a pesar de la posibilidad del juzgador anteriormente citada) quedan excluidas de la exención de responsabilidad y, por tanto, el adquirente deberá asumir las deudas que el concursado tuviese con los trabajadores y con la propia Seguridad Social. De este modo, la nueva redacción de la LC adopta el criterio defendido por la Tesorería General de la Seguridad Social en múltiples resoluciones, aún resultando contradictorio con lo mantenido por parte de la doctrina.

En segundo lugar, debemos señalar que la nueva redacción del art. 149 resulta especialmente reprochable al legislador por cuanto la aplicación de las normas recogidas en el citado precepto ante la ausencia de la aprobación de un plan de liquidación supone entre otras cosas, que la venta de la unidad productiva se realice como “un todo”, salvo que se determine lo contrario por decisión judicial previo informe del Administrador Concursal, pues en ese sentido, se está presionando enormemente a los acreedores a llegar a un acuerdo y por ende a la aprobación del plan de liquidación a fin de que las reglas del art. 149 no sean aplicadas, claramente perjudiciales para los trabajadores acreedores y tras el Auto del TJUE también para la Seguridad Social.

Prueba de ello es que en caso de enajenación de una unidad productiva como un todo<sup>205</sup>, el legislador ha establecido que el juez pueda acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea asumida por FOGASA de conformidad con el art. 33 ET, pudiendo incluso darse el caso de que el auto de aprobación de remate o de la transmisión de los bienes o derechos realizados acuerde la cancelación de todas las cargas anteriores al concurso constituidas a favor de créditos concursales (apartado 3 del art. 149), es decir, que podría darse el caso de que un juez aprobase que el nuevo empresario adquirente pudiera hacerse con la totalidad de una empresa sin necesidad de hacerse cargo de ninguna de las deudas contraídas por la anterior dirección empresarial, e incluso sin necesidad de salvaguardar los puestos de trabajo de la mercantil en cuestión, todo ello a pesar de que el requisito que recoge la ley para acogerse a tal prerrogativa, es precisamente la continuidad de la actividad empresarial, que solo puede entenderse a través de la conservación de los puestos de trabajo, al menos en parte.

Sin embargo, quien suscribe entiende que a pesar de lo expuesto y de lo regulado en el art. 149.2 y 3, el legislador mantiene que en caso de enajenación de la unidad productiva como un todo y ante la ausencia de aprobación de plan de liquidación, se considerará a efectos laborales y de Seguridad Social que existe sucesión de empresa y por tanto, el nuevo adquirente deberá hacerse cargo de todas las deudas del anterior empresario como si de una derivación de responsabilidad se tratara, contrariamente a lo que el juez pueda en su caso declarar, causa ésta de disputa que ha dado lugar al presente estudio en cuanto que la interpretación de la citada normativa en un sentido contrario al citado podría entrar en contradicción con la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 y la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, precisamente porque ambas Directivas pretenden la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario así como de la protección de los créditos a favor de la Seguridad Social.

Según lo expuesto, antes de continuar con el análisis parece conveniente señalar al menos la normativa europea de aplicación: Directiva 2001/23/CE y Directiva 2008/94/CE.

---

<sup>205</sup> Situación que se da en caso de no aprobarse un plan de liquidación.

### **4.1.3. Directivas Europeas de aplicación: 2001/23/CE del Consejo y 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo**

#### **A) La Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001**

La Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad viene a establecer las reglas que deben ser de aplicación ante la existencia de cargas o deudas de carácter laboral en caso de transmisión de empresas concursadas en fase de liquidación.

La regla general en relación a las obligaciones del cesionario la encontramos en el art. 3.1 de la Directiva cuando establece que: *“Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso”*.

Sin embargo, la Directiva contempla una serie de excepciones a la citada regla general. La principal excepción la encontramos en el art. 5 de la Directiva cuando establece que *“Salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los artículos 3 y 4 no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que podrá ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)”*, o lo que es lo mismo, no será de aplicación el art. 3 de la Directiva (siempre que la normativa del Estado en cuestión no disponga lo contrario) cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o insolvencia (concurso de acreedores) en fase de liquidación estando bajo la supervisión de la autoridad competente (juez del concurso).

#### **B) Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008**

En segundo término, ha de tenerse en cuenta la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. (Antes Directiva 80/987/CEE).

Tal y como señala el considerando Tercero de la Directiva *“Son necesarias normas para la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y para garantizarles un mínimo de protección, especialmente para garantizar el pago de sus créditos impagados, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad. A tal efecto, los Estados miembros deben crear una institución que garantice a los trabajadores asalariados afectados el pago de sus créditos impagados”*.

Por tanto, las medidas que puedan ser propuestas por la empresa o por el Administrador concursal e incluso las decisiones judiciales, deben garantizar a los trabajadores como mínimo una protección equivalente a la que proporciona la Directiva 80/987/CEE, y que indica la obligación de asegurar el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral.

Sin embargo, ¿qué ocurre con las deudas mantenidas a favor de la Seguridad Social según la Directiva?

La Directiva regula dicha situación en el Capítulo III “Disposiciones relativas a la Seguridad Social” (arts. 6 a 8).

De este modo, la Directiva establece las siguientes reglas en relación a las deudas mantenidas con la Seguridad Social:

- Los Estados miembros podrán prever que los artículos 3, 4 y 5 no se apliquen a las cotizaciones debidas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social o de los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social.

- Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el impago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros, antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado respecto a tales instituciones de seguros, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado previamente de los salarios abonados.

- Los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social.

#### **4.1.4. Análisis del Auto TJUE de 28 de enero de 2015, asunto C-688/13**

Tal y como señalaba al inicio del estudio, el tribunal debía resolver en relación a la transmisión de una empresa concursada en fase de liquidación cuya principal actividad era la gestión de una escuela. En septiembre de 2013 se declaró el concurso voluntario de la empresa y en octubre de ese año la escuela fue adjudicada judicialmente a una sociedad constituida por un grupo de profesores del colegio que fue la única que presentó una oferta de compra. Esta sociedad se comprometió a mantener la actividad empresarial y a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores de esta última. Sin embargo, el auto de adjudicación disponía que la sociedad cesionaria no se subrogaría en las deudas que tenía la empresa frente a la Seguridad Social.

El juez de instancia, ante los recursos de la TGSS y de antiguos trabajadores de la empresa decidió preguntar esencialmente, si la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional como la española disponga o permita que, al transmitirse empresas, centros de actividad o partes de ellos, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia, se autorice al cesionario a no

asumir las cargas del cedente relativas a los contratos o las relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen de la Seguridad Social, por ser estas deudas anteriores a la fecha de transmisión de la unidad productiva. También desea saber si es relevante el hecho de que las relaciones laborales se hubieran extinguido antes de la mencionada fecha. Básicamente, estas son las cuestiones planteadas por el juez de instancia ante el TJUE.

Para resolver el conflicto planteado el TJUE ha tenido en cuenta tanto la Directiva 2001/23/CE del Consejo como la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, declarando finalmente compatibles al derecho de la UE la previsión establecida en el artículo 149 apartados 2 y 3 de la Ley Concursal, en línea con la resolución del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona atendiendo a las siguientes consideraciones:

1. El artículo 3, apartado 3, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23 autoriza a los Estados miembros a limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, siempre y cuando éste no sea inferior a un año.
2. El artículo 3, apartado 4, letra a), de dicha Directiva dispone que, salvo disposición en contrario por parte de los Estados miembros, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros.
3. Los Estados miembros pueden, conforme al artículo 4, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23, permitir una excepción al párrafo primero de esta disposición, previendo que las normas en materia de despido enunciadas en ese párrafo primero no se apliquen a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o la práctica de los Estados miembros en materia de protección contra el despido.
4. El artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2001/23 dispone que los artículos 3 y 4 de esta última no serán aplicables, en principio, a las transmisiones de empresa, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un

procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente.

De las citadas consideraciones, el alto Tribunal viene a establecer las siguientes conclusiones:

1. La Directiva 2001/23 establece la norma de principio según la cual el cesionario se subroga en los derechos y obligaciones resultantes del contrato de trabajo o de la relación laboral existente entre el trabajador y el cedente en la fecha de la transmisión de la empresa. Tal como se desprende del tenor literal y de la estructura del artículo 3 de esta Directiva, la transmisión al cesionario de las cargas que, en el momento de la transmisión de la empresa, incumben al cedente debido a la circunstancia de que emplea trabajadores, comprende la totalidad de los derechos de estos últimos en la medida en que no se les aplique una excepción expresamente prevista por la misma Directiva (véase, por analogía, la sentencia Beckmann, C-164/00, EU:C:2002:330, apartados 36 y 37).
2. Conforme al artículo 5, apartado 1, de la misma Directiva, esta norma de principio no es aplicable en el caso de que, como ocurre en el asunto principal, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia y se halle bajo la supervisión de una autoridad pública competente del Estado miembro de que se trate. En efecto, en tal caso, el pago de los créditos resultantes de la relación de los trabajadores con el empresario en caso de insolvencia queda garantizado a estos últimos en virtud de la Directiva 80/987.
3. No obstante esta excepción enunciada por la Directiva 2001/23, el artículo 5, apartado 1, de ésta faculta a cada Estado miembro a aplicar en particular el artículo 3 de la mencionada Directiva a una transmisión de empresa en el marco de un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente. Cuando un Estado miembro hace uso de esta facultad, el apartado 2, letra a), del mismo artículo 5 dispone que dicho Estado puede establecer una excepción al artículo 3, apartado 1, de esta Directiva en el sentido de que no se transfieran al cesionario las cargas correspondientes al cedente en la fecha de la transmisión o



de la apertura del procedimiento de insolvencia, en virtud de los contratos o de las relaciones laborales, siempre y cuando exista en ese Estado miembro una protección al menos equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, que exige que se instaure un mecanismo de garantía del pago de los créditos adeudados a los trabajadores conforme a los contratos o relaciones laborales acordados con el empresario insolvente. Esta posibilidad de establecer una excepción permite no sólo garantizar el pago de los salarios de los trabajadores afectados, sino también mantener el empleo garantizando la supervivencia de la empresa en dificultades.

4. Con arreglo al artículo 8 de la Directiva 2001/23, los Estados miembros pueden prever y aplicar cualquier otro régimen en materia de transmisión de empresas, siempre y cuando éste sea más favorable para los trabajadores que el establecido por la referida Directiva. En efecto, esta manera de proceder es conforme con el objetivo perseguido por la misma Directiva, tal como se recuerda en el apartado 34 del presente auto. Así, un Estado miembro no queda privado de la facultad de aplicar el artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, aun en el supuesto de que un operador adquiriera una empresa en situación de insolvencia.
5. Tanto del tenor literal de la Directiva 2001/23 como del régimen que ésta establece resulta que, aparte de la obligación impuesta a los Estados miembros de proteger los derechos adquiridos o en curso de adquisición de los trabajadores que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento de la transmisión, en lo que se refiere a las prestaciones mencionadas en el artículo 3, apartado 4, letra b), de dicha Directiva, el legislador de la Unión no ha previsto normas en relación con las cargas del cedente derivadas de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido en la fecha en que tiene lugar la transmisión. No obstante, por las mismas razones que las enunciadas en el anterior apartado, nada impide a un Estado miembro disponer la transmisión de tales cargas al cesionario.

Según las citadas conclusiones, el TJUE viene a apreciar la compatibilidad del derecho de la UE (Directiva 2001/23/CE del Consejo y 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo) a la previsión establecida en el artículo 149 apartados 2 y 3 de

la Ley 22/2003 Concursal, en línea con la resolución del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona y por ende el Tribunal decide resolver las cuestiones planteadas en relación a la interpretación que ha de realizarse de la Directiva 2001/23 del siguiente modo:

- En el supuesto de que, en el marco de una transmisión de empresa, el cedente sea objeto de un procedimiento de insolvencia que esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente y el Estado miembro de que se trate haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la mencionada Directiva, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia, resulten para el cedente de contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social, no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987, si bien nada impide que dicho Estado miembro prevea que tales cargas deban ser soportadas por el cesionario aun en caso de insolvencia del cedente;
- Sin perjuicio de las disposiciones previstas en su artículo 3, apartado 4, letra b), dicha Directiva no establece obligaciones en cuanto a las cargas del cedente resultantes de contratos o relaciones laborales que ya se hubieran extinguido antes de la fecha de la transmisión, pero no se opone a que la normativa de los Estados miembros permita la transferencia de tales cargas al cesionario.

#### **4.1.5. Efectos del Auto TJUE:**

A criterio de este autor el problema radica ya no tanto en la compatibilidad o incompatibilidad del art. 149.2 y 3 LC con el Derecho Europeo (Directiva 2001/23/CE y Directiva 2008/941/CE) sino la contradicción del articulado de la LC con el art. 44.1 ET.

Cierto es que a pesar de que resulta aplicable el art. 44.1 ET, debe tenerse en cuenta el principio de especialidad y es por ello por lo que irremediablemente deben ser aplicados los preceptos de la LC (149.1 y 2), principio de especialidad que sin embargo (por regla general) no se aplica en supuestos de cesión de créditos (art. 540 LEC frente al art. 17 LEC), por parte de nuestra jurisprudencia, todo ello con un único objetivo: situar a las empresas en posición de insolvencia en perjuicio de los créditos de los trabajadores e incluso contra las propias arcas públicas.

Formalmente se hace mención expresa a la continuidad de la actividad empresarial y de los contratos laborales como objetivos principales de aplicación. No obstante, si hacemos caso omiso a las obligaciones del art. 44.1 ET resulta evidente que la continuidad empresarial viene a convertirse en un verdadero fraude legalizado tendente a la evasión de los correspondientes pagos de los distintos créditos entre los que se encuentran mayoritariamente aquellos de carácter laboral, máxime si como ocurre en gran parte de las ocasiones los nuevos adquirentes son los mismos que componían la empresa cedente deudora disfrazados a través de empresas pantalla y en algunos casos ni tan siquiera a través de sistema de ocultación alguno.

Las obligaciones para el nuevo empresario contenidas en el art. 44.1 ET se concretan básicamente en la subrogación en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior empresario en caso de cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, con la correspondiente conservación de todos los puestos de trabajo.

Sin embargo, el principio de especialidad nos remite a la ley concursal en caso de empresas concursadas, concretamente y en lo que interesa al presente estudio a los apartados 2 y 3 del art. 149 de la Ley 22/2003, Concursal.

De un lado, la primera de las conclusiones radica en que el TJUE entiende que los citados preceptos no resultan contrarios al derecho Europeo (Directiva 2001/23/CE y Directiva 2008/94/CE) por cuanto en caso de transmisión de una empresa insolvente en concurso de acreedores, siempre que el Estado miembro de que se trate (en nuestro caso España) haya optado por hacer uso del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2001/23/CE, ésta no se opone a que dicho Estado miembro disponga o permita que las

cargas que, en el momento de la transmisión o de la apertura del procedimiento de insolvencia (contratos o relaciones laborales, incluidas las relativas al régimen legal de la seguridad social) no se transfieran al cesionario, siempre que dicho procedimiento garantice una protección de los trabajadores como mínimo equivalente a la establecida por la Directiva 80/987.

En este sentido, quien suscribe puede entender que el Estado en cuestión (entendiéndose, a través de la normativa correspondiente) pueda disponer que la empresa adquirente no se haga cargo de las deudas de carácter laboral y de la Seguridad Social de la cedente, pero en tanto en España no quedan protegidos los intereses de los trabajadores podemos decir que entonces tanto el apartado 2 como el apartado 3 del art. 149 LC son contrarios a las Directivas europeas, pues no podemos decir que la protección de los trabajadores y sus intereses es absoluta por cuanto el Fondo de Garantía Salarial responde tan solo de una parte (cada vez más baja por cierto) de determinados créditos laborales.

Asimismo, tal y como señalaba a lo largo del estudio, resulta reprochable al legislador (entre otras muchas cuestiones) que no haya recogido en el citado apartado qué ocurre en relación con las deudas o cargas que nazcan en el seno del concurso, es decir, durante la tramitación del concurso de acreedores cuando éstas tengan carácter laboral, aunque debemos entender que se trata de créditos contra la masa que correrán la misma suerte que aquellas cargas o deudas anteriores al concurso de acreedores al amparo del art. 84.2.5° LC.

Y de otro lado, dejando a un lado la compatibilidad o incompatibilidad del art. 149.2 y 3 LC con el Derecho Europeo (Directiva 2001/23/CE y Directiva 2008/941/CE) debe valorarse la evidente contradicción del articulado de la LC con el art. 44.1 ET, pues el principio de especialidad no puede dejar vacío de contenido el art. 44.1 ET y las obligaciones que dicha norma impone a las empresas independientemente de su situación de insolvencia, y mucho menos aún cuando el verdadero objetivo no es otro que situar a las empresas en posición de insolvencia en perjuicio de los créditos de los trabajadores e incluso contra los intereses de las propias arcas públicas.

Por tanto, una vez analizado el auto del TJUE a criterio de quien suscribe, puede concluirse del siguiente modo:

1. Contrariamente a la decisión del TJUE entiende que los apartados 2 y 3 del art. 149 LC son contrarios a la Directiva 2001/23/CE, la Directiva 2008/94/CE e incluso a la Directiva 80/987, pues aunque el art. 5.2 de la Directiva 2001/23/CE autorice a los Estados a establecer normativa que permita a la nueva empresa eximirse del pago de las cargas contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social cuando la empresa está inmersa en concurso de acreedores y en fase de liquidación, no es menos cierto que dicha posibilidad en el caso de España no garantiza la protección de los trabajadores tal y como exige la Directiva 80/987 pues a pesar de la existencia de la prestación del Fondo de Garantía Salarial, los trabajadores verán más que perjudicados sus intereses ya que la cuantía de la que responde FOGASA es muy inferior a la realmente debida, todo ello sin entrar a valorar el tiempo que el trabajador debe soportar desde que se genera la deuda hasta el verdadero cobro de la prestación.
2. Aun entendiendo que el art. 149.2 y 3 no sea contrario al derecho europeo, si lo es a la normativa española pues a pesar de la aplicación del principio de especialidad, éste no puede vaciar de contenido las obligaciones exigidas por el art. 44.1 ET a las empresas adquirentes, pues por muy insolvente y concursada que esté la empresa y por tanto sea de aplicación la LC, no puede concluirse que sea ajustado a derecho vaciar de contenido el art. 44.1 ET, que precisamente viene a regular las obligaciones del nuevo adquirente, precisamente con el objeto de proteger los intereses y derechos de los trabajadores al amparo de la Directiva 80/987 que el art. 149.2 y 3 LC vulnera sistemáticamente.
3. En último lugar, debemos evidenciar que bajo el disfraz del principio de continuidad de la actividad empresarial se permite a las empresas posicionarse en una verdadera situación privilegiada que las exime del pago de toda deuda de carácter laboral (que no bancarias ni tributarias pues éstas son harina de otro costal), todo ello a pesar de que el nuevo empresario no conserve los puestos de

trabajo que son en todo caso los que permitirían realmente continuar con la actividad empresarial. Se produce así una atrofia del verdadero sentido de la norma cuyo espíritu inicial no era otro que la condonación de determinadas deudas a cambio de que el nuevo empresario no solo continúe la actividad empresarial con sus propios medios sino conservando los puestos de trabajo, pues lo contrario (que es precisamente lo que viene ocurriendo en la actualidad) es una perversión de la norma que permite a las nuevas empresas eximirse del pago de cualquier deuda laboral a cambio de nada, situación que no puede tener otra calificación que de fraude empresarial.

#### **4.2. Notas a la Ley 25/2015, de 28 de julio**

---

En materia concursal, el legislador ha pretendido llevar a cabo una profunda reforma a través de una importante alteración de la Ley 22/2003, Concursal, por medio de la Ley 25/2015 recientemente aprobada.

El presente análisis comienza precisamente con un comentario de la antedicha reforma que altera concretamente las siguientes materias:

- En materia de segunda oportunidad.
- En materia de acuerdo extrajudicial de pagos.
- Otras modificaciones: créditos subordinados que ostentan personas especialmente relacionadas con el deudor así como la introducción de nueva legislación de carácter especial.
- En materia de retribución de la administración concursal.

La primera parte de la norma se encuentra recogida en el Título I, compuesto por un total de tres artículos bajo la rúbrica “Medidas urgentes para la reducción de la carga financiera”, modificándose la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (art. 1), el RD-L 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin

recursos (art. 2) y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (art. 3).

A modo de síntesis, y siguiendo las líneas de la exposición de motivos la norma pretende: (1) Flexibilizar los acuerdos extrajudiciales de pagos y prever un nuevo mecanismo de segunda oportunidad (Ley 22/2003); (2) La reestructuración viable de deudas con garantía hipotecaria sobre vivienda habitual a través de la modificación del Código de Buenas Prácticas (RDL 6/2012); y (3) Ampliación del plazo por dos años adicionales de la suspensión de los lanzamientos sobre viviendas habituales (Ley 1/2013), aunque a lo largo del presente estudio veremos cuánto de verdad hay en estas afirmaciones.

El artículo 1 de la norma viene a modificar los siguientes aspectos de la Ley 22/2003:

1) En materia de segunda oportunidad:

- Art. 178.2
- Se añade un nuevo art. 178 bis
- Se modifican los apartados 3 y 4 del art. 176 bis

2) En materia de acuerdo extrajudicial de pagos:

- Art. 231
- Art. 232.2 y 3
- Art. 233.1, 2 y 3
- Se suprime el apartado 4 y modifica los apartados 1 y 2 del art. 234
- Art. 235
- Art. 236
- Art. 238
- Se introduce un nuevo art. 238.bis
- Art. 239.2 y 4
- Art. 240
- Art. 241.2
- Art. 242

- Se añade el art. 242.bis

3) Otras modificaciones:

- Art. 92.5º
- Se añaden las letras b) y c) del apartado 2 del art. 34

4) Retribución de la administración concursal:

- Art. 34.2 b y c
- Se añade el art. 34 bis
- Se añade el art. 34 ter
- Se añade el art. 34 quáter

Así las cosas, podemos comprobar cómo el legislador, en materia concursal ha venido a modificar la norma en (1) materia de segunda oportunidad, (2) de acuerdo extrajudicial de pagos, (3) créditos subordinados que ostentan personas especialmente relacionadas con el deudor así como la introducción de nueva legislación de carácter especial, (4) así como en materia de retribución de la administración concursal.

#### **4.2.1. En materia de segunda oportunidad**

En esta primera materia, el legislador modifica la Ley concursal en sus artículos 178.2, introduce un nuevo artículo 178 bis y modifica el art. 176.bis. 3 y 4.

En materia de segunda oportunidad, el legislador modifica a través del art. 178.2 los efectos de la conclusión del concurso. Con la norma anterior a la modificación se preveía la exoneración del pago de las deudas a toda persona física o natural siempre que hubiese sido declarado por resolución judicial la liquidación de la masa activa de éste, y siempre y cuando el concurso no hubiese sido declarado culpable ni condenado al amparo del art. 260 CP o equivalente, y de otro, hubiese sido satisfechos en su integridad los créditos contra la masa y los créditos privilegiados y al menos el 25% del importe de los créditos ordinarios. Asimismo en caso de incumplimiento del acuerdo, el deudor quedaría igualmente exonerado siempre y cuando hubiese cumplido con la totalidad de los créditos contra la masa y créditos privilegiados.



Con la nueva legislación, el legislador imparte directamente la responsabilidad del pago al deudor persona física del pago del resto de los créditos.

Se introduce por tanto de nuevo el principio de ejecución separada, es decir, la posibilidad de que los acreedores puedan iniciar ejecuciones singulares siempre y cuando no se acuerde la reapertura del concurso o se declare un nuevo concurso.

¿Significa entonces que el legislador ha decidido eliminar la exoneración del pago de deuda a la persona física o natural en casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa?

La respuesta la encontramos en el nuevo art. 178 bis, en el que se recogen las excepciones de la responsabilidad del pago de créditos para personas físicas, o lo que es lo mismo, el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho (art. 178 bis).

Llama especialmente la atención que el legislador ya no se conforme con la posibilidad de condonación de la deuda tal y como se encontraba establecida hasta el momento, sino que ahora le dedica en exclusividad el actual art. 178 bis, en el que viene a recoger los supuestos en los que la persona física o natural quedaría exonerada del pago de las deudas, basándose en las siguientes reglas:

- a) El concurso deberá encontrarse concluido por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.
- b) La presentación de la solicitud de exoneración deberá presentar dentro del plazo que le sea concedido al amparo del art. 252.3.
- c) Siempre y cuando concurra buena fe.

Y nos preguntamos, ¿y cuándo concurre buena fe? La norma establece un *numerus clausus*, intentando evitar así posibles y futuribles interpretaciones:

- a) Que el concurso no haya sido declarado culpable y aún en ese caso, podrá el juez conceder dicho beneficio en función del caso, siempre y cuando no se aprecie dolo o culpa grave del deudor. ¿Y por qué iba a ser declarado culpable un concurso de acreedores sin que medie dolo o culpa?
- b) Que no exista sentencia firme que condene al deudor por delitos contra el patrimonio, orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los Derechos de los Trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración del concurso.
- c) Que haya celebrado o al menos intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos.
- d) Que haya satisfecho íntegramente los créditos contra la masa y créditos privilegiados; y que en caso de no haber intentado acuerdo extrajudicial, deberá haber liquidado al menos el 25% de los créditos ordinarios.

Como alternativa a esta regla, el legislador proponer que el deudor:

- Acepte someterse al plan de pagos al amparo del apartado 6.
- Que no haya incumplido las obligaciones del art. 42.
- No haya sido exonerado de pago dentro de los últimos 20 años.
- No haya rechazado una oferta de empleo dentro de los últimos 4 años anteriores a la declaración del concurso.
- Que acepte expresamente que la obtención de exoneración se hará constar en la sección especial del Registro Público Concursal por un plazo de 5 años.

En este sentido debemos preguntarnos, ¿está excediendo o estirando el legislador el concepto de buena fe de forma verdaderamente irresponsable?

Aunque no cabe duda de que cada cual debe sacar sus propias conclusiones, resulta más que evidente lo peligroso para la seguridad jurídica que resulta que el

legislador vuelva a reinterpretar qué debe ser entendido o no como buena o mala fe, concepto especialmente interpretado por la jurisprudencia.

El concepto de buena fe que plantea el legislador amplía y estira el concepto hasta extremos que hacen que aquello que hasta ahora se encuadraba dentro de situaciones de especial mala fe puedan salir airoso bajo una nueva legislación que resulta especialmente contraria a la jurisprudencia mayoritaria.

Analizando el concepto de buena fe, y aún teniendo en cuenta que se trata de un concepto especialmente conocido por la mayoría del tráfico jurídico, debe conocerse con precisión y exactitud. Así, la jurisprudencia define al principio de buena fe como *“un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general del derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1.258 del Código Civil), con lo que el principio se convierte en un criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza. Se trata de un obrar por tanto de acuerdo con las reglas naturales y de rectitud conforme a los criterios morales y sociales imperantes en cada momento histórico<sup>206</sup>.”*

Continuando con el análisis, a partir de este punto la norma recoge el procedimiento para llevar a cabo la solicitud de exoneración, aunque de forma confusa el legislador continúa exponiendo como parte de los requisitos necesarios para poder acceder a este beneficio, contenido que puede sintetizarse del siguiente modo:

- Una vez presentada solicitud de exoneración, el Secretario Judicial dará traslado a las partes personadas incluido el administrador concursal y en caso de conformidad, el juez mediante auto concederá la exoneración solicitada y en caso de oposición, se llevará a cabo el procedimiento por la vía incidental concursal.

---

<sup>206</sup> ROMERO MARTÍN, E.: “Los supuestos de transgresión de la buena fe contractual del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores”. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

- Extensión del beneficio de exoneración a créditos ordinarios y subordinados pendientes a la fecha de conclusión del concurso y créditos con privilegio especial (art. 90.1 LC).
- Los deudores no exonerados deberán ser satisfechos dentro de los 5 años siguientes a la conclusión del concurso sin que puedan devengarse intereses, no siendo beneficiario de dicha exoneración los obligados solidarios, fiadores o avalistas, salvo en caso de matrimonio en régimen de gananciales cuyo matrimonio no se hubiese liquidado. En este sentido, la parte presentará plan de pagos que deberá ser aprobado por el juez una vez oídas las partes por un plazo de 10 días.
- Créditos de derecho público, quedarán sujetos a la normativa específica, es decir, en principio y como regla general no quedarán sujetos al beneficio de exoneración.
- En caso de mejor fortuna, en los 5 años siguientes, cualquier acreedor podrá solicitar que se revoque el beneficio de exoneración. Dicha revocación podrá fundarse en los siguientes supuestos:
  - a) Que el deudor concurra en algunos de los supuestos del apartado 3.
  - b) Incumplimiento de obligación de pago de las deudas no exoneradas.
  - c) Mejor fortuna que le permita abonar las deudas.

Una vez comentada la modificación del art. 178.2 y el nuevo art. 178 bis, parece relevante comentar la reforma del art. 176. bis 3 y 4.

Tras la reforma, se incluye la posibilidad de que el deudor natural pueda solicitar la exoneración del pasivo insatisfecho durante el plazo de audición concedido a las partes para formular oposición a la conclusión del concurso, lo que supone una ampliación de este derecho, al menos de acceso al mismo.

Asimismo, se incluye (en caso de concursos personales) la obligación por parte del juez, de designar a un administrador concursal que liquide los bienes del deudor y pagar los créditos contra la masa, y una vez concluida la liquidación, el deudor podrá de nuevo solicitar la exoneración del pasivo siguiendo el procedimiento del art. 178 bis, anteriormente comentado.

Parte de la nueva jurisprudencia llega a señalar que la exoneración del pasivo insatisfecho supone una protección de imperativo constitucional al amparo del art. 51 CE, que impone a los poderes públicos el mandato de garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo sus intereses económicos mediante procedimientos eficaces<sup>207</sup>.

#### **4.2.2. En materia de acuerdo extrajudicial de pagos**

En materia de acuerdo extrajudicial de pagos, el legislador ha querido modificar un gran número de preceptos, consiguiendo así una reforma prácticamente íntegra de dicha materia.

El primer precepto que el legislador modifica es el artículo 231 LC cuyo contenido corresponde a los presupuestos del acuerdo extrajudicial de pagos.

En primer lugar, para el supuesto de deudor personal natural se introduce la obligación de aportar un balance para justificar y acreditar su situación de insolvencia a los efectos de poder iniciar el procedimiento para alcanzar un acuerdo extrajudicial de pagos (art. 231.1 LC).

En segundo término, para las personas jurídicas aligera enormemente la carga para éstas de disponer de activos suficientes para satisfacer los gastos del acuerdo, ya que no se exige que éstos sean líquidos (art. 231.2 LC).

---

<sup>207</sup> Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de fecha 14.04.2015. (Concurso Voluntario 797/2013 Sección A. Ref. CENDOJ 08019470102015200003; y Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de fecha 14.04.2015. (Concurso Voluntario 798/2013 Sección A). Ref. CENDOJ 08019470102015200002.

En tercer lugar, se introduce un nuevo apartado d) en el apartado 2 del art. 231, estableciendo un requisito adicional para personas jurídicas consistente en que el patrimonio del deudor y sus previsibles ingresos permitan lograr un acuerdo de pago al amparo del art. 236.1 LC.

En cuanto a las excepciones que introduce la ley, es decir, aquellos que no podrán formular solicitud para alcanzar un acuerdo se establecen las siguientes normas:

- Se permitirá a aquellos que hayan sido condenados por delito contra el patrimonio, orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la hacienda pública y seguridad social e incluso contra los derechos de los trabajadores, siempre y cuando no se haya producido la condena en los 10 años anteriores a la declaración del concurso.
- Se deroga la imposibilidad que hasta ahora figuraba en los supuestos 2º y 3º, es decir, los sujetos a su inscripción obligatoria en el Registro Mercantil que no figurasen inscritos con antelación y las personas que en los últimos tres ejercicios inmediatamente anteriores a la solicitud no hubieran llevado la contabilidad o hubieran incumplido con alguno de dichos ejercicios, la obligación de depósito de cuentas anuales, estando obligados a ello.
- Así, los presupuestos recogidos en el punto cuarto pasan al punto segundo aunque en este caso, para aquellos que hubiesen alcanzado acuerdo extrajudicial u obtenido homologación judicial, el plazo aumenta de 3 a 5 años.
- Se deroga también la imposibilidad de solicitar acuerdos en caso de que los acreedores hubiesen sido declarados en concurso, lo que facilita aún más el acceso a dichos acuerdos.
- En cuanto a los créditos de derecho público con garantía real, también se abre una puerta, en tanto que ahora el apartado quinto da esa posibilidad cuando así

lo decidan los acreedores que ostentan su titularidad, mediante comunicación expresa (art. 234.4 LC).

Vistas las modificaciones en cuanto a los presupuestos, debemos tener en cuenta las modificaciones en cuanto a la solicitud de acuerdo extrajudicial de pagos (art. 232, apartados 2 y 3). En cuanto al apartado segundo, el legislador introduce importantes modificaciones:

- En primer lugar, se introduce la obligación de llevar a cabo la solicitud de acuerdo mediante formulario normalizado, cuyo contenido será determinado por Orden del Ministerio de Justicia, contrariamente a lo que venía ocurriendo hasta ahora.
- En segundo lugar, se introduce la obligatoriedad de acompañar una lista de acreedores que con la nueva redacción obliga a especificar la identidad de estos, domicilio y dirección electrónica, lo que sin lugar a dudas facilita aún más el control por parte de la Agencia Tributaria.
- En tercer lugar, y en relación a la valoración de préstamos o créditos con garantía real se estará a lo dispuesto en el art. 94.5 LC, o lo que es lo mismo, se introduce para su valoración el “valor razonable” del art. 94.5 LC a los efectos del art. 90.3 LC.
- En cuarto y último lugar, para aquellos supuestos en los que los cónyuges sean propietarios de la vivienda familiar y siempre y cuando este bien pueda verse afectado por el acuerdo extrajudicial de pagos, la solicitud no podrá realizarse como hasta ahora unilateralmente por uno de los cónyuges sino que deberá presentarse necesariamente por ambos, o en su defecto, por uno con el consentimiento del otro.

En relación al apartado tercero del art. 232 LC el legislador ha venido a llevar a cabo las siguientes modificaciones:

En cuanto a la inscripción se introduce la obligación de designación del notario del domicilio del deudor siempre y cuando no se trate de deudores empresarios o entidades inscribibles, en cuyo caso se solicitará la designación del mediador al Registro Mercantil correspondiente al domicilio del deudor.

Se introduce igualmente la obligación de inscripción en caso de personas jurídicas o naturales empresarios en cuyo caso se dirigirá la solicitud a las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria, Servicio y Navegación cuando hayan asumido la función de mediación de conformidad con la normativa específica y a la Cámara Oficial de Comercio, Industria, Servicio y Navegación de España.

Se regulan igualmente las obligaciones del receptor de la solicitud, quien deberá comprobar que se dan los requisitos del ya comentado art. 231 (los presupuestos) así como los datos y documentos aportados por el deudor, y en caso de errores, concederá a la parte un plazo máximo de 5 días para subsanar.

En cuanto a la inadmisión de la solicitud, también se introducen importantes novedades. La inadmisión ya no se producirá cuando el deudor no justifique el cumplimiento de los requisitos para alcanzar un acuerdo judicial sino para solicitar la iniciación del acuerdo extrajudicial. Se excluye así la inadmisión cuando el deudor se encuentre en alguna de las situaciones previstas en el art. 231.3 o 4, es decir, los condenados por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública, Seguridad Social e incluso contra los Derechos de los Trabajadores, así como aquellos que dentro de los 5 últimos años hubieran alcanzado acuerdos extrajudiciales de pagos con acreedores.

Para facilitar aún más la solicitud de acuerdos, no solo se abre la puerta a todos aquellos que hasta ahora no lo tenían expresamente prohibido (tales como delincuentes condenados por sentencia firme) sino que se permite la presentación de una nueva solicitud cuando el deudor no hubiese presentado la solicitud en forma y concurrieran o pudiesen concurrir los requisitos legalmente exigidos.



En relación al nombramiento del mediador concursal, el legislador ha introducido igualmente importantes modificaciones a través del art. 233.1, 2 y 3.

En realidad, y aunque el legislador modifique el apartado primero que trata sobre el nombramiento del mediador, en realidad modifica la materia de la retribución del mediador. Así, establece que reglamentariamente se determinarán las reglas para el cálculo de la retribución del mediador, que además deberán fijarse en el acta de nombramiento. Asimismo, la norma advierte que la retribución a percibir dependerá del tipo de deudor, de su pasivo y activo y del éxito alcanzado en la redacción según lo dispuesto en materia de nombramiento y expertos independientes.

El apartado segundo, elimina la obligación del mediador concursal de facilitar una dirección de email al amparo del art. 29.6 LC al registrador mercantil o notario, a no ser que haya sido nombrado por estos.

En el apartado tercero, en tanto que se abrió la posibilidad de dirigir la solicitud a la Cámara de Comercio y demás órganos anteriormente referenciados, establece la posibilidad de que la Cámara asuma las funciones de mediación, en cuyo seno figurarán al menos un mediador concursal.

En consecuencia, se establece la obligación para estos organismos de dar cuenta por certificación a los registros públicos de la aceptación del cargo del mediador concursal.

En cuanto a la convocatoria de los acreedores, el legislador introduce determinadas novedades a través del art. 234 LC.

El apartado primero se modifica en el sentido de dotar al mediador concursal de la capacidad de instar al deudor para que subsane o complemente o corrija los errores que pudiese haber.

El apartado 2 y 3 se fusionan en uno solo sin alterar el contenido de los mismos en relación al modo de comunicación de la convocatoria, eliminando eso sí el contenido que debe conformar la convocatoria, quedando ésta por tanto al libre albedrío de las partes intervinientes (hora, fecha, lugar, finalidad del acuerdo, identidad de cada uno de los acreedores concursales con expresión de la cuantía, etc).

Se deroga igualmente el apartado 4 en relación a la posibilidad que tenían los títulos de créditos con garantía real consistentes en la intervención en el acuerdo, comunicando en el plazo de un mes, lo que sin duda facilita enormemente la situación para los deudores.

En cuanto a los efectos de la iniciación del expediente se introducen modificaciones en el contenido del art. 235.

En primer lugar, se elimina la abstención al deudor de solicitar la concesión de préstamos o créditos, así como de devolver a las entidades las tarjetas de crédito de que sea titular así como el pago a través de medio electrónico, pues la única limitación que recoge la nueva ley es la abstención “de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad”, es decir, que en la práctica no se estipula ninguna limitación.

En segundo lugar, además del *totum revolutum* que el legislador practica en este precepto, llama la atención que mantenga la suspensión de la ejecución separada para todos los acreedores, salvo para los acreedores con garantía real (tal y como venía siendo hasta ahora) radicando la novedad en que no existe tampoco esa posibilidad sobre los bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial ni sobre su vivienda habitual, lo que sin duda va en línea con la tal perjudicial Ley 22/2003 de cara a los acreedores más humildes en situaciones de insolvencia provocada, que sin lugar a dudas, viene siendo la mayoría.

Como novedad también se elimina la posibilidad para los titulares de créditos con garantía real que no participen en el acuerdo extrajudicial, de anotar los embargos o

secuestros posteriores a la presentación de la solicitud del nombramiento del mediador concursal.

Se introduce en beneficio del deudor la suspensión del devengo de intereses al amparo del art. 59 LC (235.3 LC).

En cuanto al conocido plan de pagos, en la actualidad como propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, se introducen importantes modificaciones a través del art. 236 LC.

En primer lugar, tal y como se advertía al inicio del presente epígrafe ya no se habla de propuesta de un plan de pagos de créditos sino de la obligación de presentar una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos, cuyos requisitos son de una enorme mejoría para los deudores.

- El plazo de espera máximo pasa de 3 a 10 años.
- Las quitas o condonaciones pasan de tener una limitación del 25% a ningún límite.
- Se introduce además la posibilidad de convertir la deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora por un plazo no superior a 10 años si se trata de préstamos subordinados entre otros.
- En cuanto a la cesión en pago queda también limitada a aquellos bienes o derechos que no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.

Se introduce la prohibición de que la propuesta consista en la liquidación global del patrimonio del deudor para satisfacer sus deudas.

El legislador también ha pretendido determinados cambios en relación a los acuerdos y mayorías necesarios para poder acceder al acuerdo extrajudicial de pagos regulado en el art. 232.

Así las cosas, la nueva legislación, para la aceptación del acuerdo extrajudicial (antiguo plan de pagos) resultan necesarias una serie de acuerdos y mayorías. Se mantiene el 60% del pasivo a favor. No obstante, actualmente se plantean dos tipos de mayorías: (1) Del 60% del pasivo a favor; y (2) Del 75% a favor del pasivo.

En el caso de la primera de las mayorías (60%), los acreedores quedarán sometidos a las esperas por un plazo no superior a 5 años, a quitas no superiores al 25% del importe, o a la cesión de la deuda en préstamos participativos durante el mismo plazo, salvo aquellos acreedores con garantía real.

En el caso de la segunda de las mayorías (75%), el plazo de sometimiento asciende a 5 años o más aunque nunca superior a los 10 años, y a quitas superiores al 25% del importe sin establecimiento de límite alguno.

Se añade además un apartado cuarto que impone que “los acuerdos extrajudiciales de pagos aceptados por las mayorías y con los requisitos descritos”, “no podrán ser objeto de rescisión concursal en un eventual concurso de acreedores posterior”.

En relación a la extensión subjetiva se introduce un nuevo artículo 238 LC, regulándose así la inclusión de vinculación del acreedor al deudor y acreedores según el art. 238.1.

Asimismo, regula el precepto que los acreedores con garantía real no quedarán vinculados salvo que hubiesen votado a favor del acuerdo. No obstante, incluso éstos quedarán vinculados a las medidas previstas en el art. 238.1 a) y b) (acuerdos del 60 % y 75%) siempre que se hayan dado las siguientes mayorías:

- 65% cuando se trate de las medidas previstas en el art. 238.1.a)
- 80% cuando se trate de medidas previstas en el art. 238.1.b)

En relación a las impugnaciones del acuerdo también se introducen relevantes modificaciones a través del art. 239.

Se limita la posibilidad subjetiva de impugnación de los acuerdos a aquellos acreedores que debiendo concurrir, ya no a la totalidad de los acreedores y de otro lado, siempre que exista desproporción en las medidas acordadas (ya no en la desproporción de quita o moratoria exigida).

En cuanto a la publicación, ya no será necesaria la publicación en el BOE y Registro Público Concursal sino tan solo en este último, todo ello a fin de eliminar la publicidad de los deudores y sus deudas.

De igual modo resulta relevante comentar los cambios introducidos en relación a los efectos del acuerdo sobre los acreedores a través del art. 240.

El plazo que no permite a los acreedores iniciar o continuar ejecuciones singulares ya no comienza con la publicación de la apertura del expediente sino desde la comunicación de la apertura. Los créditos además de aplazados y remitidos también serán extinguidos.

En cuanto a la conservación de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios, fiadores y avalistas solo se mantendrán si no hubiesen aceptado o mostrado conformidad con el acuerdo, quienes además no podrán invocar la aprobación del acuerdo extrajudicial en perjuicio de los deudores.

La conservación de derechos en relación a los que estuvieron de acuerdo, dependerá de lo acordado en la relación jurídica, sin aclarar mayor límite que ese.

En materia de cumplimiento e incumplimiento del acuerdo tan solo se modifica el apartado 2 del art. 241 en el sentido de que en caso de cumplimiento por parte del

deudor, se publicará en el Registro Público Concursal y no en el BOE, no publicándose sin embargo en caso de incumplimiento.

En materia de especialidades del concurso consecutivo se introducen algunas alteraciones así como la creación de un nuevo precepto. En cuanto a las modificaciones que se introducen a través del art. 242, el legislador, sin entrar a modificar el concepto o mejor dicho, el alcance subjetivo, ya no excluye de las especialidades del concurso consecutivo al supuesto de insuficiencia de masa activa en los términos previstos en el artículo 176 bis de la Ley, sino que este supuesto quedará igualmente incluido en estas especialidades.

En relación a las reglas establecidas para el concurso consecutivo han sido modificadas (en mayor o menor medida) todas y cada una de ellas:

- En primer lugar, se establece la obligación de acompañar (junto con la solicitud del concurso) una propuesta anticipada de convenio o plan de liquidación siempre y cuando la solicitud del concurso fuese instada por el mediador concursal.
- En segundo lugar, se establece la obligación de acompañar, junto a la solicitud del concurso, el correspondiente informe al amparo del art. 75 que deberá ser debidamente publicado al amparo del art. 95.
- En tercer lugar, y en caso de encontrarnos ante persona física, deberá el informe expresar la concurrencia o no de los requisitos legalmente exigidos para el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho al amparo del art. 178.
- En relación al plazo de presentación del informe, será dentro de los diez días siguientes al transcurso del plazo de comunicación de créditos en caso de que el administrador concursal sea distinta persona que el mediador concursal o si la solicitud se hubiese presentado directamente por el deudor o acreedor.

- En este último caso, es decir, en caso de haberse presentado solicitud directamente por los acreedores, el deudor podrá presentar propuesta de convenio o plan de liquidación anticipada dentro de los diez días siguientes a la declaración del concurso.

En cuanto al nombramiento del mediador, el legislador especifica que deberá ser en el auto de declaración del concurso, en el cual será nombrado igualmente el administrador concursal, sea o no designado el mediador concursal.

Asimismo, se introduce como novedad que dejará de regir el principio de confidencialidad para el mediador concursal que continúe con las funciones de administrador concursal (subapartado 2<sup>a</sup> del apartado 2).

Se introducen tres nuevos apartados que vienen a establecer las siguientes reglas:

- Se dota a los acreedores de la posibilidad de impugnar en el plazo de diez días el informe de la administración concursal siguiendo el procedimiento del art. 191.4.
- En caso de haberse admitido a trámite la propuesta anticipada del convenio, ésta continuará según el trámite previsto en el art. 191 bis.
- En último lugar, el legislador regula el supuesto en que el deudor o mediador hubieran solicitado la liquidación y en aquellos casos que se hubiese inadmitido a trámite la propuesta, falta de presentación, falta de aprobación o incumplimiento, se abrirá necesariamente y simultáneamente la fase de liquidación. En caso de que no haya sido hecho por parte del deudor, será el administrador concursal quien presente dicho plan de liquidación en el plazo de diez días desde la apertura de la fase de liquidación.

Asimismo, el legislador propone que tanto el concursado como los acreedores, en el plazo de diez días, puedan formular alegaciones sobre la concurrencia o no

de los requisitos legalmente exigidos para acordar o no el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho.

En la misma materia, tal y como se indicó con anterioridad, se añade un nuevo artículo 242 bis en relación a las especialidades del acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios.

En relación al acuerdo extrajudicial de pagos de personas naturales no empresarios, el legislador crea un nuevo precepto ad hoc, el artículo 242 bis, a fin de someter a este procedimiento a las siguientes reglas o especialidades:

1.º La solicitud deberá presentarse ante el notario del domicilio del deudor.

2.º El notario, una vez constatada la suficiencia de la documentación aportada y la procedencia de la negociación del acuerdo extrajudicial de pagos deberá, de oficio, comunicar la apertura de las negociaciones al juzgado competente para la declaración del concurso.

3.º El notario impulsará las negociaciones entre el deudor y sus acreedores, pudiendo designar, si lo estima conveniente o lo solicita el deudor, un mediador concursal. El nombramiento del mediador concursal deberá realizarse en los cinco días siguientes a la recepción por el notario de la solicitud del deudor, debiendo el mediador aceptar el cargo en un plazo de cinco días.

4.º Las actuaciones notariales o registrales descritas en el artículo 233 no devengarán retribución arancelaria alguna.

5.º El plazo para la comprobación de la existencia y cuantía de los créditos y realizar la convocatoria de la reunión entre deudor y acreedores será de quince días desde la notificación al notario de la solicitud o de diez días desde la aceptación del cargo por el mediador, si se hubiese designado mediador. La reunión deberá celebrarse en un plazo de treinta días desde su convocatoria.

6.º La propuesta de acuerdo se remitirá con una antelación mínima de quince días naturales a la fecha prevista para la celebración de la reunión, pudiendo los acreedores



remitir propuestas alternativas o de modificación dentro de los diez días naturales posteriores a la recepción de aquél.

7.º La propuesta de acuerdo únicamente podrá contener las medidas previstas en las letras a), b) y c) del artículo 236.1.

8.º El plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso.

9.º Si al término del plazo de dos meses el notario o, en su caso, el mediador, considera que no es posible alcanzar un acuerdo, instará el concurso del deudor en los diez días siguientes, remitiendo al juez un informe razonado con sus conclusiones.

10.º El concurso consecutivo se abrirá directamente en la fase de liquidación.

2. Reglamentariamente se determinará régimen de responsabilidad de los notarios que intervengan en los acuerdos extrajudiciales de pagos de las personas naturales no empresarios. Su retribución será la prevista para los mediadores concursales.

#### **4.2.3. Otras modificaciones**

En materia de créditos subordinados se modifica el art. 92.5 LC. El precepto se refiere a la clase de créditos que ostentan las personas especialmente relacionadas con el deudor tales como cónyuge, hijos, etc en calidad de crédito subordinado. El legislador modifica el citado apartado por los siguientes motivos:

- Exceptúa de esta inclusión los créditos por alimentos nacidos y vencidos antes de la declaración del concurso, que no tendrán la condición de crédito subordinado sino de crédito ordinario.

- De otro lado, deroga la regla consistente en la consideración de personas especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de calificación de créditos a aquellos acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con

el artículo 71 bis o la Disposición adicional cuarta. La misma regla deroga el legislador en relación a los acreedores que hayan capitalizado directa o indirectamente todo o parte de sus créditos en cumplimiento de un acuerdo de refinanciación adoptado de conformidad con el artículo 71 bis o la disposición adicional cuarta.

De otro lado, el legislador añade tres nuevas letras m), n) y ñ) en el apartado 2 de la disposición adicional segunda en relación al régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, introduciendo como legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas:

m) La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

n) La Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva.

ñ) El Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre.

¿En qué afecta esta modificación? En que según lo establecido en el apartado primero, en los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal.

#### **4.2.4. Retribución de la administración concursal**

La retribución de los mediadores concursales no es la única que se modifica sino que el legislador también viene a modificar la retribución de los administradores concursales.

Para ello, comienza modificando el párrafo primero y las letras b) y c) del apartado 2 del artículo 34.

En primer lugar, la retribución ya no solo atenderá al tamaño del concurso sino también a las funciones que efectivamente desempeñe la administración concursal, de las recogidas en el art. 33 LC sin especificar si se refiere tan solo a las procesales, a las Propias del deudor o de sus órganos de administración, etc o a todas ellas.

En relación a la limitación, es decir, el máximo que puede cobrar el administrador concursal también se modifica. Con la anterior modificación el máximo no podía estar por encima de la cantidad máxima que se fije reglamentariamente para el conjunto del concurso.

Sin embargo, tras la reforma se establecen dos nuevos límites: (a) La cantidad resultante de multiplicar el activo del deudor por un 4%; y (b) Un millón quinientos mil euros.

Sin embargo, el juez podrá aprobar remuneración superior, sin que en ningún caso pueda superar el 50% del antedicho límite.

De otro lado, y para regular aún más la retribución de la administración concursal se añaden tres nuevos preceptos: art. 34 bis, art. 34 ter y art. 34 quáter.

En relación al art. 34 bis:

Se regula a través de este precepto la retribución en la apertura de la cuenta de garantía arancelaria. Así el precepto establece las siguientes reglas:

1. Se constituirá una única cuenta de garantía arancelaria, que se dotará con las aportaciones obligatorias a realizar por los administradores concursales y que dependerá del Ministerio de Justicia.
2. El funcionamiento de la cuenta se regirá por lo establecido en esta Ley y en cuantas normas se dicten en su desarrollo.

En relación al art. 34 ter:

En cuanto al régimen de la cuenta de garantía arancelaria, el art. 34 ter establece las siguientes reglas:

1. Las únicas personas autorizadas para disponer de los fondos existentes en la cuenta de garantía arancelaria serán los secretarios judiciales de los juzgados con competencia en materia concursal.

2. Los secretarios gestionarán la cuenta y controlarán los ingresos y los cargos a través de la aplicación informática de titularidad del Ministerio de Justicia que este determine y que deberá ser validada por el Consejo General del Poder Judicial y por la Fiscalía General del Estado. La aplicación dispondrá de los mecanismos adecuados de control y seguridad y deberá garantizar la autenticidad, confidencialidad, integridad y disponibilidad de los datos, permitir la disposición de fondos mediante la expedición de órdenes telemáticas de transferencia y mandamientos de pago, así como proporcionar información sobre los movimientos y saldos de las cuentas.

3. En los casos de falta de medios informáticos adecuados o imposibilidad técnica sobrevenida, se podrán emitir mandamientos de pago u órdenes de transferencia de forma manual utilizando los impresos normalizados, y cuidando en estos casos los secretarios judiciales del control de los mandamientos u órdenes así emitidos.

4. El Libro de Registro de la cuenta se obtendrá de la propia aplicación informática.

5. El Ministerio de Justicia podrá supervisar el estado de la cuenta de garantía arancelaria mediante el aplicativo informático desarrollado al efecto por la entidad de crédito adjudicataria.

En relación al art. 34 quáter:

En cuanto a la dotación de la cuenta de garantía arancelaria y obligaciones de comunicación, el art. 34 quáter establece las siguientes reglas:

1. Las cantidades a ingresar en la cuenta de garantía arancelaria se calcularán sobre las retribuciones que efectivamente perciba cada administrador concursal por su actuación en el concurso aplicando los siguientes porcentajes:

i) Un 2,5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 2.565 euros y los 50.000 euros.

ii) Un 5 por ciento por la remuneración obtenida que se encuentre entre los 50.001 euros y los 500.000 euros.

iii) Un 10 por ciento por la remuneración obtenida que supere los 500.000 euros.

2. Dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la percepción efectiva de cualquier clase de retribución, la administración concursal deberá ingresar en la cuenta de garantía arancelaria las aportaciones obligatorias establecidas en el apartado anterior, calculadas sobre las cantidades efectivamente percibidas. Simultáneamente, la administración concursal o cada uno de los administradores concursales deberán dar cuenta al Secretario judicial del juzgado donde se tramita el concurso del importe ingresado.

3. Quedan excluidos de la obligación de dotación de la cuenta los administradores concursales cuya retribución no alcance para el conjunto del concurso los 2.565 euros, o aquellos que tengan derecho a ser resarcidos con cargo a la referida cuenta.

4. El concursado o cualquier otro tercero que abone cualquier clase de retribución a la administración concursal estará obligado a comunicar esta circunstancia al Secretario judicial del juzgado ante el que se tramita el concurso, con indicación del importe abonado y la fecha del pago. Igual obligación recaerá sobre la administración concursal respecto de las retribuciones de cualquier clase que pueda percibir.

5. Reglamentariamente se regulará el régimen de distribución de la cuenta de garantía arancelaria.

#### **4.2.5. Efectos de la reforma de la Ley 22/2003 en el ámbito socio-laboral**

En relación a esta primera parte de la norma que viene a reformar la Ley 22/2003, Concursal debe reiterarse que el legislador ha llevado a cabo una profunda reforma en materia de segunda oportunidad, de acuerdo extrajudicial de pagos, en materia de créditos subordinados que ostentan personas especialmente relacionadas con

el deudor así como la introducción de nueva legislación de carácter especial y por último, en materia de retribución de la administración concursal.

Así las cosas, parece oportuno concluir por separado cada uno de los distintos apartados. En relación al primer de ellos, es decir, en materia de segunda oportunidad, parece evidente que la norma establece una clara apuesta por una legislación más flexible de cara a conceder una segunda oportunidad para quienes han tenido mala fortuna en su negocio, algo que en un primer momento podría tener cierto sentido en una situación de crisis si no tuviéramos en cuenta las siguientes excepciones o conclusiones:

1. No puede defenderse al mismo tiempo una salida de la recesión y una situación de mejora económica y a la vez fomentar claramente situaciones de insolvencia tanto de mercantiles como de personas físicas.
2. Tampoco puede pretenderse el desarrollo de las reglas para acceder a la exoneración de la deuda en un extenso artículo creado ad hoc con una presumible intención de clarificar los requisitos y procedimiento de solicitud y concesión a la vez que se deja a criterio de los jueces la decisión de quién verá condonadas sus deudas y quién no, a pesar de haber sido declarado el concurso culpable<sup>208</sup>, sin establecer las más mínimas bases, dando lugar así a situaciones de grave arbitrariedad hasta que exista suficiente jurisprudencia que asiente unos criterios mínimos que permitan conocer los requisitos mínimos de acceso al beneficio (art. 178 bis. 3.1º).
3. En cuanto a la exoneración del pasivo insatisfecho no parece pertinente que el legislador pretenda una alteración del ámbito de aplicación del concepto de

---

<sup>208</sup> Culpabilidad que debería ser apreciada incluso de oficio ante la ausencia de predicción de insolvencia empresarial, por cuanto se trata de “una cuestión de vital importancia para todas aquellas partes relacionadas con una empresa: propietarios o accionistas, directivos, trabajadores, prestamistas, proveedores, clientes, la sociedad y las autoridades. Necesitan conocer, con el mayor grado de exactitud posible, el nivel de solvencia de la empresa para poder establecer con suficiente tiempo de antelación políticas de ajuste que minimicen el riesgo y las negativas consecuencias de posibles situaciones de crisis empresarial no deseadas”. En este sentido SEGOVIA VARGAS, M.J.: “Predicción de crisis empresariales en seguros no vida mediante la metodología Rought Set”. Tesis doctoral. UCM. ISBN: 84-669-2278-4. Versión inédita.

buena fe, es decir, una reinterpretación del antedicho concepto ya reinterpretado por la jurisprudencia hasta la saciedad, ya que generará en el futuro situaciones de inseguridad jurídica que perjudicará gravemente no solo al tráfico jurídico sino también a los propios deudores.

4. Desde un punto de vista técnico, tampoco resulta lógica la confusión del legislador al intercalar los requisitos de acceso a la exoneración con la perspectiva procesal adjetiva así como con los efectos de la exoneración, que necesariamente induce a error al lector entre los que se incluyen los propios juzgadores.
  
5. En relación con el punto inmediatamente anterior, también ha de advertirse que lejos de simplificar la normativa que permite un mayor acceso al beneficio de exoneración, la norma resulta especialmente confusa que dota de complejidad un procedimiento que debería ser a priori más sencillo de acuerdo con los principios de la propia norma. De un lado, el incidente concursal resulta más que apropiado por su sencillez y porque además va acorde con los principios inspiradores de la Ley 22/2003, pero no resulta tan sencillo su acceso y tramitación teniendo en cuenta los numerosos requisitos que son necesarios para su solicitud y que posteriormente permite al juzgador su concesión a pesar de sus posibles incumplimientos, dependiendo de cada caso. Esto supone fomentar la arbitrariedad judicial, a través de una clara perversión legislativa que no hace otra cosa que provocar situaciones de indefensión y desprotección para futuros deudores que pudieran solicitar este beneficio, por lo que en ningún caso nos encontramos ante un procedimiento simplificado tal y como asegura la norma.

En materia de acuerdo extrajudicial de pagos, si nos atenemos al preámbulo de la norma, el legislador pretendía regular diversos mecanismos de mejora del acuerdo extrajudicial de pagos introducido en nuestra legislación a través de la Ley 14/2013, flexibilizando los antedichos acuerdos con la intención de prever un verdadero mecanismo de segunda oportunidad.

Sin embargo, del estudio de la norma se desprende que más que flexibilidad o mejorar el acuerdo extrajudicial de pagos, se pretende el acceso al mismo a todos los deudores que lo soliciten sin tener en cuenta limitación alguna. Tanto es así que la reforma permite el acceso a estos acuerdos incluso a aquellos que hayan sido condenados por delito contra el patrimonio, orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la hacienda pública y seguridad social e incluso contra los derechos de los trabajadores, algo insólito en nuestra legislación.

En el mismo sentido, se elimina la abstención al deudor de solicitar la concesión de préstamos o créditos, así como de devolver a las entidades las tarjetas de crédito de que sea titular así como el pago a través de medio electrónico, pues la única limitación que recoge la nueva ley es la abstención “de realizar cualquier acto de administración y disposición que exceda los actos u operaciones propias del giro o tráfico de su actividad”, es decir, que en la práctica no se estipula ninguna limitación, lo que supone un claro fomento de la insolvencia premeditada.

En materia de acuerdo extrajudicial, el legislador aprovecha igualmente para introducir de nuevo nueva protección sobre los bienes o derechos del deudor que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial, dando prioridad a la continuidad de la actividad en lugar de al pago de lo debido y no pagado, lo que sin duda y tras los años de rodaje de la Ley 22/2003 conocemos que resulta especialmente perjudicial para el patrimonio de los acreedores en beneficio de los deudores, habitualmente situados en una posición de insolvencia provocada.

Para una mayor flexibilidad y por si fuera poco, el legislador introduce importantes mecanismos de subsanación de los errores de fondo y de forma a través de los mediadores concursales a los que por cierto, la norma atribuye importantes competencias, situándoles en una posición verdaderamente protagonista. En el mismo sentido se amplían para los deudores que accedan a los acuerdos extrajudiciales los plazos de espera así como los porcentajes de quita de manera especialmente estrambótica, desproporcionada a la vez que innecesaria.



En cuanto a la materia denominada por el legislador como “otras modificaciones”, debemos concluir que de un lado, se pretende proteger a las personas especialmente relacionadas con el deudor tales como el cónyuge o los hijos de éste a través de una modificación en la calificación de los créditos, y de otro lado, se introducen como legislación especial aquella que refiere a Instituciones de Inversión Colectiva, entidades de riesgo, sociedades gestoras, entre otras, a fin de proteger a dichas instituciones de la reforma que resulta especialmente perjudicial para los acreedores en beneficio de los deudores, ya que en estos casos será de aplicación la normativa específica en perjuicio de la nueva Ley 22/2003.

En último lugar, y en relación a la retribución de los administradores concursales, el legislador se esfuerza especialmente en legislar este asunto por tratarse de una figura que ostenta especial protagonismo tal y como le ocurre a los mediadores concursales tras la última reforma y por supuesto tras la comentada en el presente estudio, procurando un aumento considerable de los honorarios o retribución de éstos a través de la inclusión de nuevos criterios de valoración y la instauración de aranceles que implican cuantías mínimas en los honorarios de los mediadores y administradores concursales.

Para finalizar, parece conveniente advertir que una norma de especial calado, tal y como sucede en el presente caso, no puede estar plagada de componentes de carácter político ya que esta actitud del legislador enturbia enormemente el contenido de la norma y la credibilidad de la misma.

Encontramos diversos ejemplos a lo largo del propio preámbulo. Así como por ejemplo atendamos al inicio de la norma cuanto establece literalmente que *“La economía española lleva ya algunos meses dando signos esperanzadores de recuperación y consolidando un crecimiento económico que, merced a las reformas estructurales llevadas a cabo en los últimos años, está teniendo un efecto beneficioso en el empleo y en la percepción general de la situación que tienen los ciudadanos, las empresas y las diferentes instituciones”* o cuando señala que *“Es preciso que el legislador huya siempre de toda tentación demagógica que a la larga pueda volverse en*

*contra de aquellos a quienes pretende beneficiar. Para que la economía crezca es preciso que fluya el crédito y que el marco jurídico aplicable dé confianza a los deudores; pero sin minar la de los acreedores, pues en tal caso se produciría precisamente el efecto contrario al pretendido: el retraimiento del crédito o, al menos, su encarecimiento”.*

Resulta de vital importancia que los gobiernos comprendan que las normas no pueden ser utilizadas como propaganda política o armas arrojadas con una clara intención electoral, pues se trata de mera técnica jurídica, del deber de aplicación de determinados principios jurídicos e incluso ético-morales que impiden el uso de las normas para fines que no son dignos del tráfico jurídico.

### **1) Bonificación para contrataciones por cuenta ajena**

Según se infiere de la exposición de motivos de la Ley 25/2015, lo que el legislador pretende con la introducción de nuevos incentivos que serán comentados a lo largo del presente estudio no es otra cosa que fomentar la contratación de carácter indefinido.

En un primer momento, llama especialmente la atención (entre otros extremos que serán comentados más adelante) que el legislador pretenda hacer una apuesta por la contratación indefinida pero sin prestar especial protección a la contratación indefinida a tiempo completo, intentando llevar a cabo ese fomento del empleo de forma indiferente ya sea a tiempo completo o a tiempo parcial.

En síntesis, se trata de un incentivo consistente en exonerar de la aplicación del tipo de cotización en la parte que corresponde a la empresa sobre los primeros 500 euros de la base de cotización por contingencias comunes correspondiente a cada mes, siempre que se trate de supuestos de contratación indefinida.

Como decíamos al inicio, no hay una apuesta mayor por fomentar la contratación indefinida a tiempo completo, sino que tanto la jornada a tiempo completo como parcial se encuentran igualmente bonificadas, aunque lógicamente en el último

supuestos la bonificación se verá reducida de forma proporcional al porcentaje de reducción de jornada de cada contrato.

En relación al ámbito de aplicación subjetivo. La norma establece quienes serán los beneficiarios de esta bonificación dependiendo de a quien se contrate. En el presente caso la empresa tendrá acceso a este beneficio en los siguientes supuestos: (1) Al 100% del beneficio cuando la contratación se produzca con trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil que cumplan los requisitos establecidos en el art. 105 de la Ley 18/2014<sup>209</sup>; (2) en el resto de supuestos, el beneficio consistirá en una reducción, sin establecer a priori cuantía alguna. (3) Será de aplicación este beneficio igualmente en el supuesto de personas que se incorporen como socios trabajadores o de trabajo de las cooperativas (Apartado 8 del precepto). En este último caso entendemos que se trata de fomentar el conocido como pago único de la prestación por desempleo.

Ámbito de aplicación temporal. La norma establece que el beneficio se aplicará durante un período máximo de 24 meses, cuyo plazo comenzará a computar a partir de la fecha de efectos del contrato de trabajo, siempre y cuando éstos sean celebrados entre el día 1 de marzo de 2015 y el 31 de agosto de 2016. No obstante, dicho plazo podrá ampliarse por un período adicional de 12 meses siempre y cuando en el momento de la ampliación la empresa contara con menos de diez trabajadores, aunque en este caso la el beneficio en el caso de contrataciones indefinidas a tiempo completo verán reducida la exención a 250 € y por consiguiente en el caso de contrataciones indefinidas a tiempo parcial, el beneficio se verá reducido proporcionalmente.

Requisitos. Resulta especialmente llamativo igualmente desde un punto de vista técnico que el legislador pretenda introducir a partir del apartado cuarto del precepto, un

---

<sup>209</sup>Requisitos establecidos en el art. 105 de la Ley 18/2014:

- a) No haber trabajado en los treinta días naturales anteriores al momento de recibir la actuación.
- b) No haber recibido acciones educativas que conlleven más de cuarenta horas mensuales en los noventa días naturales anteriores al momento de recibir la actuación.
- c) No haber recibido acciones formativas que conlleven más de cuarenta horas mensuales en los treinta días naturales anteriores al momento de recibir la actuación.

apartado dedicado exclusivamente a los requisitos, cuando lo cierto es que las reglas imperativas descritas hasta el momento también son requisitos de acceso al beneficio, por lo que el desorden y confusión del legislador se mantiene desde el principio hasta el final de la Ley 25/2015. No obstante, y para una mayor comprensión del texto, llevaremos a cabo un comentario en relación a los requisitos adicionales que el legislador impone para al acceso al beneficio en las cotizaciones empresariales:

- El primer de ellos radica en que la empresa ha de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social no solo en el momento de la solicitud del beneficio sino durante el disfrute del mismo.
- Que la empresa no haya extinguido contratos de trabajo por las siguientes causas: causas objetivos o despidos disciplinarios, estableciendo un segundo requisito y es que éstos no hayan sido declarados judicialmente improcedentes. De igual modo la empresa no podrá acceder a este beneficio en caso de haber llevado a cabo despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a derecho, en los seis meses anteriores a la celebración de los contratos.

En este sentido debemos advertir los siguientes extremos: (a) El legislador limita el derecho a quienes hayan sido condenados judicialmente por despido improcedente en caso de despidos por causas objetivas o despidos disciplinarios. Sin embargo, nada dice cuando dicha improcedencia haya sido directamente reconocida por la empresa en fase administrativa, es decir, ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación. (b) Llama la atención igualmente que aún encontrándonos en este tipo de supuestos, el legislador limite la exclusión a un número de contratos equivalente al de las extinciones producidas, cuando ante un supuesto como éste, debería dar lugar a la extinción del derecho y exclusión absoluta, ya que sin duda, el establecimiento de una limitación a la exclusión como ésta hace que al empresario le compense vulnerar la norma ya que el perjuicio en caso de que los organismos competentes adviertan de esta situación, es mínimo. (c) Llama la atención que la exclusión del beneficio quede limitada a aquellas empresas que despidan a sus trabajadores por causas objetivas siempre

y cuando no sean condenados judicialmente por despido improcedente, pues dicha limitación resulta especialmente contraria al principio fundamental de la instauración de este beneficio, que en principio no es otro que el fomento del empleo indefinido. En este sentido, si una empresa es capaz de demostrar que debe despedir a trabajadores por causas objetivas entre las que se encuentran causas económicas, organizativas y de producción, esto significa que la empresa se encuentra pasando por una situación negativa de tal entidad que es imposible que pueda crear empleo, pues de hecho, como todos aquellos que nos dedicamos al ámbito de la jurisdicción social conocemos, la empresa que contrate meses después tras haber despedido a sus trabajadores basándose en causas económicas, los despidos de los primeros serán declarados improcedentes de plano.

- En tercer lugar, el legislador exige la obligación de celebrar contratos indefinidos que supongan un incremento tanto del nivel de empleo indefinido como del nivel de empleo total de la empresa. Sin embargo, la norma no establece un criterio numérico para que pueda conocerse si la empresa cumple o no cumple con este requisito, lo que sin lugar evidencia aún más la evidente arbitrariedad de esta medida.
  
- En cuarto lugar, se introduce la obligatoriedad de mantenimiento de los contratos que dan lugar al beneficio durante un período mínimo de 36 meses.

En relación a este requisito también deben advertirse los siguientes extremos: (a) Aunque la norma advierte que se examinará el mantenimiento de estos contratos, no establece ni tan siquiera una promesa futura a través de desarrollo reglamentario cómo ni cuándo serán examinados o inspeccionados los beneficiarios, o lo que es lo mismo, en ningún momento se regula el procedimiento de examen e inspección del mantenimiento de este requisito, lo que de nuevo hace que este requisito no sea más que papel mojado. (b) En este apartado también nos llama la atención y por las mismas razones que el legislador mantenga el beneficio a aquellas empresas que despidas por causas

objetivas o despidos disciplinarios o despidos colectivos siempre y cuando no hayan sido condenados judicialmente por despido nulo o improcedente, pues tal y como decíamos con anterioridad, dicha limitación resulta especialmente contraria al principio fundamental de la instauración de este beneficio, que en principio no es otro que el fomento del empleo indefinido. En este sentido, si una empresa es capaz de demostrar que debe despedir a trabajadores por causas objetivas entre las que se encuentran causas económicas, organizativas y de producción, esto significa que la empresa se encuentra pasando por una situación negativa de tal entidad que es imposible que pueda crear empleo, pues de hecho, como todos aquellos que nos dedicamos al ámbito de la jurisdicción social conocemos, la empresa que contrate meses después tras haber despedido a sus trabajadores basándose en causas económicas, los despidos de los primeros serán declarados improcedentes de plano. (c) Aunque sea un punto que el legislador toca más adelante, por orden lógico debemos incluirlo en el presente, y es que los incumplimientos en relación a la exigencia del mantenimiento del nivel de empleo no son precisamente perjudiciales para el empresario pues para empezar, no procederá exigir al empresario recargo e interés de demora alguno, obligándosele en su caso tan solo a la devolución del beneficio según el momento del incumplimiento del siguiente modo:

1. Si el incumplimiento se produce desde la fecha de inicio de la aplicación del respectivo beneficio hasta el mes 12, corresponderá el reintegro del 100%.
  2. Si se produce desde el mes 13 y hasta el mes 24, corresponderá reintegrar la diferencia por los meses que hayan transcurrido desde el mes 13.
  3. Si se produce hasta el mes 25 y hasta el mes 36, corresponderá reintegrar la diferencia por los meses que hayan transcurrido desde el mes 25.
- En quinto lugar, el legislador no continúa con los requisitos necesarios para el acceso al beneficio sino que plantea las exclusiones dependiendo de los siguientes supuestos:

- a) Para las relaciones laborales de carácter especial reguladas en el art. 2 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- b) Para las contrataciones que afecten al cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguineidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive, del empresario o de quienes tengan el control empresarial, ostenten cargos de dirección o sean miembros de los órganos de administración de las entidades o de las empresas que revistan la forma jurídica de sociedad.
- c) Contratación de trabajadores cuya actividad determine su inclusión en cualquiera de los sistemas especiales establecidos en el Régimen General de la Seguridad Social.
- d) Contratación de empleados que excepcionalmente pueda tener lugar en los términos establecidos en los artículos 20 y 21 así como en las disposiciones adicionales décima quinta a décima séptima de la Ley 37/2014 así como en preceptos equivalentes.
- e) Contratación de trabajadores que hubiesen estado contratados en otras empresas del grupo de empresas del que formen parte y cuyos contratos se hubieran extinguido por causas objetivas o por despidos disciplinarios que hayan sido unos u otros declarados judicialmente como improcedentes, o por despidos colectivos que hayan sido declarados no ajustados a derecho.
- f) Contratación de trabajadores que en los seis meses anteriores a la fecha del contrato hubiesen prestado servicios en la misma empresa o entidad mediante un contrato indefinido.
- g) Tampoco resultará de aplicación el beneficio a la cotización por horas complementarias que realicen los trabajadores a tiempo parcial cuyos contratos den derecho al mismo.

- La siguiente regla (que no requisito) consiste en garantizar la cuantía de las prestaciones económicas a que puedan causar derecho los trabajadores afectados tales como la prestación por desempleo, ya que ésta se aplicará calculando el importe íntegro de la base de cotización que les corresponda.
  
- En materia de incompatibilidades. El legislador establece que este beneficio resulta incompatible con la cualquier otro beneficio en la cotización a la Seguridad Social por el mismo contrato, planteando las siguientes excepciones:
  - a) Cuando el contrato se formalice con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, pues en este caso el beneficio será compatible con la bonificación establecida en el art. 107 de la Ley 18/2014 (Medidas de apoyo a la contratación). Sin embargo, no puede pasarse por alto que de esta regla se infiere que la regla general es precisamente la compatibilidad con otras bonificaciones y no la incompatibilidad pues precisamente esta bonificación va destinada con carácter prioritario a los beneficiarios del Sistema Nacional de Garantía Juvenil, ya que serán los empresarios que contraten con estas personas quienes obtendrán el 100% del beneficio y una mera reducción.
  
  - b) Cuando el contrato se formalice con personas beneficiarias del Programa de Activación para el Empleo, pues en este caso el beneficio será compatible con la ayuda económica de acompañamiento que éstas perciban a tenor de lo establecido en el art. 8 del RD-L 16/2014, de 19 de diciembre.
  
- En último lugar, ¿quién se hará cargo de financiar la pérdida de las cotizaciones que en condiciones normales serían integradas al Estado? Pues bien, a tenor de lo establecido en el apartado undécimo, serán tres las fuentes de financiación: (1) Partida presupuestaria del Servicio Público de Empleo Estatal; (2) Fondo Social Europeo; y (3) Del presupuesto de ingresos de la Seguridad Social. Sin embargo, como viene siendo habitual, el legislador no establece los porcentajes



de financiación o cofinanciación de cada uno de ellos ni la motivación de este tripartito.

## **2) Bonificación para contrataciones por cuenta propia/autónomos**

En la segunda parte de este epígrafe el legislador introduce una bonificación para trabajadores autónomos para supuestos de conciliación de la vida profesional y familiar vinculada a la contratación, añadiendo así el precepto número 30 a la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

¿En qué consiste la medida? Según el art. 9 de la norma consiste en la bonificación del 100 % de la cuota de autónomos por contingencias comunes por un plazo de doce meses siempre y cuando nos encontremos ante los siguientes supuestos:

- Por cuidado de menores de 7 años de edad que tengan a su cargo.
- Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado ambos inclusive, en situación de dependencia.
- Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33% o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65%.

Tal y como viene siendo habitual en nuestro legislador, el orden llevado a cabo para establecer las reglas y requisitos necesarios para el acceso a este beneficio viene siendo especialmente confuso por lo que a través del presente comentario se alterará el orden establecido legamente para una mayor comprensión.

- Ámbito de aplicación subjetivo, o lo que es lo mismo, ¿quién tiene derecho a la bonificación? Tendrán derecho a la bonificación los trabajadores autónomos que carezcan de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la aplicación de la

bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma. (Apartado cuarto del art. nueve).

Sin embargo, se establecen unas excepciones en relación a la existencia de trabajadores asalariados, y esto es, cuando exista personal contratado a través de contratos de interinidad para la sustitución del trabajador autónomo durante los períodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción o acogimiento tanto preadoptivo como permanente o simple, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural.

- ¿Cómo va a calcularse la bonificación? La bonificación corresponderá la que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los últimos doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida. En el supuesto de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social o RETA, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta.
- En este supuesto, como ocurre en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, el beneficio o bonificación estará condicionado a la contratación de trabajadores a tiempo completo o parcial (sin que la jornada laboral pueda celebrarse por una jornada laboral inferior al 50% de la jornada de un trabajador a tiempo completo según establece el apartado segundo, aunque en este caso, la bonificación no se reducirá proporcionalmente sino directamente al 50% aunque la jornada parcial sea superior al 50 % de la jornada de un trabajador a tiempo completo por lo que nos encontramos ante un claro perjuicio y discriminación respecto de los trabajadores por cuenta ajena) aunque en este caso no con carácter indefinido sino durante todo el período del disfrute del autónomo, sin que dicho período no pueda ser inferior a 3 meses desde la fecha de inicio del disfrute de la bonificación.
- ¿Puede el trabajador contratado prestar sus servicios en la empresa destinando su trabajo a cualquier actividad? La respuesta es rotundamente no, pues según el

apartado segundo, y a fin de evitar presuntos fraudes en la contratación, el trabajador contratado deberá ser ocupado en la actividad profesional que da lugar al alta en el Sistema de Seguridad Social del trabajador autónomo. Sin embargo, como ocurría en el caso de los trabajadores por cuenta ajena, la normativa no prevé ningún tipo de sistema de control ni supervisión por lo que de nuevo nos encontramos ante una norma con un sentido verdaderamente limitado.

- ¿Qué ocurre en caso de incumplimiento? Veíamos que en el caso de los trabajadores por cuenta ajena el perjuicio para el que incumplía la obligación de mantenimiento de los contratos no era especialmente alto ya que se trataba de la devolución de lo exonerado y dependiendo de cada caso. En el caso de trabajadores autónomos se establece igualmente la obligación de reintegro del importe de la bonificación disfrutada. Sin embargo, en este caso el reintegro quedará limitado exclusivamente a la parte de la bonificación disfrutada que estuviera vinculada al contrato, sin mayor penalización. No obstante, se establecen las siguientes excepciones:

1. No procederá el reintegro de la bonificación cuando la extinción esté motivada por causas objetivas o por despido disciplinario cuando una u otra sea declarado o reconocido como procedente, ni en los supuestos de extinción causada por dimisión, muerte, jubilación o incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez del trabajador o por resolución judicial durante el período de prueba. En este caso llama la atención que la carga de la prueba se invierta en perjuicio del autónomo, cosa que no ocurría con los empresarios en supuestos de contratación por cuenta ajena, pues en este caso no se trata de que la administración acredite que el despido haya sido declarado improcedente (situación a la que tan solo se llegará si el trabajador afectado lleva a cabo acciones legales) sino que en este caso se exige al autónomo que acredite que el despido ha sido declarado procedente, requisito que no podrá cumplir en ningún caso si el trabajador no toma

acciones legales y aún así si el juez no falla a su favor, prueba diabólica donde las haya.

2. Una segunda situación en la que no procede la devolución o reintegro surge cuando el autónomo no mantenga el contrato durante al menos tres meses pero proceda a contratar a otra persona en el plazo de 30 días, lo que a juicio del autor que suscribe dará lugar a fraudes tales como aquellos que vienen surgiendo como consecuencia del contrato conocido como “contrato a emprendedores”.
  3. En tercer lugar, el legislador recoge el supuesto en que la el menor que dio lugar a la bonificación alcance la edad de 7 años con anterioridad a la finalización del disfrute de la bonificación. En este caso, no será necesaria ni la devolución, reintegro ni extinción de la bonificación ya que ésta podrá mantenerse hasta un período máximo adicional de 12 meses.
  4. En cuarto y último lugar, el trabajador autónomo tampoco tendrá que reintegrar cuantía alguna siempre y cuando mantenga en alta a la Seguridad Social durante los seis meses siguientes al vencimiento del plazo de disfrute de la misma.
- Otra regla que conforma este beneficio radica en que éste pueda extenderse una vez por cada uno de los sujetos causantes a su cargo anteriormente (hijos, familiares dependientes, etc) siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente exigibles.
  - En relación al régimen de incompatibilidades, la norma establece la absoluta compatibilidad con el resto de incentivos a la contratación por cuenta ajena, algo parecido de lo que ocurre en el caso de trabajadores por cuenta ajena, aunque en este caso se indique de forma clara y expresa.

- En cuanto al régimen de aplicación subsidiario, el artículo recoge en el apartado séptimo que en lo no previsto expresamente en este precepto, se estará a lo establecido en el art. 15.1.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

#### **4.3. La protección de las empresas concursadas a través del cambio de criterio de la Agencia Tributaria: Instrucción 3/2014**

---

El presente epígrafe tiene por objeto el análisis de la reciente y sorprendente publicación de la Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en concurso de acreedores, en aras de analizar la tendencia de en este caso del criterio de la Agencia Tributaria y que tiene ver con el modo de tratar la insolvencia de las empresas.

Resulta sorprendente en tanto que la Agencia Tributaria viene a modificar completamente y radicalmente sus criterios en relación a las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de pago de las deudas tributarias con las administraciones públicas por parte de las empresas concursadas, pues mientras que la Instrucción 6/2013 y su antecesora, la Instrucción 1/2009 vienen a reforzar el carácter de inaplazable de de las deudas relativas a la Hacienda Pública en virtud del art. 65.2 de la Ley General Tributaria a excepción de lo estipulado en el art. 44 del Reglamento General de Recaudación en relación con el art. 82.2.b) de la Ley General Tributaria, la nueva Instrucción viene a mostrarse mucho más tolerante y receptiva con las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de deuda a través de la figura denominada “acuerdo singular” en virtud del art. 164.4 de la Ley General Tributaria y el art. 10.3 de la Ley 47/2003.

Sin embargo, como todo lo que sucede en el ámbito de las administraciones públicas, no se trata de una modificación casual o carente de interés, sino que en realidad se trata de una modificación de criterio cuya causa podría encontrarse en la modificación de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal a través del Real Decreto-Ley 11/2014 de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, todo ello a pesar

de tratarse de criterios no solo al margen de la normativa sino en contra de la propia ley; entre otros preceptos, el recién modificado art. 65.2 de la Ley General Tributaria a través de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, que venía a declarar directamente la inadmisibilidad de las solicitudes de aplazamiento que incluyan deudas inaplazables, tales como son sin duda, las deudas contra la Hacienda Pública.

Así, los nuevos criterios, no solo resultan contrarios a la propia legislación sino a los propios criterios que hasta ahora venía introduciendo la propia Agencia Tributaria, pues no se trata insisto, de una homogeneización de los criterios sino se trata de criterios absolutamente innovadores y contrarios a los establecidos hasta el momento e incluso a la propia norma, todo ello a pesar de lo advertido en la propia Instrucción<sup>210</sup>.

En definitiva, la propia legislación y mucho menos los criterios de interpretación de los organismos públicos, en el presente caso la Agencia Tributaria, no pueden ceder ante las exigencias de empresas y empresarios que tan solo persiguen la insolvencia empresarial fraudulenta para así poder liquidar sus deudas a través del impago mediante el correspondiente concurso de acreedores y comenzar una nueva actividad empresarial libre de deuda, arrastrando al Estado a asumir las deudas de dicha empresa<sup>211</sup>, producto de una pésima gestión.

Así las cosas, el Tribunal Supremo<sup>212</sup> se pronunció recientemente en relación a la posibilidad o no de aplazamiento para empresas en situación de concurso de acreedores. El alto tribunal vino a declarar que el aplazamiento es un derecho del contribuyente y no una potestad discrecional de la Administración.

---

<sup>210</sup> Nos referimos a la Instrucción 3/2014 cuando señala literalmente que: “Es de señalar que los criterios de actuación que se contienen en la presente Instrucción no son nuevos ni discrepan de los mantenidos con anterioridad, pero se ha considerado necesario aclarar determinados aspectos que pudieran resultar confusos, para que no puedan dar lugar a actuaciones diferentes en situaciones similares”.

<sup>211</sup> Téngase en cuenta las deudas que el Estado asume ante la insolvencia de empresas en los distintos ámbitos: en el ámbito laboral, el Fondo de Garantía salarial ante el impago de deudas salariales; la Seguridad Social ante el impago de situaciones de incapacidad temporal e incluso períodos sin cotizar o impagos derivados de la cotización impagada.

<sup>212</sup> STS (Sala Tercera) de fecha 13.10.2015. (Rec. 3393/2013). Ref. CENDOJ 28079130022015100423.

De este modo, el Tribunal Supremo ha recordado que el artículo 65.1 de la Ley General Tributaria de 2003 autoriza el aplazamiento del pago de tributos, previa solicitud del obligado tributario, siempre que su situación económico-financiera le impida de forma transitoria efectuarlo en los plazos establecidos.

En el mismo sentido, insiste el alto tribunal que el aplazamiento es un derecho del contribuyente si se cumplen los requisitos marcados por el legislador, y no una potestad discrecional de la Administración, a quien compete valorar si concurren esos requisitos.

El Supremo declara por tanto que no puede denegarse el aplazamiento alegando para ello exclusivamente que las empresas sean declaradas en concurso de acreedores, pese a que esta circunstancia “no lleva automáticamente como consecuencia que su insolvencia sea estructural”.

“Todo lo contrario –añade la Sala-, un concurso voluntario con convenio aprobado revela una situación transitoria llamada a ser superada”. Para el alto tribunal, no cabe hacer el silogismo contenido en el acto de Hacienda de que “un deudor declarado en concurso queda impedido de forma definitiva e ineluctable para hacer frente a sus obligaciones económicas”, sentencia que sin duda contribuye a fomentar la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales.

Por ello, tal y como podrá comprobarse a lo largo del presente texto, a pesar de lo atractivo que puede suponer el cambio de criterio de la Agencia Tributaria en relación con las deudas de las mercantiles concursadas con la Hacienda Pública, no es menos cierto que lejos de lo que pudiera parecer en un primer momento, puede llegar a repercutir negativamente no solo contra la propia Hacienda Pública y por ende contra todos los contribuyentes sino además contra la propia creación de empleo.

#### **4.3.1. INSTRUCCIÓN 1/2009, de 7 de enero, del Departamento de Recaudación, sobre gestión de aplazamiento y fraccionamiento de pago de fecha 7 de enero de 2009.**

La Instrucción es fruto del incremento en las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento presentado por los contribuyentes, respecto de sus obligaciones para con la administración pública, y de la necesidad de homogeneizar los criterios fijados en la Instrucción 6/2006, de 23 de noviembre de 2006, sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago.

La Instrucción justifica en el art. 65.2<sup>213</sup> para aclarar que los importes a ingresar derivados de la obligación de retener o practicar ingresos a cuenta tienen un carácter INAPLAZABLE, (precepto por cierto modificado a través del número cuatro del artículo 1 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude («B.O.E.» 30 octubre). Vigencia: 31 octubre 2012; aclaración que cobrará mayor sentido a lo largo del presente estudio), excepto en los casos y condiciones previstos en el art. 44<sup>214</sup> del

---

<sup>213</sup> Art. 65.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

“2. No podrán ser objeto de aplazamiento o fraccionamiento las deudas tributarias cuya exacción se realice por medio de efectos timbrados.

Tampoco podrán aplazarse o fraccionarse las deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta, salvo en los casos y condiciones previstos en la normativa tributaria.

Asimismo, en caso de concurso del obligado tributario, no podrán aplazarse o fraccionarse las deudas tributarias que, de acuerdo con la legislación concursal, tengan la consideración de créditos contra la masa.

Las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento a que se refiere este apartado serán objeto de inadmisión.”

<sup>214</sup> Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación. Especial interés tienen para el presente estudio, el apartado primero y tercero:

“1. La Administración podrá a solicitud del obligado aplazar o fraccionar el pago de las deudas en los términos previstos en los artículos 65 y 82 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.



Reglamento General de Recaudación en relación con los supuestos previstos en el art. 82.2.b)<sup>215</sup> de la Ley General Tributaria.

En esta primera recopilación o compilación de criterios, puede inferirse claramente que la Agencia Tributaria tiene un criterio muy restrictivo en relación a la concesión de solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento, concediéndose tan solo en supuestos muy excepcionales.

Tanto es así que la Instrucción 1/2009 llega a especificar que el art. 82.2.b) de la Ley General Tributaria (precepto que regula las excepciones) tan solo será de aplicación cuando la ejecución del patrimonio del deudor pueda afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva o puede producir quebrantos graves para los intereses de la Hacienda Pública.

Por tanto, podemos señalar que la Instrucción pretende así, que la concesión de aplazamientos o fraccionamientos vayan dirigidos a proteger el patrimonio del deudor con los siguientes objetivos:

- No perjudicar el mantenimiento de la capacidad productiva.
- No perjudicar el nivel de empleo de la actividad económica correspondiente.
- No producir quebrantos en los intereses de la Hacienda Pública.

---

2. Las deudas correspondientes a obligaciones tributarias que deban cumplir el retenedor o el obligado a realizar ingresos a cuenta únicamente serán aplazables o fraccionables en los supuestos previstos en el artículo 82.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria”.

<sup>215</sup> Art. 82.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

“2. Podrá dispensarse total o parcialmente al obligado tributario de la constitución de las garantías a las que se refiere el apartado anterior en los casos siguientes:

b) Cuando el obligado al pago carezca de bienes suficientes para garantizar la deuda y la ejecución de su patrimonio pudiera afectar sustancialmente al mantenimiento de la capacidad productiva y del nivel de empleo de la actividad económica respectiva, o pudiera producir graves quebrantos para los intereses de la Hacienda Pública, en la forma prevista reglamentariamente”.

No obstante, la condición adicional radica (en el caso de los dos primeros supuestos) en que se entienda o refiera a la propia actividad económica derivada de la cual se han generado las deudas por retenciones e ingresos a cuenta cuyo aplazamiento o fraccionamiento se solicite, evitando así que el deudor pueda incluso evadir el pago de las deudas generadas para con la administración pública.

Así las cosas, y sin perjuicio del desarrollo de los distintos criterios que se llevará a lo largo del presente estudio, resulta evidente que la Agencia Tributaria tiene un claro criterio en relación al carácter inaplazable de las deudas tributarias, admitiendo de forma muy restrictiva determinadas situaciones recogidas en el art. 65.2 LGT en relación con el art. 82.2.b) LGT.

#### **4.3.2. INSTRUCCIÓN 6/2013, del Departamento de Recaudación, sobre gestión de aplazamiento y fraccionamiento de pago de retenciones e ingresos a cuenta y de deudas en situación de concurso de acreedores de fecha 9 de diciembre de 2013.**

La citada Instrucción da un paso más a la hora de restringir la posibilidad de aplazar o fraccionar las deudas mantenidas y generadas con la Agencia Tributaria.

Para ello, la Instrucción vuelve a hacer hincapié en el art. 65.2 LGT y en el carácter inaplazable de las deudas mantenidas con la Agencia Tributaria, señalando las excepciones reguladas en el art. 44 del RD 939/2005 en relación con el art. 82.2.b) LGT, por lo que, la regla general supone la inadmisión de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de retenciones e ingresos a cuenta, tal y como asegura la propia Agencia Tributaria: “Las novedades significativas de la misma van a implicar en primer lugar, la inadmisibilidad, con carácter general, de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de retenciones e ingresos a cuenta”<sup>216</sup>.

---

<sup>216</sup> Página web de la Agencia Tributaria:  
[http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/Le\\_interesa\\_conocer/Historico/Instruccion\\_6\\_2013\\_del\\_Departamento\\_de\\_Recaudacion\\_sobre\\_gestion\\_de\\_aplazamientos\\_y\\_fraccionamientos\\_de\\_pago\\_en\\_materia\\_de\\_o\\_de\\_acreedores.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/componentes/Le_interesa_conocer/Historico/Instruccion_6_2013_del_Departamento_de_Recaudacion_sobre_gestion_de_aplazamientos_y_fraccionamientos_de_pago_en_materia_de_o_de_acreedores.shtml)

Sin embargo, cuando decimos que la Agencia Tributaria da un paso más a través de la citada Instrucción es porque además, viene a señalar que la práctica<sup>217</sup> a lo largo de los últimos años en materia de aplazamientos y fraccionamientos ha puesto de manifiesto una doble circunstancia:

1. La mayoría de los aplazamientos solicitados y tramitados corresponden a solicitudes referentes a deudas de retenciones.
2. Que se está dando una cierta utilización de forma fraudulenta de la figura del aplazamiento de las deudas tributarias.

Este segundo punto resulta especialmente relevante ya que la propia Agencia Tributaria ya no solo defiende el carácter inaplazable de las deudas en virtud del art. 65.2 LGT sino que además, pone de manifiesto que la solicitud de aplazamiento por parte de las empresas concursadas no son otra cosa que una forma de llevar a cabo un fraude respecto al pago de las deudas mantenidas con la administración pública, tal y como se ha demostrado en la práctica a lo largo de los últimos años.

En este sentido, incluso los propios técnicos de la Agencia Tributaria concluyen que: “Han influido en la agresividad con que la Hacienda Pública está actuando para aumentar la presión recaudatoria sobre los procesos concursales dos hechos:

- a) El aumento de los mismos, debido a la crisis económica, ver supra, lo cual ha traído consigo que la relevancia recaudatoria de las obligaciones fiscales debidas por las empresas concursadas sea cada vez mayor, tal y como hemos indicado con anterioridad y
- b) La utilización del concurso como un mecanismo para convertir a la Hacienda Pública en el verdadero pagador final del propio proceso concursal, verbigracia, mediante la generalización de los procesos de aplazamiento y

---

<sup>217</sup> Un dato importante radica precisamente en que en España, más del 95% de los concursos en 2013 terminaron en liquidación según últimas cifras de Estadística concursal de Registradores.

fraccionamiento en el pago de las deudas tributarias, antes y, especialmente, después de la declaración del concurso<sup>26</sup>, cuyas cuantías, tras la liquidación de la empresa, son difícilmente recobradas por el Tesoro Público. De ahí, la Ley 7/2012 y su continuación, la precitada Instrucción 6/2013 que prohíbe radicalmente el aplazamiento de los créditos concursales<sup>218</sup>.

Tanto es así, que la propia Instrucción llega a recoger el *modus operandi* de dicha conducta que denomina como fraudulenta, consistente en “solicitar de manera recurrente y sistemática el aplazamiento de las deudas tributarias”, ya que dicha conducta produce que “los períodos de ingreso voluntario señalados en la propia normativa de cada tributo traten de ser sustituidos, en esos casos, por los plazos de ingreso propuestos por los propios obligados tributarios”.

Así, la Instrucción continúa justificando su negativa a conceder el aplazamiento advirtiendo que la “Hacienda Pública no solo tiene derecho a percibir las correspondientes cuotas tributarias, sino también a percibirlas en tiempo y forma”.

Las conclusiones de la Agencia Tributaria son especialmente duras, sobre todo cuando hace mención al caso de retenciones e ingresos a cuenta, para el que la facultad de aplazar las deudas es absolutamente excepcional, resultando por tanto (según señala la Instrucción) “una conducta DEFRAUDATORIA a la Hacienda Pública” que provoca “GRAVES DISTORSIONES EN LA COMPETITIVIDAD”.

Por si fuera poco, la Instrucción justifica aún más su postura invocando la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude; norma (tal como señalamos al inicio del estudio) mediante la que vino a modificarse el ya citado art. 65.2 LGT declarando la inadmisibilidad de las solicitudes de aplazamiento que incluyen deudas inaplazables, lo que es una clara intención del legislador (continúa señalando la Instrucción) “de actuar

---

<sup>218</sup> CARBAJO VASCO, D.: “Algunas cuestiones tributarias en los concursos de acreedores”. DOC. 12/2014. Instituto de Estudios Fiscales. N.I.P.O.: 634-14-034-7.

aún más el carácter excepcional de este tipo de aplazamiento cuya tramitación reviste, en consecuencia, el mismo carácter excepcional”.

#### **4.3.3. INSTRUCCIÓN 3/2014, de 19 de noviembre de la Directora del Departamento de Recaudación, de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en el concurso de acreedores.**

A través de la citada Instrucción viene a modificarse por completo el criterio que hasta ahora ha llevado la Agencia Tributaria en relación a las solicitudes de aplazamientos y fraccionamientos de las deudas con las administraciones públicas, en un sentido altamente tolerante hacia éstas y en perjuicio no solo de la propia administración pública sino también del empleo de las empresas.

Según la Directora de Recaudación de la AEAT Soledad García, el objetivo no es otro que conseguir para la Administración el cobro máximo de la deuda y a su vez, la viabilidad de la empresa en beneficio del contribuyente, por lo que la Administración Pública se suma así a la eterna justificación del legislador de priorizar la viabilidad de las empresas en perjuicio del abono de los créditos adeudados, sin garantía alguna.

La Agencia Tributaria anunciaba además que está «dispuesta a escuchar» propuestas de quitas y negociaciones previas siempre con el debido compromiso de no comprometer la senda del déficit de las arcas públicas y desde la ponderación de conseguir la vía más beneficiosa para la Administración y el contribuyente: es decir, el cobro máximo y la viabilidad de la empresa, sin especificar el modo en el que establecerán dichas garantías.

En primer lugar, parece relevante indicar que incluso la propia denominación de la Instrucción se modifica al señalar que se trate de una instrucción “PARA LA SUSCRIPCIÓN DE ACUERDOS SINGULARES CON OBLIGACIONES DECLARADAS EN CONCURSO DE ACREEDORES”, mientras que la Instrucción

6/2013 se refiere claramente y abiertamente a la “GESTIÓN DE APLAZAMIENTOS Y FRACCIONAMIENTOS DE PAGO DE RETENCIONES E INGRESOS A CUENTA Y DE DEUDORES EN SITUACIÓN DE CONCURSO DE ACREEDORES”; al igual que ocurre con su antecesora, la Instrucción 1/2009, referida a la “GESTIÓN DE APLAZAMIENTOS Y FRACCIONAMIENTOS DE PAGO”.

No se trata de un giro ni mucho menos casual, como viene siendo frecuente en las resoluciones de las administraciones públicas, pues como veremos a lo largo del texto, la Instrucción pretende desmarcarse de las anteriores Instrucciones para evitar así entrar en serias contradicciones y discrepancias con las antecesoras en relación a los criterios de la Agencia Tributaria en relación a este asunto.

En segundo lugar, puede identificarse perfectamente cómo la Instrucción ya no comienza con la advertencia del art. 65.2 LGT relativo al carácter inaplazable de las deudas, sino que comienza con el art. 164.4<sup>219</sup> de la Ley 58/2013 y con el art. 10.2<sup>220</sup> de

---

<sup>219</sup> Art. 164.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

"El carácter privilegiado de los créditos tributarios otorga a la Hacienda Pública el derecho de abstención en los procesos concursales. No obstante, la Hacienda Pública podrá suscribir en el curso de estos procesos los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal, así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el convenio o acuerdo que ponga fin al proceso judicial. Este privilegio podrá ejercerse en los términos previstos en la legislación concursal. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa tributaria.

Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá únicamente la autorización del órgano competente de la Administración tributaria".

<sup>220</sup> Art. 10.2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria:

"2. El carácter privilegiado de los créditos de la Hacienda Pública estatal otorga a ésta el derecho de abstención en los procesos concursales, en cuyo curso, no obstante, podrá suscribir los acuerdos o convenios previstos en la legislación concursal así como acordar, de conformidad con el deudor y con las garantías que se estimen oportunas, unas condiciones singulares de pago, que no pueden ser más favorables para el deudor que las recogidas en el acuerdo o convenio que pongan fin al proceso judicial. Igualmente podrá acordar la compensación de dichos créditos en los términos previstos en la normativa reguladora de los ingresos públicos.

Para la suscripción y celebración de los acuerdos y convenios a que se refiere el párrafo anterior se requerirá autorización del órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria cuando se trate de créditos cuya gestión recaudatoria le corresponda, de conformidad con la ley o en virtud de convenio, con observancia, en este caso de lo convenido.

la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; preceptos que vienen a recoger la posibilidad de la Hacienda Pública de suscribir en el caso de los procesos concursales los convenios o acuerdos que estime convenientes.

No solo resulta llamativo este cambio en el modo de introducción de la Instrucción por cuanto el comienzo de ésta deja muy claro que la Agencia Tributaria va a ostentar un tono mucho más permisivo con las deudas de las empresas concursadas; sino que además, deja a un lado incluso el vocabulario más propio de la Agencia Tributaria para introducir no solo la expresión sino también el contenido de la propia Ley Concursal.

En este sentido la propia Agencia Tributaria viene a indicar literalmente que: “Por otra parte, y en cuanto a la tramitación de solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento en caso de concurso de acreedores, la referida Instrucción se limita a adecuar la misma a los mandatos específicos de la normativa concursal, declarando en términos generales la inadmisibilidad de las solicitudes de aplazamiento o fraccionamiento de las deudas concursales, como consecuencia directa de la propia vis atractiva del proceso concursal”<sup>221</sup>.

Así, el mejor ejemplo se encuentra cuando la Instrucción viene a invocar el Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal,

---

Cuando se trate de créditos correspondientes al Fondo de Garantía Salarial, la suscripción y celebración de convenios en el seno de procedimientos concursales requerirá la autorización del órgano competente, de acuerdo con la normativa reguladora del organismo autónomo.

En los restantes créditos de la Hacienda Pública estatal la competencia corresponde al Ministro de Hacienda, pudiéndose delegar en los órganos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Reglamentariamente se establecerán los procedimientos para asegurar la adecuada coordinación en los procedimientos concursales en que concurren créditos de la Hacienda Pública estatal con créditos de la Seguridad Social y del resto de las entidades que integran el sector público Estatal, y en aquellos procedimientos concursales en los que se concurre con procedimientos judiciales o administrativos de ejecución singular correspondientes a las referidas entidades”.

<sup>221</sup> Página web de la Agencia Tributaria:

[http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/ componentes / Le interesa conocer/Historico/Instruccion\\_6\\_2013\\_del\\_Departamento\\_de\\_Recaudacion\\_sobre\\_gestion\\_de\\_aplazamientos\\_y\\_fraccionamientos\\_de\\_pago\\_en\\_materia\\_de\\_o\\_de\\_acreedores.shtml](http://www.agenciatributaria.es/AEAT.internet/Inicio/ componentes / Le interesa conocer/Historico/Instruccion_6_2013_del_Departamento_de_Recaudacion_sobre_gestion_de_aplazamientos_y_fraccionamientos_de_pago_en_materia_de_o_de_acreedores.shtml)

que modificaba determinados aspectos de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal a fin de aclarar que dicha norma ha pretendido facilitar “LA CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL”.

En este punto del estudio podemos advertir dos conclusiones:

1. La Instrucción pretende ocultar su cambio de criterio evitando señalar en la denominación de ésta, que en realidad se trata de una mera recopilación de criterios sobre aplazamiento y fraccionamiento de pago sobre deudas en situación de concurso de acreedores.
2. La introducción de los valores de la Ley 22/2003 Concursal en relación con la “continuidad de la actividad empresarial” por encima de todo.

En tercer lugar, y para continuar con el estudio, debemos reiterarnos a la explicación realizada al inicio del comentario relativo a la Instrucción 3/2014, cuando decíamos que no se trataba de algo casual, evitar introducir en la denominación de la Instrucción las palabras “fraccionamiento” o “aplazamiento”.

Pues bien, la justificación la encontramos precisamente en la página 2 de la Instrucción, cuando viene a señalar que el marco general de las condiciones para la satisfacción del crédito tributario con calificación de privilegio dentro del proceso concursal, es decir, el pago de las deudas, se llevará a cabo a través de la figura denominada “ACUERDO SINGULAR”, que hasta ahora, se trata de acuerdos que sólo podían alcanzarse antes de que el juez declarara el concurso de acreedores, pero ahora, con esta instrucción, se podrán suscribir a posteriori. El objetivo es facilitar a las empresas el pago y al tiempo garantizarlo.

Esto quiere decir que aunque la Agencia Tributaria está modificando sus criterios a la hora de admitir aplazamientos y fraccionamientos, no pueden permitirse evidencia tal situación ya que sería del todo inadmisibles, por lo que deciden inventarse la figura denominada “acuerdo singular” que no es otra cosa que un acuerdo, un pacto o conciliación extrajudicial que permite llevar a cabo acreedores con empresas



concurradas a lo que nunca podrán acceder empresas no concursadas por muy desesperada que sea su situación económica. Y no solo eso, sino porque reconocer que se trata de una modificación de criterios en relación a los aplazamientos y fraccionamientos (o a través de adhesión al Convenio General) iría contra la propia norma (art. 65.2 LGT), ya que estas figuras se encuentran sometidas, tal y como expresa la propia Instrucción, a las limitaciones de la normativa tributaria, implicando incluso el arrastre de otros créditos públicos o privados sin previo acuerdo con los títulos de los mismos.

Tanto es así que la propia Instrucción viene a reconocer que una vez publicada, tendrán que “analizar nuevamente los aplazamientos o fraccionamientos del crédito privilegiado que se adoptaron en su día y reconducirlas mediante la suscripción de un acuerdo singular”.

Por los motivos expuestos, la Instrucción 3/2014 supone una clara alteración de los criterios de la Agencia Tributaria en materia de aplazamiento y fraccionamiento de las deudas para aquellas mercantiles que se encuentran en situación de concurso de acreedores, que discrepan con los criterios de las anteriores Instrucciones 6/2013 y 1/2009.

#### **4.3.4 Consecuencias derivadas del cambio de criterio por parte de la Agencia Tributaria: aspectos laborales**

Tras el estudio de las tres últimas Instrucciones de la Agencia Estatal de Administración Tributaria puede advertirse claramente que ha tenido lugar una modificación en los criterios utilizados por dicho Organismo en relación al modo de proceder ante solicitudes de los contribuyentes de aplazamiento y fraccionamiento de sus obligaciones tributarias.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que dicha alteración sobre el modo de accionar por parte de la Agencia Tributaria en este sentido, conlleva una serie de efectos o consecuencias que no siempre resultan beneficiosos.

A priori, la tolerancia sobre el acceso a las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de las deudas tributarias que se desprende de la Instrucción 3/2014 puede resultar altamente atractiva si tenemos en cuenta la perspectiva de las mercantiles concursadas y los administradores de éstas así como para la propia Agencia Tributaria o Hacienda Pública utilizando un criterio verdaderamente extensivo.

Dicha afirmación resulta evidente en el caso de las empresas concursadas, ya que la posibilidad de aplazamiento y/o fraccionamiento de las deudas permitiría que éstas pudieran no solo cumplir con sus obligaciones tributarias aún fuera plazo, evitando así los correspondientes gravámenes a causa de los siempre presentes intereses por mora e incluso posibles derivaciones de responsabilidad patrimonial en perjuicio de los administradores de la mercantil concursada.

De otro lado, también podría parecer beneficioso para la Hacienda Pública si tenemos en cuenta que ésta vendría a percibir los correspondientes tributos a los que tiene derecho según lo establecido en la propia norma, aún fuera del plazo legalmente establecido e incluso parcialmente en algunos supuestos; pero en definitiva, verá satisfechas sus pretensiones de cobro.

Sin embargo, aunque decíamos que dicha decisión administrativa supone a priori un beneficio tanto para las empresas concursadas como para sus administradores y porqué no, para la propia Hacienda Pública, no debemos pasar por alto las consecuencias negativas que nacen de esta nueva situación.

En relación a los efectos sobre la Hacienda Pública debemos comenzar con el siguiente dato y es que tal y como decíamos con anterioridad, precisamente en España, más del 95% de los concursos en 2013 terminaron en liquidación según últimas cifras de Estadística concursal de Registradores; a cuyo dato debemos añadir que tal y como

se difundió recientemente en los distintos medios, la Hacienda Pública había realizado quitas en concursos de acreedores por valor de 74 millones de euros desde 2006<sup>222</sup>.

Si tenemos en cuenta estos datos podemos llegar a una primera conclusión y es que tan solo el 5% de las empresas concursadas (en tanto que no concluyen con la liquidación de la mercantil) pueden afrontar las deudas que mantengan con proveedores, trabajadores y con la propia Agencia Tributaria, mientras que el 95% de las mismas elude el pago de las citadas deudas. Y no solo eso, sino que además, la Hacienda Pública, en un intento de facilitar los pagos de las empresas siendo más flexibles en relación a los criterios sobre el pago de las deudas, ha tenido que perdonar a empresas en situación de concurso, un total de 74 millones de euros.

Estos datos nos obligan a retrotraernos al epígrafe en el que veníamos a analizar la Instrucción 6/2013 (a criterio de quien suscribe la más dura en relación con los deudores) en relación con el estudio presentado por el propio Instituto de Estudios Fiscales anteriormente reseñado, cuyas conclusiones venían a señalar que las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento no eran otra cosa que un modo fraudulento de modificar las fechas señaladas legalmente para cumplir con las obligaciones fiscales, acusando a los deudores de utilizar el concurso de acreedores como un mecanismo para convertir a la Hacienda Pública en un verdadero pagador final del propio proceso concursal, llegando incluso la Agencia Tributaria y el propio legislador a tomar medidas de lucha contra el fraude mediante la modificación del art. 65.2 LGT (a través de la Ley 7/2012).

Por ello, debe acabarse con el mito creado y fomentado por el propio legislador y actualmente debido a los cambios de criterio por parte de la Agencia Tributaria, consistentes en creer que flexibilizar el modo de pago a través de la figura del “Acuerdo Singular” (es decir, aplazamiento y/o fraccionamiento encubierto) va a beneficiar a la Hacienda Pública en tanto que ésta acabará cobrando sus tributos, pues nada más lejos de la realidad, pues dichos acuerdos fomentarán sin duda alguna que las empresas dejen

---

<sup>222</sup> “Conclusiones del Estudio del Consejo General de Economistas. Análisis de la pyme de la reforma concursal y la incidencia del crédito público de fecha 16 de julio de 2014”.

de pagar sus tributos o en su defecto, abonen tan solo la parte necesaria para poder materializar dicho acuerdo<sup>223</sup>.

En definitiva, en este sentido debemos señalar que bajo el criterio de quien suscribe dicha flexibilidad de pago no conlleva necesariamente el cumplimiento de las deudas tributarias por parte de las empresas concursadas, sino más bien lo contrario, tal y como ha podido acreditar la propia Agencia Tributaria a lo largo de estos años, cuya constancia queda recogida en la Instrucción 6/2013.

Según lo expuesto, resulta más que suficiente para que quien suscribe no llegue a comprender los motivos por los que dicho Organismo ha tomado la reciente resolución administrativa, si tenemos en cuenta que dicha decisión puede conllevar y de hecho conlleva para la estabilidad de la Hacienda Pública y por ende al bolsillo de todos.

Podría haberse entendido en todo caso, que dicha decisión administrativa hubiese sido tomada en los peores momentos de la crisis económica y por ende, momento en el que mayor número de empresas se posicionaban en situación de concurso de acreedores, pero lo que no tiene ningún sentido es que dicha decisión se lleve a cabo precisamente cuando el número de deudores concursados lo que supone una disminución del 28,8% respecto al mismo periodo del año anterior haya disminuido considerablemente. Concretamente, una disminución del 28,8% respecto al mismo periodo del año anterior (1.401 concursos)<sup>224</sup>, datos que deben tenerse en cuenta pues como siempre se repite no se discute la bondad de la operación, en este caso la modificación de los criterios, sino a quién beneficia dicha alteración.

---

<sup>223</sup> Téngase en cuenta el punto 8 de la PRIMERA INSTRUCCIÓN (a juicio de esta parte debería haberse denominado criterio aunque la Instrucción deja muy claro que su denominación es instrucción y no criterio) de la Instrucción 3/2014: “8. Para la suscripción del acuerdo singular se podrá requerir simultáneamente o con carácter previo un ingreso mínimo de un porcentaje de la deuda objeto del acuerdo”.

<sup>224</sup> Por tipo de concurso, 1.313 son voluntarios (un 29,8% menos que en el tercer trimestre de 2013) y 88 necesarios (un 9,3% menos). Atendiendo a la clase de procedimiento, los ordinarios disminuyen un 27,9% y los abreviados un 29,0%. Datos del Instituto Nacional de Estadística: <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0314.pdf>

En el mismo sentido, debemos insistir en que el cambio de criterios no solo podría perjudicar gravemente la situación de la Hacienda Pública sino que también podría fomentar aún más la insolvencia provocada de las empresas y por tanto, los impagos de los acreedores y especialmente hacia la figura más débil: el trabajador (ya que resulta más que conocido que otros acreedores tales como los créditos de entidades bancarias se encuentran perfectamente salvaguardados a través de la calificación de sus créditos y como no, del carácter de título ejecutivo de dichos créditos<sup>225</sup>).

Según esta última reflexión, ¿podríamos decir que la regulación de “acuerdos singulares” con obligados declarados en concursos de acreedores genera empleo? Para contestar a esta cuestión no hay más que volver a analizar las conclusiones de la Instrucción 6/2013 y los datos aportados a lo largo del presente estudio para concluir que no solo no genera empleo, sino que tampoco lo frena, pues el verdadero objeto de las empresas concursadas (en su gran mayoría según las conclusiones de la propia Agencia Tributaria) que solicitan aplazamientos y/o fraccionamientos tan solo abonan la cuantía mínima obligatoria para poder materializar dichos acuerdos (en aquellos casos en los que les son exigidos) y a continuación argumentar que la mercantil no tiene viabilidad alguna y por ende deben liquidar la empresa (tal y como ocurre en el 95% de los supuestos), incumpliendo no solo las obligaciones con la Hacienda Pública, sino también con el resto de acreedores, principalmente y generalmente con los más débiles: los trabajadores, quienes además de no cobrar los salarios que han quedado adeudados por la mercantil concursada, verán cómo el poco patrimonio de la empresa será destinado a abonar las deudas con las entidades bancarias y repartido entre los administradores de la mercantil; trabajadores que además, saldrán del mercado laboral ante el inminente cierre de la empresa concursada o en el mejor de los casos, un inminente expediente de regulación de empleo extintivo o incluso de procesos de ERE disfrazados de numerosos despidos individuales que suponga el enaltecimiento de la continuación de la actividad empresarial frente a la conservación del empleo o al pago de la deuda, sea quien sea el acreedor, incluso si se trata de los propios trabajadores.

---

<sup>225</sup> Téngase en cuenta el art. 517 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Podríamos entender por tanto que se trata de un cambio de criterio nada casual, llevado a cabo tras la novena reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, a través del Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que fue aprobada (nada casualmente) en fecha 05.09.2014, es decir, hace poco más de un mes antes de la modificación de los criterios por parte de la Hacienda Pública.

Tanto es así, que tal y como indicábamos con anterioridad, la propia Instrucción objeto de estudio (3/2014) viene a hacer mención a dicha norma señalando que el RDL 11/2014, de 5 de septiembre, “ha venido por su parte a introducir determinadas modificaciones en la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal, con el objetivo de facilitar en la medida de lo posible la continuación de la actividad empresarial, lo cual ha de redundar no solo en beneficio de la propia empresa sino también de sus empleados y acreedores y de la economía en general. Algunas de las citadas modificaciones inciden en la posición relativa del crédito público dentro del proceso concursal, tanto cuando el mismo tiene la calificación de ordinario, como cuando le corresponde la calificación de privilegiado, especial o general”<sup>226</sup>.

Parece por tanto, cada vez más evidente que la modificación de los criterios por parte de la Agencia Tributaria no se debe tanto a la necesidad de homogeneizar y coordinar actuaciones en los órganos de recaudación de la Agencia Tributaria sino que se trata más bien de incorporar los erróneos principios (a criterio de quien suscribe) y recogidos en la Ley 22/2003 (tras su sexta modificación) que permiten la continuación de la actividad empresarial aunque no con el objeto que a priori nos viene a la cabeza (la conservación del empleo), sino de la continuación de la actividad empresarial hasta

---

<sup>226</sup> Refiérase al RDL 11/2014 cuando señala que: “Y finalmente se introduce una previsión novedosa (nuevo artículo 134.3), que también tiene precedente en el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, sobre la posibilidad de arrastre de determinados créditos con privilegio general o especial, incluso en la parte cubierta por el valor de la garantía. Aunque para ello se exige un doble requisito: además de unas mayorías aún más reforzadas, el que el acuerdo sea adoptado por acreedores de la misma clase, introduciéndose por primera vez en nuestro ámbito concursal esta consideración que ya tiene precedentes en derecho comparado, y en los acuerdos pre-concursales de la disposición adicional cuarta que afectan a los acreedores de pasivos financieros. Para ello se distinguen cuatro clases de acreedores, cada uno de los cuales reúne características propias que justifican un tratamiento específico en el seno del concurso. En primer lugar, los acreedores de derecho laboral; en segundo lugar, los acreedores públicos; en tercer lugar, los acreedores financieros; y finalmente, el resto (entre los cuales deberán incluirse de forma principal a los acreedores comerciales)”.

que permita evadir el pago de las deudas con los acreedores más modestos o menos protegidos como es el caso de los trabajadores, para así poder cumplir con los créditos bancarios (los más protegidos siendo incluso ejecutables ante la jurisdicción correspondiente – ejecución de títulos no judiciales) y parte de las deudas mantenidas con la Hacienda Pública y el resto de administraciones públicas, en tanto que va a permitirse a través de “acuerdo singulares” el abono de una pequeña cuantía para formalizar dicho acuerdo y posteriormente situación en una posición de insolvencia previa liquidación de la mercantil, sin que ello afecte en ningún caso al patrimonio de los administradores de las mercantiles concursadas; todo ello a pesar de tratarse de criterios no solo al margen de la normativa sino en contra de la propia ley.

El examen y estudio de la Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en concurso de acreedores ha permitido establecer una comparativa entre sus dos antecesoras: la Instrucción 6/2013 y la Instrucción 1/2009.

Como primera conclusión podemos afirmar que la Agencia Tributaria ha modificado radicalmente los criterios en relación a las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de pago de las deudas tributarias con las administraciones públicas por parte de las empresas concursadas.

La Agencia Tributaria ha pasado de reforzar el carácter de inaplazable de de las deudas relativas a la Hacienda Pública en virtud del art. 65.2 de la Ley General Tributaria a excepción de lo estipulado en el art. 44 del Reglamento General de Recaudación en relación con el art. 82.2.b) de la Ley General Tributaria, a mostrarse mucho más tolerante y receptiva con las solicitudes de aplazamiento y fraccionamiento de deuda a través de la figura denominada “acuerdo singular” en virtud del art. 164.4 de la Ley General Tributaria y el art. 10.3 de la Ley 47/2003.

En segundo lugar, podemos afirmar que el cambio de criterio no se debe a la necesidad de homogeneizar los criterios mantenidos hasta el momento por el citado

organismo, no solo por el escaso espacio temporal transcurrido desde la última modificación llevada a cabo mediante la Instrucción 6/2013 en fecha 9 de diciembre 2013, es decir, hace menos de un año, sino porque podemos sin lugar a dudas mantener que dicha alteración en relación a los criterios se debe a un acercamiento o intrusión de los principios inspiradores de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, no solo en contra de los criterios hasta ahora establecidos por la propia Agencia Tributaria sino además, contra la propia ley. En este sentido basta con referirnos a la reciente modificación del art. 65.2 (a través de la Ley 7/2012) para comprobar que se ha convertido en aplazable a través del denominado "acuerdo singular" que no es otra cosa que el aplazamiento y fraccionamiento encubierto, lo que hasta el momento (según criterios de la Agencia Tributaria y de la propia norma) resulta inaplazable.

Como tercera conclusión, puede señalarse que a pesar de que a priori pueda resultar una medida en pro de los intereses de la continuidad de la actividad empresarial a fin de proteger el empleo e incluso en beneficio de la propia Hacienda Pública, los datos incorporados a lo largo del presente estudio hacen concluir que el verdadero objeto de las empresas concursadas (en su gran mayoría según las conclusiones de la propia Agencia Tributaria - Instrucción 6/2013) que solicitan aplazamientos y/o fraccionamientos tan solo persiguen, tras el abono de la cuantía mínima obligatoria para poder materializar dichos acuerdos (en aquellos casos en los que les son exigidos) argumentando que la mercantil no tiene viabilidad alguna, liquidar la empresa (tal y como ocurre en el 95% de los supuestos), incumpliendo no solo las obligaciones con la Hacienda Pública, sino también con el resto de acreedores, principalmente y generalmente con los más débiles: los trabajadores, quienes además de no cobrar los salarios que han quedado adeudados por la mercantil concursada, verán cómo el poco patrimonio de la empresa será destinado a abonar las deudas con las entidades bancarias y repartido entre los administradores de la mercantil; trabajadores que además, saldrán del mercado laboral ante el inminente cierre de la empresa concursada o en el mejor de los casos, un inminente expediente de regulación de empleo extintivo o incluso de procesos de ERE disfrazados de numerosos despidos individuales que suponga el enaltecimiento de la continuación de la actividad empresarial frente a la conservación del empleo o al pago de la deuda, sea quien sea el acreedor, incluso si se trata de los



propios trabajadores, por lo que puede concluirse que la modificación de dichos criterios además de no beneficiar a la Hacienda Pública y por ende, al resto de ciudadanos, perjudica gravemente el interés del resto de los acreedores, con especial ahínco en los acreedores más débiles: los trabajadores, a quienes de nuevo la normativa Concursal en connivencia con la Agencia Tributaria, incluso contra sus propios criterios y contra la propia normativa, vuelven a situar en una verdadera posición de absoluta indefensión.

#### **4.4. La alteración de los créditos laborales**

---

Las empresas que se encuentran inmersas en un procedimiento de concurso mantienen un clímax de absoluta insolvencia, dejando por el camino un reguero de deudas en las que no solo se encuentran proveedores y otros acreedores sino con sus propios trabajadores; con éstos incluso con especial ahínco, pues dichos créditos además de garantizados por el Fondo de Garantía Salarial, no se encuentran avalados por los administrativos y/o socios.

Antes de la aprobación de la Ley 22/2003, Concursal los créditos de los trabajadores se encontraban especialmente protegidos a través del Principio de Ejecución Separada. No obstante, tras aprobarse dicha norma, como consecuencia de la inclusión de los principios de unidad de sistema y de procedimiento que informan la Ley Concursal, 22/2003, de 9 de julio (una de cuyas aplicaciones más destacadas se encuentra en su artículo 55.1), las Disposiciones Finales 14ª y 15ª, apartado 8 de la referida Ley, han introducido una modificación sustancial en la redacción del art. 32.5 del ET y en la del art. 246.3 de la LPL.

Dichos preceptos, en su redacción anterior o lo que es lo mismo, antes de aprobarse la Ley 22/2003, Concursal, consagraban el privilegio procesal de ejecución separada de los créditos salariales, pero en su nueva redacción (que les ha conferido la Ley Concursal) vienen a establecer, en sintonía con el citado art. 55.1 de la referida Ley, que, *“declarado el concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que se les adeuden quedarán sometidas a lo establecido en la propia Ley Concursal, es decir, ya no podrán dar lugar*

*a una ejecución separada ante los órganos de la jurisdicción laboral, sino que quedarán sometidas al régimen procesal del único procedimiento concursal que se trámite por el órgano competente respecto del deudor que haya sido declarado en concurso con arreglo a aquella Ley<sup>227</sup>”.*

Así, parte de la Doctrina entendía que el principio de ejecución separada en el orden procesal, *“permitía la ejecución sin atender a las consecuencias que ello provoca en la propia actividad productiva, es decir, sin considerar que dicha ejecución puede obligar al cierre de la empresa y a la pérdida de las relaciones laborales subsistentes<sup>228</sup>”.*

No obstante desde una perspectiva puramente empírica del Derecho, se demuestra que tras la modificación de la norma a través de la Ley 22/2003 suprimiendo el principio de ejecución separada, no ha supuesto un mayor número de empresas cerradas o liquidadas con la correspondiente pérdida de puestos de trabajo sino que en realidad, se ha abierto la puerta al fraude empresarial, en cuanto que las empresas utilizan la vía del concurso para evitar así, el abono de los créditos salariales, para abonar aquellas deudas que se encuentran realmente garantizadas por los administradores y/o socios por ejemplo, mediante avales. En este sentido, los acreedores bancarios son aquellos que mantienen mayor protección en la actualidad, sobre todo tras la supresión de la ejecución separada, con absoluta prioridad respecto de los créditos salariales o de distinta naturaleza cuyo acreedor es el trabajador.

En este sentido y continuando con el espíritu real de la actual norma en materia concursal, ha de señalarse por tanto que la Ley 22/2003 opta definitivamente por el establecimiento de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema, con el objetivo de solventar la anterior situación de discordancia entre las distintas normas que regulaban la materia objeto de estudio. Tanto es así, que incluso materias que le son

---

<sup>227</sup> STSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 12/2005, de fecha 04.01.2006. Ref. CENDOJ 50297340012006100013.

<sup>228</sup> PÉREZ PÉREZ, M. “La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador”, 1980. Ed. Bosch. Págs. 31 y ss. En el mismo sentido BORGES CHAMORRO, A.M. “Sobre el crédito laboral y la reforma concursal. Ed. Aranzadi Social Vol. III. Parte estudio. Versión electrónica.

propias al juez de la jurisdicción social, en aras de la unidad del procedimiento y a fin de no ser resueltas por separado, pasan a ser parte de las materias que va a conocer el juez de lo mercantil, por lo que una vez *“declarado el concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que se les adeuden quedarán sometidas a lo establecido en la propia Ley Concursal, es decir, ya no podrán dar lugar a una ejecución separada ante los órganos de la jurisdicción laboral, sino que quedarán sometidas al régimen procesal del único procedimiento concursal que se trámite por el órgano competente respecto del deudor que haya sido declarado en concurso con arreglo a aquella Ley<sup>229</sup>”*.

Tanto es así que el propio artículo 55.1 LC establece literalmente que *“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”*, lo que supone una modificación sustancial en la redacción del artículo 32.5 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como de la ya derogada LPL en su artículo 246.3 a través de la Disposición Adicional Decimocuarta y Decimoquinta a fin insisto, de suprimir el principio de ejecución separada en pro de los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

La protección por tanto, en relación a los créditos de los trabajadores desaparece con la supresión del principio de ejecución separada a través de la nueva regulación en la Ley 22/2003, Concursal, salvo alguna excepción<sup>230</sup>, que como posteriormente podrá comprobarse, beneficia a la continuidad de la actividad empresarial (en el mejor de los casos), cuya *continuidad supone igualmente el deber de cumplir con las obligaciones de*

---

<sup>229</sup> STSJ de la C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª). (Rec. 2371/2005), de fecha 12.07.2005. Ref. CENDOJ 46250340012005102882.

<sup>230</sup> La Sentencia anteriormente citada del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª). 12/2006, de 4 de enero. AS 2006/985, establece una curiosa excepción, casi anecdótica podríamos decir, a la supresión del principio de ejecución separada en relación a aquellas empresas que pretender aplicar la Ley 22/2003 en materia de ejecución (aplicando la supresión del principio de ejecución separada) que sin embargo, a tenor de lo declarado por el Tribunal, dicha norma no es de aplicación al no haberse declarado el concurso de acreedores conforme a las específicas disposiciones de la misma, encontrándose la empres sometida a un anterior procedimiento de suspensión de pagos, regido por la legislación anterior.

*Seguridad Social*<sup>231</sup>, e incluso a la expoliación de la empresa, dejando vacío de contenido no solo a la empresa sino a la propia norma.

Tras la supresión por tanto, del principio de ejecución separada en una empresa inmersa en un procedimiento concursal, los créditos de los trabajadores entran a formar parte de la masa activa del concurso como un acreedor más, exceptuando el salario del último mes anterior a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional<sup>232</sup>; en el mismo caso se encuentran los créditos devengados con posterioridad a la declaración de concurso (incluyendo los créditos laborales)<sup>233</sup>, así como los de indemnización por extinción del contrato de trabajo, acordada por el juez del concurso<sup>234</sup>, al constituir un crédito de carácter privilegiado, que deberá ser abonado con preferencia especial frente al resto de los créditos que conforman la masa activa del concurso de acreedores al ser considerados créditos contra la masa en pro de aquellos créditos meramente concursales.

Por tanto, el resto de los créditos de carácter laboral, que con anterioridad a la Ley 22/2003, Concursal tenían una posición privilegiada en relación a la prelación de los créditos, tras la supresión del principio de ejecución separada se sitúan en el mismo lugar que el resto de los créditos, por lo que los créditos de los trabajadores entran a formar parte de la masa activa del concurso, como un acreedor más sin privilegio alguno.

---

<sup>231</sup> En esta línea ST AP de León (Sección 1ª), núm. 428/2011, de fecha 25.11.2011. Ref. CENDOJ: 24089370012011100440.

<sup>232</sup> Art. 84.2.1 de la Ley 22/2003, Concursal.

<sup>233</sup> Art. 84.2.5 de la Ley 22/2003, Concursal (Párrafo Primero).

<sup>234</sup> Art. 84.2.5 de la Ley 22/2003, Concursal (Párrafo Segundo).

#### **4.4.1. La prelación de créditos en la Ley 22/2003, Concursal**

La Ley Concursal establece la prelación de créditos de los trabajadores con las especialidades reseñadas con anterioridad, estableciendo una clara diferenciación entre los siguientes supuestos:

- Cuando el crédito de los trabajadores concorra con otros créditos en una empresa que se encuentra en situación concursal.
  - Cuando el crédito de los trabajadores concorra con otros créditos en una empresa que no se encuentra en situación concursal.
1. Cuando el crédito de los trabajadores concorra con otros créditos en una empresa que se encuentra en situación concursal.

Si nos encontramos ante una empresa que se encuentra en situación concursal y a su vez concurren los créditos de los trabajadores con otros de distinta naturaleza, se establece la siguiente clasificación entre los distintos créditos:

- 1) Contra la masa.
- 2) Créditos concursales.
  - a) Créditos concursales con privilegio especial.
  - b) Créditos concursales con privilegio general.
  - c) Créditos concursales ordinarios.
  - d) Créditos concursales subordinados.

- 1) Créditos contra la masa. Los créditos contra la masa son aquellos que tienen preferencia sobre cualquier otro, es decir, se trata de créditos prededucibles, o lo que es lo mismo, el Administrador Concursal deberá deducir de la masa activa (si la hubiere) los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos que forman parte de esta clasificación, lo que deberá ser llevado a cabo antes de proceder al pago de los créditos concursales<sup>235</sup>. En palabras de nuestra jurisprudencia *“la noción de deudas de la masa surge en el concurso en el que se distingue entre una pasiva integrada por las deudas del concursado y unas deudas de la masa, cuya característica es su "prededucibilidad" de esa masa pasiva antes de la satisfacción de los acreedores concursales*<sup>236</sup>”.

Clasificación.<sup>237</sup> Los créditos contra la masa vienen a clasificarse del siguiente modo:

- Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional<sup>238</sup>. En este sentido, ha sido motivo de discusión jurisprudencial cuál es el ámbito temporal al que se refiere la norma cuando hace referencia al adjetivo “anterior” , entendiéndose finalmente que parece más acertado entenderlo como un crédito "que precede en lugar o tiempo", no implicando proximidad, como "inmediatamente", adverbio que quiere decir "sin interposición de otra cosa".

---

<sup>235</sup> Art. 154 de la Ley 22/2003, Concursal.

<sup>236</sup> ST AP de León (Sección 1ª), núm. 428/2011 de fecha 25.11.2011. Ref. CENDOJ 24089370012011100440.

<sup>237</sup> Art. 84.2 de la Ley 22/2003, Concursal.

<sup>238</sup> “Premonitoriamente, ese tope ha actuado como referente para una de las modificaciones introducidas por el RDL 20/2012 : conforme al art. 33.1 ET , el importe máximo de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario que asume el Fondo dejar de ser de 150 días (pasa a 120). Igualmente, el tope cuantitativo ya no equivale a la cantidad resultante de multiplicar el triple del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, sino que vuelve al módulo del doble de tal cifra”. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. Ed. Aranzadi Social núm. 6/2012. Parte Tribuna. Versión electrónica.

Dicha conclusión evita posibles situaciones de discriminación entre los trabajadores contraria al principio de igualdad, ya que de lo contrario si sólo los que han trabajado y se les adeudan los salarios de los treinta últimos días inmediatamente anteriores a la declaración del concurso van a merecer esta protección se está discriminando a los que por cualquier motivo, se les adeudan los salarios por los treinta últimos días que trabajaron para el concursado, pero no dentro de esa proximidad temporal<sup>239</sup>.

- Los de costas y gastos judiciales necesarios para la solicitud y la declaración de concurso, la adopción de medidas cautelares, la publicación de las resoluciones judiciales previstas en esta Ley, y la asistencia y representación del concursado y de la administración concursal durante toda la tramitación del procedimiento y sus incidentes, cuando su intervención sea legalmente obligatoria o se realice en interés de la masa, hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso, con excepción de los ocasionados por los recursos que interpongan contra resoluciones del juez cuando fueren total o parcialmente desestimados con expresa condena en costas.

---

<sup>239</sup> En este sentido: ST AP de Álava (Sección 1ª), núm. 299/2010 de fecha 10.07.2010. Ref. CENDOJ 48020370062010100496: “Este concreto texto, al que tenemos que atenernos, no contiene el vocablo "inmediatamente", ni ninguno otro similar. Se refiere a los salarios de "los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso". Anterior es un adjetivo cuyo significado gramatical es "que precede en lugar o tiempo", pero no indica proximidad, como "inmediatamente", adverbio que quiere decir "sin interposición de otra cosa". Y es la primera de las interpretaciones la que consideramos más acertada, porque si se acoge la tesis propuesta por el recurso, y defendida por alguna sentencia, además de introducir un concepto no expresado en la norma se estaría creando una odiosa discriminación entre los trabajadores contraria al principio de igualdad. En efecto, si sólo los que han trabajado y se les adeudan los salarios de los treinta últimos días inmediatamente anteriores a la declaración del concurso van a merecer esta protección se está discriminando a los que, por cualquier motivo, se les adeudan los salarios por los treinta últimos días que trabajaron para el concursado, pero no dentro de esa proximidad temporal. Unos y otros son los últimos días de trabajo de cada trabajador con el empresario, pero no todos están situados inmediatamente antes del día de la declaración del concurso. Otro argumento en favor de esta interpretación es que con solo demorar unos días la presentación de la declaración en situación de concurso y con el plazo que se puede tomar el juzgado ya se puede superar el límite temporal de los treinta días. El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores fue modificado por la Disposición final decimocuarta de la Ley Concursal, y reconoce el que ha venido en llamarse "superprivilegio" a "los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional". La única diferencia es que en la Ley Concursal establece esa referencia temporal a la declaración del concurso porque se trata de que una deuda anterior a la declaración del concurso que, en principio, merecería la calificación de crédito concursal o deuda contra el deudor común, y que por efecto de esa equiparación o asimilación pasa a tener la consideración de crédito contra la masa. Es decir, le está otorgando a esta deuda salarial una situación de privilegio o ventaja entre los créditos que han de satisfacerse con prioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 154 L.C”. Así se expresa, entre otras, la ST AP Huesca de fecha 19.12.2007. Ref. CENDOJ 22125370012007100541.

- Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos.
- Los de alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tuviera el deber legal de prestarlos, conforme a lo dispuesto en esta Ley sobre su procedencia y cuantía así como, en toda la extensión que se fije en la correspondiente resolución judicial posterior a la declaración del concurso, los de los alimentos a cargo del concursado acordados por el juez de primera instancia en alguno de los procesos a que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Tendrán también esta consideración los créditos de este tipo devengados con posterioridad a la declaración del concurso cuando tengan su origen en una resolución judicial dictada con anterioridad.
- Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales<sup>240</sup>, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. En cuanto a la calificación de crédito contra la masa en lo que a indemnizaciones se refiere, ya sea por despido o por extinción de la relación en base al art. 50 ET, nuestra jurisprudencia entiende igualmente, que solo será

---

<sup>240</sup> En este sentido la Doctrina del Tribunal Supremo entiende que igualmente ha de comprenderse como créditos contra la masa, los recargos litigiosos, sin imposición de costas. Dicha línea de pensamiento se desprende de que el legislador español optó en su momento por no aplicar la regla " *accessorium sequitur naturam sui principalis* " (lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal) al atribuir a los recargos una calificación específica, como objeto de créditos subordinados, equiparándolos a los intereses de cualquier clase. No obstante, la Ley 22/2003, de 9 de julio, no prescinde de la mencionada regla de sometimiento de la deuda accesoria a la misma calificación que merezca la principal, sino que la sigue cuando ésta sea contra la masa por haber sido generada por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso. (STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) núm. 705/2012 de fecha 26.11.2012. Ref. CENDOJ 28079110012012100747).



posible cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración.

Si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción tiene su origen antes de la declaración del concurso deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del 91.1, es decir, créditos dotados con privilegio general<sup>241</sup>.

- Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.
- Los que, conforme a esta Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso, y de obligaciones de restitución e indemnización en caso de resolución voluntaria o por incumplimiento del concursado.
- Los que, en los casos de pago de créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, en los de rehabilitación de contratos o de enervación de desahucio y en los demás previstos en esta Ley, correspondan por las cantidades debidas y las de vencimiento futuro a cargo del concursado.
- Los que, en los casos de rescisión concursal de actos realizados por el deudor, correspondan a la devolución de contraprestaciones recibidas por éste, salvo que la sentencia apreciare mala fe en el titular de este crédito.

---

<sup>241</sup> En este sentido Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de fecha 14.02.2006 Ref. CENDOJ 29067470012006100005. “Las indemnizaciones sólo serán con cargo a la masa (84.2.5) cuando el despido o la extinción se produzca con posterioridad a la declaración del concurso amparado en causas u orígenes posteriores a dicha declaración. Si la causa, demanda, petición de resolución, despido e incluso extinción tiene su origen antes de la declaración del concurso deben recogerse dentro de los créditos concursales por el privilegio del 91.1 LC en cuanto al límite del mismo, ordinarios o subordinados conforme corresponda. Esto será aplicable tanto al despido como a la extinción derivada de solicitud del trabajador por incumplimiento del empresario (artículo 50 ET ) pues en cualquier caso el primero parte de una sentencia que no es constitutiva de la situación puesto que el despido tiene efectos constitutivos por sí mismo y, respecto de la extinción puesto que aparece por causas anteriores a la declaración de concurso y por lo tanto el crédito no nace por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial que es lo que exige el apartado quinto del artículo 84.2 LC”.

- Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas durante el procedimiento por la administración concursal o, con la autorización o conformidad de ésta, por el concursado sometido a intervención.
- Los que resulten de obligaciones nacidas de la Ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo.
- El cincuenta % de los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería y hayan sido concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación, en las condiciones previstas en el artículo 71.6.

En caso de liquidación, los créditos concedidos al concursado en el marco de un convenio conforme a lo dispuesto en el artículo 100.5.

Esta clasificación no se aplica a los ingresos de tesorería realizados por el propio deudor o por personas especialmente relacionadas a través de una operación de aumento de capital, préstamos o actos con análoga finalidad.

- Cualesquiera otros créditos a los que esta Ley atribuya expresamente tal consideración.

Respecto de dicha clasificación, los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, mantienen una pequeña estela de lo que suponía el principio de ejecución separada ya que dicho crédito se pagará de forma inmediata, frente al resto de los créditos contra la masa, que independientemente de su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos, por lo que los últimos treinta días de salario efecto con anterioridad a la declaración de concurso mantienen prioridad absoluta respecto del resto de los créditos.

- 2) Créditos concursales. A tenor del art. 84 LC se trata de todos aquellos créditos contra el deudor común que conforme a dicha norma no tengan la consideración

de créditos contra la masa, es decir, el resto de créditos. No obstante, los créditos concursales se clasifican del siguiente modo:

a) Créditos concursales con privilegio especial:

Se trata de aquellos que afectan a determinados bienes o derechos, que a tenor del art. 90.1 pueden materializarse del siguiente modo:

- Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.
- Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.
- Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.
- Los créditos por cuotas de arrendamiento financiero o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores o vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.
- Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.
- Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.

-

b) Créditos concursales con privilegio general:

Se trata de aquellos que afectan a la totalidad del patrimonio del deudor, que a tenor del art. 91 LC pueden materializarse del siguiente modo:

- Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso. Igual privilegio ostentarán los capitales coste de Seguridad Social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, siempre que sean devengadas con anterioridad a la declaración de concurso.
- Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
- Los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso. *“Se trata de un privilegio sin límite cuantitativo, determinado por la condición subjetiva del acreedor que deriva del carácter personal del crédito, y limitado temporalmente a lo devengado en el semestre inmediatamente anterior a la declaración de concurso<sup>242</sup>”*. En este sentido debemos entender que se trata en su mayoría de trabajadores autónomos, aquellos que, aun presentando servicios para otras personas, no lo hace cediendo sus frutos y bajo la dependencia de un empresario, como es el caso de la figura del TRADE. Es trabajador autónomo y por tanto, personal no dependiente al que se refiere la Ley Concursal, el que presta servicios para otras personas sin que medie un contrato de trabajo.

---

<sup>242</sup> MERCADER UGUINA, J.R.: “La tutela crediticia de los trabajadores autónomos en el concurso”. Ed. Aranzadi Social núm. 18/2011. Parte Tribuna. Versión electrónica.

- Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 % de su importe.
- Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos recogidos en el número 4.º de este artículo.

Los créditos en concepto de responsabilidad civil derivada de delito contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social.

- Los créditos que supongan nuevos ingresos de tesorería concedidos en el marco de un acuerdo de refinanciación que reúna las condiciones previstas en el artículo 71.6 y en la cuantía no reconocida como crédito contra la masa.
- Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el 50 % de su importe.

c) Créditos concursales ordinarios. A tenor de lo establecido en el art. 89.3 LC se trata de aquellos créditos que no se encuentren calificados en la Ley Concursal como privilegiados ni como subordinados.

d) Créditos concursales subordinados:

- Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en

documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas.

- Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.
- Los créditos por recargos e intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.
- Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.
- Los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican.
- Los créditos que como consecuencia de rescisión concursal resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.
- Los créditos derivados de los contratos con obligaciones recíprocas a que se refieren los artículos 61, 62, 68 y 69, cuando el juez constate, previo informe de la administración concursal, que el acreedor obstaculiza de forma reiterada el cumplimiento del contrato en perjuicio del interés del concurso.

2. Cuando el crédito de los trabajadores concorra con otros créditos en una empresa que no se encuentra en situación concursal.

Tal y como se anunciaba con anterioridad se establece un sistema diferente de prelación de créditos, concretamente en relación al crédito salarial dependiendo si una empresa se encuentra o no inmersa en una situación concursal, situación que bien *“puede prestarse a tácticas fraudulentas, como la simulación de situaciones de insolvencia y consiguiente presentación de la solicitud de declaración del concurso por*

*la empresa, en connivencia con ciertos acreedores, para evitar que entren en juego los privilegios salariales, más favorables para los trabajadores, del artículo 32 del ET<sup>243</sup>”.*

A pesar de lo anterior, si nos encontramos ante una empresa que no se encuentra en situación concursal si bien, concurren los créditos de los trabajadores con otros de distinta naturaleza, se establecen las siguientes reglas a tenor de lo establecido en el art. 31 ET según lo establecido en la Disposición Final 14ª LC y por el art. 121.2 y 3 LGSS:

En relación a la prelación de los créditos laborales:

- 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 éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca, lo que en una empresa concursada, ostentaría la categoría de crédito contra la masa.
- Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.
- Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados, protegiendo así los restantes créditos tales como salarios o indemnizaciones por despido con todo el patrimonio del deudor y preferencia general respecto de cualquier otro crédito que grave el patrimonio del empresario, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando insisto, de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

---

<sup>243</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal. Ed. Aranzadi Social nº. 18. 2011. Parte Tribuna. Versión electrónica.

- El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.
- Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios.

En relación a las prestaciones de la Seguridad Social:

- Las prestaciones que deban satisfacer los empresarios a su cargo, en materia de afiliación, altas y bajas y de cotización determinará la exigencia de responsabilidad, en cuanto al pago de las prestaciones así como respecto del abono de la prestación al trabajador en caso de enfermedad común o accidente no laboral desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive, o por su colaboración en la gestión y, en su caso, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social en régimen de liquidación, tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando, al efecto, del régimen establecido en el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.
- Lo dispuesto en el párrafo inmediatamente anterior será también de aplicación al recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

#### **4.4.1. Alternativas en relación a la prelación de créditos salariales**

Tal y como se indicó al inicio del estudio, los trabajadores vienen sufriendo una situación de discriminación y desventaja respecto del resto de acreedores en relación a los créditos adeudados por las empresas inmersas en una situación de concurso. En este sentido, se ha venido acreditando a lo largo de estas líneas que esta situación ha sido provocada entre otros motivos, por la supresión del principio de ejecución separada y como consecuencia de una mal entendida situación del Fondo de Garantía Salarial, no



como garante o deudor subsidiario sino como deudor principal así como unas reformas del sistema concursal español que han fomentado dicha situación, que a día de la fecha no se ha visto corregido (Ley 22/2003 y Ley 38/2011).

En los epígrafes siguientes vienen a exponerse alternativas, que si bien es cierto puede entenderse como una vuelta a lo recogido por la Ley de Suspensión de Pagos de 1922 en relación a la reinstauración del principio de ejecución separada, aparecen soluciones alternativas como dotar a la nómina o recibo salarial de fuerza ejecutiva suficiente que permita al trabajador hacer efectivo su crédito sin necesidad de cargar con el largo período temporal del proceso declarativo, situándose directamente en la fase de ejecución, lo que supondría no solo una mayor celeridad sino una mayor garantía de cobro que situaría al trabajador en una posición de cuasi-igualdad respecto del resto de proveedores y acreedores.

#### **4.4.2. La vuelta al principio de ejecución separada**

El principio de ejecución separada se suprime de mano de la Ley 22/2003, Concursal provoca que aquellos trabajadores que incluso posean título ejecutivo que les permita satisfacer su crédito, no podrán hacerlo efectivo si la mercantil hubiera sido declarada en situación de concurso, por lo que deberán atenerse al sistema de prelación de créditos regulado en el art. 237.5 LRJS, exceptuando los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

En este sentido, el art. 55 LC establece que: *“Declarado el concurso, no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, ni seguirse apremios administrativos o tributarios contra el patrimonio del deudor”*, pudiendo continuar tal y como establece el precepto, *“aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado diligencia de embargo y las ejecuciones laborales en las que se hubieran embargado bienes del concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso”*, hasta la aprobación del plan de liquidación, y de nuevo insiste la norma, *“siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”*; todo ello a fin de ofrecer una clara preferencia a la continuidad de la actividad profesional o

empresarial frente al Derecho de cobro de los acreedores, incluso de los propios trabajadores.

En este sentido la protección hacia las empresas frente a los Derechos de los trabajadores es máxima, al establecer la propia norma que ya no solo se ha derogado el principio de ejecución separada por lo que no podrán iniciarse ejecuciones singulares ni de otra índole contra el patrimonio del deudor, sino que en aquellos supuestos en los que pueda continuarse la ejecución al haberse dictado diligencia de embargo y ejecuciones laborales, tampoco será posible si los bienes objeto de embargo son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, por lo que mientras que el empresario mantiene deudas con sus trabajadores, ya sea en concepto de indemnización, ya sea en concepto de salarios (exceptuando las cantidades correspondientes a los últimos 30 días de salario a tenor del art. 32 ET), podrá continuar con la actividad empresarial, generando crédito suficiente para mantener la empresa e incluso obtener beneficios en algunos casos, nada desdeñables, todo ello insisto, manteniendo la deuda con los trabajadores, quienes se verán abocados a solicitar la prestación del Fondo de Garantía Salarial a tenor del art. 33 ET, con las limitaciones establecidas en la Ley.

No obstante, tras la puesta en marcha de la norma en el año 2003, hace ya diez años, se ha de reflexionar acerca de la efectividad o no de hacer prevalecer la continuidad de la actividad profesional o empresarial frente al derecho de cobro de los acreedores, insisto, entre los que se encuentran acreedores de especial sensibilidad como son los trabajadores aunque lo contrario supusiera la liquidación de la mercantil y por tanto la suspensión de la actividad empresarial.

En este sentido, los datos de Estadística del Procedimiento Concursal (EPC) del Tercer trimestre de 2012 no parecen avalar dicha finalidad, pues durante el tercer trimestre de 2012 el número de deudores concursados alcanza la cifra de 1.646, lo que supone un aumento del 16,5% respecto al mismo periodo del año anterior.

Del total de los concursos, 1.562 son voluntarios (un 16,1% más que en el tercer trimestre de 2011) y 84 necesarios (un 23,5% más). Atendiendo a la clase de

procedimiento, los ordinarios aumentan un 212,7%, y los abreviados disminuyen un 0,1%.

De los 1.646 deudores concursados en el tercer trimestre, 1.466 son empresas (personas físicas con actividad empresarial y personas jurídicas). El 77,8% de las empresas concursadas son Sociedades de Responsabilidad Limitada.

De los datos se desprende que se trata de una cifra histórica en relación a empresas concursadas, que optaron por la liquidación en lugar de llevar a cabo un plan de viabilidad real que permita la continuidad de la actividad empresarial, por lo que no parece que la preferencia recogida en la norma que persigue la continuidad de la actividad empresarial en las empresas concursadas, haya obtenido precisamente el objetivo deseado, sino que en realidad, parece un procedimiento tendente a la búsqueda de la insolvencia empresarial, asegurando en el momento de la presentación del concurso que llevarán a cabo un plan de viabilidad ficticio que en absoluto permitirá la continuidad de la actividad empresarial, llevándose a cabo finalmente la liquidación a través del correspondiente informe del Administrador Concursal a tenor del art. 75.2 LC, habiéndose ahorrado los créditos de los trabajadores quienes en la mayor parte de los supuestos habrían solicitado la prestación al Fondo de Garantía Salarial y el resto de acreedores en su mayoría habrían desistido de sus pretensiones o incluso ni tan siquiera habrían iniciado acciones legales ante la imposibilidad de cobro de las empresas concursadas tal y como está confeccionado actualmente nuestro ordenamiento jurídico.

Tal es la problemática en nuestro país en relación a la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales que por vez primera en España, una corporación de derecho público ha sido declarada en concurso de acreedores. La medida fue adoptada por el Juzgado Mercantil N°1 de A Coruña.

Según lo expuesto, no parece oportuno sacrificar el derecho de cobro de los acreedores y más aún si se trata de créditos especialmente sensibles como son los créditos salariales y aquellos que provienen de deudas mantenidas con los trabajadores en general, persiguiendo una continuidad de la actividad empresarial inexistente. Por

ello, parece al menos interesante estudiar la posibilidad de reinstaurar en el ordenamiento jurídico el principio de ejecución separada, al menos relación a los créditos que provengan de deudas con los trabajadores.

A decorative graphic consisting of several overlapping geometric shapes in shades of gray. A large, light gray number '5' is centered within a white square that is part of the composition.

## **5. CONCLUSIONES**

---

---

Tras la lectura del presente estudio pueden inferirse que el autor que suscribe ha centrado su texto en el análisis de la insolvencia empresarial en el ámbito de las relaciones laborales como una de las problemáticas a las que nuestro derecho ha de hacer frente en el ámbito laboral.

Así las cosas, la tesis ha seguido una estructura sencilla conformada por tres grandes bloques: causas, efectos y propuestas, todo ello a los efectos de estudiar en profundidad tanto los motivos por los que la insolvencia empresarial se ha convertido en regla general frente a la excepción, como las consecuencias que suponen en los distintos ámbitos de la sociedad, sin olvidar introducir una batería de propuestas destinadas a reducir el impacto que la insolvencia empresarial en los distintos ámbitos.

Tal y como se desprende del índice de esta tesis doctoral, los tres grandes bloques se encuentran perfectamente recopilados en cada uno de los apartados creados a tal efecto. De este modo, la presente tesis doctoral da paso a una introducción cuyo objeto no es otro que justificar la utilidad del presente estudio a efectos de

investigación, o lo que es lo mismo, los motivos por los que el autor que suscribe entendía necesario investigar sobre una materia que viene complicando enormemente la continuación de las relaciones laborales, y lo que es más importante, las razones por las que esta tesis doctoral marca una diferencia con el resto de estudios realizados sobre la materia objeto de estudio.

Al apartado introductorio, le sigue un recorrido por la evolución histórico-legislativa de la insolvencia empresarial en la que tiene especial protagonismo por razones evidentes el concurso de acreedores y sus figuras predecesoras.

A continuación, el texto viene a recoger la tendencia de las últimas reformas legislativas y la evolución jurisprudencial en situaciones que de un modo u otro afectan a la insolvencia, a fin de poder analizar si persiste en nuestro legislador la voluntad de continuar fomentando la insolvencia frente al cumplimiento de las obligaciones sobre los créditos especialmente sensibles como son aquellos de carácter laboral.

El texto viene a reflejar la importancia de una urgente búsqueda de instrumentos jurídicos que permitan al menos reducir el impacto de los efectos de la insolvencia laboral en el ámbito de las relaciones laborales, pues dicha circunstancia afecta en primer lugar, a la propia supervivencia de las relaciones laborales, todo ello si tenemos en cuenta la regulación del art. 1.1 ET, precepto en el que se encuentra la obligatoriedad de la retribución como requisito indispensable para se cumplan los requisitos de una verdadera relación de carácter laboral.

Cierto es, que para quienes nos interesamos y dedicamos por el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social resulta especialmente sensible la articulación del art. 1.1 ET y por ende los factores que de un modo u otro puedan terminar por perjudicar la supervivencia de las relaciones laborales y por ende a la materia que las regula. Sin embargo, dicha situación no es ni de lejos tan relevante como los efectos que la insolvencia empresarial desencadena sobre aquellos que se encuentran habitualmente en una situación de cierta fragilidad, los trabajadores; sin que

por ello debemos olvidar las nefastas repercusiones de ésta conducta empresarial para la sostenibilidad de las administraciones públicas.

Preocupan especialmente al autor que suscribe los efectos que la insolvencia empresarial tiene en perjuicio de los trabajadores, por cuanto el impago de sus derechos crediticios, teniendo en cuenta que se trata del único sustento en la mayoría de los supuestos, tanto del trabajador propiamente dicho como de su núcleo familiar, puede conllevar en algunos casos extremos a la más absoluta pobreza y a la exclusión social. No podemos olvidar que el ordenamiento jurídico no contempla las reclamaciones de cantidad como procesos urgentes y es por ello que este tipo de procedimientos vienen a señalarse muy posteriormente al de materias como derechos o despidos, cuando lo lógico sería invertir el orden si no se quiere continuar con el orden de llegada tal y como establece la normativa, pues el perjuicio en el retraso de un señalamiento en el caso de los despidos resulta menos gravoso si el trabajador viene percibiendo la prestación por desempleo, mientras que si el trabajador no dispone ni de prestación ni de su salario, la situación acaba deviniendo en insostenible.

Tras un recorrido por los hitos históricos más representativos de la insolvencia empresarial en el ámbito de las relaciones laborales resulta suficiente para entender que la aprobación de la Ley 22/2003, Concursal ha sido un acierto si lo que se buscaba era la unificación de todos los procedimientos existentes con carácter previo a la antedicha ley.

Huelga decir que este autor está de acuerdo con la tesis que doctrinal que confirma y critica la existencia de una visión poco unificadora de los procesos que atajaban las situaciones de insolvencia empresarial (quiebra, suspensión de pagos, etc), y es por ello que es perfectamente comprensible la necesidad y exigencia de un procedimiento unificador que facilite, integre y compile los anteriores procesos en aras de alcanzar un sistema más claro y que permita un aumento de la seguridad jurídica tanto para acreedores como para deudores, sin que ello sea motivo suficiente para que dicho criterio acabe por enterrar el verdadero espíritu de lo que debía ser la LC.

Tras un profundo análisis de la materia y aplicando con carácter simultáneo criterios de carácter teórico y empírico ya sea desde la experiencia en sede judicial como del estudio de resoluciones judiciales que versan sobre la materia objeto de estudio, llegamos a la conclusión de que resulta más que probable que nos encontremos ante una situación de desigualdad entre las partes protagonistas en el ámbito de las relaciones laborales que se materializa en la insatisfacción de las pretensiones de la parte con menos recursos por cuanto la contraparte tiene la posibilidad de no cumplir con aquello a lo que está legalmente obligado, y es en ese momento cuando caemos en la cuenta de la existencia de una de las grandes problemáticas en el ámbito de las relaciones laborales que radica en las situaciones de insolvencia empresarial en el ámbito de las relaciones laborales.

Así las cosas, nos encontramos con la primera de las causas que motivan y fomentan la perpetuación de la insolvencia empresarial, la redacción de la Ley 22/2003, siendo ésta la norma que regula el concurso de acreedores y por consiguiente el procedimiento concursal, ahora unificado respecto de la antigua legislación que desarrollaba los distintos procedimientos en materia concursal y que tiene por objeto dar solución a situaciones de insolvencia empresarial a fin de satisfacer los créditos de los acreedores.

Cierto es que aunque sobre el papel, la norma debe velar por la garantía crediticia de los créditos laborales (entre otros), posicionando dichos créditos en situación de especial preferencia, resulta que la versión que se ajusta a la realidad es bien distinta y es que los derechos crediticios de los trabajadores no han sido precisamente una prioridad para el legislador, circunstancia que aún se mantiene, todo ello a pesar de la reforma instada por la Ley 38/2011, sin perjuicio de la preferencia de la que gozan los últimos treinta días de salario por ostentar la categoría de créditos contra la masa, ni tampoco en ninguna de las posteriores reformas legislativas.

Lamentablemente no podemos encontrar el verdadero significado de la LC delante del ordenador, entre bases de datos jurídicas, pues resulta escasa la jurisprudencia y menos aún la doctrina que se han atrevido a descifrar las verdaderas



intenciones del legislador cuando aprobó la LC, que no es otra que recortar las competencias del juez de lo social para atribuírselas al juez de lo mercantil por la sencilla razón de que la agilidad de los juzgados de lo social hacía posible que los trabajadores tuvieran preferencia a la hora de hacer valer sus derechos crediticios con preferencia a cualquier otro a través de la aplicación del principio de ejecución separada, y es entonces cuando vuelven a mi cabeza aquellas aquellas palabras “...*los derechos crediticios de los trabajadores han de encontrarse especialmente protegidos, sí, pero hasta cierto punto*”.

¿Deben establecerse ciertos límites a los derechos crediticios de los trabajadores? Lo cierto es que la LC, entre otras cosas se caracteriza por ser una norma oscura, en ocasiones casi jeroglífica, pues de un lado pretende identificar a los créditos de carácter laboral con una preferencia hegemónica, y de otro entierra de una vez la posibilidad de que los juzgados de lo social puedan aplicar el principio de ejecución separada que permitía a los trabajadores hacer valer su derecho tal y como corresponde, al amparo del invocadísimo art. 24 CE.

Cuando nos referimos a la insolvencia empresarial en el ámbito de las relaciones laborales irremediabilmente pensamos en una lacra, que según muestran los datos de los diez últimos años en los que constan datos completos, mientras que el año 2005 cerró con un total de 912 concursos de acreedores, el año 2014 lo hizo con la escalofriante cifra de 7.271 concursadas, lo que supone un incremento del 797%, cuando menos escalofriante, si bien lo que resulta aún más grave si cabe, es que no se trata de empresas concursadas con ánimo de continuar su actividad tal y como recoge el espíritu de la norma, al menos sobre el papel, sino que en realidad, un altísimo porcentaje de empresas concursadas acaban en fase de liquidación, por lo que el principio de continuidad de la actividad empresarial a fin de dar continuidad a los puestos de trabajo se queda en mero papel mojado, sin que por tanto resulte mínimamente atractivo el concurso de acreedores salvo para quienes tan solo persiguen escapar de las obligaciones que les son legalmente exigidas y exigibles tal como el cumplimiento con los créditos laborales de los trabajadores, seguridad social e impuestos varios, proveedores, etc, siendo el citado principio un mero instrumento

utilizado por gran parte de las empresas que deciden concursarse para alcanzar dicho fraudulento objetivo.

A criterio de este autor, el legislador ha confundido de manera imperdonable (circunstancia que lamentablemente se mantiene), la flexibilidad a la hora de cumplir con las obligaciones legalmente establecidas con el único objeto de mantener la actividad profesional y/o empresarial y por ende, el mantenimiento de puestos de trabajo (supuestos sobre los que este autor nada tiene que objetar), con dotar a empresas y/o empresarios de instrumentos jurídicos que le permitan la exoneración del pago de los derechos crediticios de los trabajadores, es decir, de aquellas deudas sobre las que no tiene responsabilidad personal directa el administrador o socio de la mercantil, situándoles de este modo en una posición verdaderamente privilegiada.

En este sentido no cabe sino proponer la vuelta a la aplicación del principio de ejecución separada a fin de garantizar verdaderamente los derechos crediticios de los trabajadores así como la devolución de las competencias que eran tradicionalmente del juez social a la jurisdicción social.

Enlazando con el punto inmediatamente anterior, hablábamos sobre la responsabilidad personal directa del administrador o socio de la mercantil. El ordenamiento jurídico permite la creación de sociedades mercantiles con una responsabilidad ciertamente limitada y curiosamente, no impone obligaciones demasiado importantes a las personas físicas que se encuentran detrás de estas sociedades ya sea en calidad de socios o de administradores de la empresa.

Por tanto nos encontramos ante una escasa responsabilidad de la persona física en relación a los socios y administradores de las sociedades mercantiles como instrumento jurídico tendente a la exoneración de las obligaciones legalmente exigidas a empresas y empresarios, instrumento dotado directamente por la normativa y que hace imposible que por parte de jueces y tribunales pueda extenderse la responsabilidad de la deuda de carácter laboral en el ámbito jurisdiccional social a las personas físicas, es decir, a los administradores y/o socios de las mercantiles, particularmente insisto, si

nos encontramos en el ámbito de la jurisdicción social, todo ello por razón de incompetencia por razón de la materia, ya que dicha competencia corresponde a los juzgados de lo mercantil, salvo en aquellos supuestos en los que exista responsabilidad de las personas físicas por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, en cuyo caso no necesariamente tiene que coincidir la persona física condenada en su caso con los administradores y/o socios de las mercantiles, ya que como decía con anterioridad, se trata de una cuestión que no corresponde conocer a los jueces de lo social, pues huelga decir, que actualmente resulta pacífica la jurisprudencia y doctrina que impide a los jueces de lo social conocer sobre la posible responsabilidad del administradores y/o socios de las empresas deudoras, por incompetencia por razón de la materia, en tanto que dicha competencia corresponde íntegramente a los juzgados de lo mercantil

En este sentido, el autor que suscribe entiende que resulta fundamental que los jueces de lo social puedan conocer de aquellas reclamaciones que sean instadas contra las personas físicas que se encuentran detrás de las sociedades mercantiles como socios y/o como administradores de las empresas, y no solo cuando éstos sean acusados de ser los verdaderos empleadores de las mercantiles sino en calidad de socios y administradores.

Tal y como se adelantaba al inicio de este epígrafe de conclusiones, con carácter previo a la reforma a través de la LC y la LO 8/2003, los jueces de lo social eran competentes para conocer de la responsabilidad de los administradores de las mercantiles. No solo eso, sino que además, la norma posibilitaba a los jueces de lo mercantil a conocer de aquellas materias que le eran propias a los jueces de lo social convirtiéndose ésta en la tercera causa del presente estudio motivadora de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales.

Podría decirse que el proceso laboral ha sufrido una mercantilización en el sentido de que ha de adaptarse a los nuevos procesos civiles y a la nueva legislación concursal, convirtiéndose la nueva forma de entender la insolvencia en el refugio más idóneo e idílico para todo empresario cuyo objetivo evitar cumplir con las obligaciones

que le son legalmente exigibles, cuyo perjuicio recae de nuevo, sobre aquellos que menos recursos tienen.

Otra origen de la insolvencia empresarial lo encontramos precisamente en la escasa posibilidad real de proteger los créditos de los trabajadores a través de una de las alternativas que suelen aparecer en la mente de todo profesional del derecho cuando hay serias dudas de que la empresa demandada vaya a cumplir con sus obligaciones. Se trata del embargo preventivo como medida cautelar, cuyo objeto no es otro que garantizar, a través de la traba y embargo con carácter previo a la resolución del fondo del asunto de los bienes del empresario, los derechos crediticios de los trabajadores.

No obstante, a pesar de que la figura del embargo preventivo como medida cautelar en casos de insolvencia empresarial puede parecer una alternativa verdaderamente atractiva, lo cierto es que el acceso real a esta protección resulta especialmente complicado, todo ello ante la complejidad que supone para los trabajadores acceder al embargo preventivo como medida cautelar, necesaria en gran parte de los supuestos, para asegurar el cumplimiento de resoluciones que pudieran entenderse finalmente estimatorias en pro de éstos.

De otro lado encontramos la dudosa actuación por parte de los propios juzgados competentes de ejecutar los títulos correspondientes en plena fase de ejecución, circunstancia que se agrava aún más si cabe tras una incorrecta implantación de la denominada en su momento como “nueva oficina judicial”, convirtiendo de este modo a los juzgados en meras cadenas de montaje de nuestro sistema judicial.

Cierto es que la normativa pretendía reforzarse la especialización de los funcionarios, sin tener en cuenta que la confección de la nueva oficina, y su incorrecta implantación ha dado lugar a que el conocimiento y por lo tanto, la verdadera gestión y tramitación de la fase de ejecución de toda una secretaría recaiga tan solo en uno o dos funcionarios a lo máximo, que en gran parte de las ocasiones tampoco se encuentran verdaderamente especializados, impidiendo así que dicha gestión sea asumida en un

momento dado por el resto de los funcionarios de la oficina judicial con la misma eficiencia que los primeros.

La solución pasa por una mayor especialización de los juzgados en materia de ejecución, apostando por la formación y motivación del personal tanto funcionario como interino y laboral que prestan sus servicios para la administración de justicia. Del mismo modo, la implantación de sistemas informáticos no supone ni mucho menos la modernización de la administración de justicia pretendida y con ello, el sistema de búsqueda del patrimonio de las partes resulta mucho menos eficiente que por ejemplo, para la Agencia Tributaria. Modernización, especialización y motivación resultan claves para acceder a la eficiencia real en la fase de ejecución a día de hoy tan desvalorada.

Si importante es conocer cuáles son las causas que han provocado que nuestro derecho se enfrente cada día a una de sus mayores problemáticas, no solo en el ámbito de las relaciones laborales sino también en el propio seno de la administración de justicia, no lo es menos conocer cuáles son los efectos que dicha conducta provoca en todos y cada uno de los distintos ámbitos.

El primero de los efectos que este autor ha tratado por su especial importancia, es la situación a la que el trabajador ha de hacer frente tras la insolvencia del empresario y por ende, la ausencia de abono de la retribución e incluso de otros aspectos como pueden ser los indemnizatorios, pero sobre todo de la retribución o contraprestación por los servicios prestados, siendo este el principal sustento para el trabajador y su familia (en su caso), siendo además esta retribución requisito indispensable en el ámbito de las relaciones laborales al amparo del art. 1.1 ET.

Debe partirse de la premisa que el salario supone el único sustento del trabajador y de su familia en la mayoría de los supuestos y por ende, dicho salario soporta las diferentes obligaciones contractuales con las que una persona (y su familia) deben cumplir día a día y mes a mes, para mantener un nivel de vida digno: desde la alimentación del propio trabajador y de su familia, alquiler o hipoteca de la vivienda, suministros, entre otros múltiples gastos.

Así las cosas, parece evidente que uno de los efectos más graves reside en los perjuicios que la insolvencia empresarial provoca sobre la vida de los trabajadores, quienes (dependiendo de la gravedad de los incumplimientos del caso concreto) pueden verse situados en posiciones de dificultad económica tal, que pudiesen verse afectados incluso por situaciones de pobreza y de exclusión social, pues no resulta necesario aclarar cuáles son las consecuencias ante el impago del alquiler o hipoteca de la vivienda aunque ésta circunstancia se derive de causa sobrevenida, pues lamentablemente los ciudadanos no tienen otorgada prerrogativa alguna en casos como al que nos referimos, ni tan siquiera por parte de las entidades aseguradoras, quienes en el mejor de los casos, contemplan determinada seguridad para el tomador en casos de despido que sean finalmente declarados nulos o improcedentes.

A modo de ejemplo, puede citarse la jurisprudencia del TSJ de Murcia, en tanto que vino declarar en la sentencia nº 426/2006 de 10 de abril literalmente que “... *el trabajador necesita disponer puntualmente de su salario como elemento de su subsistencia y la de su familia, siendo precisamente por ello que los salarios gozan de especial protección, con el fin de realizar puntualmente sus propios pagos*”.

En el mismo sentido, el TSJ de la Comunidad Valenciana de fecha 29 de abril de 2003 declaró que “*nadie puede obligarse a trabajar con la inseguridad e incertidumbre de si cobrará o no su salario, en qué fecha y de acuerdo a qué parte o caprichos*”.

Por tanto, el primero de los efectos de la insolvencia empresarial por su relevancia no puede ser otro que la posición de pobreza a la que son desplazados los trabajadores, pudiendo dar lugar incluso a situaciones de exclusión social, fomentando deudas para éstos inasumibles, situándolos a su vez en una situación de insolvencia personal para el resto de sus vidas.

De otro lado, la propia normativa se ve directamente perjudicada y con ella la supervivencia de las relaciones laborales, todo ello por cuanto la ausencia de retribución por los servicios prestados el amparo del art. 1.1 ET convierte la relación de carácter

laboral en otro tipo de vinculación que desde luego se aleja mucho del tradicional concepto.

En tercer y último lugar, debemos tener en cuenta los efectos de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales para las Administraciones Públicas y por extensión, para el resto de la ciudadanía. La situación de insolvencia empresarial supone un grave perjuicio para FOGASA, organismo que deberá hacerse cargo de una parte de la deuda que los empresarios insolventes han contraído con los trabajadores acreedores; y de otro lado, el adeudo de los créditos laborales suponen un grave perjuicio por cuanto rara vez el empresario incumple con las obligaciones derivadas en relación a los créditos laborales de los trabajadores a la vez que cumple con las obligaciones derivadas en materia de Seguridad Social, al tratarse de conceptos estrechamente relacionados, y en definitiva, tal y como ha quedado sobradamente demostrado en el presente estudio, el impago de los impuestos correspondientes a los empresarios, afecta sin ninguna duda a las arcas de las AAPP, en el caso que nos ocupa, principalmente a FOGASA y a la TGSS.

A modo de ejemplo, y teniendo en cuenta los últimos 10 años (2005-2014), FOGASA ha tramitado un total de 1.139.942 expedientes, con un gasto ascendente a 8.171.656.622 €, sin tener en cuenta los gastos de infraestructura de FOGASA.

Para hacernos una idea de lo que supone este gasto y teniendo en cuenta los presupuestos generales del estado publicados en el Boletín Oficial del Estado, con el gasto al que ha tenido que hacer frente FOGASA (referenciado a lo largo del estudio) podría haberse hecho frente al presupuesto de justicia durante un período de cinco años o al de cultura de los últimos 10 años.

De ello se desprende que el perjuicio que causa la insolvencia empresarial a las Administraciones Públicas es inadmisibles, tanto si se tiene en cuenta el gasto que supone para FOGASA como lo que se deja de recaudar por parte de la TGSS, que inevitablemente recae en un perjuicio enorme sobre los ciudadanos, a quienes se les viene recortando deliberadamente el presupuesto en las distintas partidas en relación a

servicios y prestaciones, todo ello para que el estado pueda hacerse cargo de las deudas que los empresarios insolventes van dejando por el camino, mientras el sistema les permite la exoneración del cumplimiento de las obligaciones que les son legalmente exigibles.

Con carácter previo a emitir las conclusiones en relación a las propuestas analizadas a lo largo del presente estudio, resulta relevante valorar las cuestiones anunciadas con anterioridad, teniendo en cuenta la importancia de alguna de ellas, como es el caso del trasvase de competencias del juez social al juez mercantil, en el ámbito de la insolvencia empresarial.

En primer término, no podemos pasar por alto que a pesar de los retrasos considerables que vienen sufriendo los señalamientos de los juicios en el ámbito de la jurisdicción social, se trata de un orden jurisdiccional en el que prima la celeridad, no solo por el tipo de proceso (abreviado) sino por el tiempo que transcurre desde la interposición de la acción hasta la obtención de resolución, principio de celeridad que sin duda prima frente al orden jurisdiccional mercantil.

En segundo lugar, el encarecimiento del procedimiento resulta especialmente perjudicial para quien pretende reclamar créditos laborales, especialmente porque en gran parte de los casos se trata de la parte con menos recursos, los trabajadores. No podemos olvidar que en el ámbito concursal y en gran parte de los supuestos, resulta necesaria la intervención no solo de letrado, sino también de procurador, lo que sin duda supone un gasto extraordinario al que hacer frente, que la normativa laboral no exige. De igual modo, tampoco ha sido especialmente beneficiosa la Ley 10/2012 por la que se imponían tasas de gran cuantía en el orden jurisdiccional mercantil (imposición en el orden jurisdiccional social, posteriormente derogada por el criterio del Tribunal Supremo).

En tercer lugar, la especialización de los jueces de lo social en materia laboral no es ni mucho menos comparable al conocimiento que pudieran ostentar los jueces de lo



mercantil, situación que resulta igualmente perjudicial a los efectos de dar cumplimiento a una correcta tutela judicial efectiva.

A la vista de las causas y efectos de la insolvencia empresarial con especial atención al ámbito de las relaciones laborales, el presente estudio no tendría mucho sentido sino tratara de aportar determinadas propuestas o soluciones para reducir el impacto de la problemática objeto de análisis, algunas de ellas a instancia o a modo de compilación de resoluciones judiciales que de un modo u otro pretenden no solo denunciar los peligrosos efectos de la insolvencia empresarial sino que además imponen soluciones que a mi juicio deben tenerse en cuenta a lo largo del presente estudio.

En primer lugar, merece especial reconocimiento la sentencia del TJUE (Asunto C – 311/13) sobre la percepción de prestaciones en situaciones de insolvencia.

Así, el alto tribunal viene a resolver el conflicto planteado interpretando la Directiva en el sentido de considerar a los trabajadores nacionales de un tercer país que residen ilegalmente en un país como verdaderos trabajadores *stricto sensu*, obligando así al organismo que corresponda (en este caso concreto al Consejo de Administración del Instituto de Gestión de Seguros para los Trabajadores Asalariados, organismo homólogo al FOGASA en España) a estimar solicitudes realizadas por los trabajadores en caso de insolvencia empresarial.

La alternativa (de obligado cumplimiento) propuesta por el TJUE parece sencilla y de todo sentido común, siempre y cuando no se tenga en cuenta la inflexibilidad por parte de la legislación nacional o estatal de cada Estado miembro.

Tuve oportunidad de desarrollar la cuestión a lo largo de los epígrafes principales, por lo que en el apartado de conclusiones debe hacerse mención a esta advertencia, y es la asiduidad con la que la legislación de los Estados miembros desprotegen derechos tan básicos como a la percepción de concepto salarial por parte de trabajadores que residen ilegalmente en un determinado país.

Sin embargo, debe concluirse en contraposición que si bien se trata de una medida protectora en beneficio de este tipo de trabajadores, no es menos cierto que no se trata de una medida que realmente proponga soluciones contra la insolvencia empresarial que finalmente termine perjudicando a cada uno de los sujetos que se han ido comentando a lo largo del presente estudio, propuestas a las que se hará mención en próximas líneas.

En segundo término, la interpretación de la jurisprudencia menor y posteriormente ratificada por el Tribunal Supremo ha permitido introducir un nuevo elemento de protección para los trabajadores en situaciones de insolvencia empresarial. Así, el TSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) a través de la Sentencia 814/14 de fecha 1 de abril de 2014 (Recurso nº 2399/2013), con origen en la Sentencia de fecha 1 de julio de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de Valencia (Autos nº 376/12) comenzaron una andadura nada sencilla, que posteriormente fue ratificada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia (Sala IV) el pasado 16 de marzo de 2015 declarando que en caso de transcurrir más de tres años desde la solicitud de la protección FOGASA en situaciones de insolvencia empresarial sin respuesta por parte del citado organismo, el silencio deviene irremediablemente en positivo.

¿Consigue erradicar o reducir al menos el impacto de la insolvencia esta propuesta? La respuesta es que se aproxima en gran medida al planteamiento anterior, y es que de un lado se refuerza la protección de los trabajadores en relación al percibo de las cantidades adeudadas, aunque lamentablemente tampoco supone un modo de combatir la insolvencia empresarial.

¿Qué opciones pueden plantearse y valorarse entonces para atajar tal problemática?

En primer lugar, el autor que suscribe y contrariamente a lo establecido en la Ley 22/2003, Concursal y sus posteriores reformas (y de gran parte de la doctrina científica) entiende una de los mecanismos pasa por anular el trasvase de competencias del ámbito de la jurisdicción social al mercantil, devolviendo las materias propias de la

normativa laboral al juez social, incluida la posibilidad de conocer sobre las cuestiones relativas a la posibilidad de extender la responsabilidad a las personas físicas.

Es cierto que de un lado, corremos el riesgo de perder el carácter unificado que la Ley 22/2003 ha pretendido introducir desde su origen. No obstante, dicha posibilidad permitiría un conocimiento más rápido y eficaz por parte de los tribunales que además de poseer mayor especialización en la materia, podría despacharse en una jurisdicción caracterizada por el principio de celeridad que ni mucho menos caracteriza al ámbito mercantil.

En el mismo sentido, los trabajadores podrían instar ante la jurisdicción social determinadas cuestiones que por su carácter casi gratuito, han dejado de instar por el coste que supone su interposición en el ámbito mercantil.

Ahora bien, con la experiencia tras tantos años en los que dicho principio ha abandonado toda situación concursal, no puede sino concluirse que aquella empresa que se encuentra en concurso (máxime si tenemos en cuenta los datos contenidos a lo largo del estudio), acaban en una amplia mayoría en situación de liquidación y cierre de la empresa de lo que se infiere que más que un principio que aspira a proteger puestos de trabajo, lo que hace es servir de instrumento para provocar y fomentar que las empresas puedan eximirse de pagar determinadas deudas, o dicho de otro modo, la insolvencia empresarial.

Por ello, parece necesario proponer reducir a excepción el principio de continuidad de la actividad empresarial como preferencia a la satisfacción de créditos laborales en lugar de mantenerlo como regla general, para lo que sería necesaria una importante reforma de la LC y sobre todo, modificar el espíritu de la norma.

En segundo lugar, la posibilidad real de aplicación del art. 257 en relación con el art. 307 CP a través de los juzgados de lo social (págs.. 91 y ss).

A lo largo del estudio, hemos podido analizar si cabe plantearnos la posibilidad de llevar a cabo acciones legales contra las personas físicas en su condición de socios o administradores, cuya conducta empresarial se base en posicionar a las empresas que ellos mismos gestionan o incluso en auto posicionarse en una situación de insolvencia ficticia a fin de evitar hacer frente a las deudas de origen laboral que mantienen con los trabajadores en detrimento de éstos y de AAPP tales como el Fondo de Garantía Salarial, todo ello al margen del evidente alzamiento de bienes que constituye dicha actuación, entre otros delitos; en definitiva, si resulta aplicación en este tipo de supuestos el art. 257 del Código Penal en relación con el art. 307 del mismo texto legal.

Si se tienen en cuenta los preceptos anteriormente citados en relación con la responsabilidad subsidiaria y supletoria de FOGASA y siendo éste un organismo nutrido de dinero público, y que resulta punible la insolvencia cuando el deudor “*se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores*” (art. 257.1.1º CP) o cuando el deudor “*realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación*” (art. 257.1.2º CP), siendo aplicable además cuando se trate de insolvencias punibles que afecten al ámbito de la Seguridad Social (art. 305 CP) podemos concluir que efectivamente, la conducta de aquellas empresas/empresarios que intenten evadir o evadan de facto el pago de salarios e indemnizaciones a trabajadores y que por esa razón el Fondo de Garantía Salarial tenga que hacerse cargo de dichos conceptos, además de un alzamiento de bienes, supone una insolvencia punible a tenor del art. 257 CP en relación con el art. 307 CP, todo ello habida cuenta de que el ejemplo comentado a efectos ilustrativos tendría connotaciones distintas teniendo en cuenta la reciente reforma del CP que en próximas líneas también se desarrollará.

Sin embargo, la problemática a la hora de aplicar dicha teoría a la casuística que a diario viene sucediéndose en los juzgados de lo social, el legislador ha previsto la reforma del art. 257 CP entre otros, a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal,

concretamente en la reforma llevada a cabo en el Capítulo VII bis del Código Penal (arts. 257 y ss).

La propia exposición de motivos de la norma refleja con claridad lo que el legislador ha pretendido, y en síntesis es llevar a cabo *“una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota”*.

Así, la reforma introduce, tal y como indicaba en líneas anteriores, dos nuevos delitos: de una parte, se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y de otra, la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la autoridad, separando igualmente entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución de los tradicionales delitos de alzamiento de bienes, insolvencia y bancarrota.

Así, el legislador introduce entre los delitos de frustración de la ejecución y junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras: la ocultación de bienes en procedimientos de ejecución, y la utilización no autorizada de bienes embargados por la autoridad. Los primeros se castigan con penas de prisión de 1 a 4 años (hasta 6 años si la deuda es con la Hacienda Pública o la Seguridad Social) y multa de 12 a 24 meses.

El objetivo de la reforma del CP es claro, que la empresa o empresario deudor pueda ser finalmente condenado incluso con pena de prisión, no por el hecho de tener deudas sino por no colaborar con los propios acreedores y la autoridad judicial en relación a facilitarles datos de los bienes propios con los que permitirles su satisfacción, tal y como parece razonable desde todo sentido común.

En este sentido, la inclusión de una nueva tipología de tipos delictivos parece lógica si lo que se pretende es introducir nuevos métodos de imposibilitar el cobro de una deuda. En cualquier caso, la intención del legislador es clara: impedir los espacios

de impunidad que hasta ahora existían relativos a las acciones destinadas a impedir intencionalmente el cobro de las deudas.

Otra solución que a criterio de este autor podría reducir el impacto de la insolvencia empresarial es la introducción de la nómina o recibo salarial como título ejecutivo, dotando así a la nómina o recibo salarial de fuerza jurídica suficiente que permita ejecutar las pretensiones en ellos recogidas.

Podría llegar a pensarse que dicha propuesta resulta especialmente similar al monitorio social, si bien, dicha alternativa además de encontrarse especialmente limitada por razón de la cuantía (máximo 6.000 €) y por la obligatoriedad de notificación a la parte, sin que pueda ser suficiente la notificación a través de edictos, resulta aún menos atractiva por cuanto en caso de oposición, el proceso monitorio queda definitivamente archivado, debiendo la parte actora en su caso interponer nueva demanda por la vía tradicional de la reclamación de cantidad.

De otro lado, puede plantearse como solución alternativa tendente a reducir el impacto de la insolvencia empresarial, la adquisición de la empresa insolvente y concursada por parte de los trabajadores, pues si bien, ningún trabajador puede ser obligado a adquirir una empresa de la que fue previamente despedido y mucho menos a correr riesgos a los que no están sometidos en ningún caso ni tampoco vinculados a través de una relación de carácter laboral, si que podemos decir que se trata de una operación ciertamente beneficiosa, por cuanto ésta se basa en que dicha adquisición no implica para los ofertantes la asunción de las deudas de la concursada frente a los acreedores públicos (Agencia Tributaria, Hacienda Foral, Fogasa, entre otros), ni la subrogación de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la adquisición.

Otra de las propuestas planteadas a fin de comba la insolvencia empresarial que tanto perjuicio causa sobre los distintos ámbitos de la sociedad no podemos olvidarnos de la declaración del grupo de empresas desde una perspectiva puramente laboral, pues ésta podría entenderse como una solución tendente a reducir el impacto de la

insolvencia en el ámbito de las relaciones laboral, en tanto y cuando, siendo la mercantil contratante insolvente, es más que probable que alguna de las empresas que sean declaradas como parte del grupo de empresas no lo sea, y siendo ésta igualmente responsable, o lo que es lo mismo, comparte responsabilidad solidaria, el trabajador vería satisfecha tu pretensión, percibiendo de este modo las cuantías a las que dichas empresas hayan sido previamente condenadas, evitando de este modo entrar en la espiral de la insolvencia empresarial, aunque el acceso a dicha alternativa no siempre es sencilla pues tal y como ha podido analizarse a lo largo del texto, el orden jurisdiccional social es mucho más exigente que otros órdenes, tal y como ocurre en el civil o en el mercantil, con la declaración de grupo de empresas.

El art. 44 ET también esconde una de las soluciones más utilizadas ante situaciones de insolvencia empresarial: la sucesión de empresas.

A la regulación establecida en el art. 44 ET, si bien no existe una relación exhaustiva de los elementos objetivos que determinan la sucesión de empresa, los Juzgados y Tribunales vienen apreciando situaciones que pueden dar lugar al reconocimiento de la sucesión de empresas. Así, la STS de fecha 01.03.2004 viene a recopilar las circunstancias que han de darse para entender que nos encontramos ante la sucesión de empresas al amparo del art. 44 ET, sin que éstas puedan conformarse como un *numerus clausus*, pues según se desprende de los criterios prudenciales, al igual que ocurre con la rescisión del contrato de trabajo al amparo del art. 50 ET, y tal y como se indicaba a lo largo del texto, ha de atenderse a cada caso concreto:

- Coincidencia de actividades económicas de ambas empresas.
- Transmisión de elementos patrimoniales esenciales de la empresa.
- Coincidencia del domicilio social o de la actividad, y continuación ininterrumpida de la misma.
- Coincidencia de clientela.
- Coincidencia entre las personas que forman parte de su accionariado o de sus órganos de administración.

- Si la empresa adquirente asume toda o parte de la plantilla de la anterior empresa.

Así las cosas, puede afirmarse que la sucesión de empresas también supone un mecanismo (al igual que ocurría en el caso del grupo de empresas) tendente a reducir el impacto de los efectos de la insolvencia en el ámbito de las relaciones laborales, siempre y cuando la empresa condenada no se encuentre en la misma situación económica que la principal, todo ello teniendo en cuenta las limitaciones legalmente establecidas en el supuesto de la sucesión de empresas, cosa que no ocurre en el grupo de empresas, habida cuenta además de la reciente jurisprudencia del TJUE, cuya resolución será analizada a lo largo de la presente tesis doctoral en el epígrafe referente al análisis del Auto del TJUE (Asunto 688/13).

En último lugar, no puede sino concluirse que la insolvencia empresarial es una de las peores lacras a las que ha tenido y de hecho tiene que enfrentarse nuestro derecho y sobre todo las personas que lo sufren en primera persona. Si bien es cierto, aunque la jurisprudencia y la doctrina científica se pongan de acuerdo en la necesidad de instar con urgencia medidas para atajar la problemática de la insolvencia empresarial en el ámbito de las relaciones laborales, no es menos cierto que el legislador no solo mantiene dicha impunidad y fomento de la insolvencia empresarial sino que además continúa flexibilizando aún más si cabe, el cumplimiento de las obligaciones de empresas y empresarios, por lo que el trabajador una vez más queda relegado a una situación de desigualdad y desequilibrio frente a quien se niega a cumplir con las obligaciones que le son legalmente exigibles, todo ello insisto, por cuanto el legislador le ha situado en una posición privilegiada complicada de retrotraer.





## **BIBLIOGRAFÍA**

---

---

### **Doctrina**

---

ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales”. *Actualidad Laboral* nº 3. Ed. La Ley. 2002.

ALAMEDA CASTILLO, M.T.: “Tratamiento de los créditos laborales en el concurso”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº. 21. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

ALARCÓN ALARCÓN, E.: “Aspectos laborales en la ley concursal desde la perspectiva del trabajador”. *Derecho social y relaciones laborales: libro homenaje a Joaquín Salvador Ruiz Meléndez y Francisco Trujillo Villanueva / coord. Por Rosa Quesada Segura, Juan Carlos Alvarez Cortés*, 2006.

ALBALATE, J; ARA, C.: “Los efectos del concurso sobre la resolución del contrato laboral por causa imputable al empresario”. Anuario de Derecho Concursal, nº 28. 2013.

ALBIOL MONTESINOS, I.: “Aspectos laborales de la ley concursal”. Ed. Tirant Lo Blanch. 2004.

ALONSO-OLEA, M y BAAMONDE CASAS, E.: “Manual de Derecho Procesal del Trabajo”. Ed. Civitas. 2000.

ALONSO –OLEA, M.: “Los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Centenario del Instituto de Reformas Sociales. 2003.

ALTÉS TÁRREGA, J.A.: “La competencia del juez del concurso en materia laboral”. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G.: “Algunos aspectos básicos de la Ley Concursal en materia laboral”. Información laboral. Legislación y convenios colectivos, nº 29. 2005.

ARRIBAS HERNÁNDEZ, A.: “Cuarto seminario regional sobre propiedad intelectual para jueces y fiscales de América Latina – La especialización judicial en Materia Mercantil” (Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid). Versión electrónica.

ARRIZA JIMÉNEZ, P.: “Los grupos de sociedades ante el concurso”. CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, nº. 162. 2014.

BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: “Delimitación de competencias entre el orden jurisdiccional social y el mercantil en el supuesto a que se refiere el art. 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal”. Aranzadi Social. Paraf. 64 parte Presentación. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2005. Versión electrónica.

BORGES CHAMORRO, A.M.: “Sobre el crédito laboral y la reforma concursal”.

Aranzadi Social Vol. III. Versión electrónica.

BAJO GARCIA, IRENE, “En torno al recurso de suplicación frente al auto de extinción colectiva de contratos de trabajo en procedimiento concursal”, Revista Aranzadi Social, nº. 5. 2005.

BAJO GARCIA, IRENE.: “El crédito laboral como objeto de negociación en Expediente concursal de modificación, suspensión o extinción colectivas del contrato de trabajo”. Ed. Comares. Granada. 2006.

BAJO GARCIA, IRENE.: “Crédito laboral y procedimiento concursal”, Ed. Civitas. Madrid. 2007.

BAJO GARCÍA, I.: “Los trabajadores ante la crisis de la empresa: aspectos laborales de la Ley Concursal”. Quantor, nº2. 2008. Versión electrónica.

BAJO GARCIA, IRENE.: “Empresa en situación de concurso”. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2010.

BAJO GARCÍA, I.: “Incidencia de la reforma concursal sobre los aspectos laborales del concurso”. Ed. Lefebvre - El Derecho. 2011. Versión electrónica.

BAJO GARCIA, IRENE.: “La conciliación extrajudicial en la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social”. Revista Derecho Social, nº. 56. 2011.

BAJO GARCIA, IRENE.: “Incentivos económicos y fiscales a la creación y al mantenimiento del empleo”. Revista Actualidad Laboral, nº. 19-20. 2012.

BAJO GARCIA, IRENE.: “La acumulación en la jurisdicción social. Proceso acumulativo”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2013.

BAJO GARCIA, IRENE.: “Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras”. Revista Aranzadi Social, nº. 6. 2013.

BANACLOCHE PALAO, J.: “Los Juzgados de lo mercantil: régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación”. Ed. Civitas Ediciones. Madrid, 2005.

BARRIO CALLE, M.A.: “Ley Concursal y el art 50.1 del ET”. Ed. Aranzadi Social núm. 17/2004 parte Estudio. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2004. Versión electrónica.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: “El nuevo derecho concursal español”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. Editoriales de Derecho Reunidas. EDERSA Tomo 43. 2005.

BENTONILA CHOCHRÓN, S; GARCÍA-SERRANO, C; HERNÁNDEZ VICTORIA, MJ; JIMENO SERRANO, J.F; LÓPEZ TERRADA, E; MARTÍNEZ MOYA, J; NORES TORRES,L; ORELLANA CANO, A.M.; DE LA RICA GOIRECELAYA, S; RÍOS MAESTRE, J.M.; RÍOS SALMERÓN, B.: "Despido y crisis económica". Ed. Lex Nova. 2011.

BLASCO LAHOZ, JOSE FRANCISCO.: “Una puesta en orden del régimen jurídico del nivel asistencial de protección por desempleo tras sus últimas modificaciones”. Revista Tribuna Social, nº. 32-33. 1993.

BLASCO LAHOZ, J.F.: “El régimen especial de trabajadores autónomos. Teoría (doctrina) y práctica (legislación y jurisprudencia). Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.

BLASCO LAHOZ, JOSE FRANCISCO.: “La anticipación de la edad de jubilación y su protección tras la Ley de Medidas en materia de Seguridad Social”. Revista Información Laboral, nº. 27. 2008.

BLASCO LAHOZ, JOSE FRANCISCO.: “La nueva prestación extraordinaria por desempleo (comentario urgente al Real Decreto-Ley 10/2009, de 13 de agosto)”.

Revista Información Laboral, nº. 7. 2009.

BLASCO LAHOZ, J. F.: “El acceso a las prestaciones contributivas de la Seguridad Social desde una situación de inactividad laboral o profesional”. Revista Aranzadi Social, nº. 18. 2010.

BLASCO LAHOZ, JOSE FRANCISCO.: “El establecimiento de la nueva ayuda económica de acompañamiento por la participación en el programa de recualificación profesional (Real Decreto-Ley 1/2011, de 11 de febrero)”. Revista Información Laboral, nº. 5. 2011.

BLASCO LAHOZ, JOSE FRANCISCO.: “La prestación por cese de actividad en el RETA a partir de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre”. Revista de los Derechos Sociales, nº. 5. 2015.

BORGES CHAMORRO, A.M.: “Sobre el crédito laboral y la reforma concursal”. Aranzadi social. Parte Estudio. Versión electrónica.

CANO MARCO, F.: “Aspectos laborales de la reforma concursal efectuada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre”. Ed. Revista jurídica galega. Nº 69. 2010.

CARRILLO MÁRQUEZ, D.: “Aspectos laborales del proceso concursal”. Ed. El Derecho Grupo Francis Lefebvre. 2010.

CARBAJO VASCO, D.: “Algunas cuestiones tributarias en los concursos de acreedores”. DOC. 12/2014. Instituto de Estudios Fiscales. N.I.P.O.: 634-14-034-7.

CASTRO ARGÜELLES, M.A. y GARCIA MURCIA, J.: “La acción protectora del Fogasa: el extraño caso de los despidos por causas objetivas”. Actualidad Laboral. 34. 2000.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “La competencia laboral de los jueces del concurso.” Aranzadi Social núm. 9/2009 (Tribuna). Versión electrónica.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”. Aranzadi Social número 18/2011. Versión electrónica.

COLINA GAREA, R.: “La repercusión de la declaración del concurso sobre la actividad empresarial o profesional del deudor”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/2010. Versión electrónica.

CRUZ VILLALÓN, J.: “Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales”. Relaciones Laborales nº 23–24. 2003.

CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva, grupos de empresa y transmisión de empresa en el concurso”. Cuadernos de derecho judicial, nº. 21. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

DESDENTADO DAROCA, E y DESDENTADO BONETE, A.: “Los créditos de Seguridad Social en la nueva Ley Concursal”. La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social. Lex Nova. 2004.

DESDENTADO BONETE, A y DE LA PUEBLA PINILLA, A.M.: “La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal”. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 166. 2004.

DESDENTADO DAROCA, E y DESDENTADO BONETE, A.: “La Seguridad Social en la nueva Ley concursal”. Cuadernos de derecho judicial, nº. 21. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

DÍAZ DE VELASCO VALLEJO, M. y VALLEJO LOBETE, E.: “Los efectos para los trabajadores de la insolvencia empresarial: el pago de los créditos laborales en concurso de acreedores”. Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a OLIVENCIA, M, Vol. 3. Ed. Marcial Pons. 2005.

ESCALANTE, T.: "Los delitos de frustración de la ejecución tras la ley orgánica 1/2015, de 23 de noviembre, de reforma del código penal". Ed. Economist & Jurist. Versión electrónica.

FALCO IRIONDO, E.: “Algunos aspectos en materia de créditos laborales en el proyecto de Ley Concursal”. Revista de derecho comercial, nº. 1. 2008.

FALGUERA I BARÓ, M.A.: “Las competencias de los jueces de lo Mercantil y la intervención de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en la nueva legislación concursal: algunos problemas procesales”. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 166. 2004.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Delimitación de competencias entre el juez mercantil y el juez laboral en el seno de los procedimientos concursales: los problemas surgidos de la Ley 22/2003, concursal”. Revista de Derecho Social núm. 26. 2004.

FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: “La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general en la Ley Concursal”. Revista crítica de derecho inmobiliario, nº 80. 2004.

FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: “La reforma de la Ley Concursal en materia laboral. Más allá del art. 64 de la LC”. Jornadas Formativas sobre la Reforma de la LC. ICALPA. 2009.

FONOLL PUEDO, J.M. “Implicaciones laborales derivadas de la reducción de privilegios en el sistema concursal europeo. Especial referencia al caso español”. Noticias Jurídicas. 2004. Versión electrónica.

GARCÍA BLASCO, J.: "Algunos aspectos laborales del concurso", en VV.AA.: Las claves de la Ley Concursal, Thomson-Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra). 2005.

GARCÍA-CRUCES, J.A.: “Las garantías reales en el concurso: marco general”. III Seminario de Derecho Concursal. 2008. Versión electrónica.

GARCÍA NINET, J.I.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal”. Tribuna Social: revista de seguridad social y laboral. nº 166. Ejemplar dedica a aspectos laborales de la Ley Concursal. 2004.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “La reforma concursal: aspectos laborales y de seguridad social”. Ed. Lex Nova. Pág. 63. Versión electrónica.

GARCÍA- PERROTE ESCARTÍN, I.: “Aspectos laborales de la nueva Ley Concursal”. Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº. 15. 2003.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: “Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos”. Actualidad Laboral núm. 10/2004. Versión electrónica.

GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M.: “La competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, número extraordinario (Homenaje al Profesor D. Rodrigo Uría González), nº 16. 2006.

GARCÍA VIÑA, J.: “Esquemas de las especialidades laborales en la Ley Concursal”. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 166 (Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley Concursal). 2004.



GARCÍA VIÑA, J.: “Delimitación de competencias entre los jueces de lo mercantil y los tribunales laborales. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 166. (Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley Concursal). 2004.

GÓMEZ ABELLEIRA, F.J.: “Los aspectos laborales de la Ley Concursal”. Estudios de Derecho concursal. Tórculo Ediciones. 2005.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: “Competencia para decidir si los bienes embargados en la ejecución laboral son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor declarado en concurso”. Aranzadi. Revista Aranzadi Doctrinal nº. 6/2010.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La protección Social de los trabajadores extranjeros”. Expediente FIPROS – 2006/94. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

GONZÁLEZ PILLADO, E., “La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral”. Aranzadi. Versión electrónica.

GULLÓN RODRÍGUEZ, J.: “Suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo en la situación de concurso”. Cuadernos de derecho judicial, nº. 21. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

HERRERA CUEVAS, E.J.: “Aproximación al nuevo Derecho Concursal del Trabajo”. Revista de Derecho Concursal y Para concursal, nº 2. 2005. La Ley. 2005.

HERRERA CUEVAS, E.J.: “Aspectos laborales del concurso de acreedores”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº. 8. 2008.

HURTADO IGLESIAS, S.: “La reforma concursal: anteproyecto de 17 de diciembre de 2010”. Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación, nº. 14. 2011.

LACOMBA PÉREAZ, R.: “La extinción colectiva de los contratos de trabajo por impago de salarios competencia del juez del concurso”. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 166. (Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley Concursal). 2004.

LOPEZ GANDÍA, J.: “Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del derecho del trabajo”. Ed. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2006.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “Las sociedades laborales y la aplicación del derecho del trabajo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2007.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “El empresario laboral”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2010.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “Crisis de empresas y derecho del trabajo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2010.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “La reforma laboral de 2010”, Ed. El Derecho, Madrid. 2010.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral”, Ed. Bomarzo, Albacete. 2011.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “La extinción del contrato de trabajo al amparo del art. 50 del ET”, Revista de Derecho Social, nº. 62. 2013.

LOPEZ GANDIA, JUAN.: “Crisis económica y medidas ante el desempleo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2015.

LOUSADA AROCHENA, J. F.: “Algunas anotaciones al artículo 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio ( RCL 2003, 1748), concursal”. *Revista de Derecho Social* nº. 27. 2004.

LOUSADA AROCHENA, J.F; GAMERO LÓPEZ-PELÁEZ, F.J: “Los pactos procesales en el orden social: unos apuntes para el debate”. *Relaciones Laborales*, nº 23. Versión electrónica.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “Los privilegios de los créditos laborales en el concurso de acreedores”. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 166. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley Concursal). 2004.

LUQUE CORTELLA, A: “La hacienda pública y el crédito tributario en los procesos concursales”. Ed. Marcial Pons, 2008.

MARÍN HITTA, L.: “Ampliación de la ejecución de sentencias y condenatoria de sociedad a las personas de sus socios y administradores”. *Aranzadi Social*, nº. 6918. 2001. Versión electrónica.

MARÍN LÓPEZ, M.J: “Comentarios al Artículo 55 de la Ley Concursal” en BERCOTVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R (Coordinador): “Comentarios a la Ley Concursal”. Volumen I. Ed. Tecnos. 2004.

MARTÍNEZ FONS, D.: “Créditos Laborales en la Ley Concursal”. Ed. Bosch. 2008.

MENÉNDEZ ESTEBANEZ, F.L.: “Primeras notas sobre la Competencias de los nuevos Juzgados de lo Mercantil (Competencia dos xuíces e tribunais)”. *Revista Xurídica Galega*, nº 43. Versión electrónica.

MARTÍNEZ GARRIDO, L.M.: “La regulación procesal de los temas sociales en la legislación concursal”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº. 21. Ejemplar dedicado a:

Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

MERCADER UGUINA, J.R.: “La tutela crediticia de los trabajadores autónomos en el concurso”. *Aranzadi Social* núm. 18/2011. Parte Tribuna. Versión electrónica.

MIRANDA BOTO, J.M.: “Extensión de la garantía del FOGASA: validez de las indemnizaciones reconocidas por la jurisdicción social en el marco de un concurso”. *Aranzadi Social*. Paraf. 7. 2010. Versión electrónica.

MODUGNO MARTÍNEZ, R.I.: "Implicaciones de la preferencia temporal del artículo 150 de la ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras en el atraso y la quiebra en Venezuela". Universidad Católica Andrés Bello. 2013.

MOLINA NAVARRETE, C.: “El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la Reforma 2011-2012”. Ed. Tecnos. 2012.

MOLINER TAMBORERO, G.: “El Fondo de Garantía Salarial y su problemática jurídica”. *Revista del Trabajo*, nº 65. 1982.

MOLINER TAMBORERO, G., “Aspectos procesales laborales de la Ley Concursal”. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, nº 166. (Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley Concursal). 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Concurso y Relaciones Laborales. Efectos de la Declaración del Concurso”. *Relaciones Laborales*, nº 15. Versión electrónica.

MONTERO AROCA, J.: “Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral.” Ed. Civitas. Madrid. 1993.

MONTOYA MEDINA, DAVID.: “El proceso ordinaria: La demanda”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2005.

MONTOYA MEDINA, DAVID.: “La extinción del contrato de trabajo”, Ed. Civitas, Madrid. 2008.

MONTOYA MEDINA, DAVID.: “La determinación de las indemnizaciones por extinción concursal de los contratos de trabajo”, Revista Actualidad Laboral, nº. 2. 2009.

MONTOYA MEDINA, DAVID.: “Crisis de empresas y derecho del trabajo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia. 2010.

MONTOYA MEDINA, DAVID.: “En torno a la cuestionada licitud del despido por causas empresariales acometido durante la vigencia de una regulación temporal de empleo”, Revista Información Laboral, nº. 4. 2014.

MONTOYA MELGAR, A.: “Proceso civil y proceso laboral: (en torno a las recíprocas influencias entre la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley de Procedimiento Laboral)” en Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Procedimiento Laboral. Ed. Aranzadi. 2001.

MORALES VALLEZ, C.E.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal”. Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, nº 188-189. 2006.

MORENO LISO, L.: “La vis atractiva del procedimiento concursal y los créditos laborales”. Aranzadi Social. Paraf. 10/2010. Pamplona. 2010.

MOYA YOLDI, J: “La disposición adicional segunda bis de la Ley Concursal y sus efectos en los concursos de los clubes de fútbol”. Revista Aranzadi Doctrinal nº. 8/2011. Versión electrónica.

MUÑOZ VILLAREAL, A.: “El requisito de probar la insolvencia del deudor”. Artículos Doctrinales: Derecho mercantil. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

NÚÑEZ LAGOS, A.: “Dos cuestiones prácticas en la reestructuración: la superación de los límites al contenido del convenio y la sucesión de empresa en sede de liquidación”. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 8. 2008.

OLMOS PARÉS, ISABEL.: “La extensión de la jurisdicción del concurso en los aspectos laborales. La reforma de la Ley Concursal”. Ed. Francis Lefebvre. *Actum Social*, nº 59. 2012. Versión electrónica.

ORCARAY REVIRIEGO, J.J.; BADIOLA SÁNCHEZ, A.M.: “La nueva Ley Concursal y las medidas declarativas laborales competencia del juez de lo mercantil: especial referencia a las acciones resolutorias individuales ex artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores”. Parte: artículo doctrinal. Ed. Lex Nova número 3/2005.

ORELLANA CANO, N.A.: “Aspectos laborales del concurso de acreedores. *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, nº. 14. 2011.

PALOMO BALDA, E.: “Modificación sustancial de las condiciones de trabajo en las empresas en concurso. *Cuadernos de derecho judicial*, nº. 21. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

PATAU BRUNET, J.: “Efecto dominó en el ámbito financiero. Especial referencia a las situaciones concursales en Cataluña durante el bienio 2004-2005. Tesis doctoral. Universidad de Barcelona. Versión inédita.

PEDRAJAS MORENO, A y SALA FRANCO, T.: “Los aspectos laborales de la Ley Concursal”. *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, nº. 11. 2004.

PÉREZ PÉREZ, M.: “La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador”. Ed. Bosch. 1980.

PITA GRANDAL, A y RUIZ HIDALGO, C: “El crédito tributario en la Ley Concursal y las técnicas de resolución de conflictos”, *Revista Técnica Tributaria*, nº 70. 2005.

PUEBLA PINILLA.: “Aspectos laborales de la nueva ley concursal”. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 11, 2004.

PULGAR EZQUERRA, J.: “El presupuesto objetivo de la quiebra en Derecho español”. Universidad de Almería. Servicio de Publicaciones. 2000.

RAMÓN DANGLA, R.: “El Fondo de Garantía Salarial como seguro de salarios. Un modelo económico de comportamientos: Eficiencia vs. riesgo moral”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 71. 2008.

RAMÓN DANGLA, R.: “La protección del crédito laboral ante la insolvencia empresarial. Desde el privilegio hasta el Fondo de Garantía Salarial. Un nuevo instrumento de política económica y del estado de bienestar”. *Historia e Instituciones económicas*. Universidad Castilla – La Mancha. Conference: IX Congreso Internacional de la Asociación Española de Historia Económica. Universidad de Murcia. Versión electrónica.

RAMOS MÉNDEZ, F.: “Reflexiones sobre la cuestionable eficacia de la ejecución dineraria”. *Diario La Ley*, nº 6995. Sección Doctrina. 2008.

ROBLEDO VILLAR, A.: “La introducción de las formas especiales de realización forzosa de bienes”. (Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; Ley 1/2000, de 7 de enero). *Actualidad Civil, Sección Crónica*. Ed. La Ley. 2000.

RÍOS SALMERÓN, B.: “La Ley Concursal y los créditos laborales”. Manuales de formación continuada, nº 23. Consejo General del Poder Judicial. 2004.

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J.: “La Hacienda Pública y los procesos concursales”. Thomson-Aranzadi, 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M y BRAVO-FERRER.: “La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales”. Revista Relaciones Laborales, nº 23-24. 2003.

ROJO, A.-BELTRÁN, E.: “Informes y dictámenes a los Anteproyectos de la Ley de 2001. Informe del Consejo General del Poder Judicial”. Comentario de la Ley Concursal. Tomos I y II. 2001.

ROMERO MARTÍN, E.: “Los supuestos de transgresión de la buena fe contractual del art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores”. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

ROMERO RODENAS, M.J.: “Ejecución provisional de las sentencias de despido tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo”, Ed. Bomarzo, Albacete. 1994.

ROMERO RODENAS, M.J.: “Relaciones laborales en el empleo público”, Ed. Ibidem, Madrid. 1995.

ROMERO RODENAS, M.J.: “Algunas particularidades del proceso de trabajo contra las Administraciones públicas”, Revista Actualidad Laboral, nº. 2. 1998.

ROMERO RODENAS, M.J.: “Los efectos de la crisis económica sobre las mujeres”, Fundación 1º de mayo, anuario 2010, Madrid. 2010.

ROMERO RODENAS, M.J.: “art. 61. Medidas cautelares”, Ed. Bomarzo, Albacete. 2012.



ROMERO RODENAS, M.J.: “art. 61. Medidas cautelares”, Ed. Bomarzo, Albacete. 2012.

ROMERO RODENAS, M.J.: “Salario, cotización y nómina”, Ed. Bomarzo, Albacete. 2015.

ROMERO RODENAS, M.J.: “Manual de prestaciones básicas del Régimen General de la Seguridad Social”, Ed. Bomarzo, Albacete. 2015.

ROQUETA BUJ, M.R.: “El fondo de garantía salarial en la Ley concursal”. Cuadernos de derecho judicial, nº. 21, 2005. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J.; ADRIÁN ARNAIZ, A.J.; GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: “Comentarios a la legislación concursal”. Volumen I. Ed. Lex Nova. 2004.

SÁNCHEZ, L.: “La creación de los juzgados de lo mercantil por la nueva normativa concursal”. Artículos Doctrinales de Derecho Mercantil. Ed. Noticias Jurídicas. Versión electrónica.

SÁNCHEZ PINO, A.J., “La concurrencia del procedimiento de apremio con el procedimiento concursal”. Quincena Fiscal, 2004, nº 8.

SANGULGENCIO GUTIÉRREZ, J.A.: “Aspectos laborales del convenio: la sucesión de empresas y concurso: proposición de enajenación en la propuesta de convenio y la necesaria continuidad de la actividad por el adquirente: el plan de viabilidad”. Comentarios a la Ley concursal. 2004.

SEGOVIA VARGAS, M.J.: “Predicción de crisis empresariales en seguros no vida mediante la metodología Rought Set”. Tesis doctoral. UCM. ISBN: 84-669-2278-4. Versión inédita.

SEMPERE NAVARRO, A.V; RÍOS SALMERÓN, B; ARETA MARTÍNEZ, M.: “La Ley concursal y los aspectos sociales”. Ed. Laborum. 2004.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Retoques laborales en el procedimiento laboral (notas sobre la Ley 38/2011, de 10 de octubre)”. Revista Aranzadi Doctrinal núm. 8. 2011. Versión electrónica.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: “La Reforma Laboral de 2012 y el procedimiento concursal”. Ed. Aranzadi Social núm. 6. 2012.

SOZA RIED, M.A.: “El procedimiento concursal del derecho romano clásico y algunas de sus repercusiones en el actual derecho de quiebras”. La Revista de Estudio Histórico-Jurídico nº. 20 Valparaíso 1998.

TOLEDO SAAVEDRA, J.A. y BUFETE ÁLVAREZ DE TOLEDO: “La creación de los juzgados de lo mercantil”. Artículo publicado en el número especial Reforma Concursal del Diario de Noticias La Ley. 2002. Versión electrónica.

TORNILLO URBINA, J.L.: “Concurso de acreedores y perjuicios sociales”. Actualidad Jurídica Aranzadi nº. 828. 2011. Versión electrónica.

TORRES ANDRÉS, J.M.: “El régimen de recursos en la Ley concursal”. Cuadernos de derecho judicial, nº. 21. Ejemplar dedicado a: Aspectos laborales de la Ley concursal: especial referencia al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). 2005.

VALERO LOZANO, N.: “El régimen jurídico del crédito público en la Ley Concursal”. Ed. La Ley. Año 2007.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Aspectos laborales de la Ley Concursal. Algunos puntos críticos tras un lustro de aplicación”. Ed. Actualidad Laboral, n.º 18, Tomo 2. Editorial La Ley. 2010.

VIQUEIRA PEREZ, CARMEN.: “La resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador por incumplimiento del empresario”, Ed. Civitas, Madrid. 1994.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “El ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago o retraso en el abono del salario en el contexto del concurso: algunos puntos críticos”. Revista Aranzadi Social. Paraf. 61/2007.

VIQUEIRA PEREZ, CARMEN.: “La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal”, Ed. Civitas, Madrid. 2007.

YAÑEZ VIVIERO, F.: “Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico-matrimonial del concursado”. Monografías. Aranzadi. Versión electrónica.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Un apunte sobre los intereses generados por deudas de la empresa a favor del trabajador”. Ed. Lefebvre – El Derecho. 2015. Versión electrónica.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Evitación del proceso: conciliación y reclamación previa. Nueva regulación de medidas cautelares”. Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante. Versión electrónica.

## **Legislación**

---

Código de las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio.

Ordenación de Bilbao de 1737.

Código de Comercio de 30 de mayo de 1829.

Ley de Enjuiciamiento de Negocios y Causas de Comercio (Ley de Enjuiciamiento Mercantil).

Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868 (Ley de Unificación de Fueros).

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Código de Comercio de 1885.

Real Decreto de fecha 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley de Suspensión de Pagos de 1922

Anteproyecto de la Ley Concursal de 1959.

Directiva 1980/987/CEE, de 20 de octubre. LCEur 1980/1432.

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Anteproyecto de la Ley Concursal de 27 de junio de 1983.

Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

ORDEN DE 20 DE AGOSTO DE 1985, por la que se desarrolla el artículo 32 del Real

Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre conclusión de acuerdos de devolución de las cantidades satisfechas por el Fondo de Garantía Salarial.

Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

CONVENIO 173, DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.  
Instrumento de ratificación del Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, adoptado en Ginebra el 23 de junio de 1992.

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

Anteproyecto de la Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995.

Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

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 sanciona al empresario y no al trabajador por dicha conducta empresarial

Anteproyecto de la Ley Concursal de 17 de noviembre de 2000.

Anteproyecto del año 2001.

Proyecto de la Ley Concursal de 23 de julio de 2002.

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal.

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio

Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

Real Decreto 939/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación.

DIRECTIVA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES. Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

RESOLUCIÓN de 3 de abril de 2008 de la Secretaría General del Fondo de Garantía Salarial por la que se aprueba el modelo de impreso de solicitudes, según lo establecido

en el artículo 24.2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial.

Instrucción 1/2009, de 7 de enero, del Departamento de Recaudación, sobre gestión de aplazamiento y fraccionamiento de pago de fecha 7 de enero de 2009.

Real Decreto 167/2009

Real Decreto 819/2010, de 25 de junio.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.

Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude.

Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Real Decreto 1717/2012, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2013 (BOE 31-12-12).

Instrucción 6/2013, del Departamento de Recaudación sobre gestión de aplazamientos y fraccionamientos de pago de retenciones e ingresos a cuenta y de deudores en situación de concurso de acreedores.

Real Decreto-Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal

Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

Instrucción 3/2014, de 19 de noviembre, de la Directora del Departamento de Recaudación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, para la suscripción de acuerdos singulares con obligados declarados en concurso de acreedores.

## **Jurisprudencia**

---

### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE CE

TJCE 1993\206. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de fecha 16.12.1993.

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 17/1981. (Cuestión de inconstitucionalidad 231-1980).

STC 3/1983, de fecha 25.01.1983. (Cuestión de inconstitucionalidad 222-1982).

STC 31/1984, de fecha 07/03/1984. (Recurso de amparo 234-1982).

STC 133/1987. (Recurso de amparo 373-1985).

STC 49/1988. (Recurso de inconstitucionalidad 990-1985, 991-1985, 1007-1985).

STC 28/1991. (Recurso de inconstitucionalidad 852-1987).



STC 64/1991. (Recurso de amparo 853-1988).

STC 119/1991. (Recurso de amparo 1676-1988).

#### TRIBUNAL SUPREMO

Auto de la Sala de Conflictos de 8 de marzo de 1996 (RJ 1996, 9185).

STS (Sala de lo Social) de fecha 04.05.1962.

STS (Sala de lo Social) de fecha 20.12.1969.

STS (Sala de lo Social) de fecha 28.2.1970.

STS de fecha 28.01.1983 (RJ 1983, 2728 y 2729).

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) número 330 de fecha 28.05.1984 (Rec. 1984/2800).  
Ref. CENDOJ 28079110011984100397.

STS (Sala de lo Social) núm. 166 de fecha 09.02.1990. (Rec. 769/1987). Ref. CENDOJ  
28079140011990101937.

STS (Sala Cuarta) de fecha 28.02.1997 (RJ 1997, 4220).

STS de 28.10.1997 (RJ 1997, 7680).

STS de fecha 31.12.1997 (RJ 1997, 9644).

STS de fecha 13.04.1998 (RJ 1998, 4577).

STS de fecha 31.03.1999 (RJ 1999, 3782).

STS de fecha 09.11.1999 (RJ 1999, 8520).

STS de fecha 20.10.1999 (RJ 1999, 7227).

STS (Sección Cuarta) de fecha 22.12.2008. (RJ 2009, 1434).

STS de fecha 25.05.2000 (RJ 2000, 4799) . (Rec. 895/99).

STS de la Sala de lo Contencioso Administrativo de fecha 10.02.2005. Ref. CENDOJ 28079130072005100034.

STS (Sala de lo Social, Sección 1ª) de fecha 13.04.2011. RJ 2011/3951. (Rec. 2149/2010). Ref. CENDOJ 28079140012011100379.

STS (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª), de fecha 30.05.2011. Ref. CENDOJ 28079330062011100658.

STS (Sala Tercera) de fecha 25.9.2012. (Rec. 4332/2011).

STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) núm. 705/2012 de fecha 26.11.2012. Ref. CENDOJ 28079110012012100747.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), número 189/2013, de fecha 22.03.2013. (Rec. 2013/3383). Ref. CENDOJ 28079110012013100218.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 237/2013, de fecha 09.04.2013. (Rec. 2013/3685). Ref. CENDOJ 28079110012013100276.

STS (Sala de lo Social, Sección 1) número 882/2014. RJ 121/2013

STS (Sala de lo Social, Sección 1) de fecha 16.03.2015. (Rec. 802/2014). Ref. CENDOJ 28079140012015100149.

STS (Sala de lo Social, sección 1) de fecha 24.03.2015 (Rec. 8/2014). Ref. CENDOJ: 28079140012015100223.

STS (Sala Tercera) de fecha 13.10.2015. (Rec. 3393/2013). Ref. CENDOJ 28079130022015100423.

#### AUDIENCIA NACIONAL

ST AN de fecha 26.07.2012.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social) núm. 3936/1994, de fecha 04.07.1994.

STSJ de Navarra de fecha 18.06.1999 (RJ 1999, 1918).

STSJ de Andalucía (Sala de lo Social, Granada) núm. 70/2001 de fecha 11.01.2001. Ref. CENDOJ 18087340012001101805.

STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) número 865/2002 de fecha 10.05.2002. (Rec. 611/2002). Ref. CENDOJ 29067340012002103625.

STSJ de la C. Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª). (Rec. 2371/2005), de fecha 12.07.2005. Ref. CENDOJ 46250340012005102882.

STSJ de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 12/2005, de fecha 04.01.2006. Ref. CENDOJ 50297340012006100013.

STSJ del País Vasco (Sala de lo Social, Sección 1ª), número 443/2007 de 13.02.2007. Ref. CENDOJ 48020340012007100598.

STSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1era), número 903/2010 de fecha 28.06.2010. Ref. CENDOJ 35016340012010100498.

STSJ de Justicia de Castilla y León (Valladolid), de fecha 23.07.2010. (Rec. 1213/2010). Ref. CENDOJ 47186340012010101516.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 5398/2012 de fecha 8.11.2012. (Rec. 3988/2012). Ref. CENDOJ 15030340012012105094.

STSJ de Cataluña de fecha 22.11.2012.

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección 1ª) número 497/2012 (Rec. 1902/2012).

STSJ de Cataluña de fecha 30.09.2013.

STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª) número 201/2013 (Rec. 122/2007).

STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de fecha 02.12.2013 (Rec. 1181/2013). Ref. CENDOJ 28079340062013100879.

STSJ de Oviedo (Sala de lo Social, Sección 1) de fecha 27.06.2014.

STSJ de Madrid (Sala de lo Social, Sección nº 05) núm. 596, de fecha 07.07.2014. (Rec. 2106/2013). Ref. CENDOJ 28079340052014100672.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social – Sección 1) de fecha 09.07.2014.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social). Sede: Coruña, de fecha 14.07.2015. (Rec. 4590/2014). Ref. CENDOJ 15030340012015103833.

STSJ de Cataluña (Sala de lo Social). Sede: Barcelona, de fecha 20.07.2015 (Rec. 2277/2015). Ref. CENDOJ 08019340012015104881.

STSJ de Castilla La Mancha (Sala de lo Social). Sede: Albacete, de fecha 01.09.2015. (Recurso 1391/2014). 02003340012015100565.

STSJ de Galicia (Sala de lo Social, sede: Coruña) de fecha 29.09.2015 (Recurso 2492/2014). Ref. CENDOJ 15030340012015104881.

#### AUDIENCIA PROVINCIAL

ST AP de Gerona de fecha 28.09.1992.

ST AP de Barcelona (Sección 15ª). Auto núm. 78/2004 de fecha 01.06.2004. (JUR 2004\204938).

ST AP Huesca de fecha 19.12.2007. Ref. CENDOJ 22125370012007100541.

ST AP de Islas Baleares (Sección 5ª), número 59/2009, de fecha 24.03.2009.

ST AP de Islas Baleares (Sección 5ª). Auto núm. 7/2010 de fecha 27.01.2010. (Rec. 537/2009). Ref. CENDOJ 07040370052010200003.

Auto de la AP de Burgos. (Sección 3ª), núm. 166/2010 de fecha 16.04.2010. (Rec. 81/2010). Ref. CENDOJ 09059370032010200026.

ST AP de Álava (Sección 1ª), núm. 299/2010 de fecha 10.07.2010. Ref. CENDOJ 48020370062010100496.

ST AP de León (Sección 1ª), núm. 428/2011, de fecha 25.11.2011. Ref. CENDOJ: 24089370012011100440.

ST de la AP de Murcia (Sección 3) número 93/2015 de fecha 26.02.2015 (Rec. 25/2014). Ref. CENDOJ: 30030370032015100081.

Sentencia de la AP de Madrid (Sección 16) número 379/15 de fecha 25.05.2015 (Rec. 550/2015). Ref. CENDOJ 28079370162015100399.

Sentencia de la AP de Soria número 87/2015 de fecha 15.10.2015. (Rec. 17/2014). Ref. CENDOJ: 42173370012015100154.

#### PRIMERAS INSTANCIAS

ST del Juzgado de lo mercantil número 1 de Bilbao (Provincia de Vizcaya). Auto de fecha 22.03.2005. AC 2005/247.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Málaga, de fecha 14.02.2006 Ref. CENDOJ 29067470012006100005.

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz. Auto de fecha 21.01.2008. (Rec. 22/2004) Ref. CENDOJ 11012470012008200003.

Juzgado número 1 de Elche, número 404/2008 de fecha 24.10.2008

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Valencia, de fecha 15.02.2010. (Recurso 824/2009). Ref. CENDOJ 46250470012010200001.

STS (Sala 1ª) núm. 539/2012, de fecha 10.09.2010. (Rec. 2149/2009).

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de San Sebastián, número 76/2012 de fecha 27.01.2012.

STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 315/2013. (Rec. 417/2010). Ref. CENDOJ 28079110012013100290.

Sentencia del Juzgado número 21 de Madrid núm. 91/13 de fecha 03.04.2013.

Sentencia del Juzgado número 21 de Madrid núm. 315/13 de fecha 09.09.2013.

Auto del Juzgado de lo Social número 21 de Madrid de fecha 20.02.2014.

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de fecha 14.04.2015.  
(Concurso Voluntario 797/2013 Sección A. Ref. CENDOJ 08019470102015200003.

Auto del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Barcelona de fecha 14.04.2015.  
(Concurso Voluntario 798/2013 Sección A). Ref. CENDOJ 08019470102015200002.

Auto del Juzgado de Instrucción de Zaragoza (Sección 1). (Rec. 3309/2013) de fecha  
29.10.2015. Ref. CENDOJ: 50297430012015200001.