

Roj: **STS 2904/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2904**Id Cendoj: **28079140012017100528**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **30/06/2017**Nº de Recurso: **3402/2015**Nº de Resolución: **575/2017**Procedimiento: **Auto de aclaración**Ponente: **SEBASTIAN MORALO GALLEGO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ BAL 694/2015,**  
**STS 2904/2017**

## SENTENCIA

En Madrid, a 30 de junio de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Germán , defendido por el letrado D. Jaime Fernández Perelló y representado por la procuradora D.<sup>a</sup> Aurora Gómez-Villaboa y Mandri, contra la sentencia dictada el 29 de junio de 2015, por la **Sala de lo Social** del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 73/2015 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca, de fecha 27 de noviembre de 2014 , recaída en autos núm. 275/2013, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a Iberotrail Vacations Holding, S.L., Iberworld Airlines, S.A., Orbest Sucursal España, Viajes Barceló, el Administrador Concursal de Iberworld (D. Juan ) y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), sobre extinción voluntaria de la relación laboral. Han sido partes recurridas Iberotrail Vacations Holding, S.L., Iberworld Airlines, S.A., y la Administración Concursal de Iberworld, representadas y defendidas por el letrado D. Manuel Sánchez Rubio; y Orbest, S.A., Sucursal en España ("Orbest", "Orbest, S.A., Sucursal en España" o la "Empresa", indistintamente) y Viajes Barceló, S.A. ("Viajes Barceló"), representadas y defendidas por el letrado D. David Martínez Saldaña.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Sebastian Moralo Gallego

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Con fecha 27 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Social nº 3 de Palma de Mallorca dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

« **1.** - El demandante D. Germán , titular del DNI NUM000 venía prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa Iberworld Airlines S.A. como Comandante de avión con base en Tenerife con antigüedad del 10.03.00, Categoría profesional de Comandante N-4 y un salario bruto diario de 383,65 euros.

**2.** - El actor desarrolló su actividad normal con la Compañía hasta el día 21 de febrero de 2013, cuando tuvo lugar su último vuelo. Las programaciones de cada mes se enviaban los días 23 a 25 del mes anterior. En febrero no se remitió programación de vuelos al actor. En los meses siguientes de marzo y abril, no trabajó pero cobró sus nóminas, no acogiéndose voluntariamente a vacaciones ni permisos, como había ofrecido la empresa. El actor recibe un mail en fecha 21 de febrero de 2013 (doc nº 4) comunicando que la Cia Viajes Barceló había comprado a Orizonia Travel Group SL, la Compañía aérea Orbest Portugal para operar desde España lamentando no poder proseguir para ello con la totalidad de los trabajadores de Orbest España. En fecha 19.02.13 se firman unos compromisos entre Orizonia (Iberworld) y Viajes Barceló de carácter económico y social dirigidos a paliar parcialmente la situación de Orizonia tanto en relación con clientes como en relación a sus deudas y sus trabajadores. Orbest Sucursal en España y Viajes Barceló (doc. 21 a 53) aportaron



elementos materiales e inmateriales indispensables para realizar la actividad (handling Barajas, formación al personal, licencias de vuelo, mantenimiento, touroperadores, apertura de una nueva ruta...), ampliaron el capital y prestaron depósitos, garantía y avales a los arrendadores de las aeronaves. La inversión fue cercana a los 35 millones de euros. En relación con los aviones y con el fin de permitir la liberación de los depósitos constituidos por Iberworld Airlines, S.A.U. ("IBW") a favor de los propietarios de una aeronave A-330 y dos aeronaves A-320, arrendados por IBW, en garantía de los contratos de leasing de tales aviones, Viajes Barceló se comprometió a que Orbest, una vez adquiridas sus acciones por Viajes Barceló y condicionado a esta previa adquisición, firmara nuevos contratos de leasing de dicho A330 y de los dos A-320, con aquellos propietarios que así lo consintieran. De las nueve aeronaves arrendadas por Iberworld, Orbest finalmente utilizó únicamente una, el Airbus A320 matrícula... Viajes Barceló se comprometió a que Orbest contratara de manera preferente entre los empleados de IBW a los nuevos trabajadores que requiriese contratar para la operación de los aviones referidos en este apartado. Se dieron de alta a 34 pilotos (Comandantes y segundos) a fecha 15.03.13 en Orbest España más otro personal hasta la cifra de 137. Permanecieron de alta todos ellos en Iberworld hasta el 30.04.13 (doc. 16 a 26), pasando luego a Orbest España y en noviembre de 2013 a Evelop Airlines. El organigrama operativo de las compañías Iberworld, Orbest España y Evelop es el mismo (doc. 42).

**3 .-** La empresa Iberworld tenía tres bases operativas: Palma, Madrid y Tenerife. A mediados de febrero de 2013 ya era pública y notoria la situación preconcursal de Iberworld Airlines S.L. y del grupo empresarial al que pertenecía. Se presenta ante los Juzgados de Palma en fecha 15 de febrero de 2013 por parte del Grupo Orizonia (a la que pertenece Iberworld Airlines) solicitud de concurso de acreedores del art. 5 bis de la Ley Concursal. Se inició un despido colectivo no concursal el 7.03.13 transformándose en ERE concursal el 4.04.13.

**4.-** Por Auto del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Palma de Mallorca de 29 de abril de 2013 dictado en el incidente de extinción de contratos laborales (Asunto 404/2013) se dispone la autorización de la extinción de los contratos laborales de la totalidad de los trabajadores de Iberworld Airlines S.A. aceptando la convalidación del acuerdo alcanzado entre la Administración concursal, la concursada y los trabajadores. Que en la relación nominal de todos los contratos de trabajo que se extinguen en virtud de Auto aparece el nombre del actor, que le fue comunicado a éste en fecha 30.04.13 mediante carta de despido (doc. 55) que se da por reproducido. El auto es firme desde el 27.09.13. El Sr. Germán ha cobrado el 17,5 % de la indemnización por despido en el seno del Concurso por un importe de 17.743,09 €. En fecha 1 de julio de 2013 el Juez de lo Mercantil, en Sentencia resolviendo incidente del Concurso planteado por el actor homologa el acuerdo alcanzado entre éste, Iberworld Airlines SA y el administrador concursal, reconociendo al Sr. Germán la indemnización que se fije en la Sentencia que se dicte en el procedimiento de lo Social planteado (el presente) y si la misma fuese desestimatoria, manteniendo la extinción acordada en el ERE concursal con sus derechos indemnizatorios en cuanto a cuantía y calificación. (doc. 36).

**5 .-** El demandante no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores durante el último año.

**6 .-** En fecha 4.03.13 el demandante dedujo ante el TAMIB papeleta de conciliación celebrándose el acto con el resultado de intentado sin efecto el día 13.03.13. frente a Iberworld Airlines S.A. y Orizonia Corporation».

En dicha sentencia consta el siguiente fallo: «QUE DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por D. Germán, frente a las empresa IBEROTRAVEL VACATIONS HOLDING, S.L., IBERWORLD AIRLINES, S.A., ORBEST SUCURSAL ESPAÑA, VIAJES BARCELÓ, Y EL ADMINISTRADOR CONCURSAL DE IBERWORLD ( Juan ), y FOGASA, sobre EXTINCIÓN VOLUNTARIA DE LA RELACION LABORAL art 50 ET., debo absolver y absuelvo a las demandadas de los pedimentos formulados frente a ellas, estimando la excepción de falta de acción sobrevenida».

**SEGUNDO .-** La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la representación procesal de D. Germán ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, la cual dictó sentencia en fecha 29 de junio de 2015, en la que consta el siguiente fallo: «SE DESESTIMA el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación de Don Germán, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº. 3 de Palma de Mallorca, de fecha 27 de noviembre de 2014, en los autos de juicio nº. 275/2013 seguidos en virtud de demanda formulada por el recurrente, frente a Iberottravel Vacations Holding, S.L., Iberworld Airlines, S.A., y la Administración Concursal de Iberworld, Orbest, S.A. Sucursal España ("Orbest", "Orbest S.A., Sucursal en España" o la "Empresa", indistintamente) y Viajes Barceló, S.L. ("Viajes Barceló") y, en su virtud, SE CONFIRMA la sentencia recurrida».

**TERCERO.-** Por la representación letrada de D. Germán se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que tuvo entrada en el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares el 25 de septiembre de 2015. Para el primer motivo, se invoca como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada



por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 2 de diciembre de 2009 (RSU 3835/2009). El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 50, en relación con el 49 y 7 -todos del E.T-, en relación con el artículo 1.124 del C.C., y el artículo 64 de la L.C.

Por lo que se refiere al segundo motivo, se elige como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en fecha 16 de enero de 2015 (RSU 4035/2014). El recurso se fundamenta en la infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia aplicable tanto de la Comunidad Europea, en cuanto a sus Directivas, y del TJCE reseñadas en el escrito de interposición del presente recurso.

**CUARTO.-** Con fecha 1 de abril de 2016 se admitió a trámite el presente recurso. Dándose traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de las partes recurridas para que formalicen su impugnación en el plazo de quince días. Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal, que emitió informe en el sentido de interesar que se declare la improcedencia del presente recurso.

**SEXTO.-** Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 29 de junio 2017, fecha en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** - Los hechos objeto de enjuiciamiento en el presente litigio son como siguen: 1º) en fecha 15 de febrero de 2013 se presentó por parte de la empresa demandada solicitud de precurso de acreedores; 2º) el 7 de marzo de 2012 se inició un procedimiento de despido colectivo no concursal, que se transformó en ERE concursal en fecha 4 de abril de 2013; 3º) mediante Auto del Juzgado de lo Mercantil de 29 de abril de 2013 se acuerda la extinción de todos los contratos de trabajo de la empresa demandada, entre ellos el del actor; 4º) el demandante presentó en fecha 14 de marzo de 2013 demanda de despido tácito y extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del art. 50 ET, que sustenta en el hecho de que no ha recibido ocupación efectiva desde el día 21 de febrero de 2013 en el que realizó su último servicio, pese a lo que percibió con normalidad las nóminas de marzo y abril; 5º) ese mismo día la empresa le había notificado la venta de la compañía y la imposibilidad de continuar con la totalidad de la plantilla.

**2.** - La sentencia del juzgado de lo Social 3 de Palma de Mallorca de 27 de noviembre de 2014, desestimó la demanda al entender que la relación laboral quedó extinguida con el auto dictado por el juzgado del concurso, y no puede por lo tanto acogerse la acción de extinción del art. 50 ET que trae causa de las mismas circunstancias económicas que determinaron la declaración de concurso de la empresa; negando la existencia de sucesión entre la concursada y la sociedad que había asumido la gestión de algunas de sus oficinas, pero no los demás medios materiales y los aviones con los que operaba.

La sentencia recurrida en casación unificadora es la dictada por la Sala de lo Social de Illes Balears de 29 de junio de 2015, rec. 73/2015, que desestimó el recurso de suplicación formulado por el trabajador contra la resolución de instancia.

Razona a tal efecto, que el contrato de trabajo quedó extinguido conforme a derecho con el auto dictado por el juez del concurso y no puede en consecuencia declararse con posterioridad su extinción en vía del art. 50 ET, cuando el motivo alegado por el trabajador accionante es la falta de ocupación efectiva que trae causa de la misma situación económica de la empresa que motivó la situación de concurso.

Y desestima igualmente la pretensión relativa a la existencia de una situación jurídica de sucesión de empresas del art. 44 ET, porque la nueva sociedad no había adquirido la infraestructura material de la concursada, a lo que añade que las consecuencias económicas derivadas de la extinción del contrato de trabajo tras el auto dictado en tal sentido por el juzgado mercantil, quedaron liquidadas tras haber sido abonadas por la concursada y no se extenderían en ningún caso a la sociedad que adquirió una parte de sus activos, una vez que desestimada la acción de extinción del contrato en vía del art. 50 ET ni siquiera se ha generado una responsabilidad distinta a la derivada de aquel despido en sede de concurso que ya había sido satisfecha.

**3.-** El recurso se articula en dos motivos.

El primero de ellos denuncia infracción del art. 50 ET e invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de diciembre de 2009, rec. 3835/2009, para sostener que la sentencia debe pronunciarse sobre la acción extintiva ejercitada antes de la declaración del concurso.

El motivo segundo se sustenta en la vulneración del art. 44 ET para citar como sentencia referencial la de la misma Sala de lo Social de Galicia de 16 de enero de 2015, rec. 4035/2014, y afirmar la existencia de una



situación de sucesión de empresa de la que pretende derivar como consecuencia jurídica la subrogación en la relación laboral.

La empresa en su escrito de impugnación, y el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe, niegan la existencia de contradicción en ambos motivos del recurso, e interesan en todo caso su desestimación.

**4.** - La primera cuestión que hemos de resolver es la referente a la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, comprobando si entre las resoluciones en contraste concurre, para cada uno de los dos motivos del recurso, la necesaria contradicción que exige el artículo 219.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto de los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales".

En lo que debe tenerse en cuenta que la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas, al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, según ha declarado la Sala en sentencias de 9 de febrero de 2004 (Rec. 2515/2003); 10 de febrero de 2005 (Rec. 914/2004); 15 de noviembre de 2005 (Rec. 4922/2004); 24 de noviembre de 2005 (Rec. 3518/2004); 29 de noviembre de 2005 (Rec. 6516/2003); 16 de diciembre de 2005 (Rec. 338020/04); 3 de febrero de 2006 (Rec. 4678/2004); 6 de febrero de 2006 (Rec. 4312/2004); 7 de febrero de 2006 (Rec. 1346/2005); y 28 de febrero de 2006 (Rec. 5343/2004), interpretando el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral, con igual redactado que el del ya citado artículo 219.1 de la LRJS.

**SEGUNDO.1-** Respecto al primero de los motivos del recurso la respuesta debe ser necesariamente positiva, porque los hechos esenciales de los asuntos en comparación son sustancialmente iguales y sin embargo las dos sentencias han llegado resultados contrapuestos.

En el presente supuesto el trabajador sustenta la acción extintiva en la falta de ocupación efectiva a partir del día 21 de febrero de 2013, pese a que continúa percibiendo con normalidad su salario en los meses de marzo y abril. El 15 de febrero la empresa ya había presentado la solicitud de precurso a la que se refiere el art. 5 bis de la Ley Concursal, y el 7 de marzo de 2013 inicia un proceso de despido colectivo de la totalidad de su plantilla por causas económicas y productivos, que se transformó en proceso concursal el 4 de abril de 2013 y culminó tras acuerdo entre la representación de los trabajadores y la administración concursal con el auto de extinción dictado por el Juzgado Mercantil el 29 de abril de 2013. En fecha 19 de marzo la empresa solicita la apertura de concurso voluntario de acreedores.

En ese contexto se insta por el trabajador la papeleta de conciliación el 4 de marzo de 2013 y se interpone la demanda de extinción el 14 de marzo.

En estas circunstancias la sentencia recurrida razona que la extinción voluntaria del contrato no puede tener lugar cuando previamente ha sido producida una extinción contractual colectiva y conforme a derecho en el procedimiento concursal, de forma que la relación laboral ya no se encuentra en vigor al momento de dictar la sentencia en el proceso de extinción del art. 50 ET, cuando la causa es la que se sustenta en el ejercicio de dicha acción es la misma que da lugar a la situación de concurso por tener fundamento en los problemas económicos que afectan a la concursada, hasta el punto que la falta de ocupación efectiva con el mantenimiento de la remuneración se enmarca en la misma situación de concurso y no obedece a un motivo distinto o incumplimiento empresarial diferente al generado por la misma.

**2.** - En el caso de la sentencia de contraste la declaración de la empresa en concurso tiene lugar el 3 de diciembre de 2008 y el 20 de abril de 2009 se dictó el auto del juzgado mercantil extinguiendo los contratos de trabajo.

Los demandantes presentaron la papeleta de conciliación el 21 de enero de 2009, con posterioridad por lo tanto a la declaración de concurso, y aun así, la sentencia referencial acaba admitiendo que debe conocer y resolver sobre la acción de extinción del art. 50 ET, porque la empresa ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones laborales al no dar ocupación efectiva a los trabajadores, sin que sea óbice para ello la circunstancia de que la sentencia del juzgado se haya dictado el 28 de mayo de 2009 con posterioridad a la extinción de la relación laboral mediante el precitado auto del juzgado mercantil.

**3.** - Al igual que hemos decidido en el rcud. 2306/2016, deliberado en el día de hoy, referente a otro trabajador de la empresa en idénticas circunstancias y en el que se invoca igualmente la misma sentencia de contraste, queda con ello patente la contradicción existente entre una y otra sentencia, pues mientras la recurrida entiende que la previa extinción del contrato de trabajo derivada del auto del juez del concurso impide estimar la acción resolutoria, porque en el momento en que debe resolverse está ya extinguida la relación laboral; la de contraste



ha dado lugar a dicha resolución aun cuando era muy anterior el auto del juzgado mercantil en el que se acordaba el despido colectivo, siendo que en ambos supuestos se invocaba por los trabajadores como motivo para la resolución del contrato de trabajo la falta de ocupación efectiva por parte de la empresa, que traía causa de la grave situación económica que estaba atravesando y que las aboca en ambos casos a la declaración de concurso voluntario de acreedores.

**4.** - A distinta solución hemos de llegar respecto al segundo de los motivos del recurso, en el que se invoca de contraste la sentencia dictada por la Sala Social del TSJ de Galicia de 16 de enero de 2015, rec. 4035/2014 .

Resuelve esta sentencia un supuesto en el que la trabajadora prestaba servicios en el Palacio de Congresos de Santiago de Compostela como empleada de limpieza en el marco de una subcontrata de dicha actividad, y lo que se discute es si procede la subrogación en la relación laboral por parte de la nueva adjudicataria de tal servicio a consecuencia de lo previsto en el pliego de condiciones del concurso administrativo tras cuya resolución se atribuye la contrata a una nueva empresa.

A lo que la sentencia referencial responde en sentido afirmativo, razonando a tal efecto que en el supuesto enjuiciado, " *aunque no se dieran los presupuestos del art. 44 del ET , ni prever la subrogación ningún Convenio Colectivo o el pliego de condiciones de la contrata, estamos en un supuesto de sucesión de plantillas, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla toda o un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir una parte importante de los trabajadores de la anterior STS de 25-1-2006 ), como cualitativo. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 20 de octubre de 2004 (rcud 4424/2003 ), seguidas por otras más recientes como la de 17 de junio de 2008 (rcud 4426/2006 ), 12 de julio de 2010 , la 7 de diciembre de 2011 (rcud 4665/2010 ), o la de 9 de abril de 2013 rcud 1435/2012 , que nos permite afirmar que en un caso como en el presente procedería la subrogación por sucesión del plantillas habida cuenta que se ha procedido a subrogar toda la plantilla de trabajadores encargados de la explotación y gestión del Palacio de Congresos.*"

Situación de hecho y de derecho que, como bien informa el Ministerio Fiscal, no tiene nada que ver con la cuestión que se plantea en el presente asunto, en el que el demandante sostiene que se habría producido una sucesión empresarial del art. 44 ET al haber asumido la empresa codemandada una parte de la infraestructura empresarial de quien era su empleadora, lo que conlleva la desestimación de plano de este segundo motivo del recurso por no concurrir el requisito de contradicción.

**TERCERO . 1.** - Una vez establecida la existencia de contradicción para el primero de los motivos del recurso hemos de entrar en su análisis.

La cuestión que se plantea reside en determinar si puede ejercitarse con éxito la acción de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador al amparo del art. 50.1.b) del ET , por falta de ocupación efectiva, cuando, en el momento en el que se dicta la sentencia de instancia del orden social, su relación ya se había extinguido en virtud de un auto del Juzgado de lo Mercantil en el marco de un procedimiento concursal voluntario que así lo declaró con carácter colectivo y tras el acuerdo con los representantes de los trabajadores.

**2.** - Sobre lo que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse en STS 11/7/2011, rcud. 3334/2010 , al resolver un supuesto idéntico al presente en el que el trabajador ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo del art. 50 ET , de manera coetánea a la tramitación de un procedimiento concursal y con base al impago de salarios o falta de ocupación efectiva, que traen justamente causa de la inactividad de la empresa generada por la misma grave situación económica que da lugar a la declaración de concurso, siendo que al momento de dictar el juzgado de lo social la sentencia que debe resolver sobre dicha acción se encuentran ya previamente extinguidos los contratos de trabajo por el auto del juzgado mercantil que autoriza su extinción colectiva.

Y concluye, que no puede acogerse en esas circunstancias la acción resolutoria del art. 50 ET , trasladando a estos supuestos la misma doctrina establecida en las SSTS de 26/10/2010, rcud.471/2010 y 13/4/2011, rcud. 2149/10 , en las que se recuerda que, con carácter general, es necesario que la relación laboral se encuentre vigente en la fecha de dictarse la sentencia en la que pudiese acogerse la acción resolutoria del art. 50 ET , que por su carácter constitutivo es el título que produce la efectiva extinción del contrato, que no tendría lugar en caso contrario, de ser desestimatoria tal sentencia.

Criterio que hemos reiterado en las posteriores SSTS de 9/2/2015, rcud. 406/2014 y 13/4/2016, rcud. 2874/2014 .

Tal y como decimos en la STS que hemos citado en primer lugar, es " *doctrina jurisprudencial consolidada ( SSTS 14-2-83 , 23-6-83 , 12-12-84 , 28-2-85 , 2-4-85 , 18-11-85 , 2-7-85 , 4-2- 86 , 22-10-86 , 26-11-86 , 19-5-88 , 12-7-89 , 18-7-90 , 18/09/89 , 29-12-89 , 11-4-90 , 22-5-00 ) 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" ( SSTS 26-10-2010 citada), y aunque sea posible ejercitar la acción resolutoria pese a que se haya iniciado un ERE que esté pendiente de decisión ( STS 5-4-2001, R. 2194/00 ), lo verdaderamente cierto y relevante a los efectos que aquí interesan no es sino que, como concluye de modo literal nuestra repetida sentencia de 26-10-2010 al analizar un caso en el que el ERE ya había concluido, "Mal 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»".

Esta Sala ha señalado con minuciosidad los supuestos que permiten establecer una serie de rasgos diferenciales cuando la controversia se suscite en situaciones concursales en relación con la pendencia de un ERE, llegando a la conclusión -apuntada ya con anterioridad en STS 22-12-2008, R. 294/08 – de que "la colectivización de la medida extintiva significa necesariamente la aplicación íntegra del régimen de los despidos colectivos, lo que alcanza también al monto de la indemnización" ( STS 13-4-2011 , R. 214910). Pero, y esto es en realidad lo único que importa para terminar desestimando el presente recurso de casación unificadora, también hemos reiterado en esa misma resolución, al recordar anteriores precedentes, 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" (FJ 3º)".

**3.** - En el mismo sentido y con más detalle, la STS 13/04/2016, rcud. 2874/2014 , establece los siguientes asertos :

A) Esta Sala de casación aun referido a extinciones contractuales ex art. 50 ET y siendo la legislación aplicable la anterior a la reforma de la Ley Concursal por Ley 38/2011, ha declarado, en su STS/IV 9-febrero-2015 (rcud 406/2014 ), que es competente el Juzgado Mercantil para conocer de la extinción colectiva de contratos de trabajo después de declarado el concurso, incluido el de un trabajador que, con anterioridad a dicha declaración, había presentado demanda ante el Juzgado de lo Social instando la extinción de su contrato, al amparo del art. 50.1b) ET , estando pendiente de resolver la citada pretensión.

B) Se razona, en esencia, en esta sentencia "... que el Juez de lo Mercantil es competente para resolver la extinción colectiva de los contratos de trabajo, incluido el del trabajador que tiene pendiente demanda ante el Juzgado de lo Social de extinción del contrato, al amparo del artículo 50.1 b) ET , por las razones que a continuación se expondrán:

*Primero:* La competencia del Juez de lo Mercantil aparece con toda claridad en el artículo 64.1 LC que establece: "Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y de suspensión o extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo.

*Segundo:* No hay precepto alguno en la LC ni en la LPL que establezca que el Juez de lo Mercantil carece de competencia para resolver la extinción colectiva de contratos respecto al trabajador o trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda presentada ante el Juzgado de lo Social, instando la extinción del contrato al amparo de lo establecido en el artículo 50. 1b) ET .

*Tercero:* La pendencia de la demanda de extinción de contrato ante el Juzgado de lo Social, al amparo del artículo 50.1 b), no supone la existencia de litispendencia respecto a la acción de extinción colectiva de los contratos de trabajo tramitada ante el Juzgado de lo Mercantil. En efecto, si bien nuestro ordenamiento no define el concepto de litispendencia, la misma se configura como el anverso de la cosa juzgada y para que concurra se exige que el objeto de ambos litigios sea idéntico al del proceso en que aquella se produjo, a tenor del artículo 222.1 LEC . Además de encontrarse pendientes ante Juzgados de distintos órdenes jurisdiccionales, los litigios no son idénticos ya que el objeto de cada uno de ellos es diferente. Así mientras en el pendiente ante el Juzgado de lo Social el objeto es la extinción de un contrato de trabajo por falta de pago o retraso continuado en el abono de los salarios, al amparo del artículo 50.1b) ET , el sometido a la consideración del Juzgado de lo Mercantil es la extinción colectiva de contratos de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, ex artículo 64 LC .

*Cuarto:* La pendencia de una demanda ante el Juzgado de lo Social instando la extinción del contrato en los términos anteriormente señalados ninguna incidencia tiene en la vigencia del contrato, ya que la extinción del contrato se origina por la sentencia constitutiva de carácter firme, que estime que la empresa ha incurrido en alguna de las causas que dan lugar a la resolución, pero no antes, entre otras STS de 20 de julio de 2012, recurso 1601/2011 .



Quinto: Nuestro ordenamiento tiene previsto en un supuesto que, si bien no es del todo coincidente con el ahora examinado, guarda cierta similitud, la posibilidad de coexistencia de una acción de despido y otra de extinción de contrato ejercitada al amparo del artículo 50.1 b) ET, estableciendo el artículo 26.3 LRJS, la posibilidad de acumulación de ambas acciones en una sola demanda o, si se hubieran formulado las demandas por separado, la acumulación de dichas demandas, tal y como ha establecido el artículo 32 LPL, actualmente artículo 32.1 LRJS >>.

C) El mismo criterio debe aplicarse a las situaciones como las del caso de autos, por lo siguiente:

a) La interrelación, puesta de relieve por nuestra jurisprudencia (así, entre otras, en las citadas SSTS/IV 3-julio-2012-rcud 3885/2010, 29-octubre-2013-rcud 750/2013 y 9-febrero-2015-rcud 406/2014) entre la extinción por voluntad del trabajador por causa o motivo de la falta de abono de salarios o de ocupación efectiva y el denominado despido tácito fundado, como regla, en las mismas causas cuando ambas deriven de la misma situación económica que determine la situación concursal y exigiendo nuestra jurisprudencia para que concurra tal modalidad de despido la existencia de «hechos suficientemente concluyentes a partir de los cuales pueda establecerse la voluntad extintiva del empresario» (entre las más recientes, STS/IV 23-septiembre-2013-rcud 2043/2012);

b) La propia esencia y finalidad del concurso de acreedores que ha venido exigiendo que en su ámbito deban extinguirse los contratos para no defraudar la finalidad de su procedimiento que vea justificando la "vis atractiva" que el incidente concursal tiene para las acciones de resolución colectiva por imperativo del art. 64.1.1 LC ("Los expedientes de ... extinción colectivas de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas en el presente artículo"); y

c) La extensión de la referida finalidad, inicialmente limitada a las extinciones colectivas, a las singulares o plurales tras la reforma operada en el art. 64.10 LC por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (vigente en la fecha de los hechos ahora enjuiciados), aun limitándose literalmente a las resolutorias individuales motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, al disponer el citado precepto que "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 expediente previsto en este artículo, para la extinción de los contratos. Acordada la iniciación del expediente 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 expediente 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 vezalzada 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".

Tras lo que definitivamente hemos concluido que esa es la solución aplicable al ejercicio de las "acciones resolutorias individuales ex art. 50 ET motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, su aplicación a los despidos tácitos singulares o plurales motivados por esas 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 derivado de poder elegir ante una misma situación acciones distintas (resolución ex art. 50 ET o despido tácito, como de hecho aconteció en el supuesto ahora enjuiciado) que pudieran llevar a resultados desiguales, entre otros, en cuanto a la fecha de la extinción, salarios e indemnizaciones procedentes".

**TERCERO.-** Conforme a lo razonado, y de conformidad con lo instado por el Ministerio Fiscal, es la sentencia recurrida la que contiene la buena doctrina. Procede en consecuencia desestimar el recurso de casación unificador interpuesto por el trabajador recurrente. Sin costas ( art. 235.1 LRJS ).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Germán , contra la sentencia dictada el 29 de junio de 2015, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, en el recurso de suplicación núm. 73/2015, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca, de fecha 27 de noviembre de 2014, recaída en autos núm. 275/2013, seguidos a instancia del ahora recurrente frente a Iberotravel Vacations Holding, S.L., Iberworld Airlines, S.A., Orbest Sucursal España, Viajes Barceló, el Administrador Concursal de Iberworld (D. Juan ) y el Fondo de



Garantía Salarial (FOGASA), sobre extinción voluntaria de la relación laboral. Confirmar en sus términos la sentencia recurrida. Sin costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Sebastian Moralo Gallego hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ