

Demanda de despido tácito durante la tramitación del concurso

Lourdes López Cumbre

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

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

En situaciones de crisis empresarial no son extrañas demandas de despido «tácito». Aunque se trata de una denominación no recogida por el legislador laboral, reproduce la posibilidad que el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores otorga al trabajador para extinguir su contrato en determinadas circunstancias y con derecho a la indemnización correspondiente al despido improcedente. Este tipo de demandas suelen coincidir con los procesos concursales, si bien la realidad temporal puede ser distinta. Presentadas antes de la declaración del concurso, se resuelven con posterioridad a la solicitud de éste; presentadas con posterioridad a la declaración del concurso, concurren con otro tipo de extinción contractual decidida en sede concursal (el despido colectivo, por ejemplo y entre otros).

1. La Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya había fijado criterio en relación con esta materia, principalmente en tres pronunciamientos, a saber, en sus sentencias de 3 de julio del 2012 (Ar. 10679), de 29 de octubre del 2013 (Ar. 8115) y de 9 de febrero del 2015 (Ar. 776). En tales casos, los trabajadores interpusieron demanda por despido tácito por falta de ocupación efectiva con posterioridad a la solicitud de concurso voluntario y por hechos alegados como acontecidos el mismo día en que la empresa fue declarada en situación de concurso voluntario o con posterioridad a dicha solicitud, pero antes de que se dictara el correspondiente auto de extinción de contratos de trabajo por parte del Juzgado de lo Mercantil.

Con carácter general, el Tribunal Supremo venía avalando la imposibilidad de ejercer una acción por despido tácito tras haberse declarado el concurso de acreedores y haberse iniciado un

expediente concursal de extinción colectiva. El tribunal aducía argumentos no exentos de interés. Por una parte, porque, de conformidad con la legislación vigente, al juez del concurso le compete «con carácter exclusivo y excluyente» la extinción colectiva de las relaciones laborales. Y, así, si se considera que la causa invocada como demostrativa del despido tácito —falta de ocupación efectiva o impago del salario— obedece a la misma situación económica que determina la declaración concursal —en cuya sede deben precisamente extinguirse los contratos para no defraudar la finalidad de su procedimiento—, se justifica la *vis atractiva* que el despido colectivo concursal puede tener sobre otras acciones extintivas. Por otra parte, porque, respecto de la primacía, no del factor cronológico procesal (ejercicio de la pretensión) ni del sustantivo (nacimiento del hecho constitutivo de la acción), sino de la necesidad de priorizar el factor

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

temporal del efecto extintivo (momento en que se considera extinguida la relación), se entiende que no cabe otra solución.

2. Por esta razón, el Tribunal Supremo ya había considerado en una de esas decisiones (STS de 9 de febrero del 2015, Ar. 776) que prima la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado el concurso. Se incluye también el despido de aquellos trabajadores que, con anterioridad a dicha declaración, hubieran presentado demanda de «despido tácito» siempre que ésta no hubiera sido resuelta aún por los tribunales. Las razones esgrimidas son asimismo destacables:

a) el artículo 64.1 de la Ley Concursal establece claramente que «los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo 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»;

b) no existe precepto alguno ni en la Ley Concursal ni en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que establezca que el juez de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto al trabajador o trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda presentada ante el Juzgado de lo Social en la que se inste la extinción del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 50.1b del Estatuto de los Trabajadores;

c) la pendencia de la esta última no supone la existencia de litispendencia respecto de la acción de extinción colectiva de los contratos de trabajo tramitada ante el Juzgado de lo Mercantil. Pues, si bien nuestro ordenamiento no define el concepto de litispendencia, ésta se configura como el anverso de la cosa juzgada y, para que concurra, se exige que el objeto de ambos litigios sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo, a tenor del artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, en este caso, además de encontrarse pendientes ante juzgados de distintos órdenes jurisdiccionales, los litigios no son idénticos, ya que el objeto

de cada uno de ellos es diferente (extinción como consecuencia del incumplimiento del empresario ante el Juzgado de lo Social, en un caso, y extinción colectiva de contratos por causas económicas, técnicas, organizativas o productivas ante el Juzgado de lo Mercantil, en otro);

d) la pendencia de una demanda ante el Juzgado de lo Social en la que se inste la extinción del contrato en los términos anteriormente señalados ninguna incidencia tiene en la vigencia del contrato, ya que la extinción de éste se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme cuando se estima que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes;

e) nuestro ordenamiento tiene previsto en algún supuesto —no del todo coincidente con el examinado, pero con cierta similitud— la posibilidad de coexistencia de una acción de despido y otra de extinción de contrato ejercida al amparo del artículo 50.1b del Estatuto de los Trabajadores. En tal caso, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social permite reunir ambas acciones en una misma demanda (art. 26.3), o bien, si se hubieren formulado por separado, acumular las dos demandas (*ex art.* 32.1).

3. Sin embargo, en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril del 2016 (Ar. 96420), la Sala de lo Social de este tribunal plantea dudas sobre la aplicación de esta tesis.

Los hechos son similares a los expuestos. Dos grupos de trabajadores que interponen demandas por extinción contractual y subsidiariamente por despido tácito ante el Juzgado de lo Social por falta de ocupación efectiva. Un mes más tarde la empresa abre un periodo de consultas para efectuar un despido colectivo. El Juzgado de lo Mercantil declara la extinción colectiva de los contratos de trabajo, incluidos los de los trabajadores que tenían formuladas demandas por despido tácito ante el Juzgado de lo Social, pero este último anula los despidos evidenciados «a través de la falta de ocupación efectiva y de contestación de la empresa a los requerimientos de los actores en cuanto a su reincorporación a su situación laboral». En trámite de suplicación, el Tribunal

Superior de Justicia señala que, puesto que los juicios declarativos en los que el deudor sea parte y se encuentren en tramitación al momento de la declaración del concurso continuarán hasta la firmeza de la sentencia, *ex artículo 51.1 de la Ley Concursal*, la reclamación laboral procede hasta adquirir firmeza. Esto no supone —entiende el citado tribunal— cuestionar la competencia exclusiva y excluyente que le otorga el artículo 8.2 de la Ley Concursal al Juzgado de lo Mercantil para resolver sobre la extinción colectiva de los contratos de trabajo en la empresa concursada, en particular, cuando el auto del Juzgado de lo Mercantil fue dictado con anterioridad a la sentencia del orden social que resolvía los procesos individuales o plurales de despido tácito.

Ahora, el Tribunal Supremo evalúa un hecho diferenciador importante, como es el que la demanda laboral sobre despido tácito se formule con anterioridad a la declaración del concurso. «En tales circunstancias, en una interpretación literal del citado art. 51.1.I LC e intentando aplicar *a sensu contrario* la doctrina sentada [...], pudiera sustentarse [...] que el juicio declarativo de despido en que el empleador-deudor era parte y que se encontraba en tramitación ante el Juzgado de lo Social al momento de la declaración de concurso por el Juzgado Mercantil debía continuar sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos hasta la firmeza de la sentencia y de esta forma aconteció, dado que en la fase declarativa no se le atribuye al Juez Mercantil la competencia para conocer de los hechos enjuiciados en las referidas demandas por despido tácito, singular o plural, que se tramitan ante el juez Social y que, una vez firme la sentencia, debería determinarse, en su caso, la competencia para su ejecución» (FJ 3).

Pero, siendo éste el argumento más convincente que debería conducir a la declaración de los despidos tácitos como nulos y a la readmisión de los trabajadores sin que les pudiera afectar el despido colectivo ya efectuado en sede concursal, el tribunal opta por la solución contraria.

En primer lugar, por la interrelación, ya manifestada en vía jurisprudencial, entre la extinción por voluntad del trabajador por causa o motivo de la falta de abono de salarios o de ocupación efectiva y el despido fundado en idénticas causas cuando ambas deriven de la misma situación económica que determine la situación concursal.

En segundo término, por la propia esencia y finalidad del concurso de acreedores que ha venido exigiendo la *vis attractiva* que el incidente concursal tiene para las acciones de resolución colectiva por imperativo del artículo 64.1 de la Ley Concursal («los expedientes de [...] extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo»).

En tercer lugar, por la extensión a otros supuestos extintivos de la referida finalidad —limitada en un principio a las extinciones colectivas—, puesto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.10 de la Ley Concursal, «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». En situación de concurso, la única extinción colectiva de las relaciones laborales que procede es la que acuerde el juez del concurso y precisamente de conformidad con los trámites establecidos en la normativa concursal.

Por lo tanto, y atendiendo a una interpretación finalista, por analogía y recurriendo a lo establecido en el artículo 4.1 del Código Civil, el Tribunal Supremo opta —pese a las dudas expuestas— por resolver en idénticos términos

a supuestos anteriores, sin modificar su criterio. Y, así, entiende que «ante unos mismos hechos deba darse idéntica solución en aras de la igualdad entre los diversos trabajadores del mismo empleador concursado evitando el posible fraude derivado de poder elegir ante una misma situación acciones distintas (resolución *ex art.* 50 del Estatuto de los Trabajadores o despido tácito, como de hecho aconteció en el supuesto ahora enjuiciado) que pudieran llevar a resultados desiguales, entre otros, en cuanto a la fecha de la extinción, salarios e indemnizaciones procedentes» (FJ 3).

4. En conclusión, se estima correcta la actuación del juez de lo Mercantil al declarar, en sede concursal, la extinción colectiva de los contratos de trabajo, incluidos los contratos de los trabajadores que formularon la demanda de despido tácito por hechos anteriores a la solicitud de declaración en concurso, aunque la presentación de la demanda de despido se hubiera efectuado antes de esa fecha y el

proceso social se encontrara en tramitación en el momento de la declaración de concurso.

Tal solución se basa en una interpretación extensiva del artículo 64.10 de la Ley Concursal, toda vez que este precepto dispone la forma de actuar una vez incoado el proceso concursal, no antes («desde que se acuerde la iniciación del expediente», «acordada la iniciación del expediente», «la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme», etc.). Con todo, destaca la justificación empleada por el Tribunal Supremo al considerar que esta solución evita el «posible fraude derivado de poder elegir ante una misma situación acciones distintas» sin atender a que las acciones *distintas* se plantearon ante jurisdicciones *diferentes* en tiempos *no coincidentes* porque las normas de aplicación permiten actuar *de manera dispar* según la empresa se halle en fase de concurso o no.