

EL DESPIDO OBJETIVO INDIVIDUAL POR CAUSAS ECONÓMICAS EN LAS EMPRESAS DECLARADAS EN CONCURSO DE ACREEDORES.

Cuestiones a tener presente tras la Sentencia núm. 1.758/2009 de 29 de mayo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social Sección 1ª)

Por Bartolomé Ríos Salmerón, doctor en derecho, Magistrado Emérito del Tribunal Supremo, Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y Roberto Fernández Villarino, letrado www.gaudiab.com y Profesor Asociado Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva.

GRUPO INVESTIGACIÓN: Proyecto Nacional "La gestión socialmente responsable de la crisis DER 2009-08766". Tipo proyecto B

PALABRAS CLAVE.

Despido objetivo individual por causas económicas, situación económica negativa, concurso de acreedores, administración concursal, indemnización.

KEY WORDS.

Bankruptcy, dismissal, negative economic situation, receivers, compensation.

SUPUESTO DE HECHO

El día 3 de julio de 2008 la empresa demandada entregó al trabajador una carta de despido conforme a lo establecido en el art. 52 c) del E.T. con efectos para ese mismo día. En la misiva se exponían las circunstancias económicas concurrentes. Entre ellas, la existencia de deudas vencidas de relevante cuantía que, -junto con otras causas-, habían determinado que la entidad fuese declarada en concurso de acreedores, en virtud de auto del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Oviedo de fecha 20 de mayo de 2008. También se indicaba la imposibilidad de poner a su disposición la indemnización que le correspondía, de forma simultánea. El Juzgado de lo Social número cuatro de Oviedo (autos 640/2008) desestimó la demanda del actor interpuesta por despido nulo o subsidiariamente improcedente. Dicha resolución fue recurrida en suplicación, alegándose que, para constatar la procedencia del despido y tener por acreditada la concurrencia de la falta de liquidez exigida por el art. 52 c) del E.T., no basta que la empresa esté en declarada en concurso de acreedores y que presente pérdidas. Ello por cuanto en los autos constaban tres indicios que manifestaban lo contrario:

- a) La existencia de tesorería suficiente para cubrir el importe de la indemnización;
- b) el hecho de que una empresa sea declarada en concurso de acreedores no implica necesariamente la falta de liquidez sino su insolvencia. Circunstancia que conlleva su incapacidad para atender con regularidad sus obligaciones, conforme a lo establecido en el art. 2.1 de la Ley 22/2003 Concursal (en adelante L.C.).

- c) la empresa, -a pesar de tratarse de un concurso voluntario-, no ha aportado al procedimiento ninguno de los documentos a los que hace referencia el art. 6 de la L.C., muy especialmente las cuentas anuales.

RESUMEN.

La Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia núm. 1.758/2009 de 29 de mayo, lleva a cabo una pormenorizada descripción de todos los elementos que concurren en el análisis del estudio de la nulidad o subsidiaria improcedencia del despido objetivo individual de carácter económico, una vez declarado el concurso de acreedores. La *traducción* legal y jurisprudencial de orden social sobre la causa y procedimiento del despido, a los criterios y efectos jurídicos de la declaración de concurso, de acuerdo con lo establecido en nuestro vigente sistema concursal.

El recurso resulta desestimado, previa disección de los elementos en los que se acredita la causa económica del despido, -la propia carta y el informe de la administración concursal-. Así como también, la efectiva y simultánea puesta a disposición legal de la indemnización, en relación con el vencimiento del crédito, art. 84.5 y el art. 154.2 de la L.C.- En su fundamentación jurídica la administración concursal desempeña una función probatoria determinante. Su ámbito de actuación se centra en los elementos nucleares del despido del art. 52 c) y de su forma, art. 53 del E.T.

Aún cuando esta sentencia es anterior a la Ley 35/2010 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, en la que se modifica la descripción del art. 52 c) del E.T., su pedagógica argumentación sigue teniendo un gran valor de cara a las empresas declaradas en concurso de acreedores. Ello por cuanto se mantienen vigentes todos los elementos formales que determinan la acreditación del despido con las competencias y funciones de la administración concursal, así como el tratamiento jurídico del crédito indemnizatorio y el momento de su vencimiento¹.

¹ Los artículos 84.5 y 154.2 de la L.C. se mantienen igualmente inalterados este tratamiento en texto de Anteproyecto de Reforma de la Legislación concursal de 29 mayo de 2010. Documento elaborado por la Comisión General de Codificación Sección especial de Derecho Concursal y que ya cuenta con el informe de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia aprobado por el Consejo de Ministros de fecha 16-12-2010. Tal y como se expresa en su exposición de motivos: “La reforma de la Ley Concursal que ahora se lleva a cabo no es una reforma radical de la misma ni supone un giro copernicano del texto legal vigente, sino que parte del reconocimiento de sus principios esenciales, en concreto, la triple unidad legal, de disciplina y de procedimiento, ya señalada. Ello no impide que la reforma pueda considerarse global pues introduce una serie de importantes modificaciones que pretenden tanto corregir errores de enfoque detectados en la práctica como colmar las lagunas de la ley. En suma, supone una actualización integral de nuestro Derecho concursal a la vista de la corta pero intensa experiencia y aplicación de la Ley del 2003, del derecho comparado y de su evolución. La reforma toma como referencia la situación económica actual tanto para la adopción de las medidas como para la valoración de su implementación”.

INDICE.

- I. LA DELIMITACIÓN DE LA CAUSA.
- II. LAS PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO.
- III. CONSIDERACIONES FINALES.

I. LA DELIMITACIÓN DE LA CAUSA.

Si hacemos un barrido por las sucesivas encuestas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística en materia de concurso de acreedores, obtendremos varias impresiones y casi todas ellas negativas. El motivo es que conocemos que su origen reside en una realidad económica y social de la que formamos parte como operadores del derecho, pero también como ciudadanos. Abstracción hecha de esta preocupación general y, sobre la frialdad de los datos, podrá observarse como se mantiene constante un perfil de empresas que se han visto obligadas a acudir al procedimiento concursal. En los resultados publicados recientemente², las entidades mercantiles de 0 a 9 trabajadores, constituyen el 58,60% del total de las declaradas en concurso. El 64,7% de ellas se encuentra en el tramo más bajo de volumen de negocio (menos de dos millones de euros) y son, principalmente, sociedades de responsabilidad limitada.

Para este grupo, el despido objetivo por causas económicas del art. 52 c) del E.T, -con sus criterios jurisprudenciales sobre causa y procedimiento de la medida³, se convierte en el único instrumento para extinguir los contratos de trabajo por motivos económicos. Como algunos dirían el máximo exponente de las medidas flexibilizadoras del que disponen⁴. Tengamos presente que el cauce legal para su impugnación sigue siendo el orden jurisdiccional social al ser acciones de carácter individual⁵.

Con estos datos, y -antes de abordar la fundamentación jurídica de la sentencia objeto de estudio-, entendemos necesario introducir una breve aproximación a la causa económica vinculada tanto a la declaración de concurso como la despido del art. 52 c) del E.T. Ello para conocer hasta qué punto, la declaración de una empresa en concurso,

² Correspondientes al tercer trimestre de 2010, de 8 de noviembre, disponible en <http://www.ine.es/daco/daco42/epc/epc0310.pdf>

³ En virtud del cual el órgano judicial debe comprobar si existe o no una razonable conexión entre la causa de la amortización, la medida propuesta y el fin pretendido (TS 14-06-96, RJ 5162; 30-09-2002 RJ 10679). En este mismo sentido ASENJO PINILLA, J.L. “Despido Objetivo: aportaciones jurisprudenciales” en “Crisis, medidas y soluciones laborales” (Cuadernos para la Crisis I) *Francis Lefebvre*. 2009.

⁴ Para apoyar esta conclusión, nos pueden servir de referencia aproximada, los datos estadísticos elaborados por el INE relativos a las resoluciones de los Juzgados de lo Social por despidos con sentencia favorable al trabajador entre 2006, con 19.674 y 2009 con 45.402, disponibles en www.ine.es. Si bien en estos datos no se discrimina por el tipo de despido resuelto, podemos entender que gran parte de ellos son por causas económicas si los confrontamos con los datos estadísticos correspondientes a los expedientes resueltos por el FOGASA para pequeñas empresas. Esto es de 0 a 24 trabajadores durante el mismo periodo, con un total de 18.959 en 2006 y con 49.295 en 2009. Datos igualmente disponibles en www.ine.es.

⁵ De acuerdo con lo establecido en los artículos 50 y 8 de la L.C., mientras que las acciones colectivas se sustancian ante los Juzgados de lo Mercantil conforme a lo dispuesto por el art. 64 de la L.C.

determina o justifica la concurrencia de la causa económica negativa en la que se apoya la decisión extintiva.

La nueva redacción del art. 52 c) en relación con el art. 51.1 del E.T. a resultas de la citada Ley 35/2010 describe la concurrencia de causas económicas que justifican el despido: “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado”.

Por su parte el art. 2.2 de la L.C. determina la existencia de insolvencia cuando “el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles”. El artículo 2.3 de la L.C. establece que “Si la solicitud de declaración de concurso la presenta el deudor, deberá justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente”. Sigue recogiendo que, “Se encuentra en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones”. Ambos preceptos regulan el presupuesto objetivo del concurso, -elemento nuclear del vigente sistema concursal-, que no ha sido sometido a modificación en el anteproyecto de reforma de la legislación concursal del Ministerio de Justicia⁶.

Sin necesidad de hacer un análisis pormenorizado sobre la interacción de ambos preceptos en el ámbito económico y empresarial así como en la dinámica de las relaciones de trabajo, podremos deducir dos argumentos de partida. El primero bastante obvio: puede resultar acreditada la concurrencia de situación económica negativa que justifique el despido sin que dicho estado *laboral*, constituya prueba de un estado de insolvencia de la empresa que, -por si mismo-, justifique la necesidad de instar su declaración de concurso. La segunda, quizá más controvertida: si la declaración de concurso supone un “statu quo” que constituye causa directa de la *situación económica negativa* del art. 52 c) en relación con el art. 51.1 del E.T. De tal manera que la situación de insolvencia del art. 2.2 de la L.C. explicita un supuesto más de situación económica negativa, al expresado en la relación del art. 51.1 del E.T. O más bien se convierte en otro elemento probatorio que acredita la situación económica negativa. Una circunstancia que otorga un “plus” de justificación al despido.

En esta segunda línea de argumentación se sitúa algún pronunciamiento como el del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social, Sección 1ª) Sentencia núm. 1116/2010 de 20 de abril, en el que se establece que: “(.....) aplicando la doctrina jurisprudencial de referencia a los hechos resumidos anteriormente tenemos que, la empresa acredita unas pérdidas relevantes, y no negadas por la parte recurrente, extraídas de cuentas auditadas, unidas a las causas de disminución del volumen de ventas por minoración sustancial de la cifra de negocios, y ello junto a la circunstancia constatada del sobreseimiento general en el pago corriente de sus obligaciones; con lo que en principio se podría presumir que la amortización de puestos de trabajo es una medida que coopera a la superación de la situación económica

⁶Vid. Nota 1.

negativa; si a ello unimos que el día 19-12-08 la empresa demandada presentó concurso voluntario de acreedores declarándose en concurso en fecha 19.12.2008 por el Juzgado Mercantil N° 2 de Valencia, entendemos con la sentencia de instancia que existen indicios y argumentaciones suficientes que conducen a entender que las decisiones extintivas producidas son razonables al existir conexión entre la situación de crisis y la medida de despido. (FJ primero “in fine”)

También por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 3238/2009 de 13 de noviembre, en el que se pone de manifiesto que (...) “de los hechos declarados probados se deduce con claridad la concurrencia de aquellos requisitos; en efecto, en relación con el primero de los indicados requisitos, las notables pérdidas empresariales durante el año 2007 y 2008, se recogen en los Hechos Probados Cuarto a Noveno y esa deficiente situación se ha traducido en la admisión a concurso de acreedores por Auto del Juzgado de lo mercantil nº 1 de Oviedo de fecha 5 de diciembre acredita que el despido de la recurrente es una medida que- al determinar un ahorro de salarios y de cotizaciones- contribuye a facilitar la superación de la situación económica deficiente. Consecuencia de cuanta antecede es que la sentencia de instancia no incurre en una indebida aplicación del artículo 49.1 en relación con el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores y siendo ajustada a derecho es por lo que procede su confirmación” (FJ quinto).

En la primera línea de argumentación podemos situar pronunciamientos tales como el TSJ de Madrid, en sentencia de 26 de junio de 2007.” (FJ Único) o también el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª). Sentencia núm. 298/2008 de 12 de junio, en este último se establece que (...) “puesto que si bien es cierto que la declaración del concurso tuvo lugar después de la extinción de la relación laboral, es lo cierto que entre el momento en que se remitió la carta al trabajador, indicándosele que se procediera a la extinción de su relación laboral por causas económicas (15 de noviembre de 2007), y la fecha de la Sentencia (12 de febrero de 2008), y del acto de juicio, no sólo tuvo lugar la presentación de la correspondiente solicitud, ante el órgano judicial correspondiente, de concurso de acreedores, sino que por el contrario existió resolución judicial del Juzgado de lo Mercantil (17 de enero de 2008), en la que se declaró a la entidad Confiterías Alonso en situación de concurso. De suerte que si ha tenido lugar dicha declaración concursal es obvio que la empresa tenía serias dificultades económicas en el momento de procederse a la extinción de la relación laboral, comunicada al trabajador mediante carta de 15 de noviembre de 2007”.

Partiendo de las premisas:

a) los despidos objetivos individuales y colectivos se fundamentan en las mismas causas⁷, comparten naturaleza jurídica⁸, contribuyen a la superación de la propia

⁷ Entre otras en sentencia del TS 22-01-2008 (RJ 2074), en la que se indica que en los denominados despidos colectivo y objetivo exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción. Para el caso de que no exista, ni aparezca alguna de ellas, no podrá apreciarse la existencia de estos despidos. También en STC 103/2002, de 6 de mayo de 2002.

⁸ Entre otras STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2001 (Ar. 2266/2002).

situación⁹ y, como en su momento resolvió el Tribunal Supremo¹⁰, “la extinción contractual que regula el art. 52 c) del E.T. es una variedad dentro del género de las extinciones colectivas, caracterizada por afectar a un menor número de trabajadores que la regulada en el art. 51 del E.T.¹¹”;

b) el art. 51.1 del E.T. así como el resto de la normativa y principios de carácter laboral son de aplicación supletoria al procedimiento de extinción de las relaciones laborales colectivas del art. 64 de la L.C.¹²;

Luego, resulta imprescindible conocer qué criterios están utilizando los distintos Juzgados de lo Mercantil, para la valoración de la concurrencia de la causa económica en los despidos. Pero muy especialmente para observar los mecanismos de interacción entre la causa del despido alegada en las solicitudes de regulación de empleo concursal y la propia situación de insolvencia previamente declarada por el mismo juzgado.

La declaración del concurso no funciona como un estatus jurídico que justifique la concurrencia de causa económica suficiente para determinar la procedencia de los despidos de carácter colectivo. Recordemos que son de competencia exclusiva de los Juzgados de lo Mercantil una vez declarado el concurso. Son estos juzgados, -en la resolución de los expedientes de regulación de empleo concursales-, los que necesariamente entran a valorar la procedencia de la medida extintiva colectiva con el objetivo de mantener la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, de acuerdo con lo establecido en el art. 64.4 de la L.C.¹³. Deben ponderar las razones que han determinado la imposibilidad de mantener los puestos de trabajo sin que las circunstancias de orden económico operen de manera automática, validando la decisión extintiva de carácter colectivo¹⁴. No obstante

⁹ Para la justificación de la existencia de causa económica el empresario debe acreditar que la decisión extintiva contribuye a superar dicha situación, entre otras por las sentencias TS 31-01-2008 (RJ 1899); 12-12-2008 (Rec. 4555/07).

¹⁰ STS de 16 de febrero de 1998 (Ar. 1303)

¹¹ En idéntico sentido ALZAGA RUIZ, I. “Los despidos objetivos por razones económicas: Delimitación de la causa (I)” en *Medidas Laborales para Empresas en Crisis*, SEMPERE NAVARRO, A.V. y AA.VV. Thomson Aranzadi. Navarra 2009.

¹² De acuerdo con lo establecido en el propio art. 64.11 de la L.C.

¹³ Sobre el contenido de la resolución del juez del concurso recaída en estos expedientes, resulta ilustrativa la STSJ (Sala de lo Social) de Cataluña de 27 de septiembre de 2005 que señala que no basta con indicar que la Autoridad Laboral ha informado favorablemente, sino que es necesario detallar cuál es la situación económica real en que se encontraba la empresa en el momento de acordarse la extinción, y cuál es el salario de los trabajadores afectados por la medida extintiva y la antigüedad. Todo ello, por ser elementos de hecho necesarios, no sólo para examinar si concurre una situación económica negativa, sino para juzgar la razonabilidad de la medida acordada y los efectos que ésta pueda tener para contribuir a superar una situación económica negativa. La inclusión del salario y antigüedad de cada trabajador es imprescindible para conocer la corrección del cálculo indemnizatorio reflejado en la parte dispositiva de la resolución. Añade que hay que reflejar en los hechos probados aquellos elementos de hecho que permitan que el Tribunal pueda valorar en el recurso de suplicación si la extinción colectiva de contratos de trabajo, acordada por el Juez de lo mercantil, cuando la empresa se halla en situación de concurso, se acomoda o no a las exigencias legales para que pueda considerarse procedente. En parecido sentido, la STSJ de Valencia (Sala de lo Social) de 22 de febrero de 2007 Rec. 136/2007, señala que en los hechos probados se ha de hacer constar si la concursada formaba parte de un grupo empresarial al que derivar responsabilidades por darse alguno de los elementos adicionales indicados por la jurisprudencia.

¹⁴ En este sentido, Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona (Asunto 95/2008 derivado del

consideramos que en la resolución del procedimiento del art. 64 de la L.C., tampoco debe emitirse un nuevo juicio sobre la propia insolvencia de la empresa ni sobre las causas económicas que la declararon. El procedimiento de extinción colectiva de las relaciones de trabajo se ventilará por el mismo Juzgado que expresamente declaró la situación de insolvencia. Por tanto la valoración de la procedencia de la medida debe plantearse sobre las posibilidades reales de que la concursada supere esta situación y la oportuna justificación de que contribuya al mantenimiento de su actividad y a su efectiva viabilidad.

IV. LAS PECULIARIDADES DEL PROCEDIMIENTO.

Tras el análisis de la causa del despido de la mano de los criterios propios del concurso de acreedores, toca tratar su procedimiento. Aspecto sobre el que la sentencia origen de estudio incide más, o al menos sobre la base de argumentos que entendemos más atractivos por cuanto ejemplifican mejor la existencia de un *estatuto jurídico particular* para la figura, cuando resulta de aplicación en empresas declaradas en concurso de acreedores.

Podemos resumir la fundamentación jurídica de la Sentencia núm. 1.758/2009 en los siguientes apartados.

a) La naturaleza probatoria de la carta de despido y sus efectos jurídicos.

La sentencia subraya dos hitos por los cuales se garantiza el cumplimiento de la legalidad del despido, -justificado por razones económicas-. Por una parte la rúbrica de la administración judicial en la carta de despido. Lo que la eleva a la consideración de un documento *cuasi-público* de especial trascendencia probatoria. “La tantas veces citada carta de despido de fecha 3/07/2008 (folios 7-8) va suscrita por la empresa y por los dos Administradores Concursales nombrados por el Magistrado de lo Mercantil, mancomunadamente, es decir, que el contenido de dicha comunicación goza de la autorización o conformidad de aquellos y, por ende, de la presunción de certeza de los datos obrantes en la misma, que sólo puede ser enervada mediante prueba bastante en contra por la parte que se oponga. Ello equivale a decir que nos hallamos no ante un documento privado cualquiera sino de un documento cuasi-público al estar refrendado por tal Administración Concursal” (Fundamento Jurídico cuarto).

De otra, la elaboración del informe por parte de la administración concursal, en donde se certifica la situación económica de la empresa pero muy especialmente la existencia tesorería y el origen de tal defecto. Todo ello de cara a poder cumplir con el mandato

concurso 7000/2007) “las circunstancias que afectan al concurso son que permiten evaluar si un concurso voluntario iniciado por la insolvencia del concursado, con la petición de liquidación, debe llevar automáticamente aparejada la apreciación de la circunstancia objetiva o económica que obligara a extinguir los contratos aplicando el mínimo indemnizatorio legal. Este argumento llevaría a un callejón sin salida lógica y jurídica puesto que todo concurso evitaría al concursado tener que justificar causas económicas, funcionales u objetivas y convertiría el periodo de consultas y la negociación en una falacia. Por lo tanto desde una perspectiva lógica y jurídica debe aceptarse que siendo las que fueren las causas que dieron lugar al concurso y que determinen el sobrepago de los pagos y la insolvencia, dichas causas no deban operar de modo automático respecto de las causas que llevarán a extinguir los contratos laborales, tanto más cuando la extinción se ha solicitado durante la fase común del concurso”.

del art. 53 1 b) del E.T. y poner en el momento del despido la indemnización legal que corresponde de manera simultánea. Se sigue diciendo en el mismo fundamento jurídico, “De ahí que la carta sea un elemento importante para alcanzar la Juzgadora de instancia la convicción de la situación de endeudamiento cuantioso de la empresa y de la legalidad de la extinción o despido del demandante y de la falta de liquidez o imposibilidad para hacer entrega de la indemnización de forma simultánea con la carta. Los Administradores Concursales han de elaborar igualmente un informe en los plazos y con la estructura que establecen los artículos 74 y 75 de la Ley Concursal, configurar la masa activa y pasiva del concurso y cuantas otras múltiples y diversas funciones le encomienda la ley, con estricta observancia de la misma. Es en función de ello por lo que ha de darse por bueno, con las necesarias reservas debidas a error u omisión involuntarios, el importe aproximado de los más de 2.700.000 euros de deudas acumuladas vencidas y la manifestación de imposibilidad (o no existencia de liquidez) para poner a disposición del demandante el importe de la indemnización por la extinción del contrato”. (FJ Cuarto)

b) La autorización del pago de la indemnización y la determinación del momento para el cobro de la misma.

Analizada por el tribunal la certeza de inexistencia de liquidez para responder de la indemnización, sigue abundando en torno al mecanismo de puesta a disposición de la indemnización declarado el concurso de acreedores. De ahí, el espíritu pedagógico de la sentencia al que se hacía referencia. Puede observarse como vuelve a ser administración concursal, -a la que textualmente cita como *órgano cuasi-jurisdiccional*-, la institución en la que descansa el control y fiscalización del pago de las deudas vencidas, entre las que se encuentra la propia indemnización. “Es importante resaltar un aspecto que parece ignorar el demandante y que tiene importancia máxima cara a la solución que haya de darse a esta cuestión planteada. La empresa Euteco S.L., si bien conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, el ejercicio de las mismas queda sometido, desde el momento de la aceptación de los administradores concursales, a la autorización o conformidad de éstos ex artículo 40.1 L.C. No se puede olvidar tampoco que la Administración Concursal es un órgano cuasi-jurisdiccional, encargado de gestionar y velar, con la supervisión judicial, conforme a la ley, por el cumplimiento de los fines del concurso. Por ello, a partir de la declaración de concurso, el pago de las deudas vencidas del concursado ya no depende exclusivamente de éste, pues ha de actuar mediante la autorización o conformidad de la Administración Concursal que es la que refrenda en todo caso la legalidad del abono y evita el fraude de ley que trata de evitar la interpretación jurisprudencial del artículo 53.1 b) ET, quedando aquél sometido a lo establecido en la Ley, es decir, que la imposibilidad de pago simultánea no deriva en este caso sólo de la situación de iliquidez de la empresa, sino también del cumplimiento de la obligación de satisfacer los créditos contra la masa que tuvieran un vencimiento anterior al del demandante (artículo 84 y 154.2 de la Ley Concursal)”. (FJ Cuarto)

En efecto, la resolución describe el tratamiento jurídico de la indemnización como un crédito más, -en este caso contra la masa-, al producirse el despido con posterioridad a la declaración de concurso, y en su consecuencia a los criterios jurídicos para determinar el momento de cobro. “Al tratarse de una deuda contra la masa ex artículo 84 en relación con el 154 de la Ley Concursal habrá de percibirse, si hay liquidez, simultáneamente a la recepción de la carta de despido, pero ello no significa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 154 LC que si hay liquidez vaya a cobrar la

indemnización, sino que habrá de estarse a la posibilidad legal según el orden de vencimiento del resto de los demás créditos contra la masa. Por consiguiente, aun en el supuesto hipotético de que a fecha 3/07/2008 hubiera habido liquidez, ello no comportaría necesariamente que de acuerdo con la Ley Concursal fuera a cobrar antes el demandante que otros acreedores a los que se refiere el artículo 84.2 LC . Tal es la conclusión a la que llega la Juzgadora de instancia para justificar la no puesta a disposición al valorar el estado de concurso de la empresa demandada” (Fundamento Jurídico cuarto).

V. CONSIDERACIONES FINALES.

De nuevo en primera línea de la práctica forense la fricción entre la norma laboral y los preceptos del vigente sistema concursal. Esta es la cuestión de fondo a la que enfrenta el TSJ de Asturias. De cómo se compatibilizan en el momento del despido, la regla de inmediatez de puesta a disposición de la indemnización, -existiendo tesorería en la empresa, *masa* del concurso-, con la regla del abono de los créditos al momento de su vencimiento. Como mediador objetivo, la figura de la administración concursal entrando a conocer en torno a dos aspectos:

- a) La delimitación de la causa. El juicio sobre la veracidad del estado de insolvencia de la empresa mediante la justificación de la situación económica negativa en la propia carta de despido o en el informe del título cuarto de la L.C. (art. 74 y ss.).
- b) El procedimiento. El efectivo cumplimiento de la regla del abono de los créditos conforme a su vencimiento: la autorización al abono efectivo de la puesta a disposición de la indemnización legal por despido objetivo.

Toda vez que serán asuntos de competencia exclusiva del orden jurisdiccional laboral, el único aspecto, -no menor-, con el que tienen que enfrentarse es, precisamente con la valoración de la puesta a disposición de la indemnización y la posición del crédito en la cadena de vencimientos o la propia determinación de inexistencia de liquidez en la masa. De ahí la más que relevante función *cuasi-pública* y por tanto de interés general de la administración concursal para otorgar seguridad y certeza jurídica al acto del despido. No sólo para la persona trabajadora que se ve afectada por la medida, sino también para la propia concursada, -a fin de evitar un mayor coste innecesario-, y para el interés de la generalidad de los acreedores velados por la administración concursal.

Consideramos que la actuación de la administración concursal debe incidir sobre las siguientes medidas:

- a) Poner de manifiesto en la propia carta de despido, la situación económica negativa en relación con el concurso. Vía informe si este ya se ha presentado y, en todo caso contrario el visto bueno de la administración concursal a la exposición que la concursada haga de la situación económica.

- b) Certificar y calificar el crédito correspondiente a la indemnización de despido haciendo constar la disponibilidad o no de liquidez para su inmediata puesta a disposición. Este documento bien pudiera ir unido a la propia carta de despido como un documento anexo. Muy especialmente cuando existiere tesorería pero se hubieren devengados créditos de anterior vencimiento al despido, con lo que resulta necesaria la justificación de esta circunstancia. El objetivo sería asegurar que la persona trabajadora pudiera ejercer su derecho a adelantar el cobro de su indemnización a través del FOGASA. De ahí que, el certificado con la calificación de la deuda y el detalle de tesorería conforme al criterio del vencimiento, constituyan herramientas útiles para consolidar los derechos crediticios de los trabajadores, facilitando al propio FOGASA el ejercicio a su posterior derecho a la subrogación legal.

Por otra parte entendemos que la declaración de concurso no justifica por sí misma, ni por tanto válida, la concurrencia de la causa extintiva. Resultará determinante la valoración de la documental referida. Con más razón tampoco debería serlo la mera solicitud o admisión a trámite de la demanda de concurso. En estos casos y como se extrae de alguno de los pronunciamientos citados, necesariamente hay que considerar los elementos que tradicionalmente se han tenido en cuenta por la constante jurisprudencia social¹⁵, a los que se agrega un factor probatorio que cualifica la situación económica de la empresa en caso de que finalmente sea declarado el concurso por el Juzgado de lo Mercantil¹⁶. Recordemos cómo en la sentencia objeto de estudio, el informe de la administración concursal es el que certifica la propia causa del despido, la efectiva concurrencia de la causa económica que justifica la amortización del puesto de trabajo.

En cualquier caso y, atendiendo a los argumentos expuestos hasta ahora, quizá no pocos operadores jurídicos, -críticos con el tratamiento jurídico que la L.C. otorga a los derechos de las personas trabajadoras-, consideren que la L.C. haya forzado el hecho de que los despidos del art. 52 c) del E.T., dispongan de un régimen jurídico específico. Un marco en el que pueda resultar más accesible para la empresa tomar la decisión de despedir sin indemnizar en el acto. Conociendo que dispondrá de mayor margen temporal para hacer frente a la acción de subrogación del FOGASA en el propio procedimiento concursal. A la vez, dispondrá de una *quita* del 40% del importe del crédito indemnizatorio a cargo del mismo, si la empresa tiene menos de 25 trabajadores¹⁷. Por otra parte puede ofrecer a los trabajadores argumentos para no impugnar su decisión: a) cobran con la carta de despido el 40% de su legal indemnización y, b) el resto, -con la certificación del crédito por la administración concursal-, sin tener que hacer frente a los gastos económicos y temporales propios de reclamación judicial (declaración y posterior ejecución del despido).

¹⁵ Vid. Nota. 3

¹⁶ La presentación de la solicitud de concurso manifiesta en todo caso una situación de especial trascendencia tanto para la salud económica de la empresa. Pero muy especialmente para el empresario, al resultar su cumplimiento una obligación legal si se encuentra en situación de insolvencia actual o inminente. Sometida a un plazo de dos meses desde que se tiene conocimiento de aquélla y la derivación de responsabilidad en caso de que no cumpla con dicho deber, todo ello conforme a los artículos 2 y 5 de la L.C.

¹⁷ Conforme a lo establecido en el art. 33 del E.T.

Pensarán además que, con este estatuto *especial*, resulta conveniente tomar la decisión de despedir en los momentos inmediatamente posteriores a la declaración de concurso. Tiempo en el que hay que hacer frente a créditos de inmediato cumplimiento, como puede ser el caso de los salarios de los treinta días anteriores a la declaración de concurso¹⁸ para los trabajadores cuyo contrato permanezca vigente, o para atender a los propios gastos del concurso, necesarios para el mantenimiento de la actividad¹⁹. Situación que obligará a la administración concursal a rubricar la concurrencia de la causa económica y a no poder poner a disposición del trabajador la indemnización de manera inmediata con cargo a la masa. A resultas de ello, certificará la existencia de la deuda para que el trabajador adelante el cobro de su crédito a través del FOGASA.

No obstante consideramos, que ese mismo estatuto jurídico es el mismo que otorga la mayor garantía para trabajadores y resto de acreedores de la concursada. La participación de la administración concursal en el despido, funciona como una auténtica *autorización previa* al mismo. Debiendo entrar a valorar tanto la concurrencia de la situación económica como muy especialmente la propia disposición del crédito indemnizatorio. La jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰ ya puso de manifiesto que el despido objetivo se origina por una decisión unilateral y exclusiva del empresario. Sin que exista control previo a ese acto extintivo sobre la concurrencia de las causas en que basa ese despido²¹. Observamos como la intervención previa de la administración concursal difumina esta facultad inherente a la propia naturaliza jurídica del empresario. Lo que indirectamente implica que el despido se convierta en una acción que requiere un poder *mancomunado* entre ambos. Incluso en una facultad exclusiva de la administración para el caso de que el régimen jurídico del concurso sea el de la sustitución y no intervención de los poderes del administrador²².

La sentencia del TSJ de Asturias determina con claridad las funciones de la administración concursal en el despido objetivo del art. 52 c) del E.T. Ofrece certeza sobre la efectiva concurrencia de la circunstancia económica²³ y de la situación de la masa en el concurso al momento de la extinción del vínculo contractual. Subraya que su intervención otorga seguridad jurídica para la concursada, la persona trabajadora y para la generalidad de los acreedores del concurso. Cuestión que contribuye a reforzar la relevancia de la administración concursal para el buen fin del concurso y que el Anteproyecto de Ley de Reforma Concursal²⁴, se encarga de enfatizar entre otras con la profesionalización de la institución.

¹⁸ conforme a lo establecido en el art. 84.2.1 de la L.C.

¹⁹ Art. 84.2.2 de la L.C.

²⁰ En sentencias tales como TS 20-10-2005, RJ 812/06; 5-07-2007, RJ 5486 o 10-07-2007, RJ 8224).

²¹ En el mismo sentido ASENJO PINILLA, J.L. en “Despido Objetivo.....” (pág. 75); vid. Nota 3.

²² Para el caso de cambio en las facultades conforme a lo establecido en el art. 40.3 de la L.C. y muy especialmente para el caso del concurso necesario del art.40.2 de la L.C. Figura que por cierto ha tenido un muy relevante incremento en los últimos datos del INE de fecha 8/11/2010, en el que se produce un incremento del 22,9% de las empresas declaradas en concurso necesario durante el tercer trimestre de 2010.

²³ No olvidemos que el vigente art. 52 c) del E.T. subraya la carga de la prueba empresarial

²⁴ Referencia completa en nota número 1, en su Exposición de Motivos en donde se recoge: “Por otra parte, la ley es consciente de la importancia del papel que juegan en este ámbito los administradores concursales y busca una mayor profesionalización de los mismos, al tiempo que su papel y responsabilidad se ven notablemente realzados. Puede destacarse, así, la potenciación que se efectúa de las funciones de la administración concursal y el refuerzo de los requisitos para ser nombrado administrador concursal. En esta línea se sitúa el reconocimiento de la persona jurídica como

administrador concursal, en tanto que algunas de sus formas, como es la sociedad profesional, favorecen el ejercicio de esta función por profesionales que cuenten con la necesaria formación y experiencia”.