

# Consecuencias laborales de la negativa empresarial a solicitar concurso de acreedores.

## Particular incidencia en el despido colectivo

**Lourdes López Cumbre**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria*

*Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo*

---

### 1. Excepción al principio rogatorio: la obligación de solicitar concurso de acreedores ante el incumplimiento empresarial generalizado de las obligaciones salariales y de Seguridad Social

1.1. La Ley Concursal (LC), establece en su artículo 5 el deber del deudor de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario presentada por el acreedor conforme al artículo 2.4 LC (sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, embargos por ejecuciones pendientes que afecten de forma general al patrimonio del deudor o el alzamiento o liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor).

Pero, en concreto, el artículo 5.2 LC remite al 2.4.4.º LC para determinar la presunción del conocimiento del estado de insolvencia del deudor cuando se hubiera producido el incumplimiento generalizado de alguna de estas obligaciones: las de pago de las obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud del concurso, las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo y, en fin, las de pago de salarios e indemnizaciones y

demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

1.2. Este carácter imperativo de la norma tiene consecuencias laborales importantes, especialmente en lo que se refiere a los despidos colectivos. Si el despido colectivo se declara dentro del concurso, la calificación de los créditos derivados de las indemnizaciones por la extinción se considerarán créditos contra la masa —*ex art. 84.2.5 LC*— y gozan de preferencia en su liquidación respecto de los créditos ordinarios. Pero, si el despido colectivo no se tramita dentro del concurso, las cantidades derivadas de las indemnizaciones que correspondan formarán parte de la masa pasiva, con su correlativa calificación de crédito ordinario, y su importe sería satisfecho una vez liquidados los créditos contra la masa y los privilegiados —*ex art. 157.1 LC*— con cargo a la masa activa de bienes y derechos.

Dado el mandato del artículo 5.2 LC, la negativa de la empresa a solicitar el concurso de acreedores podría ser calificada de fraude de ley, pues genera un perjuicio a los trabajadores al privarles de su derecho a que el despido sea resuelto mediante un expediente concursal. Y, así, de admitirse que sea la empresa la que decida solicitar o no el concurso, en un supuesto en el que se constata que ha existido el incumplimiento previsto en la norma, se estarían trasladando al patrimonio de los trabajadores las consecuencias jurídicas

derivadas de un incumplimiento empresarial.

Puesto que el artículo 8.2.º LC atribuye al juez de lo Mercantil, con carácter exclusivo y excluyente, las acciones sociales que tengan por objeto la extinción de los contratos de trabajo y, dado que dicha competencia constituye una cuestión de orden público de carácter improrrogable, su infracción viciaría de nulidad la decisión de despedir colectivamente a los trabajadores por aplicación del artículo 124.11 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), un precepto destinado a la regulación de la modalidad especial de despido colectivo y que dispone la declaración de nulidad de aquél cuando no se hubiera obtenido «la autorización judicial del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista».

## **2. Consecuencias laborales de la negativa empresarial a solicitar el concurso de acreedores, especialmente en el despido colectivo**

2.1. Si se acreditara que la empresa reúne los requisitos previstos en la Ley Concursal para solicitar concurso voluntario de acreedores antes de la apertura del periodo de consultas preceptivo para tramitar el despido colectivo, cabría considerar que se está produciendo un fraude de ley en la conclusión de dicho despido. De hecho, una decisión que debería haber sido adoptada dentro del concurso de acreedores se aparta de éste. Existe, pues, una intencionalidad en la conducta empresarial sobre la utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico al sustraer tal medida de su tramitación legal —el procedimiento previsto en el artículo 64 LC— para beneficiarse de un procedimiento más flexible que no exige autorización judicial alguna. Prevalece la voluntad del empresario que, eludiendo el control judicial, evita la declaración del concurso y, por ende, la intervención del juez de lo Mercantil, pese a cumplir lo previsto en el artículo 5.2 LC.

Atendiendo a la doctrina dictada por los tribunales del orden social en relación con el fraude de ley, este último, como

es sabido, no se presume, sino que ha de ser acreditado por quien lo invoca; se admiten pruebas directas e indirectas y también las presunciones y se considera suficiente con que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley (por todas, SSTs de 17 de febrero del 2014, Ar. 2070 y 2071, y de 10 de diciembre del 2013, Ar. 8028).

2.2. Sin embargo, y de conformidad con dos pronunciamientos recientes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (SSTs de 23 de diciembre del 2014, Ar. 5759, y de 2 de diciembre del 2014, Ar. 5707, respectivamente), para que la obligación de solicitar concurso de acreedores en los términos expuestos exista con ese carácter imperativo, al menos desde la perspectiva del planteamiento de fraude de ley habría resultado imprescindible la demostración —ya fuera siquiera mediante mecanismos indiciarios— de una situación de insolvencia generalizada, esto es, «con repercusión sobre otros acreedores distintos de los trabajadores, actual o inminente, de la mercantil implicada» (STS de 2 de diciembre del 2014, Ar. 5707, FJ 3). A falta de dicha acreditación y, por tanto, siendo perfectamente lógico deducir que los únicos acreedores de esta situación de insolvencia actual o inminente eran precisamente los trabajadores, se hace necesario concluir que no resultaba obligatoria para el empresario deudor la iniciación de un procedimiento concursal que, desde luego y en su caso, podrían haber instado los propios trabajadores al amparo de lo previsto en el artículo 2.4.4.º LC (solicitud del concurso por los acreedores) en su condición de acreedores de las deudas salariales.

Es más, aun cuando pudiera admitirse —entiende la sentencia en cuestión que a efectos meramente dialécticos— la infracción del artículo 5.1 LC, ésta no sería suficiente para estimar la existencia de fraude de ley pues, al consistir el fraude en una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico, no debe ser confundido con la mera infracción o incumplimiento

de una norma. De ahí que se considere imprescindible que los datos objetivos revelen el ánimo de ampararse en el texto de una norma para conseguir un resultado prohibido o contrario a la ley, ánimo o intención no acreditado en el supuesto que se analiza.

- 2.3. Por lo demás, se estima que, aun cuando se hubieran producido y probado los perjuicios laborales que se denuncian, no quedaría justificada la petición de nulidad del despido colectivo requerida. El artículo 124.11 LJS, en su redacción dada por la Ley 1/14, de 28 de febrero (*BOE* de 1 de marzo), considera una de las causas de nulidad que el empresario no haya obtenido la autorización del juez del concurso en los supuestos en que esté legalmente prevista. Se trata, no obstante, de una norma que parece referirse a empresas ya concursadas cuando toman la decisión extintiva y para cuya actuación colectiva necesitan la preceptiva autorización del juez del concurso. Pero si se deduce, como se ha apuntado, que en

este caso no existía obligación alguna por parte de la empresa demandada de iniciar el correspondiente concurso de acreedores por inexistencia de la situación de insolvencia, de acuerdo con la interpretación avanzada por la sentencia, entonces no sería necesaria la autorización del Juzgado de lo Mercantil —que no intervendría en ningún caso— ni se estaría vulnerando lo previsto en el artículo 124.11 LJS —porque no se requeriría tal autorización— con lo que el despido colectivo no podría ser calificado de nulo.

Finalmente, y aun cuando se llegaran a demostrar los perjuicios alegados por los trabajadores, los dos pronunciamientos analizados entienden que todo ello derivaría, en su caso, en el ejercicio de una acción de responsabilidad contra los administradores de la sociedad demandada conforme a lo dispuesto en los artículos 236 y ss. de la Ley 1/10, de 2 de julio (*BOE* de 3 de julio), de Sociedades de Capital, acción para cuyo conocimiento no sería competente el orden social.