

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR EN LA EMPRESA CONCURSADA

Carmen Viqueira Pérez

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Alicante.

1. Planteamiento. 2. El incumplimiento empresarial y la situación de crisis en la empresa. 2.1. Incumplimiento de alcance colectivo y el ejercicio de la acción resolutoria. 2.2. Acción resolutoria y expediente de regulación de empleo. 3. Acción resolutoria en la empresa en concurso. Marco general. 3.1. Acciones resolutorias sujetas al régimen de la Ley Concursal. 3.1.1. En función de su naturaleza. 3.1.2. La equiparación del despido tácito. 3.1.3. En función del momento de ejercicio. 4. Acciones resolutorias anteriores a la solicitud del concurso. 5. Acciones resolutorias posteriores a la solicitud de concurso. 5.1. La suspensión de la acción resolutoria. 5.2. Los efectos del auto del juez sobre la acción resolutoria. 6. Acciones resolutorias ejercitadas tras la iniciación del ERE concursal. 7. Ejercicio extrajudicial de la acción resolutoria. 8. Conclusiones.

1. PLANTEAMIENTO

Cuando la empresa atraviesa una situación de crisis económica, no es infrecuente que incurra en el incumplimiento de sus obligaciones con respecto a la generalidad de la plantilla (muy significativamente, no es infrecuente que se produzcan irregularidades en el abono del salario y el incumplimiento del deber de proporcionar ocupación efectiva) de ahí que sea casi un lugar común decir que el incumplimiento empresarial de alcance colectivo (especialmente en las materias que acabo de mencionar) es un síntoma de la situación de crisis económica de la empresa.

Frente al incumplimiento del empresario el trabajador puede, como se sabe, solicitar la resolución de su contrato con derecho a percibir la más alta indemnización de las previstas en el ET. Y ello es así aunque la falta de pago o de ocupación encuentren su explicación en el hecho de que la empresa se encuentre en situación de crisis económica, y tanto en el caso de que la crisis haya sido “formalizada” mediante la declaración de concurso de acreedores como en el supuesto de que esta formalización no haya tenido lugar. La posibilidad de resolución indemnizada es inmune a estas variables, de modo que ya en situación de bonanza económica o de crisis, formalizada o no esa situación de crisis, y, si formalizada, antes o después de la declaración del concurso, el trabajador puede ejercer la acción resolutoria.

El reverso de la posibilidad de resolver el contrato que asiste al trabajador viene constituido por los mecanismos que la norma pone al alcance del empresario para hacer frente a esa situación de crisis; esto es, por las vías que los art. 51 y 52.c ET establecen para poder extinguir contratos de trabajo con un coste

indemnizatorio sensiblemente menor (20 días de salario por año de servicio con un tope de 12 mensualidades). De este modo, el incumplimiento del empresario que deviene de la situación de crisis pone en manos de cada una de las partes del contrato la posibilidad de extinción contractual.

No hace falta decir mucho más para comprender que este panorama es propicio caldo de cultivo para que, ante la inminencia de que la empresa ponga en marcha un expediente extintivo por crisis, los trabajadores ejerciten lo que comúnmente se denomina “acciones resolutorias estratégicas” que vendrían a ser aquellas que persiguen la extinción fuera del cauce de la crisis, aunque se basen en un incumplimiento deudor de la crisis. Un panorama muy disfuncional porque, cuando el incumplimiento es un síntoma de la crisis, al lógico interés del trabajador en obtener la resolución indemnizada que corresponde al incumplimiento empresarial se contraponen el interés de los restantes trabajadores y también el de la propia empresa en la reducción de costes indemnizatorios a favor del mantenimiento de la viabilidad de la empresa, y, siendo ello así, lo lógico sería procurar la conjunción de todos esos intereses en juego.

Esto es lo que intenta el mecanismo que se establece en la LC para cuando la empresa es declarada en concurso. Un mecanismo que, en pocas palabras, consiste en controlar el uso de acciones estratégicas que puedan comprometer la viabilidad de la empresa, paralizando la tramitación de las que concurren con un expediente de regulación de empleo concursal dando a éste una suerte de “*prioridad aplicativa*” para producir la extinción del contrato.

Las páginas que siguen tratan de dar cuenta de este panorama analizando el tratamiento –digamos– “*general*” que recibe la acción resolutoria en un contexto de crisis empresarial y el tratamiento específico que determinadas acciones resolutorias reciben cuando la crisis se “*formaliza*”, esto es, cuando la empresa es declarada en concurso.

2. EL INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL Y LA SITUACIÓN DE CRISIS EN LA EMPRESA

Como se ha señalado, uno de los síntomas típicos de la situación de crisis de la empresa es el incumplimiento de alcance colectivo, el que afecta a toda o parte importante de la plantilla de la empresa. Pero la crisis, como se sabe, por grave que sea, no autoriza al empresario a incumplir sus obligaciones. La crisis abre, eso sí, la posibilidad de que el empresario solicite la suspensión o extinción de los contratos de trabajo (pocos, muchos, todos) en tanto que, por su parte, el incumplimiento que deviene de la situación de crisis legitima al trabajador para solicitar la resolución del contrato.

Abierta así, tanto para el trabajador como para el empresario, la posibilidad de extinguir el contrato, la realidad demuestra cómo, en ese escenario, no es infre-

cuenta que los trabajadores se apresuren a ejercitar la acción resolutoria para adelantarse a la eventual iniciativa empresarial de despido colectivo por crisis y obtener así una indemnización sensiblemente más cuantiosa que la que les correspondería percibir de resultados del despido. Esta dinámica genera un problema conocido y fácilmente imaginable: desde una situación de partida equivalente, unos trabajadores lograrán resolver su contrato con derecho a la más alta indemnización del ET y otros serán despedidos con derecho a percibir una indemnización significativamente menor. Es por ello que, al abrigo de la idea de que a incumplimientos de alcance colectivo deben corresponder soluciones de alcance colectivo, doctrina y jurisprudencia han debido plantearse si cabe el ejercicio de la acción resolutoria cuando el incumplimiento del empresario tiene alcance colectivo y obedece a la situación de crisis de la empresa o si, en estos casos, la extinción ha de reconducirse al despido por crisis –al expediente de regulación de empleo–.

La duda se proyecta en un doble plano. Por un lado, ya de entrada se cuestionó si el trabajador podía o no plantear la acción resolutoria cuando el incumplimiento (generalmente un impago o retraso en el pago del salario) afectaba a la generalidad o a parte importante de los trabajadores de la empresa, aunque la empresa no hubiese iniciado un expediente de regulación de empleo. Y, por otro lado, fue también una cuestión discutida si una vez iniciada la tramitación de un expediente de regulación de empleo por causas económicas debía entenderse excluido el ejercicio acción resolutoria por causas relacionadas con la situación de crisis.

Aunque, tras los avatares y vaivenes de rigor, ambas cuestiones fueron finalmente encauzadas en unificación de doctrina, es conveniente dar cuenta de los términos en los que este debate se plantea y los lindes por los que ese encauzamiento discurre porque, unos y otros, conforman el panorama en el que opera la regulación de la acción resolutoria cuando la empresa ha sido declarada en situación de concurso. En un doble sentido. Por un lado, porque la regulación de la LC pretende dar respuesta a alguna de las cuestiones que sustentan el debate y, por eso, su análisis servirá para comprender mejor el sentido, finalidad o razón de ser del mecanismo extintivo previsto en la LC. Y, por otro lado, porque, aun declarada la empresa en concurso, en determinados supuestos, la acción resolutoria sigue su cauce habitual de sustanciación ante el juzgado de lo social, y, con respecto a ella, se plantearán buena parte de las cuestiones que aquí se suscitan.

2.1. INCUMPLIMIENTO DE ALCANCE COLECTIVO Y EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

La dicción del artículo 50 ET y, muy significativamente, el hecho de que a la resolución del contrato ex art. 50 ET se anude la más alta indemnización de las previstas en la norma, evidencia –a mi juicio– que la acción resolutoria se articu-

la, en esencia y fundamentalmente, en torno a la idea de hacer frente al incumplimiento de alcance individual; dicho de otro modo, en torno a la idea de hacer frente a una conducta incumplidora del empresario que tiene lugar en situación de “normalidad” en la empresa, y que afecta a uno o, a lo sumo, varios trabajadores. Abundaría en esta idea, la idea tan frecuentemente barajada de que la extinción ex art. 50 ET vendría a ser el trasunto de lo que el despido disciplinario es para el empresario frente al incumplimiento contractual del trabajador.

Pero es cierto también que el precepto no hace distinción alguna entre incumplimientos de alcance individual e incumplimientos de alcance colectivo y que de su tenor no puede colegirse que el ejercicio de la acción se encuentre en modo alguno condicionado al número de trabajadores afectados por el incumplimiento empresarial. Desde ahí, en principio, nada obliga a pensar que cuando el incumplimiento tiene alcance colectivo no pueda el trabajador ejercitar la acción resolutoria.

Ello no obstante, cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia, entendieron que la acción resolutoria sólo podía ejercitarse ante incumplimientos empresariales de alcance individual o, a lo sumo, plural, pero no ante incumplimientos de alcance colectivo [todos o una parte significativa de la plantilla de la empresa] ya que, en tanto que el alcance colectivo del incumplimiento evidencia una situación de crisis en la empresa, lo procedente en estos casos sería recurrir al expediente de crisis.

Las ideas que sustentaban este argumento son bien conocidas. Por un lado, se mantenía que la propia configuración legal de esta causa resolutoria excluía su juego cuando el incumplimiento tenía lugar en una situación de crisis, bien por entender que éste tenía que constituir un incumplimiento grave y culpable del empresario que –por definición– no puede apreciarse cuando el incumplimiento acaece en un escenario de crisis¹; bien por entender que, aun no siendo la culpabilidad del empresario un requisito exigible para la configuración de la causa resolutoria, debía evitarse la “*aplicación terminante y mecanicista*” de este supuesto extintivo y, por eso, en su apreciación era necesario tener en cuenta las circunstancias concurrentes y, de entre ellas, muy significativamente, la situa-

1 Para esta jurisprudencia, la culpabilidad implica que el incumplimiento (significativamente las irregularidades en el pago del salario y/o la falta de ocupación efectiva) “*sean motivados por la mala fe de la empresa, con propósito de perjudicar*” (STS 7 de abril de 1987 –RJ 1987/2369–) o evidencien “*una voluntad empresarial deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones*” (STS 11 de abril de 1988 –RJ 1988/2943–). Fueron muchas las sentencias que reiteraron la necesidad de que la falta de pago fuera grave y culpable para poder sustentar la resolución; por todas, vide las SSTs 11 de mayo de 1987 (RJ 1987/3671); 15 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7384); 7 de abril de 1987 (RJ 1987/2369); 14 de octubre de 1986 (RJ 1986/5468) y 29 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7612).

También parte importante de la doctrina científica defendió esta posición: ALBIOL MONTESINOS “Causas y efectos de la extinción por el trabajador” en AAVV *Comentarios a la Leyes laborales*, EDERSA, 1983, Tomo IX, Vol. I, p. 221) GARCÍA FERNÁNDEZ, *La terminación del contrato por voluntad del trabajador*, Publicaciones de la Facultad de Derecho –Palma de Mallorca– 1983, p. 107) o PENDAS DÍAZ, *La extinción causal del contrato por voluntad del trabajador*, ACARL 1987, p. 47.

ción de crisis de la empresa². Por otra parte, y en otro plano, se arguyó también que el ejercicio de acciones individuales frente a incumplimientos de alcance colectivo originados por una situación de crisis implica una actitud insolidaria en la medida en que la satisfacción de pretensiones individuales incidiría agravando la crisis padecida por la empresa y perjudicaría eventuales expectativas resarcitorias de otros trabajadores, colocándose así quien ejercita la acción resolutoria en una situación de ventaja o privilegio frente a los restantes trabajadores de la plantilla.

Una vez sentada la premisa de que el ejercicio de la acción resolutoria resulta excluido cuando la empresa se encuentra en situación de crisis y sentada también la premisa de que cuando el incumplimiento es de alcance colectivo ha de arbitrarse una solución “*solidaria*”, el argumento cierra su círculo considerando que lo que procede, cuando el incumplimiento (generalmente irregularidades en el abono del salario) es colectivo y tiene lugar en una situación de crisis, es la sustanciación de un expediente de crisis que, de no ser incoado por el empresario, debería ser instado por los trabajadores³ (posibilidad existente al tiempo de esta doctrina y no contemplada en la actualidad salvo cuando la empresa se encuentre declarada en concurso).

Los puntos débiles de esta propuesta no eran pocos, en mi opinión. De entrada, porque a la luz del tenor del artículo 50 ET no resulta fácil mantener que la acción resolutoria quede excluida cuando el incumplimiento traiga su causa de la situación de crisis de la empresa. Ninguna de las dos vías interpretativas por las que transita esta construcción encuentran un apoyo claro en la dicción de la norma, de la que es difícil extraer la idea de que sea preciso tener en cuenta las circunstancias concurrentes para determinar si el incumplimiento del empresario puede o no sustentar el derecho a solicitar la resolución; por lo menos en el supuesto de las irregularidades en el abono del salario en el que la norma más bien apunta con su dicción a todo lo contrario: a que la falta de pago o retrasos en el abono del salario son una causa de resolución de apreciación objetiva y que ésta juega con independencia de la culpabilidad del empresario. Y partiendo de ahí, no parece que la situación de crisis económica de la empresa pueda operar bien como elemento exculpatario de una culpabilidad que no se exige, bien como una circunstancia valorable que pueda desdibujar la existencia de un incumplimiento que la norma no sujeta a valoración.

Tampoco resulta fácil mantener la exclusión de la acción resolutoria en base a ese pretendido principio de solidaridad entre los trabajadores en virtud del cual

2 Son numerosas las sentencias que entendieron que no existe causa de resolución si el incumplimiento (muy significativamente la falta de pago o el retraso en el abono del salario) se justifica por la situación económica de la empresa); entre muchas otras, vide las SSTs 19 de febrero de 1987 –RJ 1987/1074); 15 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7384); 14 de octubre de 1986 (RJ 1986/5468).

3 Entre otras muchas, en este sentido se pronuncian la STS 4 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7278); 19 de febrero de 1987 (RJ 1987/1074); 11 de mayo de 1987 (RJ 1987/3671) y la STSJ de Galicia 26 de junio de 1991 (RJ 1991/3730).

el derecho al ejercicio de la acción individual quedaría eclipsado –para no agravar la situación de crisis de la empresa y para no perjudicar eventuales expectativas resarcitorias de otros trabajadores afectados por el incumplimiento– en favor de la sustanciación de un expediente de regulación de empleo. Por varias razones.

La primera es que no existe elemento normativo alguno que permita primar ese pretendido principio de solidaridad sobre el derecho que a cada trabajador asiste de ejercitar las acciones individuales derivadas de su contrato de trabajo. Y la segunda es que no puede decirse que el trabajador que ejercita la acción resolutoria incurra en una actitud insolidaria, porque quien ejercita la acción resolutoria ante un incumplimiento de alcance colectivo hace uso de un derecho que asiste de igual modo al resto de los trabajadores afectados por el incumplimiento.

Señalado todo esto, es fácil comprender la discusión desatada a la hora de determinar si resulta o no posible el ejercicio de la acción resolutoria cuando el incumplimiento empresarial tiene alcance colectivo y acaece en un escenario de crisis económica en la empresa. La cuestión se encuentra, desde hace ya un tiempo, encauzada en unificación de doctrina en el sentido de que el alcance colectivo del incumplimiento y la situación de crisis de la empresa no empece el ejercicio de la acción resolutoria. El argumento que sustenta esta conclusión surge en relación a las irregularidades en el abono del salario (que es el paradigma del incumplimiento que puede tener su origen en la situación de crisis) y entiende que el artículo 50 ET no permite mantener que, para fundamentar la acción resolutoria, las irregularidades en el pago del salario hayan de constituir un incumplimiento culpable del empresario (*“la culpabilidad no es requisito para generarlo”*), ni autoriza a valorar las circunstancias en las que el incumplimiento acaece (*“el empresario no puede eludir el deber principal que le incumben”*), de modo que la situación de crisis de la empresa no justifica la conducta incumplidora del empresario y, en consecuencia, tampoco obsta al ejercicio de la acción resolutoria por parte de los trabajadores (*“es indiferente ... que el impago o retraso continuado en el abono del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial”*)⁴.

2.2. ACCIÓN RESOLUTORIA Y EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

Polémica fue también la cuestión de cómo resolver, en un escenario de crisis, la concurrencia de la tramitación de un expediente de regulación de empleo con el ejercicio de la acción resolutoria. La realidad demuestra cómo la situación de crisis económica de la empresa es uno de los escenarios propicios para la coincidencia de la voluntad extintiva del empresario con la voluntad extintiva del trabajador. Y el guión de este encuentro es conocido: la crisis origina una

⁴ Las expresiones entrecomilladas pertenecen a la conocida STS 24 de marzo de 1992 (RJ 1992/1870) cuya doctrina es con frecuencia referenciada en muchas otras posteriores.

situación –más o menos generalizada– de falta de pago o retrasos en el abono del salario (acompañados frecuentemente de falta de ocupación efectiva) que, más pronto o más tarde, sirve al empresario para fundamentar su voluntad extintiva a través de un expediente de regulación de empleo y sirve también al trabajador para fundamentar la acción resolutoria por incumplimiento salarial.

No hace falta decir que el desenlace de este encuentro pasa por determinar si la iniciación de un expediente de regulación por causas económicas debe afectar o no, y en qué sentido, a la acción resolutoria por falta de pago o retrasos en el abono del salario. Un asunto que, como es fácil imaginar, se desdobra en dos frentes: uno, si la iniciación del expediente impide entrar a conocer de las acciones resolutorias planteadas con anterioridad, y dos, si una vez incoado el expediente debe entenderse precluido el ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago o retrasos en el abono del salario.

Que la incoación del expediente de regulación no es obstáculo para conocer y, en su caso, estimar la pretensión resolutoria ya planteada con anterioridad es la respuesta que, de modo casi pacífico, vino a darse a la primera de las cuestiones señaladas. El argumento que la sustenta recibió una clara y contundente formulación en la jurisprudencia, al señalar que admitir que la pendencia del expediente ha de conducir a la desestimación de las pretensiones resolutorias planteadas con anterioridad supondría conceder al empresario *“un cómodo subterfugio para abortar o impedir el ejercicio de un derecho que en principio no tiene cortapisas legales de orden material o procesal”* (como señala la STS 19 diciembre 1983 –RJ 1983/6250–).

Por el contrario, el panorama es más convulso cuando se trata de dilucidar si en un escenario de crisis y una vez incoado el expediente de regulación de empleo debe entenderse precluido el ejercicio de la acción resolutoria por falta de pago o retrasos en el abono del salario. Una vez manifestada la voluntad extintiva del empresario en base a la situación de crisis y teniendo esta voluntad extintiva la finalidad de hacer frente a la crisis, no parece descabellado pensar que el inicio del expediente *“colectiviza la tutela de los intereses de los trabajadores”* quedando éstos sometidos a la suerte que resulte del expediente y, por ende, quedando vedada la posibilidad de *“disidencia a través de procesos individualizados de extinción”*⁵. Esta fue la postura inicial de la jurisprudencia que entendió –de modo prácticamente unánime– que *“ante la dualidad de procedimientos de extinción del contrato de trabajo contemplados en los artículos 50 y 51 ET y sus diferentes consecuencias jurídicas y económicas ha de entenderse en estos casos excluida la facultad resolutoria de los trabajadores”*⁶.

5 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La voluntad del trabajador en la extinción del contrato de trabajo*, (La Ley) 1988, p. 189.

6 La cita es de la STSJ de Madrid 11 de febrero de 1992 que recoge la doctrina sentada en numerosas sentencias del TS (como las SSTs 12 de mayo de 1988 (RJ 1988/4234) y 22 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9899) y del TCT (como las de 15 de octubre de 1980 –RTCT 1980/5066– o 23 de mayo de 1984 (RTCT 1984/4561).

Esta exclusión de la acción resolutoria se justificaba en la idea de que iniciada la tramitación de un expediente de regulación de empleo *“prima el interés solidario y colectivo frente al ejercicio de acciones individuales al socaire del artículo 50 ET”*, dado que admitir el ejercicio de acciones resolutorias individuales cuando ya ha comenzado la tramitación del expediente *“podría traducirse en situaciones de privilegio frente a los demás afectados por la pretensión empresarial, obteniendo indemnizaciones muy superiores, cuando todos ellos deben compartir en forma generalizada y equitativa la situación de la empleadora”*⁷.

La idea que late en el fondo de este razonamiento –no hace falta decirlo– es la de arbitrar una solución que permita conjugar los derechos e intereses del trabajador frente al incumplimiento con los derechos e intereses que se ponen en juego en la situación de crisis: los propios del empresario y los que –en el plano colectivo– atañen a los trabajadores. Es poco discutible, en mi opinión, la necesidad de articular un mecanismo que permita conjugar esos –tan distintos– intereses en juego, pero es discutible que la norma deje margen para sustentar la solución apuntada por esa línea jurisprudencial.

Desde luego, es indudable que a consecuencia de la acción resolutoria los trabajadores pueden obtener indemnizaciones superiores a las que derivan del expediente de regulación, pero es muy dudoso que pueda considerarse que, por ello, el ejercicio de la acción resolutoria constituye una actuación abusiva por cuanto los trabajadores se encuentran sujetos por un deber de solidaridad con la empresa en crisis (que les obliga a someterse a la suerte del expediente y, consecuentemente, a no percibir la indemnización a la que, en otras circunstancias, tendrían derecho).

Al margen de que entender que los trabajadores deben (resultan obligados a) ser solidarios con la empresa cuando esta atraviesa una situación de crisis es una idea discutible, lo cierto es que la norma no ofrece ningún dato en el que apoyar la conclusión de que tal deber exista y, por ende, en el que apoyar que la incoación del expediente de regulación pueda obstaculizar el ejercicio de acciones individuales. Lo único que de la norma puede deducirse es que, por un lado, ante la situación de crisis, puede el empresario pretender la suspensión, “reducción” o extinción de todos o algunos contratos, y, por otro lado, ante el incumplimiento (ante la falta de pago o retraso en el abono del salario) puede el trabajador solicitar la resolución. Nada más. Nada en la norma indica que deba primarse una vía sobre otra, ni la mecánica extintiva que pone en marcha la iniciación del expediente constituye un obstáculo para el ejercicio de la acción resolutoria ya que, como es sabido, la relación laboral permanece en vigor mientras el expediente se sustancia y, en tanto que viva la relación, el trabajador puede ejercitar la acción resolutoria.

⁷ La cita es de la STSJ de Castilla-León de 5 de febrero de 1991 que recoge la doctrina sentada con anterioridad por el TS en numerosas sentencias, como las SSTs 22 diciembre 1988 (RJ 1988/9899); 24 de octubre 1988 (RJ 1988/8143) o 21 de junio 1986 (RJ 1986/3696).

Desde ahí, lo más que puede decirse es que, cuando concurren la voluntad extintiva del empresario con la voluntad extintiva del trabajador, el único “*efecto adverso*” que el expediente podría desplegar sobre la acción resolutoria es el de forzar su desestimación si en el momento de decidir sobre la demanda de resolución el empresario hubiera extinguido ya el contrato a su amparo, porque, como es conocido, la acción resolutoria no puede prosperar si el contrato se encuentra ya extinguido.

De esta constatación parte la doctrina unificada que, en la actualidad, sujeta la interpretación jurisprudencial de esta cuestión. Desde la idea de que la tramitación del expediente de regulación no es óbice para el ejercicio de la acción resolutoria –“*ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuera idéntica*”⁸– se concluye que en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el expediente de regulación no se haya resuelto no hay obstáculo legal alguno ni para que el trabajador ejercite la acción resolutoria ni para que el juez conozca y resuelva la pretensión resolutoria.

3. ACCIÓN RESOLUTORIA EN LA EMPRESA EN CONCURSO. MARCO GENERAL

El hecho de que la empresa se encuentre en situación de concurso, en principio, no altera el régimen establecido con carácter general para el ejercicio de la facultad resolutoria ex art. 50 ET (aunque, en mayor o menor medida, resulte inevitable que la situación de concurso se deje notar en los efectos indemnizatorios anudados a la resolución) de modo que, el ejercicio de la acción resolutoria, como el ejercicio de cualquier otra acción extintiva individual, se desenvuelve en las mismas condiciones en que lo haría si no se hubiese declarado el concurso.

De esta regla general, sin embargo, se exceptúan las acciones “*motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado*” que, si ejercitadas tras la solicitud de concurso y concurrentes con la tramitación de un ERE concursal (y sólo en ese caso) pueden ver alterada su normal tramitación e, incluso, pueden pasar a ser consideradas extinciones de carácter colectivo generando la indemnización propia de este tipo de extinción (art. 64.10 LC)⁹.

⁸ STS 5 de abril de 2001 (RJ 2001/4885).

⁹ Establece el precepto: “*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 procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento 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 procedimiento 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*”.

Para analizar el alcance de este régimen específico, es necesario, de entrada, deslindar su ámbito de actuación o, lo que es lo mismo, hace falta identificar las acciones extintivas a las que éste afecta. Esta delimitación es la única cuestión que regula de modo aceptablemente claro el escueto (y confuso) tenor de la norma que, *prima facie*, circunscribe su radio de actuación a las acciones resolutorias motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado que, además, hayan sido ejercitadas tras la declaración del concurso.

3.1. ACCIONES RESOLUTORIAS SUJETAS AL RÉGIMEN DE LA LEY CONCURSAL

En efecto, ya de un primer acercamiento a lo establecido en el art. 64.10 LC se deduce que, para que entre en escena el excepcional tratamiento que el precepto articula, es preciso que concurren dos elementos: un elemento causal (dado que sólo se altera el régimen de la acción resolutoria si la acción responde a determinadas causas) y un elemento temporal (dado que el mecanismo sólo opera en el caso de que su ejercicio sea posterior a la solicitud de declaración de concurso). De entrada, interesa ver ese elemento causal y, en consecuencia, delimitar cuáles son esas acciones *“motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado”*.

3.1.1. En función de su naturaleza

Con toda probabilidad, el grueso de las acciones resolutorias *“motivadas por la situación económica o de insolvencia”* de la empresa vendrá constituido por las acciones fundamentadas en irregularidades en el pago del salario (50.1.b ET) o derivadas de la falta de ocupación efectiva (50.1.c ET) pero conviene tener en cuenta que, en sentido estricto, la previsión contenida en la LC no afecta a todas las acciones basadas en estos incumplimientos ni afecta sólo a las acciones sustentadas en ellos.

Por lo que hace a las irregularidades en el pago del salario, puede decirse que el cauce concursal no afecta a todas las acciones resolutorias basadas en este incumplimiento porque el mecanismo previsto en la LC únicamente alcanza a las acciones que respondan a esas –digamos– *“razones económicas”* que la norma cita, de modo que, por ejemplo, quedarían fuera de este tratamiento la falta de pago del salario que obedezca a la voluntad de ejercer presión sobre el trabajador (para que acepte una modificación, para que abandone la empresa...).

Determinar si el incumplimiento empresarial obedece a la situación económica de la empresa o, por el contrario, responde a otra motivación puede ser una tarea compleja que habrá que afrontar en cada caso pero, a mi juicio, pueden identificarse elementos cuya presencia apunta con fuerza en uno u otro sentido. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el *“alcance”* del incumplimiento porque, del mismo modo que las irregularidades en el pago del salario o la falta de ocupación que afectan a la totalidad de la plantilla (o cuanto menos de alcance colectivo) pueden

razonablemente presumirse derivadas de la situación económica de la empresa, cuando estos incumplimientos afectan a un único trabajador de una extensa plantilla puede razonablemente identificarse el incumplimiento con una medida de presión para que abandone la empresa, o puede constituir una represalia, o incluso puede ser síntoma revelador de la existencia una conducta discriminatoria cuando tienen por destinatarios únicamente a determinada colectividad de trabajadores.

Por otro lado, puede también decirse que el mecanismo previsto en la LC no afecta sólo a las acciones resolutorias basadas en irregularidades en el abono del salario porque la letra de la norma se refiere a las acciones motivadas por la “*situación económica o de insolvencia*” sin que, en principio, resulte relevante cuál sea el incumplimiento empresarial en el que fructifique esa adversa situación económica. Que ello sea así permite, sin duda, que entren de lleno en este cauce acciones basadas en incumplimientos distintos de los contemplados en el art. 50.1.b ET pero habitualmente ligados a una mala situación económica de la empresa como pueda ser el impago de deudas de naturaleza no salarial¹⁰ o, más significativamente, la falta de ocupación efectiva¹¹.

Con toda probabilidad, para determinar si la falta de ocupación efectiva responde a la situación económica de la empresa o responde a otra causa resultará útil elemento indiciario el alcance del incumplimiento, en el sentido que antes se indicó con respecto a las irregularidades en el pago del salario (esto es: partiendo de la base de que el alcance colectivo induce a presumir la causa económica en tanto que el alcance individual o plural del incumplimiento conduce, más bien, a considerar la entrada en escena de otros motivos –discriminación, represalia–¹²) y será también revelador de la causa que sustenta la falta de ocupación efectiva el hecho de que ésta vaya o no acompañada de irregularidades en el pago del salario.

En otro orden de cosas –aunque hablando de lo mismo– conviene hacer notar que el hecho de que el cauce concursal no se ciña a las acciones motivadas por un concreto incumplimiento sino que abarque a todas acciones motivadas por la

¹⁰ Constituyen ejemplo típico de estos supuestos la falta de pago de conceptos retributivos no salariales, como las dietas o la falta de pago de la prestación por Incapacidad temporal.

¹¹ En este sentido, se mantiene que la ampliación del ámbito objetivo que introduce la reforma de 2011 “*rompe con el límite de las irregularidades en el abono del salario para permitir la inclusión de las denuncias por falta de ocupación efectiva*”, DESDENTADO BONETE, A., “Resolución del contrato de trabajo y concurso. Un recorrido por la jurisprudencia”, en NRDT, nº 196/2017, p. 6 de la versión digital (BIB 2017/815).

Sobre acciones resolutorias basadas en la falta de ocupación efectiva generada por la situación económica de la empresa, vide, entre otras muchas, STS 11 de julio de 2011 (rec. 3334/2010); STS 30 junio 2017 (rec. 3402/2015).

¹² En la doctrina judicial pueden encontrarse algunos ejemplos en este sentido. Especialmente interesante resulta la SSTJ País Vasco 21 de marzo de 2017 (rec. 523/2017). La cuestión que en la sentencia se debate es si la sustanciación de la acción resolutoria debía haber quedado suspendida y en ella se afirma que no procedía la suspensión no sólo por el momento en que la acción fue ejercitada (un día antes de la solicitud de declaración del concurso) sino también porque “*tampoco concurre el primer elemento puesto que la resolución contractual promovida por el trabajador no viene motivada por la situación económica o de insolvencia del concursado ... sino en una falta de ocupación efectiva amparada en el art. 50.1.c ET*”.

“situación económica o de insolvencia” sin que importe cuál sea el incumplimiento empresarial en el que fructifique esa adversa situación económica, implica que transiten por este cauce acciones basadas en incumplimientos de distinto tipo (como la falta de ocupación efectiva, la falta de pago...) pero, en mi opinión, no permite extender sin límite su ámbito a “todo incumplimiento empresarial que habilite para solicitar la extinción”¹³ porque hay incumplimientos que, por definición, tienen una naturaleza intrínsecamente ajena a la situación económica de la empresa y las acciones resolutorias derivadas de estos incumplimientos deben entenderse –a mi juicio– siempre excluidas del cauce concursal. Ejemplo paradigmático de ello serían las acciones resolutorias basadas en la existencia de acoso en cualquiera de sus múltiples variantes que, claramente, no puede encontrar amparo en la situación económica de la empresa.

Aunque por motivos muy diversos, otro tanto cabe decir, con toda probabilidad, del incumplimiento consistente en la negativa del empresario a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo cuando una sentencia haya declarado injustificada la modificación o el traslado. En efecto, pese a que la redacción del precepto (art. 50.1.c ET) puede hacer pensar que allí se describe el género (“Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario”) y la especie (“así como la negativa del mismo a reintegrar...”) que pueden dar base al ejercicio de la acción resolutoria, la doctrina ya ha tenido ocasión de señalar que el supuesto encierra, más bien, una peculiar forma de ejecución de sentencia¹⁴. Ello implica que, por lo que aquí importa, la negativa al cumplimiento de la sentencia no aboca al trabajador a instar un nuevo proceso solicitando la resolución por incumplimiento del empresario sino que, directamente, el trabajador podrá pedir la resolución del contrato en fase de ejecución. Dejando ahora al margen las muchas matizaciones que cabe hacer con respecto a esta ejecución, es claro que, al no ser preciso que el trabajador ejercite la acción resolutoria frente al incumplimiento del empresario para extinguir el contrato, este supuesto queda al margen del cauce concursal.

Sea como fuere, entre las acciones basadas en incumplimientos generalmente ligados a la situación económica y aquellas otras que se sustentan en causas intrínsecamente diversas de la razón económica, no será menor el elenco de incumplimientos empresariales cuya ligazón final con la situación económica o de insolvencia de la empresa pueda presentar perfiles muy difusos que la doctrina judicial habrá de ir perfilando.

13 TALENS VISCONTI, E., *El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos*, Bomarzo, 2016, p. 95. En el mismo sentido, GONZÁLEZ DE PATTO, R.M., “Acciones resolutorias del contrato de trabajo en empresas concursadas. Puntos críticos y perspectivas de reforma”, *RDS*, nº 53, 2011, p. 78.

14 GOERLICH PESSET, J.M., “La extinción causal por voluntad del trabajador: la resolución contractual del artículo 50 ET”, en ALBIOL MONTESINOS (Dir), *La extinción del contrato de trabajo* (Tirant Lo Blanch), 2011. Documento TOL2.050.699.

Sin duda, identificar las acciones afectadas por el cauce concursal con aquellas que derivan de la “*situación económica o de insolvencia del concursado*” en lugar de ligarlas a las que reaccionan frente a un incumplimiento concreto, tiene sus ventajas y tiene también sus inconvenientes. La ventaja más llamativa es que de este modo se solventa el “antiguo” problema de las acciones que escapaban del concurso por ser pluricausales. Como se sabe, al amparo de la regulación anterior, la situación de concurso solo afectaba a las acciones resolutorias basadas en las irregularidades en el pago del salario quedando, por tanto, excluidas del cauce concursal no sólo las acciones resolutorias sustentadas en un incumplimiento distinto sino también aquellas acciones en las que, a las irregularidades en el pago del salario, se sumaba cualquier otro incumplimiento¹⁵.

La lectura de la doctrina judicial ilustra muy bien el efecto excluyente de esta previsión que vino a operar como eficaz “*puerta de salida*” del concurso en los frecuentes supuestos en los que la crisis origina varios incumplimientos y da pie a una demanda pluricausal (ejemplo típico de demanda pluricausal es la que denuncia falta de ocupación y falta de pago del salario; o la que se sustenta en falta de pago del salario y falta de pago de retribuciones de naturaleza no salarial). A la regulación vigente –no hace falta decirlo– no importa el tipo o número de incumplimientos que presten base a la demanda de resolución, sino única y exclusivamente la razón de la que deriva el incumplimiento.

Identificar las acciones afectadas por el cauce concursal con aquellas que derivan de la “*situación económica o de insolvencia del concursado*” en lugar de ligarlas a las que reaccionan frente a un incumplimiento concreto, tiene también sus inconvenientes. Esa otra cara de la moneda (la de los inconvenientes) puede describirse diciendo que la falta de una enumeración de las concretas causas resolutorias que se reconducen al cauce concursal permite que determinadas causas de resolución puedan sustentar la extinción del contrato soslayando el concurso, aunque la extinción tenga en su base una causa resolutoria claramente emparentada con la situación económica de la empresa. Esto es lo que sucede con la falta de ocupación efectiva, que puede dar base a un despido tácito y/o a una acción resolutoria.

3.1.2. La equiparación del despido tácito

En efecto, es casi un lugar común decir que la falta de ocupación efectiva encierra cierta polivalencia en el sentido de que, además de ser un incumplimiento empresarial, puede ser también la manifestación de la voluntad extintiva del empresario que da cuerpo a la figura del despido tácito. Resultado de ello es que, frente a la falta de ocupación efectiva, la reacción del trabajador podría, en prin-

¹⁵ Sobre ello, en particular, y sobre la regulación anterior, en general, vide VIQUEIRA PÉREZ, *La resolución colectiva del contrato de trabajo por irregularidades en el abono del salario en la Ley Concursal*, Thomson-Civitas, 2007.

cipio, articularse a través de la acción resolutoria o a través de la impugnación del despido.

Obviamente, la elección de uno u otro camino procesal dependerá del valor que en cada caso pueda darse a la falta de ocupación efectiva en función del contexto porque el trabajador que sufre falta de ocupación efectiva mientras el resto de la plantilla trabaja con normalidad se encuentra en una situación distinta del trabajador que no presta trabajo porque se encuentra con las puertas de la empresa cerradas para toda la plantilla, o de aquel que, junto con el resto de compañeros y al socaire de una mala situación en la empresa, ve cómo su prestación de trabajo se torna intermitente o irregular. Pero, por lo que ahora importa, hay que tener en cuenta que, en determinados escenarios, en lugar de ejercitar la acción resolutoria por falta de ocupación efectiva, el trabajador puede solicitar la impugnación del despido tácito y que esa opción es particularmente interesante cuando la empresa está concursada porque le permite colocarse fuera del radio de acción del concurso. Por esta razón –ya de antiguo– la doctrina ha advertido que la figura del despido tácito puede servir para “*escapar*” del concurso y que, si se pretende que el sistema que establece la LC resulte eficaz, es conveniente someter el despido tácito al mismo régimen que ordena la acción resolutoria en el concurso.

Dado que el cauce concursal (el antiguo y el actual) ordena la confluencia de la acción resolutoria interpuesta al amparo del art. 50 ET con la extinción colectiva (ERE concursal) pero esa regulación no alcanza a la confluencia que pueda producirse entre la extinción colectiva y la impugnación del despido tácito, y que, por eso, la doctrina judicial –primero– y jurisprudencia –después– han tenido acudir a la analogía para extender el tratamiento de la acción resolutoria al despido tácito.

Con todo, conviene no olvidar que no toda acción que transita extramuros del concurso es una acción estratégica y que, por otro lado, hay acciones que necesariamente van a quedar fuera del concurso (como la planteada frente al grupo de empresas cuando sólo una de ellas está concursada) porque por muy acertado que sea el criterio de delimitación de las acciones sobre las que el concurso proyecta su vis atractiva (el criterio actual es mucho mejor que el anterior) presentará fisuras por las que determinadas acciones escapan del concurso.

3.1.3. En función del momento de ejercicio

Una vez determinado que la acción resolutoria en cuestión sea una de aquellas que por la causa que la sostiene (un incumplimiento motivado por la situación económica de la empresa) pueden verse afectadas por el concurso, la suerte que haya de correr la acción resolutoria depende del segundo elemento que la norma baraja: el criterio temporal.

El momento en que la acción se haya interpuesto determinará su tratamiento, que puede desarrollarse en tres escenarios. Así, en tanto que las acciones resolutorias ejercitadas antes de la fecha de solicitud del concurso cursan al margen del mismo (escenario 1), las interpuestas después de la solicitud de concurso pero antes de que se acuerde la iniciación de un expediente concursal de extinción colectiva verán suspendida su tramitación (escenario 2) y aquellas que se ejerciten tras la iniciación del expediente de extinción tendrán la consideración de “*extinción colectiva*” y quedan sometidas a la suerte que el expediente corra (escenario 3).

4. ACCIONES RESOLUTORIAS ANTERIORES A LA SOLICITUD DEL CONCURSO

Nada señala el art. 64.10 LC con respecto a las acciones resolutorias interpuestas antes de la solicitud del concurso (esto es, con respecto a las acciones cuya papeleta de conciliación se ha presentado antes de la solicitud de concurso¹⁶) pero, aunque es preciso reconocer que el tenor literal de la norma es lo bastante confuso como para introducir ciertas dudas en este sentido, no parece que estas acciones puedan resultar afectadas por las vicisitudes que atañen a las acciones ejercitadas tras la declaración de concurso –para las que claramente se prevé la suspensión de la tramitación–. Precisamente porque el precepto distingue entre acciones ejercitadas antes y después de la solicitud de concurso, es razonable pensar que lo pretendido por el legislador es establecer un tratamiento diferente para unas y otras; y precisamente porque nada se prevé con respecto a las acciones resolutorias interpuestas antes de la solicitud del concurso cabe concluir que estas se tramitan conforme a su cauce habitual ante el Juzgado de lo Social, como ha señalado ya la jurisprudencia¹⁷.

Este devenir ajeno al concurso es el que explica que el art. 64.10 LC nada establezca con respecto a estas acciones, pero conviene tener en cuenta que, aunque la acción resolutoria siga su habitual tramitación ante el Juzgado de lo Social, los trabajadores solicitantes de resolución no son inmunes a la situación de concurso, que puede desplegar sus efectos sobre la pretensión extintiva si en el seno del concurso se tramita un expediente extintivo.

16 En este sentido: STS 21 de septiembre de 2016; 27 de febrero de 2012 y STSJ PV 21 de marzo de 2017.

17 Por todas, puede verse la STS 9 de febrero de 2015 (rec. 406/2014) que recoge un detenido recorrido por los muchos autos de la Sala de Conflictos de Competencia que avalan esta conclusión. La más reciente s. TS. 10.03.2017 (rec. 3792/2014) indica también que la suspensión de la tramitación prevista en el artículo 64.10 opera exclusivamente para las acciones resolutorias ejercitadas tras la solicitud de concurso. También la doctrina científica mantiene esta opinión y, por todos, puede verse DESDENTADO BONETE, A., “Resolución del contrato de trabajo y concurso. Un recorrido por la jurisprudencia”, en *NRDT*, nº 196/2017, p. 6 de la versión digital (BIB 2017/815) quien cita a RÍOS MESTRE: *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Civitas, 2012, (BIB 212/3381) pp. 695 y 696.

Cuestión distinta es hasta qué punto convendría que de este tratamiento resultaran excluidas las acciones ejercitadas en fase preconcursal, pero lo cierto es que la norma no incluye previsión alguna en este sentido. Sobre ello, vide, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y DE LA MORENA CORRALES, P., “El despido colectivo en el concurso”, en AAVV (GODINO REYES, Dir.), *Tratado de despido colectivo*, Tirant Lo Blanch (Valencia) 2016; pp. 925 y 926.

En efecto, aunque alguna aislada sentencia de suplicación mantiene lo contrario¹⁸, no creo que juegue a favor de los solicitantes de resolución ningún tipo de blindaje que los proteja frente a la extinción colectiva. En tanto en cuanto son acciones que transitan extra muros del concurso, en mi opinión, estas acciones han de seguir la suerte que corre cualquier acción resolutoria ejercitada frente a una empresa no declarada en concurso; un contexto en el que el demandante de resolución puede ser incluido en el despido colectivo que decida tramitar la empresa. De modo que nada impide que, mientras se sustancia ante el Juzgado de lo Social la acción resolutoria, la empresa sea declarada en concurso y en su seno se tramite un expediente extintivo en el que se incluya al trabajador¹⁹ del mismo modo que, fuera del concurso, el demandante de resolución puede resultar afectado por un despido colectivo. En este sentido, como se sabe, el TS ha señalado reiteradamente que una y otra vía extintiva pueden transitar en paralelo tanto en un contexto extraconcursal²⁰ como en un panorama concursal²¹, donde el Juez del Concurso resulta ser el competente para conocer de la extinción colectiva ex art. 64.10 en tanto que el Juez de lo Social es competente para conocer la acción resolutoria ex art. 50 ET²².

Resultado de ello es que, si el trabajador que ha ejercitado la acción resolutoria se cuenta entre los afectados por el expediente extintivo, el contrato se extinguirá por la vía que concluya en primer lugar. En efecto, si el auto del Juez del Concurso que pone fin al expediente se adelanta a la sentencia que resuelve la pretensión resolutoria, el contrato se extingue a consecuencia del auto y la pretensión resolutoria se verá definitivamente perjudicada porque para poder estimarla es preciso, como se sabe, que el contrato se encuentre en vigor habida cuenta de que, como señala reiteradísima doctrina del TS –en expresión que ha

18 STSJ País Vasco de 6 de noviembre de 2012 (rec. 2161/2012) mantiene que *“El tratamiento legal de la cuestión determina que quienes ejercitaran la acción del art. 50 ET antes de iniciarse el procedimiento concursal mantiene el derecho a que su reclamación sea enjuiciada por el Orden Social y a obtener el reconocimiento indemnizatorio previsto por aquel precepto, lo que se explica, entre otras varias razones, en que los trabajadores que ejerciten tal acción no vean frustrado su derecho mediante el simple mecanismo de incluirlos en el expediente de extinción colectiva y abonarles así una indemnización muy inferior”*. A la luz de la dicción del art. 64.10 LC, la interpretación no está exenta de lógica pero, en mi opinión, no resulta razonable tratar de modo privilegiado al trabajador que ejercita la acción resolutoria en el seno del concurso con respecto a quien solicita la misma tutela en un contexto no concursal.

19 La STS 9 de febrero de 2015 (rec. 406/2014) es muy expresiva en este sentido, al indicar que mientras *“las demandas de extinción individual no estén resueltas por sentencia firme tales contratos siguen vigentes y, en consecuencia, los trabajadores vinculados a ellos pueden ser incluidos en la pretensión empresarial de extinción colectiva de todos los integrantes de la plantilla”*.

20 En este punto es cita obligada la STS 5 de abril de 2001 (rec. 2194/2000) que admitió el ejercicio de la acción resolutoria durante la tramitación de un ERE incluso cuando el incumplimiento trae su causa de la situación económica adversa que atraviesa la empresa: *“en tanto el contrato de trabajo esté vigente y el ERE iniciado antes de presentarse la demanda no se haya resuelto, no hay obstáculo legal alguno para la interposición de la aludida demanda y, por ende, para que el juzgado dicte sentencia resolviendo sobre el fondo de la pretensión”*.

21 STS 11 de julio de 2011.

22 En esta idea incide muy expresivamente la STSJ Galicia 9 de marzo de 2012 (rec. 5395/2011) *“el Juzgado de lo Mercantil es competente para resolver los contratos de trabajo al amparo del artículo 64 de la ley Concursal, si concurren las exigencias en éste establecidas, y el Juzgado de lo Social es competente para resolver los contratos de trabajo al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores”*.

hecho fortuna para aludir a la naturaleza constitutiva de la extinción y a la consecuente necesidad de pervivencia del vínculo– “*sólo cabe extinguir lo que está vivo*”²³. En sentido contrario, y por el mismo motivo, si la pretensión resolutoria ya estaba resuelta mediante sentencia firme, no podrá el auto del Juez del Concurso que pone fin al ERE incluir al trabajador en la lista de damnificados por la extinción. Para decirlo en corto: juega el criterio de la “*prioridad temporal del efecto extintivo*”.

La lectura de la doctrina judicial y de la jurisprudencia dan cuenta de la frecuencia con la que se plantea este panorama en el que la extinción y los efectos que a ella se anudan dependen exclusivamente de la celeridad con la que cursen una y otra vía extintiva (en ocasiones, con una crudeza llamativa, como es el caso que resuelve la S.TS. 11 de julio de 2011 en el que la demanda de resolución se presenta antes de iniciarse el ERE que, finalmente, se resuelve dos días antes que la acción resolutoria).

5. ACCIONES RESOLUTORIAS POSTERIORES A LA SOLICITUD DE CONCURSO

Tampoco, en principio, sufren alteración alguna las acciones resolutorias ejercitadas tras la solicitud de declaración de concurso. En efecto, conforme a lo establecido en el art. 64.10 LC, las acciones ejercitadas tras la solicitud del concurso (solicitud, que no declaración²⁴) son competencia del Juez de lo Social y no sufren alteración alguna en su régimen habitual salvo en el caso de que, durante su sustanciación, se inicie en el seno del concurso un expediente de extinción colectiva.

A sensu contrario, ello es tanto como decir que, aún interpuesta la acción resolutoria tras la solicitud de concurso, ésta seguirá su cauce habitual si la sentencia que resuelve la pretensión extintiva alcanza su firmeza antes de comenzar la tramitación del ERE concursal, también en el caso de que la acción se ejercite una vez concluida la tramitación del ERE concursal, y, naturalmente, también en el caso de que no tenga lugar la tramitación de un ERE concursal.

Por el contrario, si durante la sustanciación del procedimiento de la acción resolutoria se inicia un ERE, el panorama cambia sustancialmente porque, acordada

²³ Por todas, vide, STS 26 de octubre de 2010 (rec. 471/2010) 11 de julio de 2011 (rec. 3334/2010).

²⁴ Tradicionalmente, el tiempo comprendido entre la solicitud del concurso y su declaración es tratado como un “*periodo sospechoso*” en el que, por lo que ahora importa, el ejercicio de la acción resolutoria se mira con especial recelo por lo propicio del contexto para solicitar la resolución contractual y extinguir la relación antes de que se declare el concurso y se tramite un ERE que ponga fin al contrato con una indemnización menor. Con toda probabilidad esta idea no es ajena al hecho de que regulación contenida en la LC tome como referencia la solicitud de declaración de concurso, en lo que parece tener como objetivo neutralizar las acciones estratégicas que circundan la declaración de concurso.

Sobre este “*periodo sospechoso*”, en general, vide OLIVENCIA RUIZ, M., “Concurso y precurso” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 22, 2015. En particular, sobre las acciones de extinción del contrato durante este periodo, vide, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y DE LA MORENA CORRALES, P., “El despido colectivo en el concurso”, en AAVV (GODINO REYES, Dir) *Tratado de despido colectivo*, Tirant Lo Blanch (Valencia) 2016; pp. 925 y 926.

la iniciación del expediente de extinción, las acciones pendientes de resolución firme sufren dos efectos: se suspende su tramitación y la pretensión se resolverá en función del auto del Juez del Concurso que pone fin al ERE concursal desplegando efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos. Se produce, en suma, una suerte de “*prioridad aplicativa*” del ERE con la evidente finalidad de garantizar el efecto vinculante de la resolución que en él se alcance.

5.1. LA SUSPENSIÓN DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

El inicio del ERE concursal produce la suspensión de las acciones resolutorias pendientes de resolución firme. Todo apunta a que la suspensión es una paralización del procedimiento que, aunque la confusa y desafortunada dicción legal parece encomendar al Juez del Concurso²⁵, habrá de ser acordada por el Juez de lo Social porque sólo puede suspender el órgano judicial que está conociendo del proceso que se suspende y ese es el Juez de lo Social. La plasmación práctica de esta decisión exige de una cierta coordinación que la norma no se ocupa de establecer ni siquiera mínimamente y de cuya ausencia, muy expresivamente, se queja alguna sentencia al explicar que, en cumplimiento de la norma, hubiera suspendido la tramitación de la acción resolutoria ante el inicio del ERE concursal “*si algún legitimado, las partes o la administración concursal, o el propio Juzgado de lo Mercantil lo hubiere comunicado*”²⁶.

En la medida en que la decisión de suspender deriva de la admisión a trámite de la demanda de extinción colectiva por parte del Juez del Concurso, es razonable pensar que será la administración concursal quien traslade al Juez de lo Social el acuerdo de iniciación del ERE, dado que ésta habrá sido emplazada por el Juzgado de lo Social al admitir la demanda de resolución. Sea como fuere, lo que en modo alguno resulta razonable es que no exista regulación alguna sobre un trámite que no es menor porque, si no tiene lugar la suspensión, bien puede suceder que se produzcan dos resoluciones firmes que establezcan la extinción de un mismo contrato con distintos efectos indemnizatorios (como ya ha sucedido²⁷).

Tampoco el art. 64.10 LC es un ejemplo de claridad cuando identifica las acciones afectadas por la suspensión refiriéndose a “*la totalidad de los procesos individuales seguidos frente a la concursada posteriores a la solicitud del con-*

25 “*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. Igualmente, se comunicará a los tribunales ante los que se estuvieran tramitando los procedimientos individuales*”.

26 SJS Barcelona nº 16, de 26 de enero de 2015 proc. 454/2014.

27 Este problema ya se ha planteado: en el JM nº 2 de Bilbao varios trabajadores intentan incluir como créditos contra la masa una indemnización de 20 días –derivada de ERE concursal– y otra de 45 días derivada de la resolución ex art. 50 ET. El auto del JM reconoce 45 días para quienes ejercitaron la acción antes de iniciarse el ERE y de 20 para quienes demandaron después de iniciarse el ERE. La solución es cuestionable porque en una resolución instrumental se desconoce lo establecido en una sentencia firme del orden social, pero está claro que la extinción del contrato no puede indemnizarse dos veces. La resolución es analizada y citada por RÍOS MESTRE: *Despido colectivo y concurso de acreedores*, Civitas, 2012, (BIB 212/3381).

curso pendientes de resolución firme”, pero, pese a su tenor literal, una lectura contextualizada de la norma permite entender (sin grandes dificultades) que la suspensión no afecta a todas las acciones resolutorias en curso concurrentes con el ERE sino únicamente –como ya ha puesto de manifiesto el TS²⁸– a las acciones ejercitadas tras la solicitud del concurso.

Dentro de estas (de las interpuestas tras la declaración de concurso) cabría plantearse si todas habrán de ser objeto de suspensión o si sólo se verán afectadas las acciones interpuestas por los trabajadores incluidos en el ERE. La literalidad de la norma puede inducir a pensar que la suspensión de la tramitación de la acción ha de afectar únicamente a los demandantes de resolución incluidos en el ERE pero, a mi juicio, en atención al propósito de la norma, la suspensión habrá de afectar a todas las acciones resolutorias interpuestas tras la declaración de concurso y no sólo a las acciones ejercitadas por los trabajadores incluidos en el ERE, porque todos los trabajadores pueden resultar finalmente afectados por el ERE aunque no estuvieran incluidos en –digamos– el listado inicial de afectados.

5.2. LOS EFECTOS DEL AUTO DEL JUEZ SOBRE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

La suspensión finaliza cuando adquiere firmeza el auto del Juez del Concurso que pone fin al ERE concursal desplegando “*efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos*”, lo que es tanto como decir que, con la firmeza del auto, la suspensión se alza y procede la continuación de los procesos suspendidos cuya suerte resultará ser radicalmente distinta dependiendo de que el trabajador se encuentre (o no) entre los afectados por la extinción colectiva.

En efecto, para el caso de que el trabajador en cuestión no se encuentre entre los damnificados por el expediente concursal (o para el caso de que el expediente extintivo se resuelva sin acordar extinciones) el auto del Juez de lo Mercantil que resuelve el ERE sólo tiene como efecto el de poner fin a la situación de suspensión, de modo que el proceso continúa y el Juez de lo Social resolverá sobre la pretensión conforme a la norma laboral, lo que es tanto como decir que, existente causa resolutoria, la sentencia decretará la extinción de la relación y el derecho del trabajador a obtener la indemnización correspondiente (33 días de salario con un tope de 24 mensualidades). En este contexto encaja la previsión que establece que 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 (art. 64.10 LC).

El panorama es radicalmente distinto si el trabajador ha sido incluido en el ERE porque,alzada la suspensión y reanudado el procedimiento, el auto del Juez del Concurso que pone fin al ERE despliega efectos de cosa juzgada. La cuestión es

28 STS 20 de julio de 2016 (rec. 3792/2014).

determinar qué implica exactamente –qué consecuencias han de anudarse a ese efecto de cosa juzgada.

Aunque la norma no lo indique expresamente, nadie duda de que el efecto de cosa juzgada al que se alude es el positivo, dado que el precepto contempla la posibilidad de dictar sentencia sobre la pretensión extintiva una vez se haya alzado la suspensión. Sobre lo que ya no existe consenso es acerca del alcance que deba otorgarse a este efecto positivo de cosa juzgada de que goza el auto del Juez Mercantil (más allá, claro está, de considerar que, en base a lo establecido en el art. 222.4 LEC, ello implica que lo señalado en el auto resulta tener carácter vinculante).

Partiendo de la idea de que las acciones resolutorias ejercitadas tras la declaración del concurso (todas ellas, las interpuestas antes y después de la iniciación del ERE) adquieren la condición de “*extinción de carácter colectivo*” cuando el demandante de resolución resulta incluido en el ERE, se ha defendido que lo que la norma articula es una “*versión reforzada*” del efecto positivo de cosa juzgada. Esta “*versión reforzada*” consistiría en que el auto del Juez Mercantil no operaría como un “*antecedente lógico*” con respecto a la sentencia que –una vez alzada la suspensión– resuelva la acción resolutoria, sino que el auto vendría a sustituir “*de forma completa*” la decisión sobre la resolución contractual. Ello implicaría que, necesariamente, la sentencia que resuelva la resolución decretará que el contrato está ya extinguido, que la causa de la extinción es la causa que sustenta el ERE concursal y que la indemnización que al trabajador corresponde es la de 20 días por año con un tope de 12 mensualidades (o, en su caso, la de mayor cuantía que el auto del Juez del Concurso haya establecido)²⁹. Se afirma, en este sentido, que el auto del Juez del Concurso tendría un valor constitutivo, análogo al que la LJS otorga a las sentencias del orden social en los procesos colectivos que, como se sabe, obligan a fallar al juzgador en los asuntos pendientes en el sentido que marca la sentencia colectiva³⁰.

Si bien se mira, al amparo de esta interpretación, recibirían el mismo tratamiento las acciones resolutorias interpuestas antes de la iniciación de un ERE concursal y las que se ejercitan tras la iniciación del ERE concursal y, aunque con toda probabilidad, la dicción del precepto admite ser interpretada de este modo, parece razonable explorar otras alternativas que permitan anudar efectos distintos a pretensiones extintivas ejercitadas en contextos muy diferentes. Veamos.

La entrada en escena de esa “*versión reforzada*” del efecto de cosa juzgada del auto del Juez Mercantil pende de que la “*acción individual*” (por utilizar la nomenclatura del precepto) pueda entenderse convertida en “*extinción de*

29 DESDENTADO BONETE, A., “Resolución del contrato de trabajo y concurso. Un recorrido por la jurisprudencia”, en *NRDT*, nº 196/2017, pp. 7 de la versión digital (BIB 2017/815).

30 MOLINA NAVARRETE, *El concurso de acreedores. Aspectos sociales y laborales de la reforma 2011-2012*, Tecnos 2012.

carácter colectivo”; porque si convertida en extinción colectiva, a ella se anudan los efectos (todos) previstos en el auto del Juez del Concurso pues es éste el competente para resolver sobre la extinción colectiva. Una vez producida la “mutación”, la acción resolutoria –convertida ya en extinción colectiva– se resuelve ajustándose a lo que el auto extintivo señale con respecto a la fecha de la extinción, la causa de la extinción y la indemnización correspondiente a la extinción.

Este es el punto de partida de la interpretación que acaba de exponerse; pero, en mi opinión, la dicción de la norma no obliga a mantener que la mutación afecta a las acciones resolutorias interpuestas antes y después de la iniciación del ERE. A mi juicio, la norma permite mantener que sólo se convierten en “*extinciones colectivas*” las acciones resolutorias ejercitadas tras la iniciación del ERE concursal; de modo que sería posible reservar ese “*efecto pleno*” de la cosa juzgada para las acciones resolutorias ejercitadas tras la iniciación del ERE concursal.

En efecto, con todas las precauciones que exige interpretar un precepto que no podría ser más confuso, a mi juicio, puede extraerse de la norma un distinto tratamiento para las acciones resolutorias interpuestas antes y después de la iniciación del ERE concursal; y, así, por un lado, las acciones ya ejercitadas y “*pendientes de resolución firme*” quedarán en suspenso, en tanto que, por otro lado, las acciones interpuestas “*desde que se acuerde la iniciación*” del ERE “*tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo*”³¹.

Partiendo de esta base, puede mantenerse que, con respecto a las acciones resolutorias ejercitadas antes de la iniciación del ERE concursal, el auto del Juez Mercantil que pone fin al ERE despliega los efectos –digamos– “*normales*” de cosa juzgada. Esto es, operaría como antecedente lógico que condiciona la sentencia que resuelva la acción resolutoria (la fecha de la extinción, y las circunstancias profesionales del trabajador) pero no impediría al Juez de lo Social entrar a conocer del incumplimiento empresarial y, en su caso, anudar a éste los efectos indemnizatorios que procedan, en un esquema que recuerda –salvando las distancias– al que contempla el art. 32 LRJS.

Por su parte, las acciones resolutorias ejercitadas una vez iniciado el ERE concursal, en su condición de “*extinciones de carácter colectivo*”, quedarían sujetas a lo establecido en el auto del Juez Mercantil por ese “*efecto pleno*”

31 “*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 procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del procedimiento 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 procedimiento 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*”.

de la cosa juzgada que se justificaría en la competencia que el Juez Mercantil tiene sobre la extinción colectiva y que tendría como natural efecto la –digamos– íntegra aplicación de lo que el auto señala (fecha de la extinción, causa de la extinción e indemnización correspondiente). Lo que, visto desde otro ángulo, no sería más que la manifestación de la imposibilidad de que el Juez de lo Social entre a valorar el incumplimiento y resuelva algo distinto de lo decretado en el auto extintivo del Juez competente para resolver la extinción colectiva. Cómo articular esta construcción en la práctica es la siguiente cuestión que ha de abordarse.

6. ACCIONES RESOLUTORIAS EJERCITADAS TRAS LA INICIACIÓN DEL ERE CONCURSAL

Partiendo de la idea de que estas acciones tienen la consideración de “*extinción colectiva*” se ha mantenido que lo que procede es integrar directamente la acción individual en el ERE concursal³² a través de la acumulación de la acción al expediente de despido colectivo³³. La conclusión no está exenta de lógica pero, a mi juicio, no existe en la norma base suficiente para establecer la irremediable inclusión del trabajador en la lista de damnificados del ERE que es la consecuencia que, prima facie, se deriva de este mecanismo.

En efecto, a mi juicio, no todas las acciones resolutorias ejercitadas tras la iniciación del ERE concursal tienen que ser automáticamente incluidas en el ERE porque la decisión de a qué trabajadores afecta el ERE es una cuestión que compete –y no puede hurtarse– a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores (que en el acuerdo que alcancen reflejarán “*la identidad de los trabajadores afectados*”). Consecuencia de ello es que las acciones resolutorias ejercitadas una vez iniciado el ERE concursal sólo tendrán esa consideración de “*extinciones de carácter colectivo*” si resultan incluidas en el ERE concursal, de modo que esta mutación de la naturaleza de la acción resolutoria sólo se produciría si la pretensión extintiva individual resulta afectada por la pretensión extintiva colectiva (concurral).

Partiendo de esta base, no creo que quepa más solución que mantener que la acción resolutoria ejercitada una vez iniciado el ERE concursal, transita por el mismo cauce que la interpuesta antes de la iniciación del ERE: se ejercita ante el Juez Social y queda, ab initio, en situación suspensiva, manteniéndose a la espera del auto del Juez del Concurso que ponga fin al ERE³⁴; con la fundamental diferencia de que –como acaba de verse– en el caso de que el trabajador resulte afectado por el ERE, el auto del Juez del Concurso despliega ese “*efecto*

32 SAEZ LARA, “Regulación de empleo en la empresa concursada”, *Relaciones Laborales*, nº 7, 2012.

33 SJS Barcelona nº 16, de 26 de enero de 2015, Proc. 454/2014.

34 TALENS VISCONTI, E., *El procedimiento de extinción causal del contrato por voluntad del trabajador: puntos críticos*, Bomarzo, 2016, p. 107.

reforzado” de cosa juzgada que obligará al Juez de lo Social a decretar el archivo de las actuaciones.

7. EJERCICIO EXTRAJUDICIAL DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA

No hace falta decir que todo lo señalado parte de la base de que la facultad resolutoria que a favor del trabajador establece el art. 50 ET tiene carácter judicial. También las previsiones de la LC se mueven en este escenario pero, como se sabe, no es éste el único camino por el que puede transitar la facultad resolutoria y, por ello, habrá de verse qué sucede cuando la resolución contractual se articula extrajudicialmente.

En efecto, como se sabe, aunque tradicional y pacíficamente se ha mantenido la idea de que la facultad resolutoria ex art. 50 ET tiene carácter judicial, los importantes inconvenientes prácticos que de esta concepción se derivan (significativamente, la necesidad de que el trabajador se mantenga en la prestación de trabajo) han propiciado la articulación de mecanismos que permiten minimizar sus efectos (medidas cautelares y ejecución provisional) y también la aparición de una posición interpretativa que defiende la posibilidad del ejercicio extrajudicial de la acción resolutoria (lo que permitiría al trabajador acordar directamente la resolución y, si el empresario no pagase la correspondiente indemnización, interponer la acción con el objeto de que se reconozcan los efectos indemnizatorios)³⁵.

Dejando ahora muchas matizaciones al margen, se trata, en definitiva, de adoptar para este supuesto resolutorio la dinámica que rige para la opción extintiva derivada del traslado (art. 40 ET) y de la modificación sustancial (art. 41.3 ET); una idea que, desde alguna perspectiva, puede resultar acertada pero que presenta graves problemas en su articulación práctica porque la sentencia “construye” una vía extintiva que, para poder aplicarse adecuadamente, exigiría una modificación del marco legal en cuestiones tan relevantes como la protección por desempleo subsiguiente a la resolución³⁶.

Sea como fuere, a esta posibilidad de resolución extrajudicial corresponden importantes peculiaridades en orden a la fecha de extinción del contrato (que será la correspondiente al cese en la prestación de trabajo) y con respecto a la cuantía de la indemnización a percibir (cuyo montante se determinará tomando como tiempo de servicios el transcurrido hasta esa fecha). Y fruto de ello es que, en situación de concurso, la resolución extrajudicial del contrato de trabajo por voluntad del trabajador necesariamente genera un contexto distinto del previsto en el art. 64.10 LC y, en consecuencia, origina, también, unos efectos distintos.

35 STS 20 de julio de 2012.

36 LÓPEZ GANDÍA, “La extinción del contrato al amparo del art. 50 ET ¿judicial o extrajudicial?”, *RDS* (Bomarzo) n° 62, 2013, p. 183.

De entrada, la resolución extrajudicial puede alterar el resultado adverso que para la acción resolutoria suele tener el criterio de la *“prioridad temporal del efecto extintivo”*. En efecto, como se ha señalado, cuando la sustanciación de la acción resolutoria acaba concurriendo con la tramitación de un ERE es frecuente que ésta pierda *“la carrera”* a la que se ve abocada por el carácter constitutivo que tiene la sentencia de resolución; pero, si el trabajador opta por ejercitar extrajudicialmente la resolución, esta concurrencia no se produce (porque no existe acción resolutoria) y el trabajador se sitúa, pues, fuera del alcance de esos posibles efectos adversos en la medida en que no podrá ser incluido en el ERE porque su contrato ya estará resuelto.

Ello es así incluso en el caso de que el trabajador, ante la negativa de la empresa al pago de la indemnización correspondiente, se haya visto obligado a ejercitar la acción resolutoria para obtener su abono porque, en estos supuestos, tampoco el ERE confluye con una demanda de resolución sino únicamente con una acción de objeto indemnizatorio; de modo que el trabajador quedaría, también en estos casos, fuera del alcance del ERE y sus efectos. El trabajador conservaría su derecho a la indemnización que corresponde a la acción resolutoria (33 días) sin correr el riesgo de ser incluido en un ERE concursal y ver reducida su indemnización a la correspondiente en un despido por crisis.

Aún a riesgo de señalar lo evidente, conviene hacer notar que la vía de la resolución extrajudicial podría procurar al trabajador el *“beneficio”* inmediato de quedar fuera del ERE que eventualmente pudiera poner en marcha la empresa concursada pero a costa de afrontar el precio de no acceder a la protección por desempleo, asumiendo el riesgo de no lucrar compensación alguna en el momento de la extinción y, en su caso, afrontando la incertidumbre de fiar la obtención de la indemnización al incierto resultado de la acción resolutoria.

Por último, y en otro plano, no está de más hacer una reflexión referida a la admisibilidad del ejercicio de esta acción resolutoria de objeto indemnizatorio cuando la empresa se encuentra en concurso. Habida cuenta de que la acción resolutoria que únicamente tiene un objeto indemnizatorio es, en esencia, una acción equiparable a la que acompaña a opción extintiva derivada del traslado (art. 40 ET) o de la modificación sustancial (art. 41.3 ET) en los supuestos en los que la empresa no accede al pago de la indemnización establecida; y dado que, como se sabe, la Ley Concursal (art. 64.9) establece la imposibilidad (temporal) de rescindir el contrato como consecuencia de la introducción de una modificación sustancial o de un traslado (modificación sustancial del lugar de trabajo al fin y a la postre), podría pensarse que existen motivos para vedar también la posibilidad de extinguir el contrato extrajudicialmente por incumplimiento del empresario y plantear la acción resolutoria a efectos exclusivamente indemnizatorios. No creo, sin embargo, que pueda mantenerse esta posición porque, más allá de la identidad que pueda observarse entre estos supuestos, existe una

fundamental diferencia en la medida en que la resolución prevista en los art. 40 y 41 ET devienen de una actuación lícita de la empresa en tanto que la derivada del art. 50 ET encuentra su fundamento en un incumplimiento grave de los derechos del trabajador.

8. CONCLUSIONES

1. Decir que la regulación de la extinción del contrato por voluntad del trabajador en el contexto de una empresa concursada es un ejemplo de libro de cómo no se debe redactar un precepto es, simplemente, señalar lo evidente. Su desordenado y confuso contenido obliga a elaborar un auténtico encaje de bolillos para procurar un mínimo de coherencia en su interpretación; un ejercicio que nunca es recomendable –por el margen de inseguridad jurídica que genera– y que resulta especialmente criticable cuando el espectro de la duda afecta a una materia tan sensible como la extinción del contrato de trabajo y alcanza a cuestiones tan relevantes como –por poner un ejemplo– los efectos del auto que pone fin al ERE sobre las acciones resolutorias en tramitación.

El mecanismo que establece el art. 64.10 LC –como se explicaba en las primeras páginas– pretende solucionar el viejo problema de la concurrencia de la voluntad extintiva de la empresa y la voluntad extintiva del trabajador cuando una y otra tienen su origen en la situación de crisis económica en la empresa; dicho con otras palabras, pretende dar cauce al viejo problema de la concurrencia de la acción resolutoria ex art. 50 ET y el despido económico (el ERE). La solución que a este conflicto ofrece la LC consiste, básicamente, en paralizar la tramitación de las acciones resolutorias que concurren con un expediente de regulación de empleo concursal dando a éste una suerte de “*prioridad aplicativa*” para producir la extinción del contrato. Así descrito, a grandes rasgos, la fórmula parece sencilla pero su concreta plasmación encierra un piélagos de dudas porque la letra pequeña del mecanismo, la que debe sostener su arquitectura, es llamativamente deficiente.

2. También desde un punto de vista general, llama poderosamente la atención cómo la perspectiva patrimonialista que informa la regulación del concurso se proyecta en la “*materia laboral*” que es tratada en la Ley Concursal como –si así puede decirse– un asunto relativo a la masa pasiva. Más exactamente, como un asunto exclusivamente relativo a la masa pasiva.

Pese a las declaraciones contenidas en su Exposición de Motivos, es fácil advertir que la norma no muestra interés en la viabilidad de la empresa y que “lo laboral” se solventa con una limitación de los derechos de los trabajadores y un abaratamiento del precio de la extinción, sea cual sea el horizonte de finalización del concurso. Con todo lo discutible que pueda ser, el sacrificio de los derechos de los trabajadores podría encontrar su explicación como pieza de un proyecto claramente dirigido a la viabilidad de la empresa, pero no en otro escenario.

Por eso, descendiendo a lo que ahora nos importa, el abaratamiento de la indemnización correspondiente a la resolución derivada de causas “emparentadas” con la situación de crisis podría, al límite, encontrar su sentido si con ello se mantienen los puestos de trabajo pero no es razonable cuando la empresa está abocada a la desaparición.

3. De futuro, a mi juicio, sería deseable extraer la materia laboral del ámbito de la Ley Concursal y de la competencia del Juez del Concurso. A decir de la Exposición de Motivos de la LC, la regulación contenida en el art. 64.10 LC encuentra su razón de ser en la idea de *“proteger a los trabajadores”* y tiene por objeto *“evitar conflictos con la jurisdicción social”*. Tal vez, para lograr una y otra cosa, fuese un remedio eficaz devolver a la jurisdicción social lo que nunca debió salir de ella y articular en la norma laboral un mecanismo que ordene la confluencia de la acción resolutoria y el despido por causas empresariales que permita, cuando una y otra voluntad extintiva obedecen a una situación de crisis en la empresa, un estudio conjunto y una solución ponderada (como sucede cuando concurren el despido y la acción ex art. 50 ET).