



Roj: **STS 3846/2011** - ECLI: **ES:TS:2011:3846**

Id Cendoj: **28079140012011100379**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/04/2011**

Nº de Recurso: **2149/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LOURDES ARASTEY SAHUN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ CLM 1020/2010,**  
**STS 3846/2011**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Social**

**SENTENCIA:**

**Presidente Excmo. Sr. D. : Gonzalo Moliner Tamborero**

**Fecha Sentencia:** 13/04/2011

**Recurso Num.:** UNIFICACIÓN DOCTRINA **2149/2010**

**Fallo/Acuerdo:**

**Votación:** 06/04/2011

**Procedencia:** T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

**Ponente Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún**

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**Reproducido por:** JDS

FOGASA: Alcance de su responsabilidad en supuestos de extinción de contrato de trabajo por el art. 50.1 b) ET en el marco de

un expediente de regulación concursal (art. 64 LC). Indemnizaciones análogas a los despidos colectivos.

**Recurso Num.:** / **2149/2010**

**Ponente Excma. Sra. D.<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún**

**Votación:** 06/04/2011

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

**SENTENCIA NUM.:**

**TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO SOCIAL**

**Excmos. Sres.:**

**D. Fernando Salinas Molina**

**D. Jordi Agustí Juliá**

**D.<sup>a</sup> María Luisa Segoviano Astaburuaga**



**D. José Manuel López García de la Serrana**

**D<sup>a</sup>. María Lourdes Arastey Sahún**

En la Villa de Madrid, a trece de Abril de dos mil once.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala, en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado Sr. Monge Gómez en nombre y representación de D. Alejandro , D. Braulio , D. Efrain , D. Gabino , D. Jeronimo , D. Millán , D. Rosendo , y D. Jose Antonio , contra la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación nº 1249/09 interpuesto contra la sentencia de fecha 30 de marzo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Guadalajara en autos núm. 633/07 y acumulado con nº 93/08, seguidos a instancias de los ahora recurrentes contra el Fondo de Garantía Salarial sobre reclamación de cantidad.

Ha comparecido en concepto de recurrido FONDO DE GARANTIA SALARIAL representado por el Abogado del Estado.

Es Ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. **María Lourdes Arastey Sahún** ,

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 30-03-2009 el Juzgado de lo Social nº 2 de Guadalajara dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos: " **1º** .- Que los actores venían prestando sus servicios para la empresa HARINAS SEDANO S.L. bajo las circunstancias laborales siguientes:

Nombre Antigüedad Categoría Salario

Jose Antonio 04/03/1996 Conductor 1.391,35 €

Braulio 09/12/1999 Molinero 2.733,27 €

Alejandro 23/05/2005 Mozo Alm. 1.098,98 €

Efrain 105/11/1993 2º Molinero 1.110,27 €

Gabino 03/06/1998 Conductor 1.391,35 €

Jeronimo 01/08/1998 Conductor 1.391,35 €

Millán 10/06/1998 Conductor 1.391,35 €

Rosendo 03/11/2003 Mozo Almac 1.066,87 €

**2º.-** Que HARINAS SEDANO, S.L., tenía 11 trabajadores. **3º.-** Que HARINAS SEDANO, S.L. estaba inmersa en un procedimiento concursal, (fue declarada en concurso). **4º.-** Que en fecha 28-02-2006 los 11 trabajadores de dicha empresa presentaron demanda de extinción de la relación laboral por incumplimientos contractuales, (retrasos e impagos de salarios e inactividad laboral desde el 15-01-2008). El conocimiento de tal demanda correspondió a este Juzgado de lo Social nº 2. **5º.-** Que este Juzgado, después de observar los trámites legales pertinentes, dictó Auto, el 21-04-2006, declarando de oficio la incompetencia del Orden Social y remitiendo a los actores al Juzgado de lo Mercantil. Dicho Auto no fue recurrido. **6º.-** Que los 11 trabajadores presentaron en el Juzgado de lo Mercantil, el 14-03-2006, un escrito interesando la extinción de su respectiva relación laboral por incumplimiento de obligaciones contractuales, (retrasos e impagos de salarios e inactividad laboral desde el 15-01-2008). **7º.-** Que el Juzgado de lo Mercantil dictó Auto, el 16-03-2006, en cuya Parte Dispositiva se estableció lo siguiente: "1.- Con el anterior escrito presentado por HARINAS SEDANO SL en que solicita la EXTINCION DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES respecto de los trabajadores que se refieren en el hecho primero de esta resolución que constituyen la totalidad de la plantilla de la concursada, y en todo caso más de 10, fórmese pieza separada para sustanciar el procedimiento regulado en el artículo 64 de la LC, dejando nota en los autos principales de la Sección primera .

2.- Se admite a trámite la solicitud formulada por HARINAS SEDANO SL de iniciar expediente de EXTINCION DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES colectiva de relaciones laborales en las que resulta empleador el concursado.

3.- Se convoca a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores en la/s persona/s del letrado D. Juan Armando Monge Gómez, así como al deudor a un período de consultas de QUINCE días naturales.



4.- Las partes deben negociar de buena fe para, la consecución de un acuerdo el cual requerirá la mayoría expresada en el artículo 64.4 de la LC , debiéndose, al finalizar el plazo o con anterioridad si hubiera acuerdo, comunicar al Juzgado el resultado de la negociación".

**8°.-** Que los Administradores Concursales y la representación de los trabajadores alcanzaron, el 15-05-2006, un acuerdo. Su contenido literal fue el siguiente:

D. Fermín , D. Ismael , en su calidad de Administradores Concursales de HARINAS SEDANO S.L y D. ALGEL CUEVAS ALCOCER en su calidad de Representante de los Trabajadores de dicha mercantil asistido del letrado JUAN ARMANDO MONGE GOMEZ, ante el Juzgado comparecen y como mejor proceda en derecho dicen:

PRIMERO.- Que la Administración Concursal convocó a los firmantes de este escrito, para dar cuenta del Auto de este Juzgado de 16 de marzo de 2006 en el que a la Vista del escrito presentado por los trabajadores solicitando la EXTINCIÓN LABORAL por INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL EMPRESARIO, se convocaba a las partes a un período de consultas de quince días, de conformidad con lo establecido en el art. 64 de la L. C .

SEGUNDO.- Que a lo largo de este tiempo se han mantenido varias reuniones donde se han analizados las distintas posiciones de las partes y se han planteado varias soluciones a la cuestión que nos ocupa y para la que han sido convocadas.

TERCERO.- Que los hechos más reseñables a estos efectos son los siguientes:

1.- Que en fecha 7 de febrero de 2006 los trabajadores formularon ante el SMAC, demanda de conciliación en la que solicitaban la extinción de sus contratos al amparo de lo establecido en el art. 50 b) y c) del Estatuto de los Trabajadores con derecho a una indemnización de 45 días por año, denunciando esencialmente la falta de proyecto empresarial y el no haber abonado puntualmente los salarios en 2005 así como que se adeudaba la extra de Navidad de 2005 y mes de enero.

2.- Que con posterioridad, concretamente el día 28 de febrero de 2006, y una vez celebradas las conciliaciones se interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social - recayendo su conocimiento en el Social 2 de esta ciudad -, con el mismo objeto que la preceptiva conciliación a que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Dicho juzgado dictó auto en el que declaraba de oficio la incompetencia de la jurisdicción social remitiendo a la parte actora a la jurisdicción mercantil.

3.- Que reproduciendo la demanda formulada ante la Jurisdicción Social (hechos, fundamentos de derecho y pretensión), en fecha 14 de marzo de 2006, los trabajadores presentaron otra en el Juzgado de Primera Instancia Nº 6 (donde se conoce del concurso de la mercantil Harinas Sedano S.L.)

4.- De igual forma en fecha 6 de marzo de 2006, los Administradores D. Fermín y D. Ismael , presentaron un escrito en el Juzgado de Primera Instancia nº 6, en el que se daba cuenta de la inexistencia de actividad por parte de la empresa, así como de la imposibilidad de llevarla a cabo, solicitando se procediese de conformidad con el art. 44.4 de la Ley Concursal el cierre de la totalidad de la explotación y el cese total de la actividad empresarial. De igual forma se solicitaba que a la vista de la inactividad indicada se procediese a actuar de la forma establecida en el art. 64 de la mencionada Ley para proceder a la extinción colectiva de las relaciones laborales existentes. Por auto de 16 de marzo de 2006 se acordó el cese de la actividad de la concursada HARINAS SEDANO S.L.

5.- Que todas las partes convienen en que son ciertas las causas de incumplimiento empresarial alegadas por los trabajadores en sus demandas, si bien también reconocen la situación procesal de la mercantil sin entrar a valorar en este momento las causas que le han llevado á la misma.

CUARTO.- Que a la vista de lo anteriormente expuesto todas las partes firmantes convienen en cerrar el período de prueba CON ACUERDO, solicitando de Su Señoría, que previos los trámites legales oportunos, se dicte resolución acordando la extinción de la relación laboral que ha unido a los trabajadores con la mercantil concursada. De igual forma establecen una indemnización equivalente a 30 días de salario por año de trabajo y que salvo, error u omisión se cuantifica en las siguientes cantidades: (que se dan por reproducidas). (1) Prorrateándose por meses los períodos inferiores al año. (2) A razón de 30 días por año: Por lo expuesto SOLICITAN AL JUZGADO que tenga por presentado este escrito y por concluido el período de consultas CON ACUERDO, y previos los trámites oportunos se proceda a dictar auto RESOLVIENDO LA RELACION LABORAL de los trabajadores que aparecen reseñados en el ordinal CUARTO de este escrito por INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO, con derecho a percibir las indemnizaciones que igualmente se indican en el mismo ordinal indicado.

**9°.-** Que el Juzgado de lo Mercantil dictó Auto, el 16-06-2006, en cuya Parte Dispositiva estableció lo siguiente: "SE AUTORIZA LA EXTINCIÓN colectiva de las relaciones laborales que mantiene el concursado



con los trabajadores relacionados en hechos probados, que ha sido acordada por la administración concursal y los trabajadores y que han quedado reseñadas en los hechos probados de esta resolución. El crédito indemnizatorio para los trabajadores cuyos contratos de trabajo se extinguen, se acreditará como crédito contra la masa del concurso entendiéndose comunicado y reconocido desde la presente resolución conforme a lo dispuesto en el artículo 84.2.5º de la LC. Conforme a lo dispuesto en el art. 208.1 y 206 de la Ley General de la Seguridad Social, la situación legal de desempleo de los trabajadores afectados por la extinción de sus contratos se acreditará mediante la presente resolución, que homologa el indicado acuerdo, en cuanto se cumplan sus condiciones, confiriendo a aquéllos el derecho de solicitar del INEM el reconocimiento de las prestaciones por desempleo que les correspondan, siempre que reúnan los requisitos legalmente exigidos. La administración concursal presentará ante el INEM la lista de trabajadores afectados en el momento de la puesta en práctica de la autorización de extinción, así como los documentos de cotización a la Seguridad Social de los trabajadores afectados. Notifíquese esta resolución a las partes personadas, a los representantes de los trabajadores, a la Autoridad Laboral informante, y al Fondo de Garantía Salarial".

En sus hechos probados se hacía constar lo siguiente:

1º El deudor HARINAS SEDANO S.L. fue declarado en concurso de acreedores por auto de este Juzgado de fecha 21 DE FEBRERO 2006, acordándose el cese de la actividad mediante auto de 16 de marzo.

2º El procedimiento concursal se encuentra en fase común en trámite de impugnación de lista de acreedores e inventario de bienes.

3º. Los trabajadores afectados por las medidas solicitadas y sus circunstancias laborales son los expresados en el antecedente cuarto de esta Resolución.

4º. El acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los trabajadores consiste en declarar la extinción de los contratos laborales, percibiendo los trabajadores una indemnización de 20 días por año trabajado".

**10º.-** Que el Juzgado de lo Mercantil dictó Auto, el 22-10-2008, en cuya Parte Dispositiva se estableció lo siguiente: SE RECTIFICA el Auto de 16 de junio de 2006, por el que se autorizaba la extinción colectiva de la relaciones laboral que mantenía el concursado, Harinas Sedano SL, con los trabajadores que en tal Resolución se relacionaban, en el sentido de que en el apartado 4º de hechos probados, *donde se dice* : "4º El acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los trabajadores consiste en declarar la extinción de los contratos laborales, percibiendo los trabajadores una indemnización de 20 días por año trabajado"; *debe decir* : "4º El acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los trabajadores consiste en declarar la extinción de los contratos laborales, percibiendo los trabajadores una indemnización de 30 días por año trabajado". **11º.-** Que el FOGASA procedió al abono de las cantidades en concepto de indemnización. Pagó sobre el parámetro de 20 días de salario por año, (con las limitaciones pertinentes). **12º.-** Que los 8 trabajadores demandantes vienen a solicitar ahora del FOGASA el pago de la indemnización con arreglo a un módulo de 30 días de salario por año, (los otros 3 trabajadores no reclaman; pues la indemnización para ellos sería la misma, al estar limitados por el año de indemnización). **13º.-** Que si se estimase la demanda, el FOGASA debería abonar a los actores, (en concepto de diferencia entre lo percibido y lo debido recibir por indemnización), las cantidades siguientes:

A D. Jose Antonio , la cantidad de 3.215,96 €.

A D. Braulio , la cantidad de 2.200,73 €.

A D. Alejandro , la cantidad de 318,03 €.

A D. Efrain , la cantidad de 4.557,78 €.

A D. Gabino , la cantidad de 3.671,97 €.

A D. Jeronimo , la cantidad de 3.585,25 €.

A D. Millán , la cantidad de 3.578,28 €.

A D. Rosendo , la cantidad de 889,89 €."

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva: "Que estimado la demanda formulada por D. Braulio , D. Alejandro , D. Efrain , D. Gabino , D. Jeronimo , D. Millán , D. Rosendo y D. Jose Antonio frente al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, debo condenar y condeno al FOGASA a que abone a los actores, (en concepto de diferencia entre lo recibido y lo debido recibir por indemnización), las siguientes cantidades:

A D. Jose Antonio , la cantidad de 3.215,96 €.

A D. Braulio , la cantidad de 2.200,73 €.



- A D. Alejandro , la cantidad de 318,03 €.  
A D. Efrain , la cantidad de 4.557,78 €.  
A D. Gabino , la cantidad de 3.671,97 €.  
A D. Jeronimo , la cantidad de 3.585,25 €.  
A D. Millán , la cantidad de 3.578,28 €.  
A D. Rosendo , la cantidad de 889,89 €.

Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

**SEGUNDO.-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por FOGASA ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha la cual dictó sentencia en fecha 17-03-2010 , en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Guadalajara, de fecha 30 de marzo de 2009 , en autos nº 633/07, a los que se acumularon los autos nº 93/08, sobre reclamación de cantidad, debemos revocar la indicada resolución, desestimando la demanda planteada, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones en su contra ejercitadas."

**TERCERO.-** Por la representación de Alejandro , y otros se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina que tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal el 2-06-2010. Se aporta como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del T.S.J. Galicia de 23 de enero de 2007 (R- 4800/06 )

**CUARTO.-** Por providencia de esta Sala de fecha 24-11-2010 se admitió a trámite el presente recurso, dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalice su impugnación en el plazo de diez días.

**QUINTO.-** Evacuado el traslado de impugnación por el Ministerio Fiscal se emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente, e instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 6-04-2011, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurren en casación para unificación de doctrina los ocho trabajadores demandantes. El recurso se formula contra la sentencia del Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 17 de marzo de 2010 (rec. 1249/2009 ) que estimó el recurso de suplicación formulado por demandado Fondo de Garantía Salarial (FGS) y revocó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de los de Guadalajara, desestimando así la demanda de los trabajadores.

Ésta se dirigía contra el FGS en reclamación de diferencias por las indemnizaciones por extinción de contrato abonadas por éste. El FGS había procedido al pago de la indemnizaciones sobre el parámetro de 20 días de salario por año trabajado y los trabajadores reclamaban que las mismas se calcularan con arreglo a 30 días por año, a tenor de lo dispuesto en el art. 33.2 párrafo segundo del Estatuto de los Trabajadores .

Para la mejor comprensión de la cuestión debatida han de ponerse de relieve las siguientes circunstancias fácticas y procesales concurrentes en el caso:

1. Los demandantes habían venido prestando servicios para HARINAS SEDANO, S.L.
2. El 28 de febrero de 2006 el total de la plantilla de la empresa (once trabajadores) presentó demanda de extinción de sus contratos de trabajo por la vía del art. 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores ante el Juzgado de lo Social. Al hallarse la empresa en concurso (por Auto de 21 de febrero de 2006), el Juzgado dictó Auto de 21 de abril de 2006 declarándose incompetente a favor del Juez de lo Mercantil.
3. Instada ante el juez del concurso la extinción de los contratos, se inició el procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal en el que recayó Auto de 16 de junio de 2006 que autorizaba la extinción colectiva de los contratos, acordada previamente por la administración concursal y los trabajadores.
4. La extinción de los contratos de trabajo de los demandantes se había producido por virtud de Auto del Juzgado de lo Mercantil de 15 de mayo de 2006; posteriormente rectificado por Auto de 22 de octubre de 2008, en el que constaba que el acuerdo alcanzado abarcaba la indemnización de 30 días de salario por año de servicio.





5. Al abonar el FGS una indemnización equivalente a 20 días, 8 de los demandantes formularon la demanda rectora de este proceso.

La Sala de Castilla-La Mancha aborda la interpretación del art. 50.1 b) en relación con el art. 64.10 de la Ley Concursal para sostener los efectos negativos del concurso y la necesaria pérdida de puestos de trabajo se compensa de forma equilibrada entre todos los afectados si no se privilegia a alguno de ellos con un posible perjuicio correlativo para los otros. Se transcribe y acoge la tesis sostenida por una sentencia de la Sala homónima de Madrid, de 28 de noviembre de 2008 -rec. 3261/2008 - y se invoca asimismo la STS de 22 de diciembre de 2008 (rcud. 294/2008 ).

Los recurrentes aportan como sentencia de contraste la dictada el 23 de enero de 2007 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (rec. 4800/2006 ). En ella se desestimaba el recurso de suplicación formulado por la empresa frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Pontevedra que había acordado la extinción de los contratos de trabajo de la empresa en concurso respecto de los trabajadores que habían formulado demanda de extinción del art. 50.1 b) ET , fijando indemnizaciones de 45 días de salario por año trabajado. La sentencia de la Sala de Galicia aborda el mismo debate sobre la relación entre el citado art. 50.1 b) ET y el art. 64.10 de la Ley Concursal , para sostener que el único efecto sobre las extinciones contractuales es de carácter procedimental, y consagra así las indemnizaciones fijadas en el Auto.

**SEGUNDO** .- A tenor del art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral , el requisito de la contradicción, como presupuesto esencial de la casación para la unificación de doctrina, exige que, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, la sentencia recurrida y aquella que se aporta como contraste hubieran dado lugar a pronunciamientos distintos.

La comparación entre las dos sentencias arroja resultado favorable a la admisión de la contradicción, como pone de relieve el Ministerio Fiscal en su informe.

Se da una identidad fáctica representada por las concurrencia de acciones de extinción contractual al amparo del art. 50.1 b) ET frente a empresas en situación de concurso. Se trata asimismo en los dos casos de trabajadores que numéricamente superan los umbrales fijados en el art. 64 LC para su consideración como colectivas. En ambos supuestos se acordó la extinción de los contratos de trabajo fijando indemnizaciones superiores a los 20 días de salario por año trabajado.

También en ambos casos el fundamento de la pretensión se halla en la interpretación de los preceptos ya mencionados y, en suma, en el alcance indemnizatorio que haya de establecerse a lo dispuesto en la regla de la Ley concursal.

La circunstancia de que en la sentencia recurrida el procedimiento que se resuelve es el de reclamación de los trabajadores frente al FGS, mientras que en la de contraste es la fijación inicial de la indemnización en el Auto del juez del concurso, no resulta trascendente ni impide apreciar la contradicción. Se trata de la misma cuestión abordada en momentos procedimentales distintos, pero con identidad sustancial en la cuestión a decidir puesto que, sin prejuzgar aquí la posibilidad de pactar indemnizaciones superiores en la fase de consultas, la determinación del parámetro indemnizatorio afecta tanto al mínimo a fijar en la responsabilidad de la empresa (por incremento de la masa pasiva) como a la del FGS.

**TERCERO**.- Respecto de la incidencia de la situación de crisis de la empresa en la acción derivada del art. 50.1 b) ET , esta Sala ha sostenido que las dificultades económicas del empresario que le impidan abonar las deudas salariales en modo alguno constituyen causa suficiente para enervar el ejercicio de dicha acción resolutoria, pues la situación económica del empleador no debe tener incidencia alguna sobre la obligación empresarial de abonar puntualmente los salarios. Se ha añadido a ello que la tramitación de un expediente de regulación de empleo (equiparable a la situación de concurso que ahora nos ocupa) no impide ni suspende ese ejercicio de la resolución contractual (así se recuerda en la STS de 22 de diciembre de 2008 -rcud. 294/2008 -, que recoge y resume la jurisprudencia anterior, y se reitera en la STS de 26 de octubre de 2010 -rcud. 471/2010 -). Para acabar, en la última de estas sentencias se reitera también la doctrina de esta Sala de que la extinción será factible siempre que en el momento de dictarse la sentencia la relación laboral siga viva, dado el carácter constitutivo y *ex nunc* de la resolución judicial.

Ahora bien, la situación de concurso de la empresa permite establecer una serie de rasgos diferenciales, trascendentales y de configuración legal, respecto de los supuestos en que la controversia se suscite en relación con la pendencia de un expediente de regulación de empleo:

a) La situación de concurso obliga a efectuar la distinción entre extinciones individuales y colectivas. Cuando el volumen numérico de trabajadores que acciona por la vía del art. 50.1 b) ET alcanza determinados umbrales, el procedimiento se reconduce para calificarlo de colectivo y, con ello, atraer para sí la competencia del juez del concurso (art. 64.1 LC ).



La causa de la transferencia competencial se halla en la generalización de los impagos, que no afectan ya a un trabajador aislado o a un reducido número de ellos, sino que tienen una incidencia sobre la plantilla que el legislador ha considerado relevante -partiendo de una canon de proporcionalidad- y directamente vinculada a la situación crítica de la empresa y que, además, habrán de generar indemnizaciones con sustancial repercusión sobre la masa, lo que aconseja impedir al ejecución separada.

b) La atribución de la competencia al juez del concurso comporta al mismo tiempo la equiparación de las extinciones a instancia del trabajador con las extinciones objetivas. Todas ellas se colectivizan en atención a la situación de la empresa y en aras a alcanzar la finalidad del concurso.

Señala el art. 64.10 de la Ley Concursal que "*Las acciones individuales interpuestas al amparo de lo previsto en el artículo 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el presente artículo, cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes:*

*Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, diez trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa.*

*Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el diez por ciento de los trabajadores.*

*Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el veinticinco por ciento de los trabajadores".*

Se trata ahora de determinar si la de extinción contractual declarada en el seno concurso, al amparo de los arts. 50.1 b) ET y 64.10 LC, debe seguir el régimen indemnizatorio del art. 51.8 ET, en el que a los despidos colectivos se señala una indemnización de 20 días por año trabajado con un máximo de 12 mensualidades, o, si por el contrario, se puede mantener el que fija el art. 50 ET, de 45 días por año trabajado con el máximo de 42 mensualidades, y, por ende, la responsabilidad del FGS de 30 días por año del art. 33.2 párrafo segundo ET.

La disyuntiva ha de ser resuelta en el sentido de que la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también el monto de la indemnización. Tras el Auto de declaración de concurso, la situación de concurso de la empresa no sólo provoca la competencia del Juez del concurso para el control y autorización de la extinción, sino que tiene efectos sustantivos en la misma y, al remitirlo al del art. 51.8 ET, transforma el régimen jurídico aplicable a esta modalidad de extinción contractual.

Si el legislador ha incluido estas extinciones entre los llamados expedientes judiciales (o concursales) de regulación de empleo, competencia del juez del concurso, lo ha hecho porque la causa en la que inicialmente se sustentan -el incumplimiento de la obligación del abono del salario- está íntimamente ligada a la situación de la empresa, y tanto estas extinciones como las que resulten del despido colectivo habrán de ser valoradas desde la perspectiva del aseguramiento de la viabilidad de la empresa y del gravamen que las indemnizaciones representen en la continuidad de la misma.

La finalidad de esa transformación es eludir la solución individual de un problema que tiene incidencia colectiva y que, de tratarse individualmente, incrementa las cargas sobre la masa del concurso. De ahí que sólo quepa excluir aquellas extinciones contractuales que no alcancen los umbrales, porque ello significará que la situación de impago no tiene visos de generalidad. Para ellas se mantiene la competencia del juez de lo Social (ATS Sala de Conflictos de 21 y 22 de junio y 30 de noviembre de 2007), sin perjuicio de que su ulterior ejecución corresponda al juez del concurso.

Precisamente en relación a esas acciones de extinción individuales, tramitadas al margen del concurso, nuestra STS de 22 de diciembre de 2008 (rcud. 294/2008) mantenía la que la situación de concurso no enerva el requisito de gravedad a la conducta empresarial, lo que suponía una diferenciación clara de la acción individual frente a las extinciones colectivas del art. 64.10 LC, pues en éstas será el acuerdo en el periodo de consultas y su ulterior control o la decisión del juez del concurso los que implícitamente imponga las valoraciones pertinentes en atención a la situación de la empresa.

Por tanto, mientras que en la acción individual de extinción del art. 50.1 b) ET actúa un elemento subjetivo decisivo para la determinación de la relevancia del incumplimiento, en el expediente judicial de regulación de empleo se produce una clara objetivación de la causa, alejándola de las notas propias incumplimiento obligacional debido a la conducta del deudor (ex art. 1101 CC).

En aquella sentencia, no obstante, y aunque con valor de *obiter dictum*, ya apuntábamos el criterio de esta Sala en relación con el debate que ahora por vez primera se nos plantea frontalmente, al razonar que las extinciones de carácter colectivo del art. 64.10 LC "*tendrían la consideración de extinciones susceptibles de se indemnizadas con 20 días por año de antigüedad*".



Y ese adelanto doctrinal ha de ser asumido ahora plenamente ya que la extinción de los contratos al amparo del art. 50.1 b) ET que se produce en el marco del concurso, como extinción colectiva, participa de todas las notas de las extinciones objetivas del art. 51 ET : no sólo de la objetivización de la causa, sino del procedimiento de consultas y de la consideración de la razonabilidad en caso de que no se alcance acuerdo (pues el art. 64.7 remite a la legislación laboral en los casos en que sea el juez del concurso el que haya de decidir la extinción sin acuerdo previo)

Es cierto que la literalidad del art. 64.10 LC pudiera dar a entender que contiene un mandato meramente procesal, de concreción del procedimiento, pero que ello no es así lo ponen de relieve las razones lógicas antes señaladas, sino también una lectura atenta del resto del artículo, al que el propio apartado 10 remite. Particularmente, han de destacarse las exigencias del contenido de la solicitud del apartado 4, el periodo de consultas y la negociación entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal de los apartados 5 y 6; y, finalmente, lo que señala el apartado 7. En él se establece que el Auto en que se acuerde la extinción colectiva de los contratos producirá las mismas consecuencias que la resolución administrativa recaída en el expediente de regulación de empleo a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo. Y aunque es cierto que también la resolución voluntaria del art. 50 Et da lugar a esa situación legal de desempleo), lo cierto es que el art. 208.1.1 distingue como supuestos separados la extinción de la relación laboral en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal (letra a) art. 208.1.1 LGSS ), de la resolución voluntaria por parte del trabajador del art. 50 ET (letra e) art. 208.1.1 LGSS ).

**CUARTO.-** Los anteriores criterios nos llevan a declarar que es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina correcta, por lo que, discrepando de la postura mantenida por el Ministerio Fiscal, debemos desestimar el recurso.

**QUINTO.-** Conforme al art. 233 LPL la sentencia impondrá las costas a la parte vencida en el recurso, excepto cuando goce del beneficio de justicia gratuita, por lo que en el presente caso no procede condenar a la parte recurrente.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Alejandro , D. Braulio , D. Efrain , D. Gabino , D. Jeronimo , D. Millán , D. Rosendo , y D. Jose Antonio , frente la sentencia dictada el 17 de marzo de 2010 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, en recurso de suplicación nº 1249/09 iniciados en el Juzgado de lo Social nº 2 de Guadalajara, a instancias de los ahora recurrentes contra el Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional de procedencia, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por la Excm. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey Sahún hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.