

## CONCURRENCIA DE LA VOLUNTAD EXTINTIVA DEL TRABAJADOR CON LA VOLUNTAD EXTINTIVA DEL EMPRESARIO

*por*

**Carmen Viqueira Pérez**

*Doctora en Derecho*

*Prof. Titular de la Facultad de Derecho. Universidad de Alicante*

### **Sumario:**

- I. Concurrencia de las acciones de despido y de resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del empresario.
  1. El «ámbito de aplicación» de la regla de acumulación.
  2. La finalidad de la acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador.
  3. Las consecuencias de la acumulación. El contenido de la sentencia.
  
- II. Acción resolutoria y extinción del contrato por causas económicas o tecnológicas. El incumplimiento empresarial y la situación de crisis en la empresa.
  1. El incumplimiento de alcance colectivo y la acción resolutoria.
  2. Extinción del contrato por causas económicas o tecnológicas y acción resolutoria.
  3. Extinción del contrato por fuerza mayor y acción resolutoria.

No es infrecuente que, frente al ejercicio de la acción resolutoria por el trabajador con base en las causas del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), el empresario acuda al despido (ya sea para contrarrestar la iniciativa del trabajador, ya sea para sancionarle por una falta previa). Tampoco es extraño que, conocida la intención empresarial de extinguir la relación (bien sea mediante despido, bien mediante la incoación de un expediente de regulación de empleo), el trabajador decida solicitar la resolución del contrato. Con toda probabilidad, estas actuaciones encuentran su explicación en «la situación de malestar o en las dificultades en la "convivencia" que suelen acompañar a las decisiones de despido o de resolución del contrato. ... Los titulares de la relación de trabajo intentan encauzar la extinción del contrato por la vía que presumiblemente les va a resultar más lucrativa o, simplemente, menos costosa. A fin de cuentas, no estamos más que ante uno de los ejemplos ... de la habitual y consustancial contradicción de intereses entre el trabajador y empresario que, precisamente, se manifiesta con toda su crudeza en el momento de la extinción del contrato» (1).

Sea ésta o cualquier otra la explicación, es lo cierto que la concurrencia de esas distintas voluntades extintivas sobre una misma relación de trabajo plantea una importante cuestión: Determinar cuál de ellas origina la extinción contractual. De su solución dependerá cuáles sean los efectos que deban anudarse a la extinción del contrato. Y a ello se dedican las páginas que siguen.

## **I. CONCURRENCIA DE LAS ACCIONES DE DESPIDO Y DE RESOLUCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR INCUMPLIMIENTO DEL EMPRESARIO**

Cuando la pretensión de resolución del contrato por parte del trabajador concurre con el despido de éste, la determinación de cuál sea la causa que opera la extinción del contrato y cuáles sean los efectos que a la extinción hayan de atribuirse plantea, ya de antiguo, importantes problemas, tanto de índole sustantiva como de carácter procesal.

Como es sobradamente conocido, la legislación procesal anterior, al establecer la prohibición de acumular las acciones de despido y las acciones de resolución del contrato por voluntad del trabajador [art. 16 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1980], conducía necesariamente a la apertura de dos pleitos diferentes de los que podían derivarse consecuen-

(1) GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 37. El autor, entre otros, cita en apoyo de esta idea a TREU, T.: «Proceso del lavoro e domanda di giustizia», en AA.VV. «Il proceso del lavoro nell'esperienza della riforma», Milano, (Giuffrè), 1985, pág. 77 y ss.

cias no sólo discordantes, sino también abiertamente contradictorias o, incluso, incompatibles (2). No es este momento para detenerse en los resultados dimanantes de la aplicación de aquella legislación. Por el contrario, más bien parece éste el momento de analizar cómo la vigente LPL, sobre aquella misma base de imposibilidad de acumular las acciones de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador (art. 27 LPL), procura el conocimiento conjunto de ambas pretensiones en un evidente intento de impedir que se produzcan aquellas consecuencias contradictorias. Y es, sobre todo, el momento de examinar hasta qué punto la nueva norma consigue alcanzar su objetivo y corregir aquellos antiguos problemas.

Ese intento al que se alude se virtualiza en el artículo 32 LPL, en el que se establece que «cuando el trabajador formule demandas por alguna de las causas previstas en el artículo 50 ET y por despido, la demanda que se promueva posteriormente se acumulará a la primera de oficio o a petición de cualquiera de las partes, debiendo debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio. A estos efectos, el trabajador deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el juzgado que conoce del asunto». Cuál haya de ser la verdadera operatividad de esta previsión depende, en esencia, de cuáles resulten ser los supuestos en los que opera la acumulación, de cuál sea la finalidad que quepa atribuir a la acumulación y, finalmente, y en íntima conexión con lo anterior, de cuáles sean las repercusiones de la acumulación sobre el contenido de la sentencia. Acerca de estas tres cuestiones versa el contenido de las páginas que siguen.

### 1. El «ámbito de aplicación» de la regla de acumulación.

La determinación de cuáles sean los supuestos en los que pueda aplicarse la regla de acumulación prevista en el artículo 32 LPL depende, por una parte, como de su propio tenor literal viene a deducirse, del tipo de demandas que es posible acumular; del ámbito temporal en que pueda procederse a la acumulación, por otra; y, finalmente, del carácter voluntario u obligatorio que revista la acumulación. Sobre algunos de estos extremos, como se verá, la letra del precepto ofrece escaso margen de dudas, pero sobre otras de las cuestiones señaladas, la norma permite el juego de una relativamente amplia interpretación.

Esto último es exactamente lo que sucede con respecto a la determinación de cuáles puedan ser las demandas acumulables. La norma señala como demandas acumulables la ejercitada «por alguna de las causas previstas en el artículo 50 ET» y la formulada «por despido», a

---

(2) «Planeaba el riesgo, en definitiva, de que se pronunciaran dos sentencias contradictorias y con fallos incompatibles, y de que, en consecuencia, fuese imposible o sumamente complicada su ejecución conjunta» [GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 40].

cuyo tenor, es claro, desde luego, que es acumulable la demanda de resolución contractual formulada al amparo del artículo 50 ET: En esto la norma difícilmente podría haber sido más explícita. La duda se suscita con respecto a la referencia a las demandas formuladas por despido, en el sentido de que es posible plantearse si el precepto se refiere al despido en su más estricta acepción (al disciplinario), o si, por el contrario, se refiere en general a los supuestos de extinción contractual por voluntad unilateral del empresario.

La duda, desde luego, tiene base fundada: No es preciso agotar argumento alguno para afirmar que el término despido entendido como extinción contractual por voluntad unilateral del empleador es con frecuencia utilizado tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia. Si a ello se añade que la literalidad del artículo 32 LPL hace referencia a las demandas formuladas por «despido», sin más especificaciones (sin citar precepto sustantivo alguno), en tanto que, al referirse a la voluntad extintiva del trabajador, cita expresamente el artículo 50 ET, podría pensarse que el precepto se está refiriendo no sólo a las demandas formuladas por despido disciplinario, sino a todas aquellas que tengan por objeto la impugnación de cualquier decisión extintiva del empresario. En este sentido, se ha defendido la posibilidad de extender el radio de acción del artículo 32 LPL a la extinción contractual por causas objetivas y a la extinción por causas económicas, tecnológicas y por fuerza mayor (3). Pero, a mi juicio, ello no está tan claro como a primera vista pudiera parecer.

Por lo que se refiere a la extinción por causas económicas, tecnológicas y por fuerza mayor, la propia dinámica de la figura imposibilita aquella inserción que se pretende en el radio de acción del artículo 32 LPL. Y es que, aunque, ciertamente, en estos casos la decisión extintiva es del empresario (y, desde este punto de vista, el supuesto sería incardinable en aquella concepción amplia de despido), no cabe olvidar que la exigencia legal de solicitar y obtener autorización administrativa previa para proceder a la extinción impregna la dinámica extintiva también en el plano procesal [hasta el punto de que de la impugnación de estas decisiones extintivas conoce la jurisdicción contencioso-administrativa (4)]. La posibilidad de

(3) En este sentido, GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del empresario», Madrid, (Cívitas), 1991, págs. 123-130.

(4) En tanto en cuanto la impugnación lo es de la autorización administrativa. Esta misma vía habrá de seguirse incluso cuando la extinción se opera cuando el expediente concluye por acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores (en tanto en cuanto se impugnará la resolución administrativa de homologación). En este sentido, *vide*, BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», Madrid, (Cívitas), 1991, págs. 320 y 321; PEREZ DE LOS COBOS, F.: «Los pactos de reorganización productiva», en «Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español», Madrid, (ACARL), 1989, pág. 181. Un interesante análisis de la intervención administrativa en los supuestos de acuerdo entre empresario y trabajadores puede consultarse en GARCIA FERNANDEZ, M.: «Autorización administrativa e intervención judicial en los despidos por causas económicas y tecnológicas», Málaga, 1980, en especial, pág. 16 y ss.

La jurisdicción laboral conoce, no es preciso decirlo, sobre las pretensiones fundadas en las diferencias o en la falta de pago de las indemnizaciones.

acumulación, pues, no existe. Por lo demás, a ello no cabe oponer que la jurisdicción social es competente para conocer de la impugnación de la extinción operada alegando el empresario la concurrencia de causas económicas, tecnológicas, o de fuerza mayor cuando éste no cuenta con la preceptiva autorización administrativa previa. Y ello, por la sencilla razón de que, en tal supuesto, lo que acaece es, en puridad, un despido en su más estricto sentido, cuya demanda de impugnación será, desde luego, susceptible de ser acumulada (5).

Cuestión distinta es la que hace referencia a la posibilidad de acumular las demandas de impugnación de la extinción por causas objetivas. No sólo no puede alegarse aquí que su conocimiento no se encuentre encomendado a la jurisdicción social, sino que, además, la similitud de esta figura con el despido disciplinario es palmaria tanto en el plano material como en el plano procesal. Hasta tal punto que, como se sabe, contra la decisión extintiva podrá recurrir el trabajador, según indica el artículo 53.3 ET, «como si se tratara de un despido disciplinario». Desde la perspectiva que ello ofrece, bien pudiera concluirse que esta equiparación al despido disciplinario fundamenta válidamente la aplicación del artículo 32 LPL también a estos supuestos extintivos.

Esto no obstante, no cabe desconocer que una interpretación sistemática de la propia LPL conduce más bien a considerar que el precepto se está refiriendo al despido en sentido estricto, al despido disciplinario. Demostrativo de ello sería el hecho de que, en su artículo 27.2, a propósito de la incompatibilidad de la acción de «despido» con otras acciones, hace mención expresa de la acción de «extinción del contrato de trabajo... (del artículo) 52 ET», distinguiendo claramente el despido disciplinario frente a la extinción por causas objetivas. A mayor abundamiento, el propio Título II LPL, al referirse a las modalidades procesales, efectúa esta misma distinción: Dedicar, por un lado, su Capítulo cuarto a «la extinción del

(5) Es importante tener en cuenta, a estos efectos, que el artículo 124 LPL señala que «el órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción de contratos de trabajo por causas económicas o tecnológicas, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa legalmente prevista».

Pese a que la redacción legal puede tenerse por no especialmente afortunada al referirse al «acuerdo» empresarial de extinción, parece poco dudoso que lo que realmente aquí se prevé es la declaración de nulidad de la «decisión» extintiva del empresario en aquellos casos en los que éste pretenda fundar su decisión extintiva en aquellas causas sin haber logrado la preceptiva autorización administrativa para ello (ya porque no la solicitó, ya porque no la obtuvo, ya porque aun habiéndola obtenido pretende hacerla valer frente a un trabajador no incluido en el expediente). Por lo demás, en tanto en cuanto, a mi juicio, lo que realmente acaece en estos casos es un despido, aunque nada señala la norma en este sentido, para accionar frente a esta decisión extintiva debe utilizarse, en mi opinión, la vía de impugnación del despido. En este sentido: SALA FRANCO, T.: «De la extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, págs. 318 y 319.

Esta es también la opinión de la jurisprudencia que unánimemente viene calificando de despido nulo la extinción así operada, en este sentido: Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 16 de febrero de 1982; 11 de marzo de 1982; 13 de abril de 1982; 8 de octubre de 1982; 25 de noviembre de 1982; 1 de diciembre de 1982; 16 de abril de 1983; 3 de mayo de 1983; 28 de junio de 1984 y 8 de octubre de 1985.

contrato por causas objetivas y otras causas de extinción», y, por otro, su Capítulo segundo a los «despidos», comenzando el articulado de su Sección primera bajo el rótulo «despido disciplinario». No es descabellado pensar, desde esta perspectiva, que si la LPL se refiere claramente al despido disciplinario al utilizar el término «despido» en diversos lugares de su articulado, es también a ese despido disciplinario al que se refiere cuando menciona el «despido» en su artículo 32.

La interpretación sistemática de la norma parece, pues, cerrar aquella posibilidad, pero, en mi opinión, su espíritu puede conducir a conclusiones distintas. En efecto, una de las más evidentes finalidades de la acumulación prevista en el artículo 32 LPL es la de evitar que, concurrentes la decisión extintiva del empresario y la del trabajador, la sustanciación de procesos independientes pueda llevar a conclusiones contradictorias; y es claro que ello puede producirse tanto cuando la acción resolutoria, al amparo del artículo 50 ET, concurre con la impugnación de un despido disciplinario, como cuando concurre con la impugnación de la extinción por causas objetivas. Desde este punto de vista, la conveniencia, la necesidad incluso, de la aplicación de la regla de acumulación tanto a las demandas formuladas por despido disciplinario como a las formuladas por extinción por causas objetivas es poco discutible. Por otra parte, esa casi identidad de tratamiento procesal a que se somete la extinción por causas objetivas con respecto al despido disciplinario (por mandato, no se olvide, de la propia norma sustantiva: Art. 53.3 ET), que hace que su impugnación se efectúe «como si se tratara de un despido disciplinario», vendría a avalar la idea de que esa impugnación se somete *en todo* a lo previsto para la impugnación del despido disciplinario (incluida, claro está, la posibilidad de acumulación de la demanda a que se refiere el art. 32 LPL). Por todo ello puede, a mi juicio, concluirse que la regla de acumulación debe entenderse referida a las demandas formuladas por despido disciplinario y por extinción por causas objetivas (6). (En adelante, por ello, las referencias efectuadas con respecto al despido deben entenderse hechas tanto con respecto al despido disciplinario como a la extinción por causas objetivas).

Delimitado ya el tipo de demandas susceptibles de acumulación, es necesario determinar ahora cuándo esas demandas pueden ser, en efecto, acumuladas. En un doble sentido: En qué momento pueden ser acumuladas, y si, dentro de ese límite, la acumulación se produce siempre o sólo en determinados casos.

Puesto que el efecto fundamental de la acumulación es el de reunir en un único procedimiento el examen de dos pretensiones formuladas por separado, es evidente la necesidad de establecer límites temporales a la acumulación. Y a este respecto la norma es meridianamente

(6) En contra, entendiendo que el artículo 32 LPL se refiere sólo a las demandas de impugnación de despidos disciplinarios RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: «De las acumulaciones», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, págs. 125 y 126.

clara: La acumulación, según señala el artículo 34 LPL, habrá de formularse y acordarse «antes de la celebración de los actos de conciliación, en su caso, y juicio» (7). La acumulación podrá, entonces, producirse desde el momento en que se presenta la primera demanda hasta la fecha de celebración de los actos de conciliación y juicio (8).

En este ámbito temporal *¿podrá o deberá* producirse la acumulación? Que la acumulación prevista en el artículo 32 LPL es obligatoria es extremo, a mi juicio, poco dudoso a la luz del doble mandato contenido en el precepto: El dirigido al trabajador (que «deberá hacer constar en la segunda demanda la pendencia del primer proceso y el Juzgado que conoce del asunto»); y el dirigido al juez [que «acumulará a la primera (demanda) de oficio o a petición de cualquiera de las partes» la demanda que se promueva posteriormente] (9).

Al carácter obligatorio de esta acumulación no se opone, en mi opinión, ni el hecho de que no se haya previsto sanción para el incumplimiento de esa obligación que se impone al trabajador, ni el hecho de que la acumulación pueda producirse a petición de cualquiera de las partes. Como con acierto se ha señalado, la ausencia de sanción al trabajador en caso de que incumpla su obligación de señalar la pendencia del primer proceso y del Juzgado que conoce del asunto, «puede que obligue a calificar la norma de imperfecta, pero no es suficiente para convertir en potestativo algo que legalmente aparece formulado como deber» (10). Y, por su parte, el hecho de que la acumulación pueda ser fruto de la iniciativa de las partes no hace que aquélla dependa de su voluntad, puesto que, aunque esta iniciativa no exista, el juez acumulará

- (7) Meridianamente clara pero, desde luego, mal redactada. Si se parte de la base de que la conciliación a la que se refiere la norma es la conciliación judicial [y parece que no puede aquí partirse de otra base dado que el art. 32 LPL se refiere a demandas presentadas ante el Juzgado de lo Social, como evidencia el hecho de que el trabajador deba hacer constar en la segunda demanda «el Juzgado que conoce del (otro asunto)», la colocación de la expresión «en su caso» parece querer decir que ha de procederse a la acumulación antes de la conciliación «en el caso» de que haya conciliación. Y es claro que esta conciliación se producirá siempre. A mi juicio, la norma más bien debiera decir que la acumulación habrá de producirse antes de la «conciliación y, en su caso, juicio», ya que la conciliación judicial puede alcanzar el acuerdo de las partes evitando así la continuación del juicio.
- (8) En mi opinión, no cabe admitir la posibilidad de acumulación en momento posterior al señalado por la norma. Aun cuando las reglas establecidas a propósito de la acumulación de autos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) permitan que ésta se opere en cualquier momento anterior a aquel en que los autos estén concluidos para sentencia (arts. 163 y 165 LEC), las expresas previsiones que al respecto contiene el artículo 34 LPL vedan, a mi juicio, la posibilidad de aplicar lo establecido en la LEC.
- (9) En el mismo sentido, PENDAS DIAZ, B.: «La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (ACARL), 2.ª Edición, 1992, pág. 35; y VALDES DAL-RE, F.: «El nuevo proceso laboral», en *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1990, pág. 111. Se manifiesta también en el sentido de que la acumulación es obligatoria la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de octubre de 1991, que declara la nulidad de actuaciones por no haberse procedido a la acumulación.
- (10) GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 106. Por lo demás, conviene no olvidar, como señala este mismo autor, cómo pueden ser diversas las reacciones jurídicas ante el incumplimiento de las normas. Sobre ello, *vide*, BOBBIO, N.: «Contribución a la teoría del Derecho», Madrid, (Debate), 1990, págs. 307-325.

de oficio las demandas. Conviene señalar, por lo demás, que el hecho de que la acumulación tenga carácter obligatorio, y deba, por ello, efectuarse de oficio si las partes no lo solicitan (11), se explica y justifica desde la idea de que la finalidad última de la acumulación excede el solo interés de las partes en tanto que «redunda en la actuación de un poder público tendente a hacer efectivo un derecho fundamental de las partes de un concreto proceso ... de ahí que las necesidades objetivas de una mejor administración de justicia legitimen la iniciativa judicial de la acumulación» (12).

En otro orden de ideas, interesa señalar ahora cómo de la literalidad de la norma se desprende también otra consecuencia: Que a efectos de ese mandato de acumulación que la norma contiene es *indiferente el orden en que las acciones fueron ejercitadas*. El artículo 32 LPL no sólo no establece prohibición o limitación alguna a este respecto, sino que, como ya se vio, formula en términos claramente imperativos («se acumulará») que a la primera demanda habrá de acumularse la segunda, sin distinguir cuál deba ser una o la otra. Si presentada dentro del período temporal a que se hizo alusión, la segunda demanda se acumulará a la primera con independencia de cuál de éstas fuera la de despido y cuál la de resolución; extremo este, por lo demás, absolutamente acorde con la idea de que el juez no puede prejuzgar el éxito o el fracaso de las acciones.

Que ello sea así es cuestión de fundamental importancia con respecto al tema objeto de estudio, porque, como se sabe, del hecho de que la resolución contractual por incumplimiento empresarial haya de operarse judicialmente, se deriva la exigencia de que el contrato se encuentre en vigor al tiempo de ejercitar la acción resolutoria; y, partiendo de tales premisas, podría mantenerse que planteada inicialmente la impugnación del despido no resultaría posible admitir, ni, consecuentemente, acumular la demanda de resolución del contrato, planteada con posterioridad (13). Pero, como se dijo, de la dicción normativa no puede efectuarse interpretación alguna en este sentido, sino en uno bien distinto: Que en el período comprendido desde el momento en que se presenta la primera demanda hasta la fecha de celebración de la conciliación y juicio, la demanda de impugnación del despido y la de solicitud de resolución contrac-

- (11) Y sin margen de arbitrio judicial: La norma indica expresa y taxativamente que la demanda posterior «se acumulará de oficio» a la primera.
- (12) ARMENTA DEU, J.: «La acumulación de autos (Reunión de procesos conexos)», Madrid, (Montecorvo), 1983, pág. 61. Citado por BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», Madrid, (Trotta), 1991, pág. 173, nota núm. 51.
- (13) Aquí en su más estricto sentido, del disciplinario. Puesto que las peculiares reglas que rigen la impugnación de la extinción por causas objetivas permiten que el trabajador impugne la decisión extintiva aun antes de producirse, en efecto, la ruptura de la relación. Ahora bien, a este respecto no hay que olvidar que alguna jurisprudencia (llevando aquel requisito más allá de lo razonable, a mi juicio) considera incluso que el solo conocimiento por el trabajador de la voluntad extintiva del empresario impide el ejercicio de la acción resolutoria y la hace inviable aunque se haya instado antes de virtualizarse la decisión extintiva. En este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1989.

tual deberán ser acumuladas con absoluta independencia de cuál haya sido la demanda primeramente planteada. A este respecto, además, es conveniente reflexionar sobre el hecho de que, de haberse establecido alguna limitación en este sentido, ésta hubiese resultado a todas luces inoperante, porque, en el caso de que el despido se hubiese producido, el trabajador muy bien podría plantear primero la demanda de resolución y en fecha posterior la demanda de despido (14). Cuestión distinta, claro está, es la incidencia que, en el conocimiento del fondo del asunto, pueda tener el hecho de que el despido, en efecto, se haya producido con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria. Pero éste es otro asunto que deberá ser tratado en otro lugar (15).

Visto ya con respecto a qué casos opera la acumulación en aquel triple sentido que inicialmente se indicó (con respecto a qué demandas, en qué período temporal y con qué carácter), se hace preciso determinar ahora cuál es la finalidad, el sentido último, de la acumulación.

## **2. La finalidad de la acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador.**

Consecuencia de esta acumulación es, según señala el precepto, que deberán «debatirse todas las cuestiones planteadas en un solo juicio». De cuál sea el verdadero alcance que quepa atribuir a este debate de todas las cuestiones planteadas, que la norma requiere, depende muy especialmente la operatividad de la acumulación.

Una primera aproximación a la dicción normativa induce a pensar, a mi juicio, que el juez habrá de conocer de las dos pretensiones, de las dos demandas, pues no parece que pueda ser otro el sentido que encierra esa necesidad de debatir «TODAS las cuestiones planteadas». Esto no obstante, no cabe desconocer, desde luego, que la incompatibilidad de objetivos de las distintas pretensiones puede conducir a considerar que la acumulación prevista en el artículo 32 LPL es de las que obliga a privilegiar el conocimiento de una de las demandas con la finalidad de reducir el objeto litigioso (16). En este sentido, podría pensarse que la acumulación que el precepto contempla es, bien una acumulación subsidiaria (en la que las pretensiones

(14) En este sentido, RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: «De las acumulaciones», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, pág. 128.

(15) Epígrafes 2 y 3.

(16) Un excelente resumen de esta cuestión (que, por lo demás, es el que aquí se sigue) puede consultarse en GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, págs. 106-109.

aparecen ordenadas, conociéndose de la pretensión contenida en la demanda posterior sólo si fracasa la primera); o bien una acumulación alternativa (en la que, frente a dos objetivos incompatibles, se tiene por bastante la satisfacción del demandante con la estimación de una de ellas, por lo que, en consecuencia, se da trámite a una o a otra demanda (17)).

Es posible que, desde la sola consideración de que, en efecto, se acumulan aquí pretensiones con objetivos incompatibles, fuera lo lógico entender incardinada la acumulación del artículo 32 LPL en alguna de estas categorías generales, pero no hay que perder de vista que éstas «no en vano han sido elaboradas para supuestos "ordinarios" de acumulación, y no tanto para un caso tan peculiar como el previsto en el artículo 32 LPL» (18). Y es preciso tener en cuenta, además, que el tenor de la norma no parece permitir ni la simplificación del objeto litigioso, ni la selección de demandas que aquellos tipos de acumulación requieren. Por una parte, la norma señala la necesidad de debatir «todas las cuestiones planteadas», lo que implica la necesidad de entrar a conocer de cada una de las demandas. Por otra parte, indica expresamente la exigencia de que ese debate de todas las cuestiones planteadas se lleve a cabo «en un solo juicio», induciendo así a la idea de que ese debate, ese conocimiento de las dos demandas, se realice de modo conjunto. Idea que, por lo demás, viene a ratificar el artículo 35 LPL cuando señala que «la acumulación ... de autos ... producirá el efecto de discutirse *conjuntamente* ... todas las cuestiones planteadas». Y, por último, también la norma indica, con carácter general, cómo la acumulación de autos tiene por efecto el resolver «en una sola resolución todas las cuestiones planteadas» (art. 35 LPL). Lo que, obviamente, implica que todas las cuestiones planteadas tendrán que haber sido conocidas por el juzgador.

Desde la perspectiva que ello ofrece, más bien puede afirmarse, en mi opinión, que la acumulación prevista en el artículo 32 LPL, por requerir el debate de todas las cuestiones planteadas, exige del conocimiento de las dos demandas; y, por requerir que tal debate sea conjunto, impide privilegiar el conocimiento de una demanda sobre la otra.

Y, si se requiere el conocimiento de las dos demandas y se impide privilegiar el conocimiento de una de ellas sobre la otra, se excluye también la posibilidad de que el orden temporal en que las acciones se ejercitaron pueda obstar el conocimiento de ambas demandas. De lo que se deriva una primera y fundamental consecuencia de la acumulación: Que el hecho de que la impugnación del despido se haya producido con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria no podría obstar el conocimiento de la demanda de resolución (19). El orden en que

(17) Defendiendo que la acumulación prevista en el artículo 32 LPL «presenta la fisonomía de la denominada (acumulación) alternativa», RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: «De las acumulaciones», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, pág. 127. El paréntesis es mío.

(18) GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 108.

(19) En contra, GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, págs. 143-144.

las acciones se ejercitaron, pues, ni puede evitar que la acumulación se produzca (como ya se vio), ni puede impedir que, una vez acumuladas las demandas, se conozca de ambas. Por decirlo explícitamente: Aunque se haya producido el despido con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria, podrá entrarse en el conocimiento de la demanda de resolución.

Como ya se señaló, presentadas las demandas de impugnación del despido y de resolución contractual al amparo del artículo 50 ET, la acumulación de éstas es obligatoria con independencia de cuál de las acciones hubiera sido primeramente ejercitada. Pero, acumuladas ya las demandas, podría pensarse que la primera cuestión a determinar sería si el despido se produjo con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria, dado que si ello fuera así la demanda de resolución, en tanto que planteada sobre un contrato «roto» por efecto del despido, debería ser ya inicialmente desestimada. La acumulación operaría, entonces, en sentido estrictamente formal: No habría de servir más que para la comprobación de la existencia del despido, de la eventual subsistencia del contrato y, en último término, y en su caso, para determinar la existencia de causa bastante para fundamentar la resolución contractual solicitada por el trabajador. Así planteada, la acumulación vendría a obviar uno de los problemas que se originaban cuando no era posible acumular las demandas: Que del ejercicio de ambas acciones, y de resultados de los independientes procesos que obligatoriamente habían de seguirse, se derivasen consecuencias contradictorias. Pero, cumplido este inicial objetivo, el esquema descrito estaría, desde luego, muy lejos de colmar aquella otra fundamental aspiración y exigencia de la norma: La de procurar un conocimiento conjunto de todas las cuestiones planteadas.

En favor del esquema descrito podría argumentarse que es ésta la solución más acorde con el requisito de vigencia contractual en el momento de ejercicio de la acción resolutoria. Y ello, desde alguna perspectiva, puede ser cierto. Pero lo indudablemente cierto es que esta técnica produce el efecto perverso de dar sistemática prevalencia a la voluntad extintiva del empresario, aunque sea infundada, frente a la voluntad extintiva del trabajador, por anterior, grave y fundada que sea la causa por éste alegada (20).

Es desde la perspectiva que estos dos datos ofrecen desde donde debe enfocarse cómo deba jugar aquí ese conocimiento de las dos demandas a que antes se aludió. Porque la acumulación, en mi opinión, puede venir a corregir en alguna medida ese efecto perverso sin desconocer el requisito de la vigencia contractual. En efecto, la acumulación permite entrar a conocer de la *legitimidad* del despido, de la eventual subsistencia de la relación, y, consecuentemente, de la acción resolutoria. Y es que (no es preciso decirlo) de resultados de la revisión jurisdiccional del despido puede suceder que la mera decisión empresarial no haya operado la extinción contractual en aquel momento, y que la acción resolutoria no se hubiese, a la postre,

(20) En este sentido, RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: «De las acumulaciones», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, pág. 126.

ejercitado sobre un contrato extinguido, siendo, entonces, perfectamente posible que aquella pretensión alcanzase éxito. Por ello puede afirmarse, como se señaló, que al conocimiento de las dos demandas no obsta el hecho de que el despido se haya producido con anterioridad a la acción resolutoria.

Es cierto que, en la solución apuntada, la decisión extintiva del empresario aparece todavía en alguna medida privilegiada sobre la decisión extintiva del trabajador (en el sentido de que el éxito de ésta se supedita a la legalidad de aquélla: Ya que sólo sería posible en tanto en cuanto el despido, por ilegítimo, no hubiese operado la extinción en el momento de producirse), pero si ha de respetarse el requisito de la vigencia contractual (y ello parece inevitable mientras la resolución por incumplimiento se configure como resolución judicial), la conclusión, a mi juicio, no puede ser otra que la apuntada. Y es que, más allá de los problemas que se plantean en este concreto supuesto, la cuestión remite a un tema de mucho más largo alcance: La incidencia del régimen jurídico sustantivo de las diferentes causas extintivas sobre ese conocimiento conjunto de *todas* las cuestiones planteadas.

En efecto, ese conocimiento conjunto de todas las cuestiones planteadas, que, como efecto de la acumulación, señalan los artículos 32 y 34 LPL, conduce, en una primera aproximación, a la idea de que ha de efectuarse un conocimiento y valoración conjunta de las conductas que mutuamente se imputan las partes, del momento en que acaecieron, de su eventual gravedad, ... con el fin de que, conocido el panorama de conflicto entre trabajador y empresario, pueda el juez determinar cuál de las circunstancias alegadas es la que debe fundar la extinción: Si el incumplimiento empresarial que alega el trabajador o si la causa extintiva que invoca el empresario. Al límite, una ambiciosa concepción de la acumulación conduciría a considerar que, en función de ello (por ejemplo, ante el mutuo incumplimiento contractual), podría determinarse cuál de ellos produce efectos extintivos en atención a su mayor gravedad, o en atención a cuál de las partes incumplió en primer lugar, de tal modo que, frente a un despido fundado (que merecería la calificación de procedente) producido con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria, podría estimarse la resolución contractual en base a un incumplimiento grave que el empresario cometió antes de que el trabajador cometiera el incumplimiento en que se basa el despido.

Esta es, probablemente, la manera más correcta de entender la acumulación desde un punto de vista de justicia material. Pero, si bien se mira, en aquel esquema se opera prescindiendo de la observancia del régimen jurídico propio de las causas de extinción concurrentes. Prescindiendo, por una parte, de aquel requisito de vigencia contractual que caracteriza a la acción resolutoria ex artículo 50 ET, y, por otra, de aquella eficacia extintiva que se predica del despido. Y, a mi juicio, el hecho de que las demandas puedan acumularse, tramitarse en un único proceso y conocerse conjuntamente, no autoriza, en modo alguno, a desconocer el régimen jurídico sustantivo propio de cada una de las causas extintivas concurrentes. Desde esta perspectiva, la acumulación, aunque, a través de ese conocimiento conjunto, permita valorar la situación de conflicto generada entre trabajador y empresario, operará limitada por

el régimen jurídico propio de las causas extintivas concurrentes. En el fondo, la acumulación operará condicionada por la necesidad de efectuar el control de legitimidad del despido (por comprobar su eficacia extintiva), evaluar la eventual subsistencia de la relación (en atención al requisito de la vigencia contractual), y, en su caso, estimar la pretensión resolutoria.

Podrá pensarse que es escaso el alcance que se concede a la reforma operada por la LPL en este punto. Y puede que sea cierto. Pero, en mi opinión, desde la realidad normativa sobre la que opera la acumulación no puede mantenerse conclusión distinta. Mientras haya de predicarse del despido la más inmediata eficacia extintiva y de la resolución contractual ex artículo 50 ET la innegable necesidad de que se opere judicialmente, la acumulación no podrá operar en otro sentido. Y es que, pese a que, desde alguna perspectiva, en la acumulación se «enfrentan» y evalúan las voluntades extintivas de las partes, no se puede olvidar que, en puridad, en el fondo, lo que se enfrenta es la revisión jurisdiccional de una extinción ya operada (con todas las matizaciones que quieran hacerse) por decisión de una de las partes con la solicitud de extinción formulada por la otra parte. Y ello, como aquí se evidencia, coloca a las voluntades extintivas en conflicto en muy distintas «posiciones de partida».

### 3. Las consecuencias de la acumulación. El contenido de la sentencia.

La acumulación, entonces, conduce a un balance conjunto de la situación de conflicto en que trabajador y empresario se encuentran, sin duda, con la finalidad de que el juez pueda valorar mejor hasta qué punto una de las conductas extintivas viene condicionada por la otra (21), clarificando así la realidad fáctica en la que se basan las pretensiones (22) y propiciando un fallo más íntimamente fundado en la realidad de los hechos. ¿En el que puedan conjugarse los efectos jurídicos propios de una y otra iniciativa extintiva? Este es el nudo gordiano de la cuestión.

Si al hecho de que la acumulación exija el conocimiento de todas las cuestiones planteadas se añade la necesidad, recogida con carácter general en el artículo 35 LPL, de que todas aquellas cuestiones hayan de «resolverse en una sola resolución», resulta innecesario decir que la acumulación no sólo produce la extensión del objeto litigioso del proceso, sino que origina también, consecuentemente, una ampliación del alcance del pronunciamiento de la sentencia (23).

- (21) BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», Madrid, (Trotta), 1991, pág. 293.
- (22) Lo que, a su vez, contribuye a la consecución de la verdad material y, a la postre, de la efectividad de la justicia, objetivos ambos característicos del proceso laboral. *Vide*, RODRIGUEZ-PÍÑERO, M.: «Derecho del trabajo y proceso», Murcia, (Escuela Social), 1972, pág. 12 y ss.; y GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 94 y ss.
- (23) GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 183.

En un plano puramente formal, que la resolución haya de resolver todas las cuestiones planteadas, por incompatibles que sean las pretensiones (como lo son en el caso de la acumulación prevista en el art. 32 LPL) no plantea, en principio, problema alguno, dado que, como se sabe, ello no impide que para cada una de las pretensiones contenga la resolución una respuesta de signo distinto (24). Los verdaderos problemas aparecen aquí a la hora de determinar hasta qué punto y en qué sentido el conocimiento conjunto de las pretensiones a que obliga la acumulación puede y debe reflejarse en la sentencia, o, por decirlo mejor, si la sentencia, en atención a la incidencia que cada causa de extinción haya tenido sobre la relación, puede conjugar los efectos de una y otra a la hora de determinar qué resultados se derivan de la extinción.

Aunque, inicialmente, podría pensarse que la acumulación cumple sus objetivos si, en atención estricta al régimen jurídico sustantivo de cada una de las causas de extinción concurrentes, la sentencia indica cuál fue la causa que operó la extinción, a la vez que anuda a ella los efectos jurídicos que de ordinario le corresponden y desestima la otra pretensión (25), no parece que ello sea lo más acorde con el sentido último de la acumulación. Si con la acumulación, según se vio, se pretende el debate conjunto de los fundamentos que sustentan y subyacen a las distintas pretensiones, y, al límite, el cabal conocimiento de la situación de conflicto en que se encuentran trabajador y empresario, parece razonable pensar que la sentencia habrá de evaluar de algún modo la incidencia de una y otra iniciativa extintiva sobre la relación y que, en consecuencia, los efectos de la extinción habrán de determinarse no sólo en atención a la causa que origina esta extinción, sino atendiendo también a que la otra causa extintiva concurrente haya tenido o no entidad propia (26).

(24) La acumulación de autos «no impone, en modo alguno, una resolución unitaria de las pretensiones configuradoras ... no obstante la unificación del tratamiento procesal que las mismas han de merecer en razón al fenómeno acumulativo» (STS de 13-6-1990).

(25) Siguiendo este esquema, entonces, la solución a los distintos supuestos sería, en síntesis, la que sigue:

- A) Si el despido se produjo con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria, se considerará que el contrato ya no se encontraba en vigor en el momento de solicitar la resolución y que, por ello, la pretensión resolutoria debe ser desestimada. Se indicará la calificación que el despido merezca y las consecuencias que de él se derivan.
- B) Si la acción resolutoria se ejercitó con anterioridad al momento en que se produjo el despido, el contenido de la sentencia será distinto en función de que se aprecie o no causa bastante para fundamentar la acción resolutoria; en función de que la acción resolutoria se estime o no se estime. Si ésta se desestima, se señalará la calificación que el despido merezca y los efectos que de él se derivan. Si, por el contrario, se estima la pretensión resolutoria, se declarará a su amparo la extinción contractual con los efectos que de ella se derivan.

(26) Se trata de saber «... "cuál" ha sido la verdadera circunstancia que ha extinguido el contrato, y, una vez determinada, adaptar a ella las consecuencias, de que efectivamente haya concurrido en el caso, y de que la otra circunstancia extintiva concurrente no haya tenido entidad propia...», BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALON y FERNANDEZ LOPEZ: «Instituciones de Derecho Procesal Laboral», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 294.

Desde esta consideración, debe analizarse ahora cuál deba ser el concreto contenido del fallo en los distintos supuestos que puedan plantearse, no sin antes hacer dos advertencias previas. Primera: No es infrecuente que al describir estos supuestos de concurrencia se haga una inicial distinción entre aquel caso en el que la acción de resolución se ejerce con anterioridad a la de impugnación del despido y aquel otro en el que, al contrario, la acción de impugnación del despido es la que se ejercita inicialmente, para diferenciar así los supuestos en los que el despido incide en la relación antes del ejercicio de la acción resolutoria de aquellos otros en los que el despido incide en la relación una vez ejercitada aquella acción. Pero puede suceder que la distinción así formulada pueda resultar engañosa: Porque puede ocurrir que acaecido el despido el trabajador, en el plazo de 20 días de que dispone para su impugnación, ejercite la acción resolutoria en primer lugar y posteriormente la de impugnación del despido (27). Por ello, esa inicial clasificación de supuestos se hace aquí distinguiendo, por una parte, los casos en que la acción resolutoria se ejerce una vez *producido* el despido, y, por otra, aquellos en los que el despido se produce una vez ejercida la acción resolutoria.

Y una segunda advertencia: A efectos puramente metodológicos, el análisis que ahora sigue sobre el posible contenido del fallo se realiza, en cada caso, en atención a que pueda estimarse o no concurrente causa bastante para resolver al amparo del artículo 50 ET y para despedir (en sentido amplio, ya sea en atención al art. 54 ET o al 52 ET), y se realiza, claro está, siguiendo un determinado orden expositivo, que en nada prejuzga ni cuál deba ser la ordenación del debate conjunto de las cuestiones ni cuál pueda ser el orden en que la sentencia deba resolver las cuestiones planteadas.

Efectuadas ya las advertencias precisas, es el momento de abordar cuál pueda ser el concreto contenido del fallo, analizando en primer lugar a aquellos supuestos en los que, ejercida la acción resolutoria, se produce posteriormente el despido.

Cuando la acción resolutoria se haya ejercido con anterioridad al momento en que se produjo el despido, el pronunciamiento dependerá, inicialmente, de que exista causa bastante para estimar la acción resolutoria o de que no exista causa bastante. Si, por no concurrir causa bastante, la demanda de resolución no pudiera ser estimada, el sentido del fallo dependerá de la calificación que merezca el despido, al que se anudarán las consecuencias que le sean propias (28).

(27) El íterin del plazo de caducidad de 20 días «...bien pudiera utilizarse por el trabajador para priorizar procesalmente su pretensión extintiva frente a la que acaba de conocer y que es decisión del empleador. Y es que no existe elemento normativo alguno que prohíba al actor eludir la sucesión cronológica de los hechos y practicar la inversión de sus aspiraciones de tutela judicial...», RODRIGUEZ FERNANDEZ, M.L.: «De las acumulaciones», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, pág. 128.

(28) En este sentido, GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 186.

Más compleja es la cuestión si existe causa bastante para apreciar la solicitud de resolución contractual, porque a los genuinos efectos de esta resolución (extinción contractual operada por la resolución judicial que la estima, por un lado, e indemnización, por otro) han de compaginarse con los efectos derivados del despido atendiendo a su calificación. Han de distinguirse, pues, tres supuestos distintos atendiendo a que el despido pueda ser calificado de procedente, improcedente o nulo:

- A) Si el despido se estima procedente, la extinción contractual (aun cuando se declarara al amparo del art. 50 ET) habrá de retrotraerse a la fecha del despido, conservando el trabajador el derecho a percibir la indemnización fijada en el artículo 50.2 ET, que, conviene decirlo, se verá a su vez «afectada» por la declaración de procedencia del despido ya que su cálculo se efectúa con referencia al momento de la extinción y en este supuesto la extinción se opera en un momento anterior al que, de ordinario, se produce en la extinción contractual ex artículo 50 ET.
- B) Si el despido se tiene por improcedente o nulo, en tanto que la decisión extintiva del empresario no tuvo incidencia alguna en la subsistencia de la relación, el contrato se declarará extinguido en atención a la solicitud de resolución contractual efectuada por el trabajador al amparo del artículo 50 ET.

La incidencia de la decisión extintiva del empresario sobre la relación se muestra aquí en los efectos económicos que en favor del trabajador se derivan de la extinción, ya que, además de la indemnización señalada para los casos de extinción ex artículo 50 ET, evidenciada la decisión empresarial como no ajustada a Derecho, el trabajador tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación (29). Cabría plantearse, a este respecto, cuál es el período por el que se deben los salarios de tramitación. Es claro el término inicial de este período, pero, por lo que respecta al término final, la cuestión no es tan evidente. Atendiendo al hecho de que los salarios se deben como consecuencia del despido improcedente, podría defenderse que el término final habrá de ser, como de ordinario en los despidos improcedentes, la fecha de notificación de la sentencia. Esto no obstante, en mi opinión, parece más razonable concluir

(29) En base, precisamente, a la ilicitud de la decisión extintiva del empresario, cabría plantearse si el trabajador podría tener derecho a la indemnización por partida doble. Y ello porque, como con notable acierto señalara GARCIA MURCIA [\*], «tanto en el despido improcedente como en la resolución por incumplimiento empresarial, se trata de compensar al trabajador no sólo por lo que deja de percibir, sino también por el trastorno que el incumplimiento del empresario supone para el mantenimiento de su medio de vida» y, desde la perspectiva que ofrece la concurrencia de dos actuaciones ilegítimas del empresario, podría pensarse que el resarcimiento del trabajador debería ser también mayor. Pero, como el propio autor pone ya de manifiesto, esta hipótesis debe, con toda probabilidad, ser rechazada: La extinción del contrato es una y una debe ser la indemnización que de la extinción pueda derivarse.

[\*] «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato por voluntad del trabajador». Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 187.

que los salarios serán debidos hasta la fecha en la que se dicta la sentencia porque es ése el momento en que se produce la extinción contractual y parece claro que más allá de la fecha en que la extinción contractual se produce no pueden ser debidos salarios de tramitación. En este sentido, no hay que olvidar que los salarios de tramitación se deben, en los despidos improcedentes, hasta la fecha de notificación de la sentencia porque es en ese momento en el que se abre la posibilidad de que el contrato efectivamente se extinga o de que continúe vigente si el empresario opta por la readmisión.

Visto ya cuál podría ser el sentido del pronunciamiento en los casos en que el despido se produce con posterioridad al ejercicio de la acción resolutoria, es el momento de analizar cómo sería este pronunciamiento en un supuesto en esencia distinto: Cuando el despido se ha producido con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria.

Si, por no concurrir causa bastante, la acción resolutoria no pudiera estimarse, es indudable que el sentido del fallo dependerá de la calificación que el despido pueda merecer. A esa calificación se ligarán los efectos que le son propios.

Menos sencillo se presenta el supuesto en el que sí existe causa bastante para fundamentar la solicitud de resolución, en cuyo caso, el concreto contenido del fallo dependerá de la suerte que siga la impugnación del despido.

- A) Si el despido carece de causa que lo justifique, si merece la consideración de improcedente, dos cosas son claras. Una: Que el despido no ha operado efectos extintivos sobre la relación y que, por ello, se cumple el requisito de la vigencia contractual que el carácter judicial de la resolución contractual ex artículo 50 ET exige. Y otra: Que se acredita la concurrencia de incumplimiento empresarial bastante para fundamentar la resolución y que, por contra, no se acredita la causa extintiva alegada por el empresario para extinguir la relación. Precisamente por ello, deberá declararse la extinción contractual al amparo del artículo 50 ET y el derecho a percibir la indemnización allí establecida. Por lo demás, amén de esta indemnización, el trabajador tendrá derecho a percibir los salarios dejados de percibir desde el momento del despido hasta la fecha en que se produce la extinción contractual.

Esto no obstante, desde la perspectiva que ofrece el hecho de que el despido se haya producido con anterioridad al ejercicio de la acción resolutoria, podría pensarse que es preciso reconocer al empresario el derecho de opción característico de la improcedencia, condicionando así la estimación de la resolución solicitada por el trabajador al sentido en que la opción se ejercite: Si el empresario optase por la readmisión, sobre la base de la indudable vigencia de la relación, podría estimarse la acción resolutoria; y si el empresario optase por la extinción, ya no habría

lugar a estimar la acción resolutoria (30). Pero, en este supuesto, no cabe, a mi juicio, reconocer en favor del empresario ese derecho de opción. Considerar aquí posible el juego del derecho de opción, implica, al límite, enfrentar el derecho que nace del incumplimiento contractual grave del empresario que se ha evidenciado y acreditado como tal, con el derecho que nace de una decisión extintiva que se evidencia no ajustada a Derecho en tanto que no se acredita la causa que se alega. Desde esta perspectiva, habiéndose constatado la existencia del incumplimiento empresarial de envergadura suficiente como para fundamentar la acción resolutoria, reconocer el derecho de opción al empresario resultaría, en mi opinión, abusivo.

- B) Si el despido mereciese la calificación de nulo, el contenido del fallo sería el mismo que se describió con respecto al despido improcedente. Las reflexiones que allí se hicieron son (a salvo de la que versa sobre el derecho de opción) enteramente aplicables a este supuesto.
- C) Con mucho, más difícil de abordar es el caso de que el despido se declare procedente. Los indudables efectos extintivos del despido fundado han de conducir necesariamente a considerar que la acción resolutoria fue planteada sobre un contrato ya extinguido a consecuencia del despido. Y ello, a su vez conduce, no es preciso decirlo, a desestimar la acción resolutoria. Se estimará entonces producida la extinción contractual por el despido procedente.

Ello puede originar, desde luego, situaciones de seria injusticia material. Porque, en este supuesto, no sólo se ha acreditado la concurrencia de la causa alegada por el empresario, sino que el incumplimiento empresarial grave alegado por el trabajador también ha sido acreditado y puede suceder que éste se hubiera producido antes que la causa que el empresario alegó para despedir. En estos casos, probablemente, una solución más acorde con el objetivo de justicia material parece que exigiría poder prescindir de ese requisito de vigencia contractual y, evaluando las circunstancias extintivas concurrentes, determinar cuál de ellas produce la extinción contractual en función de criterios tales como cuál de ellas incida primero en la relación, cuál reviste mayor entidad, ...; o, tal vez, incluso, procurar al magistrado la posibilidad de que, si del incumplimiento de ambas partes se trata, pudiese efectuar una suerte de compensación de culpas. Pero, como ya se dejó dicho, desde la realidad normativa sobre la que la acumulación opera ello no es, a mi juicio, posible. Porque mientras haya de predicarse del despido la más inmediata eficacia extintiva y de la resolución contractual ex artículo 50 ET la innegable necesidad de que se opere judicialmente, la acumulación no podrá operar en otro sentido. Y es que, como también se señaló, pese a que, desde alguna perspectiva, en la acumulación se «enfrentan» y evalúan los fundamentos que sustentan las voluntades extintivas de las partes, no se puede olvidar que, en puridad, en el fondo, lo que se enfrenta es la revisión jurisdiccional

(30) En este sentido, GARCIA MURCIA, J.: «Acumulación de demandas de despido y de resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Madrid, (Cívitas), 1991, pág. 189.

de una extinción ya operada (con todas las matizaciones que quieran hacerse) por decisión de una de las partes con la solicitud de extinción formulada por la otra parte. Y ello coloca a esas voluntades extintivas en muy distintas situaciones de partida; la voluntad extintiva empresarial, si se me permite la expresión, juega «con ventaja», y ello, claro está, se manifiesta en «los resultados», como aquí ocurre.

## **II. ACCION RESOLUTORIA Y EXTINCION DEL CONTRATO POR CAUSAS ECONOMICAS O TECNOLOGICAS. EL INCUMPLIMIENTO EMPRESARIAL Y LA SITUACION DE CRISIS EN LA EMPRESA**

Ya se dijo cómo la realidad demuestra que no es infrecuente que la voluntad extintiva del trabajador y la voluntad extintiva del empresario coincidan en el tiempo y cómo el solo repaso de los pronunciamientos jurisprudenciales pone de manifiesto que esa coincidencia de voluntades extintivas se produce, en la inmensa mayoría de los casos, cuando la acción resolutoria del trabajador concurre con la acción de impugnación de un despido disciplinario. Pero tampoco es extraño que la acción resolutoria concorra con la tramitación de un expediente de regulación de empleo, produciéndose aquí, también, una conflictiva coincidencia de voluntades extintivas. Aunque muy distinta de la anteriormente analizada.

En efecto, distinta ya en la vertiente procesal, porque no se trata aquí (como en aquel otro supuesto sucedía) de la concurrencia de la acción resolutoria con la acción de impugnación de la extinción contractual producida al amparo del expediente de regulación, ya que, como ya se vio en otro lugar, esta concurrencia no puede producirse porque una y otra acción siguen vías jurisdiccionales diferentes. Distinta, también, porque no se trata aquí de la concurrencia de dos voluntades extintivas «individualizadas» en el sentido de que una y otra tienen como único y exclusivo objeto una concreta relación; sino de la concurrencia de la voluntad extintiva del trabajador (necesariamente, en aquel sentido, «individualizada») frente a la voluntad extintiva de alcance colectivo del empresario. Y distinta, en esencia, porque la acción resolutoria no se ejerce aquí en base a un individualizado incumplimiento empresarial sino, generalmente, en base a un incumplimiento empresarial de alcance colectivo. Y es que lo que en el fondo aquí se debate, como se verá al hilo del análisis que sigue, es el juego que deba tener la acción resolutoria por incumplimiento cuando el incumplimiento es manifestación y fruto de la crisis económica de la empresa.

El tema así planteado remite, ya inicialmente, a la idea de que, antes de entrar en la suerte que pudiera correr la acción resolutoria si coincide en el tiempo con la tramitación de un expediente de crisis, es preciso, para comenzar por el principio, dilucidar si ante situaciones de crisis económica de la empresa de la que se deriva un incumplimiento empresarial de alcance colectivo, pueden los trabajadores ejercer la acción resolutoria.

## 1. El incumplimiento de alcance colectivo y la acción resolutoria.

Ante incumplimientos de alcance colectivo que evidencian la existencia de una situación de crisis en la empresa (fundamentalmente, ante situaciones de falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario, y, en menor medida, de falta de ocupación efectiva, de alcance colectivo) cierto sector de la jurisprudencia ha venido afirmando que la acción resolutoria se concede al trabajador ante incumplimientos empresariales de alcance individual o, a lo sumo, plural y que no es una acción que pueda ejercitarse cuando lo que acaece es un incumplimiento de alcance colectivo (31), ya que, en tanto el alcance colectivo del incumplimiento evidencia una situación de crisis en la empresa, lo procedente en estos casos es recurrir al expediente de crisis (32), que, de no ser instado por el empresario, debe ser incoado por los trabajadores.

Es poco dudoso, a mi juicio, que la acción resolutoria por incumplimiento se articula en esencia y fundamentalmente en torno a la idea de hacer frente al incumplimiento de alcance individual. Pero es cierto, también, que el artículo 50 ET no hace distinción alguna entre incumplimientos de alcance individual e incumplimientos de alcance colectivo y que de su tenor no puede colegirse que el ejercicio de la acción se encuentre en modo alguno condicionado por el número de trabajadores afectados por el incumplimiento (33). Idea esta que, por lo demás, vendría en algún sentido avalada por el hecho de que el ET no prevé vía específica alguna para accionar frente al incumplimiento de alcance colectivo. En principio, pues, desde la dicción de la norma nada obliga a concluir que cuando el incumplimiento es de alcance colectivo no pueda el trabajador ejercitar la acción resolutoria. Otros habrán de ser, pues, los argumentos que en favor de aquella posición pudieran hacerse valer.

Para mantener que ante el incumplimiento de alcance colectivo no cabe ejercer la acción resolutoria se barajan, fundamentalmente, dos argumentos. El primero de ellos gira en torno a la culpabilidad del incumplimiento. Se entiende que la situación de crisis de la empresa es la causa real del incumplimiento; que ésta, por hipótesis, ha de tenerse por involuntaria; y que, en tanto que no voluntario ni culpable, el incumplimiento no puede fundamentar con éxito la acción resolutoria. El segundo argumento se articula en torno a un pretendido principio de

(31) «Cuando los incumplimientos empresariales afectan a la generalidad de la plantilla, no tiene entidad suficiente para legitimar la acción individual resolutoria» [STSJ de Galicia de 26-6-1991 (Ar. 3730)].

(32) En este sentido: Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 1986 (Ar. 10120); 4 de diciembre de 1986 (Ar. 7278); 19 de febrero de 1987 (Ar. 1074); 12 de marzo de 1987 (Ar. 1396); 7 de abril de 1987 (Ar. 2369); 11 de mayo de 1987 (Ar. 3671); 11 de abril de 1988 (Ar. 2943); 18 de julio de 1990 (Ar. 6425); y las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de mayo de 1991; Madrid de 12 de marzo de 1990; Galicia de 26 de junio de 1991 (Ar. 3730); Galicia de 29 de agosto de 1991 (Ar. 4814).

(33) Que es indiferente el número de trabajadores afectados por el incumplimiento es idea que manifiestan las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de junio de 1989 y Asturias de 15 de octubre de 1990 (Ar. 1757).

solidaridad entre los trabajadores en base al cual se mantiene que el ejercicio de acciones individuales ante incumplimientos colectivos, originados por una situación de crisis, supone una actitud insolidaria ya que la satisfacción de pretensiones individuales incidiría agravando la crisis padecida por la empresa y perjudicaría eventuales expectativas resarcitorias de otros trabajadores, colocándose así quien ejercita la acción resolutoria en una situación de privilegio frente a los restantes trabajadores de la plantilla.

Ninguno de estos dos argumentos puede, en mi opinión, ser aducido para excluir el ejercicio de la acción resolutoria ante incumplimientos de alcance colectivo. Por lo que respecta a la ausencia de culpabilidad en el incumplimiento, porque como ya se ha señalado reiteradamente, ésta no es requisito exigible del incumplimiento para fundamentar la facultad resolutoria: La falta de pago y el retraso continuado en el abono del salario o cualquier otro incumplimiento grave de las obligaciones contractuales del empresario son causas de resolución que juegan con independencia de la culpabilidad del empresario. Y ello es así, en mi opinión, tanto cuando el incumplimiento es de alcance individual o plural como cuando es de alcance colectivo (34). La situación de crisis económica de la empresa no puede jugar, entonces, como elemento exculpatario de una pretendida responsabilidad culpable que no se exige (35).

Tampoco puede, en mi opinión, mantenerse la exclusión del ejercicio de la acción resolutoria frente a incumplimientos de alcance colectivo en base a aquel principio de solidaridad entre los trabajadores a que se hiciera alusión. En primer lugar, por la sencilla razón de que no existe elemento normativo alguno que permita primar ese pretendido principio de solidaridad sobre el derecho que a cada trabajador asiste de ejercitar las acciones individuales derivadas de su contrato de trabajo. En segundo término, porque quien ejercita, ante un incumplimiento de alcance colectivo, la acción resolutoria, ejercita un derecho que asiste de igual modo al resto de los trabajadores afectados por el incumplimiento y su derecho no puede verse abrogado por el hecho de que éstos adopten una actitud pasiva en la tutela de sus respectivos derechos e intereses. Y no puede colegirse de ello que se adopte una actitud insolidaria: Lo más que puede

(34) En este sentido, con respecto a la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario, señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 15 de octubre de 1990 (Ar. 1757) «... . La falta o retraso continuado en el pago de salarios constituye justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato, ya que por sí misma y sin precisar otra matización que su simple constatación objetiva, tiene la condición de incumplimiento grave sin que puedan valorarse otras circunstancias, tales como ... si afecta a mayor o menor número de trabajadores».

(35) En esta idea incide la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1992 (Ar. 1870), dictada en casación para la unificación de doctrina, cuando, con respecto a la falta de pago del salario (que, tanto en el supuesto de hecho de la sentencia recurrida como en el de la sentencia confrontada viene referida a gran parte de la plantilla), señala que «la extinción del contrato por esta causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo ... [el empresario] ... no puede eludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa ... es indiferente ... que el impago o retraso continuado venga determinado por una mala situación económica empresarial». (El paréntesis es mío).

afirmarse es que quien ejercita la acción resolutoria adopta, eso sí, una actitud de mayor diligencia en la tutela de sus derechos. Finalmente, no puede tampoco, en mi opinión, alegarse en favor de la exclusión de la acción resolutoria que la satisfacción de pretensiones individuales incidiría negativamente en la situación económica de la empresa y perjudicaría eventuales expectativas resarcitorias de otros trabajadores, porque admitir este razonamiento implicaría, al límite, poder desestimar siempre la acción resolutoria por esta razón (36).

Desde la perspectiva que todo ello ofrece, puede afirmarse, en mi opinión, que no hay razón concluyente que permita mantener que deba excluirse el ejercicio de la acción resolutoria cuando de un incumplimiento de alcance colectivo se trate. Como tampoco existe razón, a mi juicio, que permita mantener que frente a incumplimientos de alcance colectivo que evidencian una situación de crisis deban necesariamente los trabajadores instar el expediente de regulación si el empresario no lo hace.

Sin entrar ahora a debatir si frente a situaciones como las aquí analizadas sea siempre lo más adecuado instar el expediente de crisis o si acaso cabría plantearse la conveniencia de adoptar otro tipo de medidas (37), es lo cierto que una cosa es mantener la idoneidad del expediente de regulación como medida para hacer frente a esa situación de crisis en la empresa que el incumplimiento de alcance colectivo viene, presumiblemente, a evidenciar, y otra bien distinta es afirmar, en base a esa idoneidad, que los trabajadores DEBEN promover el expediente, si el empresario no lo hace, en lugar de ejercitar la acción resolutoria.

Indudablemente, frente a una situación de incumplimiento colectivo que evidencia o permite presumir una situación de crisis en la empresa, los trabajadores PUEDEN instar el expediente: Es de sobra conocido que el artículo 51.2 ET señala que «los trabajadores, a través de sus representantes, podrán solicitar la autorización si racionalmente se presumiera que la no incoación del expediente por el empresario pudiera ocasionarles perjuicios de imposible o difícil reparación». Cuestión distinta es que si, ante esa situación de crisis económica y de incumplimiento colectivo, el empresario no incoa el expediente se pueda imponer a los trabajadores la obligación de instarlo ellos mismos impidiendo el ejercicio de acciones individuales.

(36) ALBIOL MONTESINOS, I.: «La extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», en *Revista de Trabajo* núm. 93, 1989, pág. 36; el mismo autor en «El salario. Aspectos jurisprudenciales y legales», Bilbao, (Deusto), 1992, págs. 161 y 162.

(37) En efecto, el expediente cumple su función cuando la situación de la empresa exige la suspensión o la extinción de todos o algunos de los contratos, pero, claro está, no todas las situaciones de incumplimiento de alcance colectivo son fruto de una crisis de la empresa de las que aconsejan la suspensión o la extinción de las relaciones contractuales. La realidad demuestra cómo, en numerosas ocasiones, el incumplimiento de alcance colectivo viene originado por una situación de crisis puntual, por la falta de liquidez de la empresa, que no compromete la continuidad de la misma y que no exige ni aconseja la suspensión o la extinción de los contratos.

Y no parece, en mi opinión, que exista elemento normativo alguno que obligue a mantener esta conclusión. Muy por el contrario, ni la ley señala o establece criterio de preferencia alguno de una vía sobre otra (38), ni el artículo 50.1 ET hace diferencia alguna entre incumplimientos de alcance individual e incumplimientos de alcance colectivo de modo que pudiera mantenerse que la resolución contractual por incumplimiento cuando el incumplimiento es de alcance colectivo hubiera de seguir, necesariamente, una vía distinta de la allí señalada. Desde la visión que ello ofrece puede afirmarse que, en principio, el hecho de que el incumplimiento de alcance colectivo obedezca a una situación de crisis económica no excluye la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria ni exige de los trabajadores la incoación del expediente de regulación.

En este orden de ideas, es importante tener en cuenta, además, que no puede contraponerse en plano de igualdad la facultad que a los trabajadores asiste de ejercitar la acción resolutoria y la de promover el expediente, porque la posibilidad de que los trabajadores insten el expediente de regulación de empleo no es, a diferencia de la que asiste al empresario, una facultad «directa» en el sentido de no condicionada (39). Por una parte, esta iniciativa de promover el expediente se reconoce para los casos en que racionalmente pudiera presumirse que la no incoación del expediente por el empresario ocasionaría a los trabajadores perjuicios de difícil o imposible reparación y ello no siempre podrá presumirse en todas las situaciones de incumplimiento colectivo (40). Y, por otra parte, no hay que olvidar que esta iniciativa que se reconoce a los trabajadores ha de virtualizarse «a través de sus representantes», por lo que sólo a través del acuerdo adoptado en este sentido podría procederse a la incoación del expediente, y este acuerdo puede no ser fácil de alcanzar (41).

Es posible que, desde alguna perspectiva, parezca razonable mantener que a incumplimientos de alcance colectivo deben corresponder soluciones de alcance colectivo. Pero esta conveniencia de procurar soluciones de alcance colectivo, desde la realidad normativa sobre

(38) En este sentido: Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1983 (Ar. 6250); y Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 28 de febrero de 1989 (Ar. 1474) y de 17 de mayo de 1983 (Ar. 4356).

(39) En este sentido, MOLERO MANGLANO, C.: «Los expedientes de regulación de empleo y sus problemas básicos», en *Actualidad Laboral* núms. 41, 42 y 43 de 1989; este extremo en núm. 42, pág. 553; y ALBIOL MONTESINOS, I.: «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas», en «Comentarios a las leyes laborales. El ET», Madrid (Edersa), 1989, Tomo IX, vol. 2.º, pág. 281. En la jurisprudencia, *vide*, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 20 de febrero de 1992 (Ref. BJS 314).

(40) Piénsese, por ejemplo, en una situación de falta de ocupación efectiva en la que los salarios se abonan puntualmente; o en una situación de retrasos en el abono del salario prolongado en el tiempo.

(41) Sobre cuáles sean los representantes que deban adoptar el acuerdo y los requisitos exigibles, *vide*, ALBIOL MONTESINOS, I.: «Extinción del contrato por causas económicas o tecnológicas», en «Comentarios a las leyes laborales. El ET», Madrid, (Edersa), Tomo IX, vol. 2.º, págs. 288-295.

la que ha de operarse, no puede, a mi juicio, amparar una pretendida obligación de los trabajadores de instar el expediente de crisis si el empresario no lo hace, desconociendo así el derecho de los trabajadores al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo (42).

Esto no obstante, con toda probabilidad, para plantear la cuestión en sus exactos términos es preciso abandonar el solo análisis abstracto de la dicción normativa porque no cabe desconocer que esa pretendida exclusión de la acción resolutoria y la consecuente necesidad de acudir a la vía del artículo 51 ET se hace pivotar no sólo (y no tanto) sobre la idea de que el incumplimiento tenga alcance colectivo sino también sobre la idea de que este incumplimiento es manifestación de una situación de crisis. Y esa situación de crisis puede ser, claro, muy distinta. Y es desde esa perspectiva desde donde habría de plantearse si la conclusión anteriormente apuntada puede también mantenerse en aquellos extremos supuestos en los que el incumplimiento de alcance colectivo tiene como telón de fondo una situación de crisis de entidad tal que la continuidad de la empresa se evidencia de todo punto imposible.

Podría pensarse, entonces, que existentes «las circunstancias que justifiquen o puedan conducir a una extinción colectiva de relaciones de trabajo, lo procedente, si la empresa no lo hace, es que los representantes de los trabajadores insten el expediente de regulación de empleo y no que tenga lugar una pluralidad de acciones individuales resolutorias» (43). Y ciertamente, desde la perspectiva que ofrece el hecho de que la norma, por una parte, establezca una específica vía de extinción contractual para los casos en que la situación de crisis económica de la empresa exija la adopción de tal medida, y, por otra parte, prevea explícitamente la posibilidad de que los trabajadores acudan a ella, parece razonable que, en atención a la existencia de esa situación de crisis, los trabajadores acudieran a la vía extintiva expresamente prevista para estos casos. Pero es también cierto, en mi opinión, que no existe elemento normativo alguno que obligue a los trabajadores a acudir a esta vía de extinción si se encuen-

(42) Que los trabajadores no están obligados a instar el expediente de regulación en lugar de la acción resolutoria es la idea que defiende la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 17 de mayo de 1983 (Ar. 4356), e, implícitamente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 5 de febrero de 1990, de Asturias (Ar. 980).

(43) DURAN LOPEZ, F.: «Resolución del contrato de trabajo por voluntad del trabajador y despido», en *RL* núm. 11, 1990, págs. 17 y 18. En el mismo sentido se manifiesta GARCIA FERNANDEZ afirmando que «...en el caso de pasividad ... (empresarial) ... la resolución contractual ... (ex art. 50 ET) ... sólo estaría justificada si esa pasividad no excluye, ni por intención ni por necesidad, la continuidad de la empresa. De otra forma y dándose las circunstancias apropiadas, los trabajadores han de actuar de acuerdo con lo previsto en el artículo 51.2 ET...» [«La terminación del contrato de trabajo por voluntad del trabajador», Palma de Mallorca, (Publicaciones Universidad de Palma de Mallorca), 1983, pág. 110. Los paréntesis son míos]. En contra parece pronunciarse ALBIOL MONTESINOS.

tran también facultados para ejercitar otras acciones extintivas. Los trabajadores, en tanto que asistidos por el derecho a solicitar la extinción contractual tanto por la vía del artículo 51 como por la del 50 ET, podrán ejercitar la acción que más convenga a sus intereses (44).

En mi opinión, desde la realidad normativa sobre la que se opera, no es posible mantener la obligación de los trabajadores de instar el expediente de regulación tampoco en estos casos en los que se evidencia que la situación de crisis de la empresa es de entidad tal que conduce inevitablemente a la extinción de todos los contratos.

Desde la visión que ofrece el hecho de que el incumplimiento de alcance colectivo no obliga a los trabajadores a instar el expediente de regulación ni impide al trabajador ejercitar la acción resolutoria por incumplimiento, es éste el momento de analizar hasta qué punto y en qué sentido la incoación de un expediente de regulación de empleo puede incidir en el éxito de la acción resolutoria.

## 2. Extinción del contrato por causas económicas o tecnológicas y acción resolutoria.

A diferencia de lo que sucede cuando un despido se produce antes de ejercitarse la acción resolutoria o durante la sustanciación del procedimiento de la misma, la sola incoación de un expediente de regulación de empleo, ya en momento anterior al ejercicio de la acción, ya durante la sustanciación del procedimiento, no tiene por qué incidir en el éxito de la acción resolutoria planteada ya que, ocioso es decirlo, la voluntad extintiva del empresario así manifestada no tiene aquellos inmediatos efectos extintivos que caracterizan al despido y no produce, pues, aquella ruptura del vínculo contractual que pudiera condenar al fracaso la pretensión resolutoria del trabajador. Desde esta perspectiva, el hecho de que se promueva un expediente de crisis, en principio, sólo incidiría en el éxito de la acción resolutoria si en el momento de decidir sobre la solicitud de resolución el contrato se encuentra ya extinguido al amparo de la resolución administrativa que autorice la extinción contractual solicitada en el expediente (en ningún caso incidiría, claro está, si lo que se autoriza es la suspensión del contrato) (45).

(44) Por ello los trabajadores podrán optar por el ejercicio de la acción resolutoria en lugar de instar el expediente de regulación sin que por ello pueda apreciarse la existencia de fraude de ley (como en algunas ocasiones ha pretendido el FOGASA), ya que el fraude de ley sólo podría apreciarse si se acreditan plenamente los condicionantes de su conceptualización sin que pueda ser con éxito alegado en base a meras presunciones o conjeturas [vide, STSJ de Asturias de 15-10-1990 (Ar. 1757), y STSJ de Valencia de 20-2-1992 (Ref. BJS 314)]; por ello, «la invocación del fraude ha de partir no del mero dato del ejercicio de la pretensión resolutoria ... (en lugar de) ... acudir a la vía administrativa, ... sino de la indubitada demostración de que lo hizo quebrantando el espíritu y finalidad de la ley» [STCT de 28-2-1989 (Ar. 1474)].

(45) Es importante tener en cuenta a estos efectos que el artículo 124 LPL señala que «el órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción de contratos de trabajo por causas económicas o tecnológicas, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa legalmente prevista».

Esto no obstante, cuando la pretensión extintiva del trabajador concurre con la *voluntad extintiva del empresario fundada en causas económicas*, la postura de la jurisprudencia al respecto es bien distinta (46). Se mantiene que «ante la dualidad de procedimientos de extinción del contrato de trabajo contemplados en los artículos 50 y 51 ET y sus diferentes consecuencias jurídicas y económicas ha de entenderse en estos casos excluida la facultad resolutoria de los trabajadores» (47). Esta imposibilidad de ejercicio simultáneo de ambas acciones de la que se colige la exclusión de la acción resolutoria se justifica alegando que «cuando el empresario haya iniciado la tramitación del expediente de regulación de empleo ... prima el interés solidario y colectivo frente al ejercicio de acciones individuales al socaire del artículo 50 ET» (48), dado que admitir el ejercicio de acciones resolutorias individuales cuando ya ha comenzado la tramitación del expediente «podría traducirse en situaciones de privilegio frente a los demás afectados por la pretensión empresarial, obteniendo indemnizaciones muy superiores, ... (cuando) ... todos ellos deben compartir en forma generalizada y equitativa la situación de la empleadora» (49). Por el contrario, si la acción resolutoria se ha ejercitado con ante-

Pese a que la redacción legal puede tenerse por no especialmente afortunada al referirse al «acuerdo» empresarial de extinción, parece poco dudoso que lo que realmente aquí se prevé es la declaración de nulidad de la «decisión» extintiva del empresario en aquellos casos en los que éste pretenda fundar su decisión extintiva en aquellas causas sin haber logrado la preceptiva autorización administrativa para ello (ya porque no la solicitó, ya porque no la obtuvo, ya porque aun habiéndola obtenido pretende hacerla valer frente a un trabajador no incluido en el expediente). Por lo demás, en tanto en cuanto, a mi juicio, lo que realmente acaece en estos casos es un despido, aunque nada señala la norma en este sentido, para accionar frente a esta decisión extintiva debe utilizarse, en mi opinión, la vía de impugnación del despido. En este sentido: SALA FRANCO, T.: «De la extinción del contrato por causas objetivas y otras causas de extinción», en AA.VV. «Ley de Procedimiento Laboral», Bilbao, (Deusto), 1990, págs. 318 y 319.

- (46) Aunque en no pocas ocasiones la referencia al expediente se efectúa sin especificar si éste encuentra su base en causas económicas o tecnológicas, es lo cierto que en la práctica totalidad de los supuestos la lectura del texto de la sentencia viene a evidenciar que se trata de un expediente fundado en causas económicas.
- (47) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 1992 (Ar. 980). En el mismo sentido: Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1988 (Ar. 4234); 22 de diciembre de 1988 (Ar. 9899) y Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 15 de octubre de 1980 (Ar. 5066); 19 de diciembre de 1981 (Ar. 7647); 19 de julio de 1982 (Ar. 5753); 12 de abril de 1983 (Ar. 2987) y 23 de mayo de 1984 (Ar. 4561).
- (48) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 5 de febrero de 1991 (Ar. 1300). En este sentido se manifiestan también las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1984 (Ar. 4171); 2 de julio de 1985 (Ar. 3664); 26 de marzo de 1985 (Ar. 1392); 21 de junio de 1986 (Ar. 3696); de 2 de julio de 1987 (Ar. 5057); de 24 de octubre de 1988 (Ar. 8143); 12 de mayo de 1988 (Ar. 4234); y 22 de diciembre de 1988 (Ar. 9899).
- (49) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid de 5 de febrero de 1991 (Ar. 1300). El paréntesis es mío.  
Aunque la sentencia se refiera a la «pretensión empresarial» -porque en el supuesto de hecho allí debatido el expediente había sido incoado por el empresario- esa misma llamada a la solidaridad ha de entenderse predicable cuando el expediente es instado por los trabajadores, y para cuando aun instado por el empresario hubiese concluido por acuerdo con los trabajadores. Para un supuesto en que el expediente concluye por acuerdo con el Delegado de Personal, *vide*, Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 (Ar. 5057).

rioridad a la incoación del expediente se entiende que éste no es obstáculo para la estimación de la pretensión resolutoria, ya que de admitirse tal posición «tendría la empresa un cómodo subterfugio para abortar o impedir el ejercicio de un derecho que en principio no tiene cortapisas legales de orden material o procesal» (50).

Desde luego, es indudablemente cierto que las consecuencias derivadas de la extinción contractual producida al amparo del artículo 50 y del artículo 51 son sustancialmente distintas, como sustancialmente distintas son las motivaciones y causas que permiten operar la extinción contractual en uno y otro supuesto. Pero también es poco dudoso, desde mi punto de vista, que ello no es argumento bastante para mantener la exclusión de la acción resolutoria. Como tampoco es, a mi juicio, argumento bastante para mantener esa exclusión el que gira en torno a la idea de la solidaridad (que se formula aquí en una doble vertiente: Solidaridad entre los trabajadores y solidaridad de los trabajadores con la empresa frente a la situación de crisis).

Con toda probabilidad, puede, desde alguna perspectiva, parecer razonable mantener la conveniencia de que todos los trabajadores afectados por el expediente se encuentren sometidos a la misma suerte: A la que resulte del expediente. Desde esta idea, podría argumentarse que quien ejercita la acción resolutoria adopta una actitud insolidaria por cuanto se colocaría en situación de obtener una indemnización de más elevada cuantía. Y qué duda cabe de que ello puede, en efecto, enfocarse desde ese prisma. Pero, como ya se señalara en otro lugar, no existe elemento normativo alguno que obligue al trabajador a anteponer una actitud solidaria al derecho que le asiste a ejercitar las acciones derivadas del contrato de trabajo. El argumento, por lo demás, podría ser fácilmente reducido al absurdo cuando el incumplimiento alcanza a todos los trabajadores incluidos en el expediente: Desde el derecho que les asiste de ejercitar la acción resolutoria, bastaría con que los trabajadores ejercitasen la acción resolutoria para encontrarse así, también, sometidos todos a una misma suerte, a una misma solución.

Ello evidencia, a mi juicio, que, más allá de ese pretendido principio de solidaridad entre los trabajadores, la idea que realmente aquí se baraja para excluir la acción resolutoria es la solidaridad de los trabajadores con la empresa frente a la situación de crisis: No se defiende tanto la conveniencia de que los trabajadores afectados por el expediente perciban una misma indemnización por la extinción de sus contratos como que esa indemnización sea sustancialmente más reducida y suponga un menor coste para la empresa. No es preciso, en mi opinión, hacer acopio de argumentos para afirmar que entender que debe excluirse el ejercicio de la acción resolutoria en tanto se tramita el expediente de regulación porque los trabajadores deben ser solidarios *con la empresa* cuando ésta atraviesa una situación de crisis, es idea que se corresponde con trasnochadas y ya superadas concepciones de la empresa que no pueden ahora ser alegadas con un mínimo de rigor. Pero hay más. Y es que excluir el ejercicio de la

(50) Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1983 (Ar. 6250). En el mismo sentido: Sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 17 de mayo de 1983 (Ar. 4356) y 4 de mayo de 1988 (Ar. 3625).

acción resolutoria sobre el argumento de que los trabajadores deben ser solidarios con la empresa ante una situación de crisis conduciría, al límite, a poner en cuestión el derecho de los trabajadores al ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo cuando la empresa atraviesa una situación de crisis económica. Y, en mi opinión, ello no puede mantenerse: La situación de crisis autoriza al empresario a solicitar la extinción o la suspensión de todos o parte de los contratos pero en modo alguno autoriza al incumplimiento de las obligaciones contractuales y, por ello, en modo alguno hace desaparecer la responsabilidad empresarial derivada del incumplimiento.

Desde esta perspectiva ha de concluirse, entonces, que, en base a aquel principio de solidaridad, no cabe primar la voluntad extintiva del empresario frente a la del trabajador excluyendo el ejercicio de la acción resolutoria cuando se haya instado el expediente de regulación de empleo. Ahora bien, una cosa es que no se comparta la argumentación que sustenta esta posición y otra distinta es que no se haya de compartir su filosofía.

Y su filosofía se comparte tanto en cuanto lo que en realidad se persigue manteniendo esa exclusión de la acción resolutoria es arbitrar una solución que permita conjugar los derechos e intereses del trabajador frente al incumplimiento con los derechos e intereses del empresario frente a la situación de crisis económica de la empresa: Derechos e intereses que, por decirlo explícitamente, coinciden aquí en tanto que trabajador y empresario pretenden extinguir el vínculo contractual que les liga, y aparecen, por otra parte, enfrentados por cuanto de la extinción que pueda operarse al amparo de uno y otro fundamento se derivan diferentes indemnizaciones (51).

Concurrente la voluntad extintiva de una y otra parte, se articula, en aquella posición de la jurisprudencia, la manera de lograr que la extinción pueda producirse con el menor coste económico para la empresa, primando el derecho a extinguir que deviene de una situación de crisis frente al derecho a resolver en base al incumplimiento. Y ello, en mi opinión, puede parecer razonable que sea así. Pero no porque se pueda entender que ello venga exigido por

(51) No es preciso decir que a las «dificultades» que siempre entraña la armonización de derechos encontrados se suma aquí el nada desdeñable dato de que las voluntades extintivas en conflicto han de articularse por vías jurisdiccionales distintas. Sobre la problemática que rodea la intervención de la Administración en las relaciones de trabajo, *vide*, GONZALEZ DE LENA ALVAREZ, F.: «La intervención de la Administración en las relaciones laborales», en *Relaciones Laborales* núm. 12, 1990, pág. 72 y ss.; CRUZ VILLALON, J.: «El control judicial de los actos de la Administración: La extensión de las jurisdicciones laboral y contencioso-administrativa», en *Relaciones Laborales*, núm. 18, 1990, pág. 9 y ss.; CONDE MARTIN DE HIJAS, V.: «Jurisdicción social y jurisdicción contencioso-administrativa. Concurrencia y conflictos en materias laborales y de Seguridad Social», en «El nuevo orden social de la jurisdicción», Madrid, (CEOE), 1986, pág. 89 y ss.; DOLZ LAGO, M.J.: «La extensión de la competencia de la jurisdicción social a la fiscalización de los actos administrativos laborales», en *Actualidad Laboral* núm. 7, 1987; MONTOYA MELGAR, A.: «Jurisdicción y administración de trabajo. Extensión y límites de sus competencias», Madrid, 1970; y RIVERO LAMAS, J.: «La aplicación del Derecho del Trabajo: Tutela jurídica de los derechos y protección jurisdiccional», en REDT, (Cívitas), núm. 42, 1990, pág. 197 y ss.

ese pretendido principio de solidaridad, sino porque en una situación de crisis económica de la empresa puede parecer en alguna medida aconsejable primar aquellas especiales previsiones que la norma establece para hacer frente a ella o para evitar su agravamiento; esto es, por lo que aquí interesa, porque puede parecer razonable que existente la situación de crisis se prime el derecho a extinguir la relación con una menor indemnización en base a esta causa.

Ahora bien, aun partiendo de la idea de que lo razonable sea primar el derecho a extinguir que deviene de la situación de crisis frente al derecho a resolver que deriva del incumplimiento, es poco dudoso, en mi opinión, que ello debe articularse de manera que aquella primacía de la voluntad extintiva del empresario no desemboque en un total desconocimiento del derecho del trabajador. Y, en este sentido, es preciso reconocer que tal como se estructura en la jurisprudencia la exclusión de la acción resolutoria, ese desconocimiento puede llegar a producirse porque, aun cuando el ámbito material de la exclusión se circunscribe a aquellos trabajadores incluidos en el expediente (52) (como no podía ser de otro modo dado que en otro caso no hay concurrencia de voluntades extintivas), el ámbito temporal de la misma se identifica con la resolución definitiva del expediente y ello puede devenir en la imposibilidad de ejercitar la acción resolutoria, porque, si a la inicial resolución del expediente sigue el largo camino de los recursos que frente a ella pueden interponerse, puede suceder que, al tiempo de la resolución definitiva, el plazo de ejercicio de la acción haya prescrito. Por ello, en mi opinión, la exclusión de la acción resolutoria en estos supuestos no debe ir más allá del momento en que en instancia o, a lo sumo, en alzada se resuelva el expediente. Así conjugados el ámbito material y el ámbito temporal de la exclusión, resultaría de ello el establecimiento de un período en el que se concede primacía al derecho a extinguir en base a la crisis frente al derecho a resolver con amparo en el incumplimiento pero sin llegar a desconocer totalmente el derecho del trabajador a resolver su contrato en base al incumplimiento del empresario (53).

(52) Para un caso en el que se desestima la acción resolutoria de dos trabajadores por encontrarse incluidos en el expediente de regulación instado por la empresa y se estima la de un tercero por no resultar éste afectado por el expediente, *vide*, Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1988 (Ar. 4234).

(53) En otro orden de ideas, es importante tener en cuenta que no es extraño que durante la tramitación del expediente se produzca la falta de pago del salario o retrasos continuados en su abono. En alguna ocasión, la jurisprudencia ha afirmado que la falta de pago del salario y los retrasos en su abono en tanto se tramita el expediente está justificada [\*]; pero, a mi juicio, ningún elemento normativo permite mantener tal conclusión, ya que durante la tramitación del expediente la relación laboral permanece en vigor y las obligaciones contractuales que atañen a cada una de las partes son enteramente exigibles. Con toda probabilidad, la cuestión se centra aquí en determinar si esta falta de pago faculta para solicitar la resolución aun cuando el expediente se esté tramitando o sólo cuando el expediente resultara denegado. A mi juicio, lo único que podría afirmarse en este sentido es que en base a aquella primacía de la voluntad extintiva al amparo de la situación de crisis frente a la voluntad extintiva que deriva del incumplimiento, es razonable excluir la posibilidad de ejercitar la acción resolutoria por estos impagos o retrasos en tanto el expediente se apruebe o deniegue. Si aprobado, los salarios debidos y, en su caso, el recargo por mora, podrán ser reclamados por trabajador. Si denegado el expediente, a mi juicio, el trabajador podrá ejercitar la acción resolutoria en base a aquel impago.

[\*] Entienden justificada la falta de pago en tanto se tramita el expediente: Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1987 (Ar. 6836); Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 24 de febrero de 1987 (Ar. 3919); y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 11 de febrero de 1992, de Madrid (Ar. 980).

Finalmente, es innecesario decir que no existe, en mi opinión, elemento normativo alguno que obligue a mantener la necesidad de primar en estos supuestos la voluntad extintiva del empresario frente a la voluntad extintiva del trabajador (precisamente por ello la jurisprudencia se ve abocada a acudir a este pretendido principio de solidaridad) y que, desde mi punto de vista, si se considera que realmente es adecuado primar la voluntad extintiva del empresario en estos casos, es conveniente que la norma establezca expresa y claramente las previsiones necesarias al respecto (54).

En otro orden de ideas, es conveniente señalar que estas consideraciones no pueden, a mi juicio, hacerse extensivas a los casos en los que el expediente se fundamenta en *causas tecnológicas*. No es preciso, en mi opinión, agotar argumento alguno para afirmar que una cosa es contraponer el derecho del trabajador a resolver su contrato por incumplimiento del empresario con el derecho del empresario a extinguir los contratos cuando ello es «la medida más congruente» (55) frente a esa situación de inviabilidad económica «objetiva, real, suficiente y actual» (56) que ha de caracterizar la situación de crisis de la empresa que puede fundamentar un expediente por causas económicas; y otra cosa es contraponer aquel derecho del trabajador con el derecho de extinguir la relación que asiste al empresario cuando la modificación o alteración del proceso de producción conlleva la necesidad de reestructurar la plantilla.

### 3. Extinción del contrato por fuerza mayor y acción resolutoria.

La eventual concurrencia de la voluntad resolutoria del trabajador por incumplimiento empresarial con la voluntad extintiva del empresario fundada en la concurrencia de fuerza mayor ofrece, como se verá, perfiles radicalmente distintos.

(54) Previsiones que, en mi opinión, no deberían ir más allá del establecimiento de la exclusión del ejercicio de la acción resolutoria en un ámbito temporal delimitado (hasta que se resuelve el expediente o, a lo sumo, hasta que se resuelve la alzada) transcurrido el cual el trabajador podría solicitar la extinción ex artículo 50 ET. Para garantizar la efectividad del derecho del trabajador, este período de tiempo debería configurarse como interruptivo o suspensivo del cómputo del plazo de prescripción a que la acción se encuentra sometida.

(55) «La situación económica de la empresa planteada en un expediente debe relacionarse con las medidas de regulación de empleo interesadas, de tal manera que al resolver la autoridad laboral en sentido positivo la pretensión empresarial, con ello se contribuye eficazmente a la solución del problema económico por que atraviesa la empresa, por ser ésta la medida más congruente» (Rs. de 11-9-1979). Es importante tener en cuenta, además, que no podrá amparar la extinción contractual aquella situación de crisis que «ha venido provocada, aun sin intencionalidad, por una negativa e incorrecta gestión (de la empresa)» (Rs. de 27-11-1980); y por ello debe acreditar el empresario «que empleó todos los medios a su alcance para evitar esa situación» (Rs. de 14-4-1983). [Todas las resoluciones aquí mencionadas son citadas por ALBIOL MONTESINOS en su obra «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas», en «Comentarios a las leyes laborales. El ET», Madrid, (Edersa), 1989, Tomo IX, vol. 2.º, págs. 274 y 275].

(56) ALBIOL MONTESINOS, I.: «Extinción del contrato de trabajo por causas económicas o tecnológicas», en «Comentarios a la legislación laboral. El ET», Madrid, (Edersa), 1989, Tomo IX, vol. 2.º, pág. 274.

Si de la coincidencia temporal del ejercicio de la acción resolutoria con la tramitación de un expediente de extinción contractual por fuerza mayor se trata, no cabe, en principio, sino reiterar lo que en otro lugar ya se apuntara: Que la sola incoación del expediente, ya en momento anterior al ejercicio de la acción, ya durante la sustanciación del procedimiento, no tiene por qué incidir en el éxito de la acción resolutoria ya que la voluntad extintiva del empresario así manifestada no produce la ruptura del vínculo contractual que pudiera condenar al fracaso la pretensión resolutoria del trabajador. El hecho de que se incoe el expediente sólo incidiría en el éxito de la acción resolutoria si en el momento de decidir sobre la solicitud de resolución el contrato se encuentra ya extinguido al amparo de la resolución administrativa que autorice la extinción contractual solicitada en el expediente (en ningún caso incidiría, claro está, si lo que se autoriza es la suspensión del contrato) (57).

Ahora bien, como es conocido, cuando se trata de un expediente de extinción por fuerza mayor, señala el artículo 51.1 ET que «la resolución de la autoridad laboral que autorice la extinción producirá, en todo caso, sus efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor» (58) por lo que el empresario queda autorizado para extinguir con efectos desde la fecha del hecho causante de la fuerza mayor (59). Y si el empresario procede a extinguir con efectos desde aquella fecha, es claro, por una parte, que no podrá prosperar ninguna pretensión resolutoria planteada con posterioridad a la fecha del hecho causante (porque el contrato resultaría encontrarse extinguido ya en el momento del ejercicio de la acción), y, por otra parte, que es probable que aun las planteadas con anterioridad a la fecha del hecho causante hayan de ser desestimadas si en el momento de resolver sobre la pretensión, el contrato ya estuviese extinguido (60).

- (57) Es importante tener en cuenta a estos efectos que el artículo 124 LPL señala que «el órgano judicial declarará nulo, de oficio o a instancia de parte, el acuerdo empresarial de extinción de contratos de trabajo por causas económicas o tecnológicas, fuerza mayor o extinción de la personalidad jurídica del empresario si no se hubiese obtenido la previa autorización administrativa legalmente prevista».
- (58) Sobre la posibilidad de fundamentar esta eficacia retroactiva de la autorización administrativa en el artículo 54.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo, *vide*, ORTIZ LALLANA, C.: «La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento», Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, pág. 158. En general sobre la retroactividad de los actos administrativos, DE LA VALLINA VALVERDE, J.L.: «La retroactividad del acto administrativo», Madrid, 1964.
- (59) Que el empresario extinga o no con efectos desde esa fecha es cuestión que queda a su arbitrio. Sobre la controvertida cuestión de cuál sea el período de tiempo durante el cual pueda el empresario hacer valer la autorización para extinguir, *vide*, ALBIOL MONTESINOS, I.: «Extinción del contrato de trabajo por fuerza mayor», en «Comentarios a las leyes laborales. El ET», Madrid, (Edersa), 1989, Tomo IX, vol. 2.º, págs. 249 y 250.
- (60) Para un supuesto en el que la acción resolutoria fue ejercitada antes de la iniciación del expediente incoado al efecto, *vide*, Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 19 de julio de 1988 (Ar. 5049).

Lo anterior reza, como se indicó, para cuando la relación entre el ejercicio de la acción y la tramitación del expediente no guardan más relación que la derivada de su coincidencia temporal: Para cuando el incumplimiento en el que se basa la pretensión resolutoria es ajeno a la concurrencia de la causa de fuerza mayor. Pero hay más. Porque, como tampoco se ignora, cuando derivado de la concurrencia de una causa de fuerza mayor, el incumplimiento no puede ser válidamente alegado para fundamentar la resolución ex artículo 50 ET. Por ello, si el incumplimiento empresarial obedece al acaecimiento de una causa de fuerza mayor la acción resolutoria habrá de ser desestimada (y ello con independencia de que el empresario, al amparo de la causa de fuerza mayor, hubiese o no procedido a incoar un expediente a los efectos de poder extinguir o suspender las relaciones contractuales).