

Roj: **STS 6905/2012 - ECLI: ES:TS:2012:6905**Id Cendoj: **28079140012012100779**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **03/07/2012**Nº de Recurso: **3885/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO FERNANDEZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a tres de Julio de dos mil doce.

Vistos los autos pendientes ante la Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la representación de D. Franco , D<sup>a</sup>. Marí Trini , D. Javier , D. Luis , D. Onesimo , D. Romualdo , D. Tomás , D<sup>a</sup>. Belinda , D. Carlos Daniel , D. Juan Miguel , D. Alexis , D. Baltasar , D. Celso , D<sup>a</sup>. Encarna , D. Elías , D. Fernando , D<sup>a</sup>. Juliana , D<sup>a</sup>. Miriam , D<sup>a</sup>. Rita , D. José , D. Maximiliano , D. Porfirio , D. Sergio , D<sup>a</sup>. María Inés , D<sup>a</sup>. Apolonia , D<sup>a</sup>. Celsa , y D<sup>a</sup>. Estela , frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 19/Julio/2010 [recurso de Suplicación nº 7753/09 ], formulado frente a la sentencia de 5 de mayo de 2.009 dictada en autos 57/2009 por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Barcelona seguidos a instancia de D. Franco , D<sup>a</sup>. Marí Trini , D. Javier , D. Luis , D. Onesimo , D. Romualdo , D. Tomás , D<sup>a</sup>. Belinda , D. Carlos Daniel , D. Juan Miguel , D. Alexis , D. Baltasar , D. Celso , D<sup>a</sup>. Encarna , D. Elías , D. Fernando , D<sup>a</sup>. Juliana , D<sup>a</sup>. Miriam , D<sup>a</sup>. Rita , D. José , D. Maximiliano , D. Porfirio , D. Sergio , D<sup>a</sup>. María Inés , D<sup>a</sup>. Apolonia , D<sup>a</sup>. Celsa , y D<sup>a</sup>. Estela contra «PLÁSTICOS GALMA, SL», el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, D<sup>a</sup> Natalia , D. Agapito , D. Aurelio , D. Cesareo y D. Emilio , sobre DESPIDO.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Luis Fernando de Castro Fernandez,

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 5 de mayo de 2.009 el Juzgado de lo Social de Barcelona nº 10 dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimo la demanda promovida por Franco , Marí Trini , Javier , Luis , Onesimo , Romualdo , Tomás , Belinda , Carlos Daniel , Juan Miguel , Alexis , Baltasar , Celso , Encarna , Elías , Fernando , Juliana , Miriam , Rita , José , Maximiliano , Porfirio , Sergio , María Inés , Apolonia , Celsa , y Estela , en reclamaciones acumuladas por despido y extinción de los contratos de trabajo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores , contra Plásticos Galma, S.L., Natalia , Agapito , Aurelio , la administración concursal de la sociedad - Cesareo y Emilio - y el Fondo de Garantía Salarial, absolviendo a las susodichas partes demandadas de las pretensiones objeto de la misma".

**SEGUNDO .-** En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes: "1. Los actores venían prestando servicios por cuenta de la empresa demandada Plásticos Galma, S.L., en las siguientes circunstancias de antigüedad, categoría, profesional y salario mensual con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias: Franco , 15 de octubre de 1997, gp 6, 3.506,44 euros; Marí Trini 10 de enero de 1995, gp 3, 1.355,94 euros; Javier , 1 de diciembre de 1995, gp 2, 1.565,75 euros; Luis , 21 de octubre de 1994, gp 4, 1.716,63 euros; Onesimo , 2 de enero de 1995, gp 6, 3 euros; Romualdo , 27 de agosto de 1997, gp 4, 2.651,10 euros; Tomás 1 de abril de 1994 (si bien provenía de Cosmoplas, S.A., fundada por el codemandado Agapito , y antes de Plásticos Galma, S.L., que era continuadora de la otra, con antigüedad de 12 de septiembre de 1989), gp 3, 1.413,03 euros; Belinda , 12 de septiembre de 2000, gp 4, 1.468,94 euros; Carlos Daniel , 9 de octubre de 1980, encargado, 3.823,44 euros; Juan Miguel , 3 de diciembre de 1990, gp 5, 3.034,87 euros; Alexis , 7 de septiembre de 2000, gp 4, 1.938,55 euros; Baltasar , 24 de octubre de 1980, encargado, 2.968,22 euros;



Celso , 15 de septiembre de 2000, gp 4, 1.914,28 euros; Encarna , 19 de octubre de 1981, of. Administrativo 2 2.857,70 euros; Elias , 1 de marzo de 1989 (provenía de Cosmoplas, S.A. con antigüedad de 3 de marzo de 1986), gp 4,2.581,87 euros; Fernando , 27 de agosto de 1997, gp 4, 2.190,13 euros; Juliana , 16 de octubre de 2000, gp 2, 1.208,50 euros; Miriam , 5 de marzo de 2001, gp 2, 1.208,48 euros; Rita , 12 de septiembre de 2000, gp 2, 912,34 euros; José , 28 de febrero de 1977, gp 3, 2.005,09 euros; Maximiliano , 25 de noviembre de 1983, gp 5, 2.946,34 euros; Porfirio , 8 de junio de 1968, gp 3, 3.379,05 euros; Sergio , 1 de abril de 1994 (provenía de Cosmoplas, S.A. con antigüedad de 6 de septiembre de 1993), gp 3, 1.551,36 euros; María Inés , 19 de septiembre de 1997, gp 2, 1.258,50 euros; Apolonia , 9 de mayo de 1990, gp 2, 1.266,75 euros; Celsa , 18 de enero de 1993 (provenía de Cosmoplas, S.A. con antigüedad de 18 de junio de 1991, y antes de Plásticos Galma, S.L., con la de 1 de junio de 1988), gp 2, 1.600 euros; Estela , 7 de marzo de 1997, gp 2, 1.367,41 euros.- 2. Los susodichos trabajadores formaban la casi totalidad de la plantilla y desde al menos el 17 de diciembre están sin ocupación efectiva, por inactividad empresarial, según se constató en visita girada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, en el curso de la cual, el gerente y administrador, el codemandado Aurelio , concedió a los trabajadores la posibilidad de ausentarse del centro de trabajo para la búsqueda de nuevo empleo. La empresa tiene pendientes de pago los atrasos por la aplicación del nuevo Convenio colectivo de los meses de enero, febrero y marzo de 2008, así como la nómina de diciembre de 2008 y la paga extra de este mes.- 3. El 2 de diciembre de 2008 a antedicha empresa solicitó la declaración de concurso voluntario, competición de liquidación de la sociedad, repartida al Juzgado de lo Mercantil 4 de Barcelona, que el 17 de mismo mes dictó auto de declaración de concurso voluntario, y el 20 de marzo de 2009 acordó en nuevo auto judicial el cese de la actividad empresarial y la extinción de los contratos de trabajo de la totalidad de la plantilla.- 4. La expresada mercantil se constituyó el 3 de septiembre de 1987, siendo su capital social al tiempo de la declaración del concurso de 555.175 euros (se amplió en 450.000 euros en febrero de 2007), siendo sus socios los codemandados - Natalia y Aurelio , aquella con participación cercana al 100%, y éste administrador único; ambos son madre e hijo, y el otro codemandado, Agapito , es el cónyuge de la antedicha señora: Las expresadas personas físicas efectuaban gastos particulares de diversa índole (entre los cuales se incluyen también gastos de representación y atenciones a clientes, en proporción que no se ha podido concretar), los cuales, desde el año 2005, eran objeto de los oportunos registros contables en tres cuentas de socios y administradores, en las que, igualmente, se contabilizaban las aportaciones dinerarias de la codemandada Natalia ; en la actualidad, estas cuentas arrojan un saldo acreedor a favor de dicha señora y en contra de la sociedad, por importe de 139350,48 euros.- 6. El centro de trabajo radicaba en una nave industrial sita en el término municipal de Sant Vicenç dels Horts, que era propiedad de la demandada Natalia , existiendo un contrato de arrendamiento con la sociedad. En julio de 2008, la nave fue vendida al Banco Popular, por una cantidad cercana a los 3 millones de euros, resolviéndose el arrendamiento y, en cumplimiento del compromiso asumido, formalizándose un nuevo contrato de subarrendamiento con el titular como subarrendador; como contraprestación, Plásticos Galma, S.L., percibía una indemnización de un millón de euros, cuya entrega se produciría de forma paulatina y vinculada a la existencia y vigencia del nuevo subarrendamiento (la primera devolución sería a los cuatro meses, y las siguientes devoluciones anuales, según se pactaba); además, como otras condiciones de este nuevo contrato de arrendamiento, se estipulaba una duración de diez años y renta de 16.500,00 euros al mes".

**TERCERO.**- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por las representaciones procesales de D. Franco , D<sup>a</sup>. Marí Trini , D. Javier , D. Luis , D. Onesimo , D. Romualdo , D. Tomás , D<sup>a</sup>. Belinda , D. Carlos Daniel , D. Juan Miguel , D. Alexis , D. Baltasar , D. Celso , D<sup>a</sup>. Encarna , D. Elias , D. Fernando , D<sup>a</sup>. Juliana , D<sup>a</sup>. Miriam , D<sup>a</sup>. Rita , D. José , D. Maximiliano , D. Porfirio , D. Sergio , D<sup>a</sup>. María Inés , D<sup>a</sup>. Apolonia , D<sup>a</sup>. Celsa , y D<sup>a</sup>. Estela , ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia con fecha 19 de julio de 2010 , en la que dejando inalterada la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, consta la siguiente parte dispositiva: "Desestimar el recurso de suplicación interpuesto por Franco , Marí Trini , Javier , Luis , Onesimo , Romualdo , Tomás , Belinda , Carlos Daniel , Juan Miguel , Alexis , Baltasar , Celso , Encarna , Elias , Fernando , Juliana , Miriam , Rita , José , Maximiliano , Porfirio , Sergio , María Inés , Apolonia , Celsa y Estela contra la sentencia de 5 de mayo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social n° 10 de Barcelona en los autos n° 57/2009 seguidos a instancia de dichos recurrentes contra la empresa Plásticos Galma S.L., Natalia , Agapito , Aurelio , el Fondo de Garantía Salarial y los Administradores Concursales de Plásticos Calma S.L. Cesareo y Emilio , confirmando la misma en todos sus extremos".

**CUARTO.**- Por la representación procesal de D. Franco , D<sup>a</sup>. Marí Trini , D. Javier , D. Luis , D. Onesimo , D. Romualdo , D. Tomás , D<sup>a</sup>. Belinda , D. Carlos Daniel , D. Juan Miguel , D. Alexis , D. Baltasar , D. Celso , D<sup>a</sup>. Encarna , D. Elias , D. Fernando , D<sup>a</sup>. Juliana , D<sup>a</sup>. Miriam , D<sup>a</sup>. Rita , D. José , D. Maximiliano , D. Porfirio , D. Sergio , D<sup>a</sup>. María Inés , D<sup>a</sup>. Apolonia , D<sup>a</sup>. Celsa , y D<sup>a</sup>. Estela , se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que se alega la infracción de: a) los arts. 50.1 [apartados b ) y c)] ET , en relación con los arts. 49.1.j) ET y 64.10 LC ; b) art. 24 CE y STS 05/04/01 ; y c) art. 55.4, en relación



con el art. 56.1 [apartados a ) y b )] y 4.2, todos ellos del ET . Y se propone como decisión de contraste la STSJ Galicia 18/07/08 [rec. 2682/08 ]

**QUINTO.-** Por providencia de esta Sala, se procedió admitir a trámite el citado recurso, y habiéndose impugnado, pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que presentó escrito en el sentido de considerar procedente la desestimación del recurso. E instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 26 de junio de 2.012, en el que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1.- Con fecha 05/05/09 se dictó sentencia por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Barcelona , que se desestimó demanda promovida por la casi totalidad de la plantilla de «Plásticos Galma, SL», en reclamación de despido y extinción del contratos por voluntad de los trabajadores. Decisión confirmada por la STSJ Cataluña 19/07/10 [rec. 7753/09 ], que mantuvo en su integridad los hechos declarados probados en aquélla y que sucintamente expresados son los que siguen: a) en 02/12/08 la empresa solicitó declaración de concurso voluntario -y liquidación de la sociedad- que fue declarado por Auto del inmediato 17/12/08; b) por Auto de 20/03/09 se acordó el cese de la actividad empresarial y la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla; y c) los trabajadores presentaron demanda por despido tácito y extinción causal de sus contratos de trabajo en 23/02/09, alegando para el primer concepto -como está acreditado- falta de ocupación efectiva desde 17/12/08 e impago de la nómina correspondiente a Diciembre/08 y a la extraordinaria del propio mes, y para justificar el segundo concepto se invocan atrasos de Convenio correspondientes a los meses de Enero, Febrero y Marzo/08.

Y la sentencia razona -para justificar su decisión desestimatoria-: a) respecto del despido, que «la actuación del empresario no cabe calificarla como despido tácito, pues la falta de ocupación efectiva y el impago de salarios ... cuando previamente había solicitado la declaración del concurso y la liquidación de la empresa no revela de forma concluyente que fuera su voluntad extinguir anticipadamente los contratos de trabajo, sino la de someterse al procedimiento específico previsto en la Ley Concursal para liquidar la empresa y resolver los contratos de trabajo; y b) respecto de la extinción por incumplimiento empresarial, la decisión objeto de recurso argumenta que por virtud del art. 64 LC «no cabe, una vez declarado el concurso que los trabajadores soliciten la extinción de sus contratos de trabajo ante la jurisdicción social».

2.- Se recurre por los trabajadores la decisión desestimatoria, con denuncia de haberse infringido: a) los arts. 50.1 [apartados b ) y c)] ET , en relación con los arts. 49.1.j) ET y 64.10 LC ; b) art. 24 CE y STS 05/04/01 ; y c) art. 55.4, en relación con el art. 56.1 [apartados a ) y b )] y 4.2, todos ellos del ET . Y se propone como decisión de contraste la STSJ Galicia 18/07/08 [rec. 2682/08 ], que llega a solución diversa de la autos -declarando la existencia de despido tácito e improcedente- en supuesto cuyos datos de hecho son los que a continuación se describen: a) la empresa se hallaba en procedimiento de concurso desde 2004; b) en 07/12/06 la empresa cierra sus instalaciones y vende el inmueble, maquinaria, accesorios y demás muebles que constituían el soporte físico de la actividad comercial; c) en 29/12/06 solicita la extinción colectiva de sus contratos de trabajo, basada en «la falta de actividad por privación de los bienes productivos»; d) en 23/01/07, la actora solicita la extinción del contrato por falta de ocupación efectiva y a la par demanda por despido tácito; e) por Auto de 07/09/07, el Juzgado autorizó la extinción del contrato de todos los trabajadores de la empresa; y f) la demanda fue desestimada por sentencia del Juzgado de lo Social dictada en 29/01/08 y acogida por la Sala de lo Social en la decisión de contraste, apreciando la existencia de despido producido en la citada fecha de 07/12/06.

Y al efecto se razona en tal sentencia: a) sobre la extinción por voluntad del trabajador, «la imposibilidad de extinguir de nuevo el contrato de trabajo en virtud de acción resolutoria ejercitada por la trabajadora, al estar éste ya extinguido»; y b) sobre el despido, que era innegable la existencia de despido tácito, porque el empresario «se limitó a cerrar la empresa de un día para otro con una clara voluntad de extinguir, de facto, los contratos de trabajo en vigor» y a vender el soporte físico de la empresa.

**SEGUNDO.-** 1.- El art. 217 LPL exige -para la viabilidad del recurso para la unificación de doctrina-que exista contradicción entre la resolución judicial que se impugna y otra decisión judicial, y que esa discordancia se manifieste en la parte dispositiva de las sentencias, al contener pronunciamientos diversos respecto de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales. Y precisando el alcance de la exigencia hemos indicado que se trata de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales y que la exigible identidad ha de establecerse teniendo en cuenta los términos en que el debate se haya planteado en Suplicación (recientes, SSTS 14/02/12 -rcud 2159/11 -; 27/02/12 -rcud 1563/11 -; y 06/03/12 -rcud 519/11 -).



2.- Sobre la primera de las acciones ejercitadas -la extinción de los contratos por voluntad de los trabajadores- es clara la inexistencia del requisito de contradicción entre ambas sentencias, pues tanto la una como la otra rechazan el ejercicio de la acción, siquiera el argumento utilizado para ello sea diverso [en la recurrida, inviabilidad del ejercicio de la acción ante la jurisdicción social, tras la declaración del concurso; en la de contraste, imposibilidad de declarar nuevamente extinguido el contrato que ya lo había sido por decisión judicial del Orden mercantil]. Pero por lo que se refiere a las acciones por despido ejercitadas, la posible apreciación del presupuesto -contradicción- requiere que con carácter previo definamos nuestra postura en orden al ejercicio de acciones extintivas -colectivas- que se solapan con el concurso y/o ERE en el mismo tramitado.

3.- Ello es así, porque si la respuesta al dilema fuese negativa [imposibilidad de ejercitar acción extintiva colectiva extramuros del concurso una vez declarado éste], sería innegable que entre los supuestos a contrastar existen coincidencias que acreditan la existencia del presupuesto de contradicción. Así: a) cuando se ejercitan las correspondientes acciones, en ambos casos la empresa se halla sometida a concurso de acreedores, sometido a la Ley 22/2003 [9/Julio], y en vigor las reformas competenciales operadas por la LO 8/2003 [9/Julio]; b) también en los dos supuestos se ejercitan simultáneamente acciones - aparte de para la extinción de los contratos por incumplimiento empresarial- dirigidas a la declaración de improcedencia de lo que los reclamantes consideran un despido «tácito»; y c) igualmente, en uno y otro procedimiento se acuerda por el Juzgado de lo Mercantil la extinción colectiva de los contratos con antelación a que se dictase sentencia por el Juzgado de lo Social.

Diversamente, si la respuesta es positiva [por considerar viable accionar por despido tácito colectivo], entre los supuestos median diferencias que en principio pudieran justificar la diferente solución a que las resoluciones contrastadas llegan: a) para empezar, en el caso de autos se trata de un concurso voluntario y este extremo no consta en el caso de la sentencia de contraste, lo que indudablemente puede tener influencia en la apreciación de la posible existencia de un posible despido tácito, pues en tanto que en el primer caso -según entiende la decisión recurrida- la empresa no se desentendió de sus obligaciones contractuales con los trabajadores, sino que procedió a utilizar el mecanismo legal para hacer frente a las mismas a través del concurso voluntario [ art. 22 LC ], hasta el punto de que la falta de ocupación efectiva únicamente se produciría desde la declaración del concurso, muy diversamente en el caso de la decisión de referencia el empresario acudió a la inequívoca vía que significaba el cierre de la empresa y la venta de activo patrimonial, lo a todas luces comporta un innegable despido; y b) en segundo término, mientras que en la sentencia recurrida se produce la solicitud de extinción colectiva -junto con la de concurso- incluso quince días antes de que tenga lugar el acto -inactividad- que para los trabajadores accionantes integraría el despido tácito [justamente el mismo día en que se dicta el Auto declaratorio del concurso], en la sentencia aportada como contraste la misma solicitud de la extinción de los contratos de trabajo tiene lugar tres semanas después de haberse producido lo que innegablemente constituye despido tácito.

4.- Por ello es necesario decidir si declarado el concurso cabe ejercitar acciones por despido colectivo, y aunque hasta la fecha los pronunciamientos de la Sala se han referido a supuestos de extinción por voluntad de trabajador, parece obligado recordar su doctrina para dilucidar si la misma pudiera extenderse -en mayor o menor grado- a los supuestos de despido. Porque lo que no hemos resuelto hasta la fecha es la posibilidad de enjuiciar un despido -ni colectivo ni individual- producido en el marco de un concurso o un ERE, que es lo que en las presentes actuaciones se suscita, pues en la única ocasión en que la materia le fue planteada a la Sala -STS 22/06/11 rcd 3198/09 - nos limitamos a anular actuaciones al objeto de que precisamente la acción por despido fue resuelta por el Juzgado de lo Social, pese a la existencia de concurso, pero -además- en el peculiar supuesto en que se alegaba la existencia de un grupo de empresas y en el que tan sólo una de ellas se hallaba en la citada situación concursal.

**TERCERO.**- 1.- Para la STS 05/04/01 [rcud 2194/00 ], el ejercicio de la acción extintiva por impago de salarios es posible aunque se haya iniciado un ERE por crisis económica y mientras no se resuelva en vía administrativa -tratándose de concurso, por el Juzgado de lo Mercantil- cabe sentencia declarando la extinción del contrato. Y al efecto se argumenta que ello es así porque «el ejercicio por parte del empresario ante la Administración de la facultad que le confiere el art. 51 del ET , mientras el expediente se encuentre pendiente de decisión, no constituye, conforme a ningún precepto legal que así lo disponga de manera expresa, ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el art. 50, ni siquiera cuando la causa de pedir por parte de empleador y empleados fuere idéntica [...], de tal suerte que, en principio, no puede aducirse una especie de "excepción de litispendencia" en el proceso judicial instado por los trabajadores por el hecho de la latencia del expediente administrativo incoado a solicitud del empresario»; y que « *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 el fondo de la pretensión, ya sea para estimar la demanda, o ya para desestimarla, a la



vista de las alegaciones y pruebas de ambas partes, en tanto en cuanto es preciso distinguir entre el derecho de acceso al proceso ... y la acomodación o no a derecho de sus pretensiones, fundamentalmente si se parte de la inusual situación que se ha producido al solicitar una extinción por la vía del art. 50 del ET cuando existe una previa solicitud que persigue igual finalidad con amparo en el art. 51 del propio Estatuto».

2.- En una aclaración que sólo se presentaba necesaria por la subjetiva interpretación que de tal sentencia hacía la parte recurrente, la STS 26/10/10 [rcud 471/10 ] sostiene que aquella resolución es del todo coherente con la consolidada doctrina en la que la Sala afirmaba -recordando al efecto los numerosos precedentes, tanto en recursos por infracción de ley, como en unificación de doctrina- que «el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y -de prosperar la acción- declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta»; y que «[m]al se puede declarar que un contrato se extingue desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización [45 días por año de servicio], si el mismo ya había fenecido anteriormente por mor de una legítima decisión administrativa y con otra indemnización [20 días por año de servicio]; por definición, sólo cabe "extinguir" lo que esté "vivo"». Criterio reiterado por las SSTS 13/04/11 [rcud 2149/10 ] y 11/07/11 [rcud 3334/10 ], para las 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»; y que por ello es imposible acordar la extinción del contrato ex art. 50 ET , si antes de que se dicte la sentencia sobre la extinción individual, por resolución del Juzgado de lo Mercantil se autorizó el acuerdo colectivo extintivo al que se había llegado con los representantes de los trabajadores en el marco del proceso concursal.

3.- A los efectos de su posible consideración en el presente procedimiento, la doctrina contenida en las precedentes resoluciones puede resumirse en dos afirmaciones: a) que la acción rescisoria compatible con la tramitación de un ERE únicamente es la individual o plural, no la colectiva, tal como inequívocamente se desprende de la frase «ningún óbice para el ejercicio por parte de uno o varios trabajadores del derecho que a éstos les otorga el art. 50» que utiliza la referida STS 05/04/01 [rcud 2194/00 ]; y b) que a efectos del posible éxito de la acción ha de darse primacía no al factor cronológico procesal [ejercicio de la pretensión], ni al sustantivo [nacimiento del hecho constitutivo de la acción], sino al temporal del efecto extintivo. Y entendemos que tales afirmaciones son extrapolables a la acción colectiva por despido «tácito».

La primera de ellas -que sólo las acciones individuales o plurales son las que pueden ejercitarse declarado el concurso- se halla consagrada en la actualidad en las previsiones que al efecto contienen los arts. 8 y 64.10 LC , 57 bis ET y 3 h) LJS, que atribuyen al Juez del concurso «con carácter exclusivo y excluyente» la «extinción colectiva de las relaciones laborales»; y la conclusión se refuerza en el presente caso si se considera que la causa invocada como demostrativa del despido tácito -falta de ocupación efectiva- obedece a la misma situación económica que determina la declaración concursal, en cuya sede deben precisamente extinguirse los contratos para no defraudar la finalidad de su procedimiento; finalidad que justifica la «vis atractiva» que el ERE concursal tiene para las acciones de resolución colectiva [así, ya lo hemos sostenido en la STS 13/04/11 -rcud 2149/10 -].

Y criterio similar corresponde a la segunda cuestión -relativa al factor prioritario-, en la que igualmente ha de darse primacía al elemento temporal de extinción del contrato, pues si la doctrina de la Sala ha mantenido unánimemente la eficacia extintiva del acto de despido, de manera que el despido pone fin al contrato de trabajo, sin que deba esperarse a la resolución judicial para que dicha extinción se produzca (recientes, SSTS SG 31/01/07 -rcud 3797/05 -; 12/02/07 -rcud 3951/05 -; 16/01/09 -rcud 88/08 -; 30/03/10 -rcud 2660/09 -; 10/11/10 -rcud 3693/09 -; y 08/11/11 -rcud 767/11 -), la producción del hecho extintivo -despido tácito- con anterioridad a la situación concursal determinaría razonablemente que esta no impidiese fuese reconocido el derecho preexistente a la correspondiente indemnización; con lo que se daría preferencia -respecto de los efectos propios del concurso- al factor cronológico sustantivo que ya ha seguido por la Sala en supuestos de ejercicio acumulado de acciones (SSTS SG 05/01/07 -rcud 2851/05 -; y 10/07/07 -rcud 604/06 -).

**CUARTO.-** 1.- En caso de que tratamos, los trabajadores alegan -para justificar el despido tácito- la falta de ocupación efectiva desde 17/12/08, así como el impago de la nómina y extraordinaria correspondientes al mismo mes de Diciembre. Pero tales hechos -declarados probados- han de ser necesariamente puestos en relación con los acaecimientos -de igual constancia en el relato de hechos- relativos a que ya en 02/12/08 [es decir, quince días antes] la empresa había solicitado la declaración de concurso voluntario y que tal declaración se había producido por Auto de 17/12/08 [la misma fecha que el inicio de la falta de ocupación efectiva]. Como tampoco es desdeñable el dato de que la demanda por despido tácito hubiese sido presentada en 23/02/09, con antelación de 25 días a que se dictase el Auto -en 20/03/09 - por el que finalmente se acordó el cese de la actividad empresarial y la extinción de los contratos de la totalidad de la plantilla.



2.- Con tales datos se evidencia que el pretendido despido colectivo que se argumenta sería posterior a la declaración de concurso y que la propia reclamación ante esta jurisdicción fue casi coetánea al Auto -Juzgado de lo Mercantil- por el que se declaran extinguidos los contratos de trabajo. Lo que a su vez determina dos consecuencias: a) que el supuesto despido -tácito y colectivo- no era argumentable ante la jurisdicción social, por estar ya la empresa en concurso cuando los hechos integrantes de aquél acaecieron; y b) que por lo mismo, la demanda significaba clara defraudación de las previsiones de la LC, en las que las extinciones contractuales -obviamente posteriores a la declaración del concurso- corresponden al Juez de lo Mercantil, sin que cupiese ya ejercicio alguno de acción colectiva pretendiendo despido tácito del que pudiera conocer la jurisdicción laboral.

3.- En todo caso no parecen estar de más dos precisiones: a) en primer lugar, que como regla general la solicitud de extinciones colectivas de trabajo no puede realizarse ante el Juez de lo Mercantil -y por supuesto no puede decidirse- sino cuando la Administración concursal ha emitido ya el informe previsto en los arts. 74 y sigs LC art. 64 LC ], lo que comporta un considerable lapso de tiempo en el que la propia insolvencia empresarial -presupuesto objetivo del concurso- ha de situar a la empleadora en incumplimientos que en otras circunstancias pudieran integrar la figura del llamado «despido tácito»; y b) que a los efectos de que tratamos -ese despido presunto- por fuerza no son equiparables la conducta de quien en situación de insolvencia acude a las vías de hecho [cierre de la empresa; absoluta paralización de la actividad empresarial] y la de quien se ajusta al procedimiento legalmente previsto para el que «no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles» [ art. 2.2 LC ].

Y de estas dos precisiones se puede obtener una conclusión, cual es, la de que solicitado judicialmente el concurso -con mayor motivo dictado el correspondiente Auto- es inactuable la figura del «despido tácito» colectivo por hechos posteriores a aquella solicitud, y que la única reacción que al respecto cabe a los trabajadores -a través de sus representantes legales- es la prevista en el art. 64 LC , la de solicitar la extinción colectiva de sus contratos. O lo que es igual, a los efectos de la acción ejercitada en las presentes actuaciones [despido ex art. 54. ET ] es irrelevante que con posterioridad al Auto que declaraba el concurso pudiera -efectivamente- haber concurrido la figura que en el ámbito laboral pudiera calificarse como despido tácito y que -examinándolo con recelo- la jurisprudencia social únicamente admite cuando medien «hechos o conductas concluyentes» a partir de los cuales pueda establecerse la inequívoca voluntad empresarial de resolver el contrato (con cita de numerosos precedentes a la unificación de doctrina, SSTs 16/11/98 -rcud 5005/97 - y 01/06/04 -rcud 3693/03 -). En situación de concurso, la única extinción colectiva de las relaciones laborales que procede es la que acuerde el Juez del concurso y precisamente de conformidad a los trámites establecidos en normativa concursal [Ley 22/2003, de 9/Julio; reformada por la Ley 38/2011, de 10/Octubre].

**QUINTO.-** Las precedentes consideraciones nos llevan a afirmar -con el Ministerio Fiscal- que la doctrina ajustada a Derecho es la mantenida por la sentencia recurrida y que -en consecuencia- la misma ha de ser confirmada. Sin imposición de costas [ art. 233.1 LPL ].

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. Franco , D<sup>a</sup>. Marí Trini , D. Javier , D. Luis , D. Onesimo , D. Romualdo , D. Tomás , D<sup>a</sup>. Belinda , D. Carlos Daniel , D. Juan Miguel , D. Alexis , D. Baltasar , D. Celso , D<sup>a</sup>. Encarna , D. Elias , D. Fernando , D<sup>a</sup>. Juliana , D<sup>a</sup>. Miriam , D<sup>a</sup>. Rita , D. José , D. Maximiliano , D. Porfirio , D. Sergio , D<sup>a</sup>. María Inés , D<sup>a</sup>. Apolonia , D<sup>a</sup>. Celsa , y D<sup>a</sup>. Estela , y confirmamos la sentencia dictada por el TSJ Cataluña en fecha 19/ Julio/2010 [recurso de Suplicación nº 7753/09 ], que a su vez había confirmado la resolución -desestimatoria de la demanda- que en 05/Mayo/2009 pronunciara el Juzgado de lo Social núm. 9 de los de Barcelona [autos 57/09], en reclamación -acumulada- por despido y resolución de contrato frente a «PLÁSTICOS GALMA, SL», el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, D<sup>a</sup> Natalia , D. Agapito , D. Aurelio , D. Cesareo y D. Emilio .

Sin imposición de costas a los recurrentes.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social 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 el Excmo. Sr. Magistrado D. Luis Fernando de Castro Fernandez hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.