



A S O C I A C I O N  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



BOLETÍN DIGITAL  
DERECHO MERCANTIL

Nº 3 JUNIO 2016

EDICIÓN: AJFV

MAQUETADO Y  
DISTRIBUCIÓN:  
Secretaría AJFV

DIRECCIÓN:  
COMITÉ NACIONAL

COORDINACIÓN:  
Natalia Velilla Antolín



## ÍNDICE

**1.- Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre atribución competencial para conocer de la acción por despido tácito en caso de concurso de la empleadora e inicio de un expediente de regulación de ocupación. Distintas hipótesis.**

STS Sala Cuarta, de 13 de abril de 2016

Sentencia Nº: 285/2016

Recurso Nº: 2974/2014

Comentario realizado por el Ilmo. Sr. D. HUGO NOVALES BILBAO, Magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Girona.

**2.- Ámbito de enjuiciamiento en el supuesto de reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio gravoso.**

STS Sala Primera, de 13 de abril de 2016

Sentencia Nº: 246/2016

Recurso Nº: 2910/2013

Comentario realizado por la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. SUSANA ABAD SUÁREZ, Magistrada de Adscripción Territorial de Madrid, nombrada como refuerzo de los Juzgados de lo Mercantil nº 1 y 11 de Madrid.

**1.- STS SALA CUARTA, DE 13 DE ABRIL DE 2016**

**SENTENCIA Nº: 285/2016**

**RECURSO Nº: 2974/2014**

**HUGO NOVALES BILBAO**

*El marco normativo básico que nos permite centrar la cuestión analizada viene constituido por el art 8 de la Ley Concursal (LC) que atribuye al Juez del concurso jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer, entre otras, de la acción colectiva de extinción del contrato de trabajo y el art. 64 LC que parte de la misma atribución competencial y regula el proceso de despido colectivo en el ámbito concursal. Finalmente puede citarse el art. 51.1 LC que determina la continuación del procedimiento declarativo en que el deudor sea parte, ya iniciado con anterioridad a la declaración de concurso, ante el mismo Tribunal que conociera de aquel.*

*Partiendo de este conciso marco normativo podríamos considerar a priori que si la acción por despido tácito es previa a la declaración de concurso, ésta debería continuar ante el mismo Tribunal (Juez social) que conociere de ella, quedando imperturbable por el devenir concursal de la empleadora.*

**COMENTARIO**

En la STS de la Sala Cuarta de 29 de octubre de 2013, que reiteraba la Doctrina ya expuesta en la sentencia de la misma Sala de 3 de julio de 2012, se abordaba la cuestión de la competencia del Juez del concurso para resolver el ERE de los trabajadores de la concursada, incluidos aquellos que con carácter previo al inicio del expediente pero con posterioridad a la declaración del concurso, habían interpuesto una demanda por despido tácito ante la Jurisdicción Social. Esta demanda, al igual que el ERE, afectaba a los siete trabajadores de la plantilla. Se trata de decidir si declarado el concurso cabe ejercitar acciones por despido colectivo.

Debe precisarse en cualquier caso que la resolución dictada por el Juez del concurso, es decir el auto a que hace referencia el art. 64.7 LC, es previa en el tiempo a la sentencia del Juez de lo Social que se dictó en un momento en que la relación laboral ya se hallaba extinguida por la resolución concursal.

Concluye esta sentencia de 29 de octubre de 2013 que solicitado judicialmente el concurso y más todavía, dictado el auto de declaración de concurso, es inactuable la figura del despido tácito colectivo por hechos posteriores a la propia solicitud y que en este caso los trabajadores deben acudir al trámite previsto en el art. 64 LC, procediendo exclusivamente la extinción colectiva que acuerde el Juez del concurso.

Ahora bien y si la Doctrina recogida en las dos sentencias citadas resuelven la cuestión de la competencia exclusiva del Juez del concurso para decidir sobre los despidos colectivos posteriores a la solicitud de concurso, sin embargo deja la puerta abierta a una solución diferente en aquellos en que el despido tácito no sea colectivo y ello tanto por hechos que hayan tenido lugar con anterioridad como con posterioridad a la declaración de concurso.

En definitiva y partiendo de las resoluciones referidas, cabría pensar que el despido tácito individual o plural pero no colectivo (según el umbral del art. 51 del Estatuto de los trabajadores) debería ejercitarse ante la Jurisdicción laboral y ello con independencia de que el hecho motivador, es decir el elemento sustantivo, sea cronológicamente anterior o posterior a la declaración de concurso. Así resultaría del tenor literal de los arts. 8 y 64 de la LC que subordina la competencia del Juez del concurso al carácter colectivo de la extinción contractual.

Sin embargo la solución que ofrece la sentencia de la misma Sala de 13 de abril de 2016 rompe esta previsión lógica y ofrece una solución novedosa al abordar la cuestión específica de la competencia del Juez del concurso

para resolver un ERE en el que se han incluido trabajadores que habían ejercitado una acción por despido tácito con anterioridad al inicio del proceso concursal.

La demanda ante la Jurisdicción laboral sigue su curso por lo que no puede alegarse infracción del art. 51.1 LC pero la resolución del Juez concursal se dicta antes que la del Juez de lo Social, planteándose la cuestión de si es lícita la inclusión en el ERE de trabajadores que ya habían actuado previamente por su cuenta en demanda por despido tácito.

La sentencia ahora comentada (13/4/2016) parte de la interrelación entre la extinción por voluntad del trabajador por alguno de los motivos previstos en el art. 50.1b) del ET y el despido tácito promovido por el trabajador fundado en las mismas causas económicas que determinan la situación concursal. Y partiendo de esta interrelación, de la identidad causal de ambos tipos de demandas, resuelve, aplicando por analogía (ex art. 4.1 Código Civil), extender el supuesto previsto en el art. 64.10 LC a las demandas por despido tácito. Es decir la Sala IV se inclina por una extensión analógica del art. 64.10 LC que hace referencia a acciones resolutorias individuales basadas en el art. 50.1b) ET, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, a despidos tácitos individuales o plurales (no solo los colectivos) motivados por las mismas circunstancias “con la finalidad de que ante unos mismos hechos deba darse idéntica solución en aras a la igualdad entre los diversos trabajadores del mismo empleador concursado, evitando el posible fraude de poder elegir, ante una misma situación, acciones distintas (extinción del art. 50 ET o despido tácito), como de hecho sucedió en el caso enjuiciado en el que los trabajadores actores, ante el efecto perverso previsto en el art. 64.10 LC (suspensión del procedimiento), optaron por desistir en el acto del juicio de la demanda por extinción contractual, manteniendo la subsidiaria de despido tácito.

De todo ello se colige que si la resolución del Juez Laboral hubiera sido posterior al concurso pero previa a la resolución del Juez del concurso,

pero previa a la resolución del Juez del concurso, aquella primaria y éste último no podría extinguir lo ya resuelto.

**Referencia CENDOJ: Roj: STS 1821/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1821**

**2.- STS SALA PRIMERA, DE 13 DE ABRIL DE 2016  
SENTENCIA N°: 246/2016  
RECURSO N°: 2910/2013**

**SUSANA ABAD SUÁREZ**

*La sentencia reseñada zanja la controversia doctrinal y judicial en relación al concreto ámbito de enjuiciamiento en el supuesto de reapertura de la sección de calificación tras la imposibilidad de cumplimiento de un convenio gravoso. Sigue así la línea que ya se anunciaba en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2013.*

*La reapertura de la sección de calificación permite enjuiciar lo que no pudo ser enjuiciado antes con la apertura ordinaria, lo que supone que respecto de las causas de calificación, el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesariamente y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del convenio es imputable al deudor concursado.*

### **COMENTARIO**

La sección sexta de calificación de concurso puede aperturarse de diferentes modos y por diferentes circunstancias:

La apertura originaria de la fase de calificación tiene lugar cuando se opta directamente por la liquidación; o cuando se aprueba un convenio que sea calificado como “gravoso” o cuando tiene lugar la apertura de la fase de liquidación ante el fracaso de un convenio calificado como “no gravoso”.

Así pues cuando la sección de calificación se abre, por la apertura de la fase de liquidación o por la aprobación de un convenio gravoso el ámbito de cognición alcanza a todos los supuestos previstos en el artículo 164 (concurso culpable) y 165 de la LC, (presunciones de culpabilidad) salvo el supuesto previsto en el artículo 164.2.3 LC (cuando la apertura de la liquidación haya sido acordada de oficio por incumplimiento del convenio debido a causa imputable al concursado).

De igual forma en el supuesto de apertura originaria consecuencia del incumplimiento de un convenio “ no gravoso” podrán juzgarse todas las causas recogidas en el artículo 164 y 165 de la LC incluida la prevista en el artículo 164.2.3º LC.

Sin embargo , la reapertura de la sección sexta tiene lugar a consecuencia de la apertura de la fase de liquidación ante el fracaso de cumplimiento de un convenio, que al haber sido calificado como “ gravoso” habría dado ya lugar a la apertura de la sección de calificación., en este supuesto no se produce la apertura por efecto de la fase de liquidación sino que la fase sexta ya estaba abierta y se reabre si llegó a cerrarse o se forma pieza separada dedicada a las circunstancias posteriores al convenio (art. 168.2 LC):

1.º Si se hubiere dictado auto de archivo o sentencia de calificación, en la misma resolución judicial que acuerde la apertura de la liquidación por razón del incumplimiento del convenio se ordenará la reapertura de la sección, con incorporación a ella de las actuaciones anteriores y de la propia resolución.

2.º En otro caso, la referida resolución judicial ordenará la formación de una pieza separada dentro de la sección de calificación que se hallare abierta, para su tramitación de forma autónoma y conforme a las normas establecidas en este Capítulo que le sean de aplicación).

Es en este ámbito donde surge la problemática en torno al ámbito de cognición cuando se produce la reapertura de la sección de calificación ante la manifestación del deudor de no poder hacer frente al convenio.

La solución no es pacífica, existiendo resoluciones de Audiencias Provinciales que consideran que la calificación ha de limitarse a las causas del incumplimiento del convenio siguiendo el tenor literal de los artículos 167.2, 168.2 y 169.3, y las posibles responsabilidades a que hubiera lugar, sobre la base que la insolvencia que es generada o agravada como presupuesto de la culpabilidad es aquella que determina la declaración de concurso como presupuesto objetivo del mismo, por ello la mayoría de las presunciones hacen referencia a momentos anteriores o previos a la declaración de concurso, y en el supuesto de reapertura por imposibilidad de cumplimiento de convenio, no parece ajustarse a los parámetros de responsabilidad concursal en sede de calificación, de forma que en atención a la normativa legal solo procede analizar en sede de responsabilidad el incumplimiento imputable al deudor, porque se frustra el cumplimiento de convenio y por ello se abre la liquidación.

Existe otra interpretación más amplia que estima que el ámbito de enjuiciamiento abarca todos los supuestos contemplados en el artículo 164 y 165 de la LEC, incluido el incumplimiento imputable al deudor, a excepción de aquellos hechos que se hubiesen tenido en cuenta con anterioridad, porque no existe justificación legal para valorar exclusivamente si el incumplimiento es imputable al deudor, excluyendo de examen cualquier otra circunstancia que pudiera haber agravado la insolvencia u otro hecho que determine ex lege la calificación del concurso como culpable, y los artículos 167.2, 168.2 y 169.3 delimitan únicamente como debe reabrirse la sección sexta de calificación.

Pues bien, en esta Sentencia el Tribunal Supremo determina que el ámbito de conocimiento en la sección reabierta se ciñe necesaria y exclusivamente a la determinación de si la frustración del cumplimiento del

convenio es imputable al deudor concursado. Y señala así mismo que pese a la literalidad del artículo 167.2 de la LC, se contempla tanto el incumplimiento como la imposibilidad de cumplimiento, en relación con la imputabilidad al deudor concursado.

Por último señala que el retraso en la solicitud de la liquidación no es causa de culpabilidad del concurso y carece de encaje en el artículo 165 .1º de la LC, que se prevé para un supuesto distinto (retraso en la declaración de concurso) y que no permite una aplicación extensiva atendiendo a las sanciones previstas en el caso de declaración de culpabilidad o calificación de culpabilidad. La apertura de la fase de liquidación debe hacerse de oficio constatada la imposibilidad de cumplimiento de convenio.

**Referencia CENDOJ: Roj: STS 1647/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1647**