

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL CONCURSO. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA DE 2011 A PARTIR DE LA DOCTRINA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Aurelio Desdentado Bonete
Magistrado del Tribunal Supremo

1.- Concurso y extinción del contrato de trabajo . Las competencias del juez del concurso y las reglas sustantivas: exposición breve y apunte crítico

La regulación de la extinción del contrato de trabajo en el concurso puede resumirse en cuatro preceptos básicos :

1º) El primero es el art. 8 de la Ley Concursal ¹ , que atribuye al juez mercantil la competencia para conocer en la instancia las extinciones colectivas y los litigios sobre la extinción de los contratos de alta dirección.

Sobre esta atribución hay que formular tres observaciones críticas :

La primera es que se trata de una competencia extraña, porque en la regulación de empleo el juez mercantil no ha pasado a ocupar la posición del juez social, sino la de la Administración laboral en el procedimiento administrativo de autorización; una posición que por lo menos resulta poco jurisdiccional.

La segunda crítica consiste en que la asunción de esta competencia no parece justificada en términos funcionales, pues rompe el principio de especialización judicial. Un despido colectivo es un problema laboral y el juez mercantil no tiene una especialización laboral.

La tercera observación tiene que poner de relieve que la atribución competencial es parcial , porque sólo cubre la instancia, no los recursos extraordinarios , de los que conocen los órganos sociales competentes – Salas de lo Social de los Tribunales de Justicia y del Tribunal Supremo - . No es una buena idea fragmentar la misma competencia entre distintos órdenes judiciales , porque es probable que actúen con criterios demasiado diversos y el coste de la unificación resulte también demasiado costoso.

Quizá lo correcto hubiera sido que la administración concursal, tras el periodo de consultas, pudiera decidir sobre la extinción con o sin acuerdo con los representantes de los trabajadores , impugnándose esta decisión ante el orden social por un procedimiento rápido.

2º) El segundo precepto es el art. 64 LC , que contiene la regulación del denominado expediente judicial de regulación de empleo², estableciendo el procedimiento para resolver las

¹ En adelante , LC.

² Sobre el expediente concursal de regulación de empleo antes de la reforma de 2011, vid. N . ORELLANA CANO , “Los expedientes de regulación de empleo en la Ley Concursal” en Temas Laborales , nº 99/2009 , y M.T. ALAMEDA CASTILLO , “La regulación judicial de empleo .Puntos críticos” , Revista Española de Derecho del Trabajo , nº 149/2011.

pretensiones de extinción colectivas e incluyendo también algunas normas complementarias³. Ya he adelantado mi opinión sobre el expediente de regulación de empleo : debe desaparecer no sólo en el concurso , sino con carácter general .La Administración no debe decidir un conflicto entre sujetos privados , como el que se produce en los despidos colectivos , y su intervención produce graves perturbaciones en el funcionamiento de estos despidos⁴ .

3º) El art. 65 regula la extinción del contrato de alta dirección durante el concurso. Es una nueva vía de extinción que concurre con las establecidas con carácter general y las específicas de la relación laboral de alta dirección. Su ámbito se limita a esta relación; quedan fuera los administradores sociales y los directivos de régimen común.

Se establecen cuatro reglas: la primera autoriza a la administración concursal para extinguir el contrato. Se produce así un desplazamiento de la facultad extintiva del empresario concursado a la administración concursal ; facultad que ha de ejercitarse de acuerdo con las reglas generales del RD 1382/ 1985, aunque no es la única interpretación posible⁵. La reforma de 2011 aclara que la decisión de la administración concursal puede ser impugnada a través del incidente concursal en materia laboral. La segunda regla autoriza al alto directivo a extinguir el contrato cuando se haya acordado la suspensión de éste; se aplicará un preaviso de un mes y la indemnización será la del art. 10.3 del RD 1382/1985: la de 7 días por año o la que se pacte, moderable esta última. La tercera regla se refiere precisamente a la posibilidad de moderación de la indemnización pactada hasta el límite previsto para los despidos económicos⁶. Por último, la cuarta regla establece la posibilidad de aplazamiento del pago de la indemnización hasta la firmeza de la sentencia de calificación; es una medida preventiva en orden a la posible pérdida de indemnización en caso de que el concurso se califique como culpable (art. 172.2.3º LC).

El expediente judicial de regulación de empleo se estudia en otra ponencia y el régimen de la extinción del contrato de alta dirección no ha tenido un recorrido destacable hasta ahora en la doctrina judicial . Me voy a ocupar , por tanto , del único tema que ha llegado a la Sala IV del Tribunal Supremo : el problema de la coordinación entre las extinciones que se sustancian en el ERE judicial y las que se plantean fuera de él y que , por ello , las llamamos “extinciones

³ El art. 44.4 LC también tiene incidencia sobre la extinción del contrato de trabajo . Es una regla oscura , modificada por la Ley 38/2011 , que establece, como excepción al principio general de continuidad, que el juez mercantil, “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”. El precepto añade que “cuando estas 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 párrafo 2º del artículo 8 y en el artículo 64”. Esto es lo que procederá si se trata de extinciones colectivas .Si no tienen este carácter, el juez mercantil no tiene competencia para decretar la extinción de estos contratos (art. 8 LC y art. 86.ter. LOPJ), por lo que su decisión ha de limitarse a decretar el cierre o suspensión de la actividad. Las medidas laborales derivadas de esta decisión tendrán que adoptarse a instancia de la administración concursal o del empresario y serán impugnables ante el orden social, siguiendo las reglas generales.

⁴ Para un desarrollo de esta crítica me remito a mis trabajos “Crisis y reforma del despido” , Actualidad Laboral nº 11/2010 e “Introducción a un debate . Los despidos económicos en España : el sistema , su crisis y los límites de la reforma” en AA. VV. , “Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral .Un análisis desde el Derecho y la Economía” , Lex Nova, Valladolid , 2011.

⁵ Vid. A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, “Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboralistas” , Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 178- 180.

⁶ La forma de instrumentar la moderación puede variar en función de las incidencias de la extinción, bien en el marco del proceso en el que se discute el cese o en el marco de una pretensión específica con este objeto, vid. A. DESDENTADO BOENETE y N. ORELLANA CANO , “Los trabajadores ante el concurso ...” , cit. p. 182 .

extravagantes” en el sentido de que transitan fuera del concurso . Este es para mí el punto más importante de la reforma Ley 38/ 2011 en materia laboral . Y quizá lo que ha sucedido en unificación de doctrina nos ayude a apreciar el alcance de la reforma.

2.- El concurso en la unificación de doctrina: sobre la huida del concurso a través de las extinciones extravagantes - resoluciones y despidos - y sus consecuencias

A) La débil presencia del concurso en la doctrina social de unificación

El concurso no ha transitado mucho por la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo. No es extraño. La Ley Concursal, que establece las nuevas competencias del orden social en la materia, entró en vigor en septiembre de 2004, a lo que hay que añadir que el ERE concursal es una vía de salida relativamente reducida en el cuadro general de las extinciones del contrato de trabajo y además estos pleitos tienen un acceso difícil a la casación unificadora , pues, como muestra una consulta rápida de las bases de datos, el número de resoluciones de inadmisión supera notablemente aquéllas en que se ha entrado a unificar doctrina y que son únicamente tres en un periodo de siete años⁷.

Por ello y, como hay que hablar del concurso, intentaré superar el problema ampliando el campo de observación:

1º) Trataré, por supuesto, de las tres sentencias que se pronuncian sobre los problemas laborales de la Ley Concursal y las relacionaré, en la medida de lo posible, tanto con la regulación actual, como con la que se producirá como consecuencia de la reforma. En realidad, la reforma se centra en gran medida en el principal problema que se ha producido en la aplicación de la Ley Concursal en el ámbito laboral: la *huida del concurso* a través de las acciones estratégicas de resolución de contrato y de despido⁸.

2º) Mencionaré también otras sentencias recientes de la Sala que, sin pronunciarse directamente sobre la aplicación de la Ley Concursal, abordan problemas que tienen especial relevancia en relación con el fenómeno de la huida del ERE.

3º) Como el ERE concursal se rige por las normas laborales comunes en orden a la definición de las causas del despido económico, haré una brevísima referencia a la doctrina de la Sala en esta materia y la relacionaré con la definición de estas causas en la reciente reforma laboral.

4º) Por último , examinaré la nueva redacción del art. 64.10 de la LC en la Ley 38/2011 .

B) Tres sentencias de unificación de doctrina sobre los problemas de la huida del concurso a través de las extinciones extravagantes

a) La sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2011: la respuesta a la determinación del problema del régimen sustantivo aplicable a las resoluciones de contrato colectivas acumuladas al ERE concursal

⁷ Frente a las dieciséis - probablemente algunas más - que aparecen en la base consultada.

⁸ Sobre la reforma remito al trabajo de B. RÍOS SALMERÓN y J.M. RÍOS MESTRE, “Despido colectivo y proceso concursal: notas de urgencia sobre el proyecto de reforma concursal de 2011” en AA. VV. , “Despido y crisis económica. Los despidos económicos tras la reforma laboral de 2010. Un análisis desde el Derecho y la Economía”, Lex Nova, Valladolid, 2011.

Un criterio jurisprudencial quizá demasiado permisivo, como el que se recoge en la STS 5.4.2001⁹, admitió el ejercicio de acciones resolutorias del contrato de trabajo durante la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, permitiendo así acciones estratégicas tendentes a lograr un mejor tratamiento en materia de indemnizaciones por parte de algunos trabajadores. El art. 64.10 LC trató de salir al paso de esta práctica con una medida instrumentada de forma problemática: se atribuye al juez mercantil la decisión sobre estas acciones cuando son colectivas en el marco del expediente judicial de regulación de empleo.

No nos interesa ahora la delimitación del supuesto de hecho de la acumulación de estas acciones resolutorias en el ERE concursal, que ha pasado ya a la historia. Lo que nos interesa son las consecuencias que en el plano sustantivo tiene la atracción de las acciones de resolución colectiva al ERE concursal y, en concreto, si esas consecuencias se limitan a la competencia y a los aspectos procedimentales o tienen también una proyección sustantiva en orden al enjuiciamiento de la causa extintiva, lo que puede ayudarnos a entender el nuevo art. 64.10 LC.

Parte de la doctrina se había pronunciado a favor de esta última opción, señalando que la lógica del concurso se impone a la lógica del incumplimiento contractual individual, de forma que la inclusión de las extinciones colectivas en el ámbito del expediente judicial supone que: 1) el enjuiciamiento de la causa extintiva no habrá de hacerse exclusivamente en función del incumplimiento, sino que habrá que poner éste en relación con la situación económica de la empresa y valorar los propios efectos de las resoluciones sobre esta situación, y 2) las indemnizaciones aplicables serán las propias de una extinción colectiva de regulación de empleo, es decir las del art. 51.8 ET (20 días por año de servicio) y no las procedentes conforme al art. 50.2 ET. Pero otro sector mantenía que ha de conservarse la naturaleza de la resolución y el régimen indemnizatorio del art. 50.2 ET; posición que se apoya con fuerza en la letra de la ley, que sólo se refiere a la tramitación de las acciones resolutorias en el procedimiento de regulación de empleo y en el tratamiento desigual injustificado que se produciría entre las resoluciones colectivas y las individuales¹⁰. La elección en esta alternativa no era fácil, pues efectivamente la aplicación del régimen sustantivo no tiene apoyo en los términos de la ley y produce unas diferencias de trato difíciles de justificar. Sin embargo, parece claro que la inclusión de las resoluciones colectivas en el expediente de regulación de empleo sólo a efectos de tramitación tiene escaso sentido.

La sentencia comentada¹¹ se pronuncia sobre un caso verdaderamente típico. La empresa había sido declarada en concurso el 21 de febrero de 2006. El día 28 de febrero de 2006 el total de la plantilla presentó demanda de extinción de sus contratos de trabajo por la vía del art. 50.1 b) del ET ante el Juzgado de lo Social. El juez social se declaró incompetente y remitió las actuaciones al juez mercantil. Aprobada la extinción colectiva, se fijaron unas indemnizaciones a razón de 30 días por año de servicio de conformidad con el acuerdo alcanzado. El FOGASA limitó la indemnización al importe legal de 20 días¹², por lo que se formuló la correspondiente demanda hasta la diferencia por los 30 días. Lo que se debate, por tanto, es si ha de aplicarse la indemnización por resolución del contrato en el límite del art. 33.2.2º ET o si ha de estarse a la indemnización legal para el despido colectivo económico. La sentencia destaca que la situación de concurso de la empresa obliga a efectuar una distinción entre extinciones individuales y colectivas con la transferencia de las acciones colectivas al ERE y la competencia al juez del concurso. La distinción se funda 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”. Se trata de una incidencia colectiva que el legislador ha considerado relevante en la medida en que está directamente

⁹ RJ 4885.

¹⁰ Una referencia más completa a las distintas posiciones puede consultarse en A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, “Los trabajadores ante el concurso...”, cit. pp. 168-172.

¹¹ Recurso 2149/2010

¹² Arts. 33.2.1º ET y 19.1 del RD 505/1985.

vinculada a “la situación crítica de la empresa” y en que habrá “de generar indemnizaciones con sustancial repercusión sobre la masa, lo que aconseja impedir la ejecución separada”. De esta forma, la atribución de la competencia al juez del concurso comporta al mismo tiempo la equiparación de las extinciones a instancia del trabajador con las extinciones objetivas colectivas. Todas ellas *se colectivizan* en atención a la situación de la empresa y en aras a alcanzar la finalidad del concurso y esa “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”. La acumulación al concurso tiene así efectos sustantivos en el régimen de indemnizaciones. Ello se debe a que la causa de las acciones resolutorias colectivas “está íntimamente ligada a la situación de la empresa” y por ello “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”. La sentencia justifica la diferencia de trato entre las resoluciones individuales¹³ por impago de salarios y las resoluciones colectivas por la misma causa en atención a que en las primeras “la situación de impago no tiene visos de generalidad”. Añade que “mientras que en la acción individual de extinción del art. 50.1 b) ET actúa el elemento subjetivo decisivo para la determinación de la relevancia del incumplimiento, en el expediente judicial de regulación de empleo se produce una clara objetivación de la causa, alejándola de las notas propias del incumplimiento obligatorio debido a la conducta del deudor”.

El argumento puede ser discutible, porque la gravedad del incumplimiento y el elemento subjetivo de imputación no puede discriminarse en función del número de extinciones implicadas y depende de las características de cada caso. ¿Por qué tienen que ser más graves en una empresa de 99 trabajadores unos incumplimientos que afectan a 10 trabajadores que los que afectan a 9? Además la propia doctrina del Tribunal Supremo ha insistido en el carácter objetivo de la causa de la resolución¹⁴.

La solución de la sentencia se ajusta sin duda a la ley, pero es esta solución legal la que resulta bastante insatisfactoria. Es también una solución demasiado compleja y artificial en términos de gestión. Implica que unas acciones individuales se *transforman* en colectivas por su entrada en una ERE concursal. No creo que se produzca esa transformación por el simple contacto de las acciones con la varita mágica del ERE¹⁵.

Por ello, es preciso formular una pregunta: ¿para qué tienen o tenían que ir las resoluciones colectivas al ERE judicial?

Una respuesta podría ser la de que van al ERE¹⁶ para *mantenerse* como tales y para ser resueltas por el juez mercantil de acuerdo con sus normas, es decir, valorando la existencia de un incumplimiento y aplicando en su caso una indemnización de 45 días por año de servicio. Me parece que es una conclusión que hay que descartar, como ha hecho la sentencia comentada, porque sería un viaje inútil y no resolvería los problemas que suscitan las acciones estratégicas extravagantes. El procedimiento de regulación de empleo judicial tampoco es el más idóneo por razones procesales para sustanciar estas acciones (exclusión del demandante, necesidad de probar incumplimientos concretos, etc.).

La segunda respuesta consiste en afirmar que las acciones resolutorias van al ERE judicial para *transformarse* en algo distinto. Pero ¿en qué? No se transforman en pretensiones de

¹³ Que siguen en la competencia del juez social y con el régimen común de indemnizaciones.

¹⁴ Vid. STS 22.12.2008, recurso 294/2008.

¹⁵ La transformación no es posible, porque no se trata solo de un problema de número de afectados, sino que hay diferencias en la causa de pedir y en el objeto de la pretensión.

¹⁶ Dejarán de ir el 1 .I. 2012, según la disposición final 3ª y la disposición transitoria 7ª de la Ley 38/2011.

resolución del contrato colectivas, porque ya lo son, al menos desde el punto de vista cuantitativo, por mandato del viejo artículo 64.10 LC. Además ya sabemos que con esto no se resuelve nada, sino que se complica bastante más. ¿ Se transforman las acciones resolutorias colectivas en despidos colectivos? Es imposible, porque esto determinaría cambios estructurales en la pretensión que serían incompatibles con el principio dispositivo y con el derecho a la tutela judicial efectiva. El trabajador demandante se convertiría en demandado y el empresario demandado pasaría a ser demandante; el objeto de la pretensión se modificaría (extinción procedente con 20 días de indemnización en lugar de extinción por incumplimiento a razón de 45 días) y también su fundamento (una situación económica negativa que determina el cese en lugar de un incumplimiento que justifica la resolución indemnizada como un despido improcedente)¹⁷.

Cabe, sin embargo, una tercera posibilidad. Las resoluciones colectivas van al ERE para *paralizarse* y ceder el paso a la extinción objetiva que se instrumenta a través del despido colectivo. Hay una preferencia a favor del despido colectivo, porque la situación económica que determina éste es la que está también en el origen de los incumplimientos contractuales individuales. Y si la situación económica de la empresa tiene una proyección colectiva, su tratamiento debe ser también colectivo y no fragmentarse en reclamaciones individuales. De esta forma, se solucionan los problemas de la huida del concurso a través de las extinciones extravagantes.

En realidad, la petición de resolución tiene ya un elemento colectivo, que no es el puramente numérico, porque lo es la causa que opera a la vez sobre el incumplimiento empresarial y sobre la pretensión de que el contrato se extinga¹⁸ y lo procedente es que se traten colectivamente tanto en términos de procedimiento, como en términos sustantivos. Si es así, lo lógico es establecer que durante el concurso no cabe tramitar y decidir acciones resolutorias del contrato de trabajo por las causas del art. 50 ET cuando éstas estén motivadas por la situación económica de la empresa, tanto si se trata de resoluciones colectivas, como si son individuales. Esta es la solución que aplicará la reforma del 2011 y que se va a extender a todas las resoluciones.

b) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2011: el problema de las extinciones *extravagantes*; acciones de resolución del contrato y de despido que se solapan con el ERE concursal

El actual art. 64.10 LC deja sin resolver los problemas de coordinación entre los despidos colectivos que puedan acordarse por la vía del expediente judicial de regulación de empleo y las extinciones que se producen o se instan fuera de él. Es lo que hemos llamado *extinciones extravagantes*¹⁹. Se trata de un problema similar al que en el proceso laboral aborda el art. 32 LPL en relación con las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo, para las que se prevé la acumulación pero sin regular los criterios sustantivos en orden a la decisión. Lo que se produce en estos casos es un cruce o solapamiento de decisiones extintivas

¹⁷ Podría afirmarse que la acción no se transforma, sino que cambia su régimen jurídico y en concreto la indemnización que se reduciría a 20 días. Pero esto no es lo que dice la vieja redacción del art. 64.10 LC y el Tribunal Supremo ha cerrado el camino a las resoluciones objetivas a 20 días en la STS 22.12.2008, a la que luego nos referiremos.

¹⁸ La situación económica negativa que provoca también la pretensión de extinción que se tramita en el ERE. La colectivización se produce siempre que el trabajador que ejercita la acción resolutoria esté incluido en el ERE; si no es así, la acción resolutoria debe conservar su autonomía.

¹⁹ A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, "Los trabajadores ante el concurso...", cit. pp. 172-177. Sobre el tema vid. también J.M. RÍOS MESTRE, "Nota de urgencia sobre la resolución del contrato por impago o retrasos salariales y el Proyecto de Ley de Reforma Concursal de 2011", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 151 / 2011.

aparentemente distintas, pero con una indudable conexión y con efectos en ocasiones mutuamente excluyentes. A diferencia del art. 32 LPL, en el caso del concurso no cabe la acumulación, porque conocen órganos jurisdiccionales distintos.

Dos ejemplos permiten ilustrar el problema. En el ejemplo A) se trata de una empresa en crisis, que por falta de liquidez no puede desarrollar su actividad ni abonar los salarios a sus trabajadores. Por ello, insta la declaración del concurso y el expediente judicial de regulación de empleo para extinguir los contratos de trabajo, pero, ante la falta de ocupación efectiva y el impago de salarios, algunos trabajadores incluidos en el expediente demandan por despido tácito. En el ejemplo B) una empresa declarada en concurso procede al despido por razones disciplinarias de un trabajador que está incluido en un expediente de despido judicial que se tramita conforme al art. 64 LC. El problema de coordinación se advierte con claridad en los casos, pues podrían aprobarse judicialmente dos extinciones con dos regímenes indemnizatorios distintos, una por despido colectivo por el juez mercantil y otra por despido individual por el juez social y podría llegarse también a dos resoluciones igualmente incompatibles (condena a la readmisión en un contrato ya extinguido por despido colectivo).

En el caso B) la diferencia de las acciones es más patente, pues, aunque se debaten dos extinciones, éstas tienen causas distintas (la situación económica de la empresa y la conducta del trabajador); en el caso A) la confusión se agrava porque la situación económica está en el origen de las dos extinciones, aunque en el despido colectivo la causa económica actúe directamente y en el individual de forma mediata (impago de salarios y falta de ocupación). Es una vía alternativa que pone en cuestión el sistema de la LC, pues, dada la lentitud del expediente judicial de regulación de empleo, la posibilidad de abrir la vía de las indemnizaciones superiores mediante la alegación de despidos tácitos o resoluciones es relativamente fácil. Es muy difícil resistir la tentación de ir a por los 45 días en lugar de conformarse con los 20.

La doctrina de suplicación ha abordado estas cuestiones con diversos criterios. Algunas sentencias entienden que los procesos por despido no pueden suspenderse porque se siga un ERE concursal, pues se trata de pretensiones independientes sobre las que son competentes órdenes jurisdiccionales también diferentes y ello aunque se trate de despidos tácitos que podrían conectarse con la inactividad de la empresa, que, a su vez, puede producirse por una situación de crisis que es la misma que ha determinado la declaración del concurso en el supuesto típico del ejemplo A). Se siguen así dos procesos con resultados que pueden ser incompatibles y que no tienen cauce previsto de coordinación²⁰. En otros casos se ha entendido que la primera pretensión ejercitada priva de competencia al orden judicial que interviene con posterioridad. También se ha sugerido que estamos ante un problema de litispendencia: el segundo proceso tiene que suspenderse hasta que se resuelva el primero²¹.

El caso que resuelve la STS 22 de junio de 2011²² afecta a estos problemas, aunque quizá su doctrina no es demasiado útil por las particularidades del caso. La empresa estaba declarada en concurso desde el 31 de enero de 2007; se tramitó un ERE concursal en el que se acordó el cese total de la plantilla en el periodo de consultas; acuerdo que fue confirmado por auto de 30 de abril siguiente. Pero los demandantes reclamaron el 14 de febrero de 2007 la resolución de los contratos y el 7 de junio de 2007 formularon demanda de despido, que fue acumulada a la anterior. La sentencia de suplicación había confirmado la de instancia que declaraba la falta de acción de la pretensión de resolución del contrato; decisión que también

²⁰ Como por lo demás sucede también en el caso del ERE administrativo y la demanda concurrente de despido o resolución del contrato. Véase el ejemplo real que cita RÍOS MESTRE (op. cit., p. 784 y 785) y su resolución en el Auto del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 10 de mayo de 2010.

²¹ Más ampliamente sobre el tema con referencias a la doctrina de suplicación, vid. A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, "Los trabajadores ante el concurso. Una guía práctica para laboristas", Bomarzo, Albacete, 2007, pp. 172- 177.

²² Recurso 3198/2009.

confirma el Tribunal Supremo, razonando que no cabe reconocer acción de resolución de contrato a quienes han visto extinguida la relación que le unía con el empleador en virtud de una resolución del juez mercantil dictada en abril de 2007 -anterior, por tanto, a la sentencia del Juzgado de lo Social de 15 de abril de 2008 -, pues, dado el carácter constitutivo que tiene la declaración judicial de la resolución del contrato, no es posible realizar esta declaración cuando el contrato ya se ha extinguido en el ERE concursal.

No obstante, la sentencia comentada anula las actuaciones para que el Juzgado de lo Social se pronuncie sobre la acción de despido que se dirige contra otras empresas, alegando la existencia de un grupo de sociedades²³. Dice el Tribunal Supremo que “la sentencia de instancia emitió su pronunciamiento expreso tan sólo acerca de la demanda de resolución del contrato al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”, con lo que falta una decisión “sobre la reclamación del despido y las alegaciones que en relación con esta pretensión se realizan sobre la existencia de un grupo de empresas”.

La falta de acción es una categoría procesal cuestionable²⁴. Pero es claro que la acción de resolución de contrato tenía que desestimarse por la razón que señala el Tribunal Supremo. Lo mismo ocurre, a mi juicio, con la acción por despido contra la empresa concursada, si la acción se ejercitó en junio de 2007, cuando los contratos estaban ya extinguidos por el auto mercantil. También se impondría esta solución, aunque el auto mercantil se hubiera limitado a autorizar una extinción que, acordada con posterioridad al auto, se hubiese impugnado el 7 de junio²⁵, porque consta la firmeza de ese auto y, en consecuencia, el efecto extintivo que autoriza ya no podría discutirse. El problema es si puede existir una acción autónoma contra las otras empresas del grupo. La doctrina reciente del Tribunal Supremo ha admitido estas acciones autónomas fuera del ERE, pero en un caso de cesión de trabajadores, en la que hay una opción por el vínculo con una de las empresas afectadas²⁶.

¿Qué hubiera ocurrido si la demanda por despido se hubiera presentado antes de la resolución del ERE?

Tratemos de buscar una respuesta desde una perspectiva general, volviendo a los ejemplos del principio.

No creo que pueda sostenerse que el Juzgado de lo Social sea incompetente en el despido del caso B) - disciplinario -, ni en el recurso del caso A) - por crisis -. La decisión sobre un despido individual no es competencia del Juzgado Mercantil, salvo en el caso de la alta dirección (art. 8 LC). Pero también hay que señalar que no es discutible la competencia del Juzgado Mercantil para conocer de las extinciones que se proponen en el ERE.

²³ Sobre la posición de los grupos de empresa en el concurso, vid. E. DESDENTADO DAROCA, “Descentralización productiva, transmisión de empresa y grupo de sociedades en el concurso”, *Temas Laborales*, nº 108 /2011; y más ampliamente sobre los grupos de empresa “La personificación del empresario laboral”, *Lex Nova*, 2006, pp. 443- 562. El nuevo art. 64.5.3º LC se refiere al grupo de empresas, pero no resuelve los problemas de su repercusión sobre el concurso. El juez mercantil no tiene competencia para resolver sobre las empresas del grupo que no están en el concurso, pero puede tener en cuenta al grupo para resolver sobre la situación económica de la concursada o apreciar su falta de competencia si entiende que la situación económica negativa es del grupo.

²⁴ A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, “Despido y jurisprudencia. La extinción del contrato de trabajo en la unificación de doctrina”, *Lex Nova*, Valladolid, 2004, pp. 207 – 210.

²⁵ Esto es lo que parece deducirse de los antecedentes. En realidad, el auto tendría que haber acordado la extinción, sin limitarse a autorizar. Vid. A. DESDENTADO BONETE y N. ORELLANA CANO, *op.cit.*, p. 164.

²⁶ SSTS 7.2. 2011 (r. 815, 818 y 840/2010).

¿Podría existir litispendencia? En el caso B) parece claro que no, porque la litispendencia supone que los dos procesos tienen el mismo objeto, lo que no sucede en ese caso, pues se trata de dos extinciones distintas. Hay conexión, pero no identidad en los objetos. La conexión justificaría la acumulación de los dos procesos en los términos del art. 76.2º LEC, pues la relación existente entre los procesos puede llevar a pronunciamientos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. Pero, conforme al art. 77 LEC, no es posible la acumulación entre un proceso social y un procedimiento mercantil.

Más problemático resulta el ejemplo A. Aquí la exclusión de la litispendencia es más discutible, porque en el proceso por despido tácito se reacciona contra unos hechos - impago de salarios y falta de ocupación efectiva - que son producto de la misma situación económica negativa de la empresa que ha determinado la tramitación de un despido colectivo. Pese a ello, no creo que la litispendencia sea aplicable. En primer lugar, la identidad de objeto no concurre, pues en un proceso se insta el despido colectivo ante una situación económica negativa, y en el otro se demanda por despido tácito porque no se abonan los salarios y no se da ocupación efectiva como consecuencia de una situación económica negativa, lo que no es lo mismo. En segundo lugar, porque la finalidad de la norma es llevar todas las extinciones colectivas al expediente judicial de regulación de empleo, y, en consecuencia, la solución meramente cronológica de la litispendencia no parece el mecanismo más adecuado para lograr esa finalidad, al menos cuando los despidos tácitos son también colectivos.

¿Cuál es, entonces, la solución en estos casos?

En el caso B) es claro que tendrán que tramitarse dos procesos. La coordinación tendrá que hacerse, por tanto, recurriendo a la técnica hipotética que ha utilizado la jurisprudencia del orden social para resolver los problemas de los despidos sucesivos (*el despido dentro del despido*) o del solapamiento entre despidos y resoluciones de contrato²⁷.

Con el régimen anterior a la reforma, en el caso A) podría aplicarse por analogía el art. 64.10 LC en el supuesto de que las acciones extravagantes pudieran calificarse como despidos colectivos. Si es así, tendrían que tramitarse por el expediente judicial de regulación de empleo. Pero si se trata de despidos tácitos individuales, habría que aplicar de momento la misma solución de coordinación hipotética que ya se ha examinado para el caso B). Esta solución puede verse en el auto del Juzgado Mercantil nº 2 de Bilbao de 10 de 2010 que cita y comenta RÍOS MESTRE: dos créditos de los mismos trabajadores por la extinción de su contrato de trabajo que tratan incluirse como créditos de la masa, uno por una indemnización de 20 días establecida en el ERE judicial y otra indemnización de 45 días por unas resoluciones extravagantes. El auto da prioridad a las indemnizaciones de 45 días de los trabajadores que ejercitaron la acción resolutoria antes de la iniciación del ERE²⁸. Es una situación imperfecta, pues se aplica así un criterio cronológico procesal cuando debió aplicarse un criterio cronológico sustantivo que hubiera dado preferencia a la extinción en ERE si el incumplimiento empresarial - resolución o despido tácito - hubiera sido motivado por la situación económica de la empresa.

En todo caso parece claro que estamos ante una solución compleja y costosa, pero que se mantendrá mientras continúe aplicándose la doctrina unificada de la STS 5.4.2001²⁹, sobre la posibilidad de ejercicio de acciones extintivas derivadas de razones económicas durante la tramitación del expediente de regulación de empleo. La doctrina anterior sobre la atracción por el expediente de las extinciones individuales fundadas en la situación económica de la

²⁷ Vid. STS 5.1. 2007, RJ 2141, 10.7. 2007, RJ 8295, en las que se establece que "hay que seguir un criterio cronológico sustantivo que dé prioridad a la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma".

²⁸ J. M. RÍOS MESTRE, op. cit., pp. 784 y 785.

²⁹ RJ 4885

empresa³⁰ permitía soluciones más razonables. De todas formas, la consideración sustantiva del tema apunta la solución, pues resulta difícil sostener que ha habido un despido tácito cuando se está tramitando un expediente de regulación de empleo que comprende a los trabajadores despedidos.

c) La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011, otra resolución de contrato *extravagante* con la solución clásica: no hay resolución si ha habido previa extinción en el ERE concursal

El caso de la STS 11 de julio de 2011³¹ es más sencillo. Se trata de una demanda de resolución de contrato que se presenta el 23 de marzo de 2009, antes de la solicitud del ERE concursal, que, sin embargo, se resuelve - el 20 de julio de 2009 - antes de que lo fuera - el 22 de julio de 2009 - la pretensión resolutoria por el Juzgado de lo Social.

Parece una carrera contra el tiempo. Pero la solución se limita a reiterar una doctrina ya consolidada, aunque no pacífica³²:

“... el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y -de prosperar la acción- declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta”.

Por ello, “la extinción - por la vía del art. 50 ET - será factible”, pero siempre que en el momento de dictarse la sentencia la relación laboral siga viva”.

¿Qué hubiera ocurrido si la primera sentencia del orden social se hubiera dictado el 17 de julio 2009?

Pues que la resolución del contrato con 45 días de indemnización hubiera sido posible y la extinción del ERE concursal hubiera sido desplazada por la acción resolutoria aplicando el criterio cronológico procesal. ¿Es una solución razonable? La respuesta es negativa. No es razonable que en una situación de crisis de la empresa, en la que tanto el cese como los incumplimientos derivan de la misma situación económica, los más avisados, los mejor situados o los mejor informados sean los que consigan las indemnizaciones superiores, cuando además ya hemos visto la aleatoriedad temporal con que funciona este criterio de asignación. La fuga del ERE hacia las acciones resolutorias puede además desestabilizar a la empresa, convirtiendo una crisis parcial en un cese total de la plantilla.

La solución está en generalizar lo que dispone el nuevo nº 10 del art. 64 de la Ley Concursal: la iniciación del ERE debe suspender las acciones extintivas que deriven de la situación económica del concursado hasta que adquiera firmeza la resolución del ERE, aplicando en su caso la cosa juzgada cuando se levante la suspensión.

3.- Dos sentencias polémicas sobre materias conexas: las resoluciones “objetivas” y la extinción previa que cierra la acción resolutoria

³⁰ SSTs 21.6.1986, RJ 3696, 2.7.1987, RJ 5057, y 29.12.1994, RJ 10522. “La empresa hoy recurrida pudo enervar la acción (resolutoria) interpuesta promoviendo expediente de regulación de empleo”, dice la STS 29.12. 1994.

³¹ Recurso 3334/ 2010.

³² Vid. *infra* voto particular a la STS 26.10. 2010, recurso 471/2010).

Examinaremos aquí dos resoluciones que no tratan directamente cuestiones concursales, pero abordan temas relacionados con la problemática de las empresas en concurso. Son decisiones que tienen también interés porque introducen soluciones polémicas, como muestra la existencia de votos particulares en los dos casos.

a) La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008: empresa en concurso y objetividad del incumplimiento en el pago de salarios a efectos de la resolución del contrato

El caso que resuelve la STS 22 de diciembre de 2008³³ no afecta a las relaciones entre acciones extintivas y el ERE concursal. La empresa estaba en concurso; las irregularidades en el pago de los salarios se debían a su situación económica, pero no se había tramitado ERE concursal. Uno de los trabajadores afectados ejercita la acción de resolución del contrato y se indica que el pago se había regularizado cuando se celebró el juicio. El problema consiste en determinar si, acreditado que las irregularidades se debían a la situación de crisis, existía un incumplimiento imputable a la empresa o si el carácter objetivo de la causa de las irregularidades excluía la vía del art. 50.1. b) ET.

La sentencia que se comenta parte de la evolución de la doctrina jurisprudencial, que, si bien en un principio acogió la tesis del carácter culpable del incumplimiento excluyendo los que tuvieran causa económica objetiva³⁴, a partir de la STS 24 de marzo de 1992³⁵ rectificó la doctrina anterior, iniciando una línea objetiva, que sostiene que "la extinción del contrato por la causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo", pues "es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial"³⁶. Lo único que debe valorarse, según la nueva doctrina, es "exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario...., 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)".

La sentencia de 22 de diciembre de 2008 aplica esta doctrina y estima la demanda de resolución del contrato, señalando ante la posible rigidez de la solución que "en el ámbito laboral no existe posibilidad de atender a otras circunstancias que atemperen el alcance indemnizatorio de forma diferente a la prevista en la propia norma, como ocurre en el caso del artículo 50.1 a), en relación con los artículos 40 y 41 del Estatuto de los Trabajadores, en los que se contempla de hecho una modalidad "objetiva" de extinción a instancias del trabajador con base en determinadas conductas empresariales perfectamente regladas en tales preceptos, en los que el alcance de la indemnización se reduce -en claro paralelismo al despido objetivo- a 20 días por año de servicio". Reconoce la sentencia que la situación de concurso hubiera podido motivar que se pusiera en marcha el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere el artículo 64 de la LC con la consiguiente atracción al ERE concursal de las acciones resolutorias. Pero añade que esta sería una solución solo aplicable a las acciones colectivas, no a una acción individual como la ejercitada en las actuaciones.

³³ Recurso 294/2008.

³⁴ SSTs 26.3.1985, RJ 1392, 24.4.1984, RJ 1910, 30.11.1985, RJ 5894, 5.5.1986, RJ 12484 3.11.1986, RJ 4.12.1986, RJ 7278, y 7.4.1987, RJ 2369, 24.10.1988, RJ 1988/8140.

³⁵ Recurso 413/1991

³⁶ Este criterio ha sido reiterado en las sentencias posteriores de 29 de diciembre de 1.994 (recurso 1169/94), 25 de septiembre de 1.995 (recurso 756/1995), 28 de septiembre de 1.998 (recurso 930/1998) y 25 de enero de 1999 (recurso 4275/1997).

Frente a esta posición el voto particular sostiene la necesidad de romper con el criterio objetivo. Parte de que no estamos ante una acción para exigir el cumplimiento y la reparación del daño, en la que la culpa se presume y además la situación de crisis no sería calificable como fuerza mayor. De lo que se trata es de una acción de ruptura indemnizada del vínculo y aquí los criterios tienen que ser más estrictos. En el ámbito laboral la necesidad de distinguir entre los factores subjetivos y objetivos es una característica general del régimen de la extinción del contrato, como muestran los artículos 51 y 52 ET. Son extinciones objetivas las que se fundan en causas que actúan al margen de un reproche culpabilístico a un determinado agente y, por ello, dan lugar a una indemnización más reducida de la que se aplica cuando la extinción resulta susceptible de ese reproche. “El problema surge - dice el voto - porque dentro del marco de la extinción del contrato de trabajo no se contempla, con carácter general, un mecanismo de resolución "objetiva" que pueda contraponerse a la resolución "subjetiva" del artículo 50 ET”. Están, desde luego, las “resoluciones menores” de los artículos 40 y 41 ET, que son objetivas, pero en ellas no está previsto expresamente el impago de salarios como causa de resolución. Esto crea una situación grave, porque en el caso de incumplimientos “objetivos” en el pago de salarios se cerraría la vía para una salida indemnizada del contrato, obligando al trabajador a “salir” sin indemnización o a permanecer en una relación que, por los continuos impagos, ha perdido ya cualquier interés económico para quien tiene que vivir de su trabajo. El giro jurisprudencial de 1992 trató de resolver este problema. Pero, según el voto, no puede solucionarse llevando al apartado b) del artículo 50.1 del ET todos los supuestos de impagos o retrasos en el abono de los salarios, prescindiendo de las causas que hayan determinado el incumplimiento. La solución consiste en aplicar por analogía en estos casos de impagos objetivos las soluciones previstas para las resoluciones “menores” en los arts. 40 y 41 ET. El trabajador puede *salir* del contrato, pero con una indemnización de 20 días, como ocurre cuando el empresario tiene que recurrir a una extinción objetiva.

b) La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2010: el ERE que cierra la acción resolutoria

El caso resuelto por la STS 26.10.2010³⁷ es el de la clásica acción resolutoria que concurre con el ERE, aquí administrativo. El ERE se autoriza por resolución de 30 de marzo de 2009, aunque existía acuerdo en consultas el 26 de febrero. No consta la fecha en que se inició el expediente, pero el 8 de enero de 2009 el actor ya presentó papeleta de conciliación interesando la resolución del contrato por la causa de siempre: impagos y retrasos en el abono de los salarios. Posiblemente el ERE se había iniciado antes y, desde luego, la causa - la crisis de la empresa - sería en todo caso anterior al ejercicio de las acciones extintivas - la del empresario con el ERE y la resolutoria del trabajador - .

Ya conocemos la solución, porque es la misma que aplicó la STS 11.7.2011, examinada *supra* 2.c): la sentencia que declara la resolución del contrato de trabajo es constitutiva y, por tanto, no puede acordarse la resolución de un contrato que ya se ha extinguido como consecuencia del ERE el 30 de marzo de 2009, antes de que se dictara la sentencia laboral (26 de mayo de 2009).

El voto particular discrepa argumentando, con cita de la STS 5 de abril de 2001, que la iniciación de un ERE no impide el ejercicio de la acción resolutoria y que la existencia de una situación de concurso es irrelevante a efectos del juego de la causa resolutoria del art. 50.1.b) ET. Pero lo decisivo no es que la tramitación del ERE no impida el ejercicio de la acción resolutoria, sino que el contrato no puede extinguirse de nuevo si ya se ha extinguido como consecuencia del ERE; tampoco se trata de que el impago de salarios por causa económica no pueda ser una causa de resolución del art. 50.1.b) ET, sino de que ese contrato ya está extinguido por otra causa. Es un problema de coordinación entre causas extintivas concurrentes de acuerdo con un orden de prioridad.

³⁷ Recurso 471/2010.

¿Cuál debe ser el criterio de prioridad? Es un tema que nos persigue a lo largo de toda la exposición. Ya hemos aludido a este tema en el punto 2. b), señalando que la prioridad tiene que ser cronológica. La doctrina de la STS 26 de octubre de 2010 sigue la prioridad del efecto extintivo. Pero esta es solo la solución especial para el caso de la resolución de contrato. El voto particular parece seguir el criterio cronológico procesal en el ejercicio de la acción: la acción resolutoria se había ejercitado antes de que se resolviese el ERE, luego debe tener preferencia. Pero, como no sabemos cuándo se inició el ERE, no cabe la comparación y no hay base para establecer esa preferencia, que se construye sobre términos distintos -ejercicio de la acción vs decisión del expediente-. Las SSTS de 5 enero y 10 de julio de 2007³⁸ - la primera de Sala General-, en el marco del art. 32 LPL, estimaron que "hay que seguir un criterio cronológico sustantivo que dé prioridad a la acción que haya nacido antes, atendiendo al hecho constitutivo de la misma". Pero se trataba de una coordinación más fácil, porque se da dentro de acciones acumuladas en el mismo proceso y en las que todavía no se ha producido un efecto extintivo.

Para resolver de manera más racional sin caer en la prioridad aleatoria del "efecto extintivo" hay que acumular las pretensiones. Como ya hemos dicho, la solución está en parte en el nuevo art. 64.10 de la reforma de la LC. Pero sólo en parte.

4.- Una brevísima referencia al enjuiciamiento de los despidos económicos dentro y fuera del expediente judicial de regulación de empleo

La reforma no ha modificado el número 11 del art. 64 LC, que remite a la legislación laboral en todo aquello que el mencionado precepto no regula. Las causas de los despidos económicos que se tramiten en el ERE concursal seguirán rigiéndose, por tanto, por las normas laborales. Sin embargo, estas normas han cambiado en 2010, primero con el RDL 10/2010 y luego con la Ley 35/2010. No puedo, por obvias razones de tiempo, ocuparme de una reforma tan compleja³⁹. Pero, como dice la Ley 35/2010 en su preámbulo, la nueva regulación "integra la interpretación que los órganos jurisdiccionales han hecho de las causas del despido". Por ello, algunas sentencias del Tribunal Supremo pueden servirnos para aclarar la nueva definición de las causas.

Citaré en primer lugar dos sentencias básicas: la clásica de 14.6.1996⁴⁰ y la de 29.9.2008⁴¹, que es una sentencia de síntesis que resume los principales criterios de calificación. La primera estableció la teoría general de la justificación de los despidos económicos. Estos tienen que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido -"la situación negativa de la empresa"-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (la necesidad de adoptar medidas extintivas) y "la conexión de funcionalidad o instrumentalidad" entre la medida extintiva y la finalidad que se le asigna.

Una situación negativa solo por vía de ejemplo puede relacionarse con las pérdidas⁴² - actuales o previstas- o con las disminuciones de ingresos, pues la noción es más general y

³⁸RJ 2141 y 8295.

³⁹ Remito al trabajo "La reforma del despido en la Ley 35/2010" que en colaboración con la profesora A. DE LA PUEBLA publiqué en AAVV. (I. GARCIA PERROTE y J.R. MERCADER UGUINA, coord.), "La reforma del mercado de trabajo", Lex Nova, Valladolid, 2010, y al libro "Despido y crisis económica...", citado.

⁴⁰ Recurso 3099/1995.

⁴¹ Recurso 1659/2007.

⁴² La relación entre pérdidas y medidas extintivas es compleja. La STS 29.9.2008 reconoce que "con carácter general es cierto que la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa". Pero añade que "esta conexión no es automática" y "no establece una relación directa entre el nivel de las pérdidas y el número de los despidos; tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir". Por ello, concluye, "no se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda

apunta a los “desfases de rentabilidad”, a la inviabilidad económica de la empresa o a las alteraciones de su equilibrio de producción. En este sentido la alarma que la reforma provocó al mencionar las “pérdidas futuras” no parece justificada, pues el empresario tendrá que acreditar los hechos actuales de los que se desprende la previsión de las pérdidas y cómo éstas afectan ya actualmente a la plantilla existente.

La finalidad de las medidas extintivas también se ha matizado. No se trata de “superar” la situación económica negativa porque “la experiencia de la vida económica muestra...que hay crisis que se superan y otras que no pueden serlo”. Por ello, ante una crisis -total o parcial- que no puede superarse se podrá recurrir a una reducción de la plantilla o a la eliminación de todos los puestos de trabajo con el cierre de la empresa. La expresión *superar* no puede tomarse literalmente, pues de lo que se trata es de adoptar las medidas de ajuste ... que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa”. Las medidas extintivas no tienen que ser suficientes por sí mismas ; basta que contribuyan al objetivo de ajuste.

La justificación de los despidos económicos sigue siendo muy compleja. Hay que probar hechos que se relacionan con los resultados de la empresa. Esos hechos tienen que ser valorados en términos de la apreciación de una situación económica negativa que afecta a la viabilidad de la empresa o a su capacidad para mantener el nivel de empleo. Pero además la justificación requiere la conexión de funcionalidad, que enlaza la situación negativa con la reacción que frente a ella suponen los despidos económicos y con el objetivo de adecuación a la nueva coyuntura empresarial. Esa conexión debe verse en términos de idoneidad de las medidas extintivas para hacer frente a la situación negativa y para lograr los objetivos de ajuste. Esto es algo que ya no puede ser objeto de prueba, pues no es un hecho actual. No se puede exigir al empresario – dice la STS 29. 9. 2008 - “la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no es susceptible de ser acreditado”. Lo que se debe exigir son argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda concluir que la medida de ajuste propuesta es adecuada a la situación de la empresa.

La nueva regulación se refiere también a la *razonabilidad* de la decisión extintiva. El Real Decreto-Ley 10/2005 hablaba de *razonabilidad mínima*. Es una referencia que afecta al control de la decisión extintiva y he señalado que con ella se apunta al reconocimiento de un margen de discrecionalidad del empresario en las decisiones de gestión de su actividad económica, de forma que, si los despidos responden realmente a una situación económica negativa y son una forma “razonable” de hacer frente a la misma, el órgano judicial no puede declararlos improcedentes, porque, a su juicio, existan otras formas *razonables* de reaccionar ante la crisis que puedan ser preferibles -técnica o moralmente- a unos despidos que deben utilizarse como *último recurso*⁴³.

Cierro la exposición de este punto con la cita de otra sentencia, la STS de 29 de noviembre de 2010⁴⁴. Es una sentencia del Pleno de la Sala que declara improcedentes los despidos realizados como consecuencia del cierre por terminación del arrendamiento del local en que estaba ubicado el centro de trabajo. La sentencia considera que la terminación del arrendamiento justificaría las extinciones de los contratos vinculados al local, sin que la empresa tenga obligación de buscar uno nuevo donde continuar el negocio. Pero valora que en fechas próximas al vencimiento del arriendo la empresa efectuó un importante número de nuevas contrataciones para diversos centros de trabajo. La falta de ofrecimiento de alguna de esas vacantes al trabajador despedido antes de proceder a la extinción de su contrato de trabajo, se valora como una medida no racional cuando constan estas vacantes y no se ha acreditado por la empresa que no fueran idóneas para destinar a ellas al trabajador despedido. Se cuestiona

prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores”. Hay que relacionar las pérdidas con la necesidad de reducir la plantilla o de cesar en la actividad porque la empresa es inviable.

⁴³ A. DESDENTADO BONETE, “Introducción a un debate. Los despidos económicos en España: el sistema, su crisis y los límites de la reforma”, en AA. VV., “Despido y crisis económica”, cit. ,pp. 41-43 .

⁴⁴ Recurso 3876/2009.

también la necesidad de amortizar un puesto de trabajo cuando “existen numerosas vacantes o se van a crear otros puestos”.

Es una sentencia que va tener repercusiones importantes. Es imposible comentarla aquí con la atención que requiere. Pero creo que más que a la exigencia de razonabilidad de la medida extintiva apunta a un problema que podía relacionarse con las exigencias de buena fe a la hora de acordar los ceses cuando hay puestos de trabajo disponibles, un problema que tiene resonancias históricas en nuestro Derecho del Trabajo.

5.- Las soluciones del nuevo artículo 64. 10 de la Ley Concursal: suspensión del proceso y cosa juzgada

Gran parte de los problemas que hemos ido exponiendo tienen ya respuesta en el nuevo artículo 64.10 de la Ley Concursal en la redacción de la Ley 38/2011, que aborda desde una nueva perspectiva la relación entre el ERE concursal y las resoluciones extravagantes. Del sistema de la atracción al concurso de las extinciones colectivas se ha pasado a un sistema más matizado de suspensión de los procesos resolutorios y de vinculación de éstos por lo decidido en el ERE, que adquiere así una clara prioridad.

El nuevo sistema se basa, por una parte, en una ampliación de la coordinación que va a afectar, a partir de la entrada en vigor de la ley⁴⁵, a todas las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del art. 50 del ET, siempre que estén motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado. La ampliación es notable, porque elimina los límites en función de los trabajadores afectados y de la referencia al apartado b) que limitaba las resoluciones a las fundadas en el impago o los retrasos en el abono de los salarios.

La nueva regla de coordinación afecta en función del tiempo a las acciones que se hayan planteado después de la solicitud del concurso, siempre que se haya iniciado el expediente judicial de regulación de empleo y mientras el mismo esté pendiente de resolución firme. El efecto que prevé la norma es la suspensión de estos procesos hasta que quede firme la resolución que se dicte en el ERE concursal. No hay, por tanto, atracción de las acciones resolutorias al ERE, sino mera paralización de las mismas para garantizar el efecto vinculante de la resolución que se dicte en éste⁴⁶. La norma parece partir de que la decisión de suspensión se adopta por el juez mercantil, pues se dice que la resolución que la acuerde “se comunicará a la administración y a los tribunales ante los que se estuvieren tramitando los procesos individuales”. Pero la competencia para acordar la suspensión corresponde al órgano judicial que está conociendo del proceso que se suspende (arts. 40 – 43 LEC), que será el juez social.

La suspensión dura hasta que se dicte resolución firme en el ERE y ésta despliega efectos de cosa juzgada. ¿Cuáles son esos efectos? Hay que entender que se trata de un efecto

⁴⁵ La 38/2011 entrará en vigor el 1 de enero de 2011 (disposición final 3ª) y el art. 64 se aplicará a todos los procedimientos concursales que se encuentren en curso en esa fecha (disposición transitoria 7ª).

⁴⁶ En contra, R. GONZÁLEZ DE PATTO, “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”, Revista de Derecho Social, nº 53/2011, pp. 79 y 80. Para esta autora hay dos supuestos en el art. 64.10 LC. Las acciones resolutorias que se susciten cuando ya está iniciado el ERE concursal se convierten en extinciones colectivas y deben presentarse ante el juez mercantil; por el contrario, los procesos resolutorios ya iniciados ante el juez social con posterioridad a la declaración del concurso permanecen ante el orden social y se suspenden en los términos previstos. RÍOS MESTRE (“Nota de urgencia ...”, cit. pp. 791 y 792) señala, sin embargo, que la atribución de la consideración de extinciones colectivas a las acciones resolutorias carece de sentido en la construcción general de la nueva norma y realmente no tiene justificación remitir esas acciones al juez mercantil para que decida sobre ellas cuando la prioridad del ERE concursal se garantiza plenamente con la suspensión y el efecto vinculante.

peculiar de vinculación : si el contrato del trabajador demandante de la resolución, se ha extinguido por el ERE, no habrá lugar a la resolución. Si no se ha extinguido el contrato, habrá que decidir sobre la pretensión de resolución de acuerdo con las reglas generales del art. 50 ET⁴⁷, lo que sigue dejando abierto el problema de la indemnización en las resoluciones objetivas. Todo este régimen parte de que el trabajador esté incluido en el ERE, por lo que, si no lo está, parece que tampoco le afectará la suspensión.

La nueva norma permite una mejor coordinación de las acciones resolutorias con la regulación de empleo en el concurso. En este sentido constituye un progreso que hay que destacar. La única observación crítica que cabe formular, aparte de algunas dificultades de redacción, es la de que se ha olvidado de la otra vía de huida del concurso: los despidos tácitos. No será difícil aplicar aquí la analogía. Y quizá las soluciones que nos brinda la Ley Concursal nos sirvan en el futuro para arreglar estos problemas en la regulación laboral común. Los laboristas tenemos que aprender esta lección.

⁴⁷ En función de este supuesto está prevista la comunicación de la suspensión a la administración concursal a efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que en su día se dicte.