



ASOCIACIÓN  
DE JUEGES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA



Dirección  
Natalia Velilla Antolín

Coordinación  
Ramón Gimeno Lahoz



JUSTICIA



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

# BOLETÍN DIGITAL SOCIAL

NÚMERO 11. ENERO 2017

**LA POSIBLE REVISIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN EXTINTIVA DEL ART. 50 ET, A LA VISTA DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TS.**

STS (4ª) 767/ 2016 de 21 de septiembre  
ROJ STS 4442/2016

Carlos Escribano Vindel  
Magistrado  
Juzgado de lo Social nº 26 Barcelona

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TJUE DE FECHA 26-11-15**

STJUE 62014CJ0509 de 26 de noviembre de 2015  
ROJ PTJUE 248/2015

Martín José Mingorance García  
Magistrado  
Juzgado de lo Social nº 2 Córdoba

## LA POSIBLE REVISIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN EXTINTIVA DEL ART. 50 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES A LA VISTA DE LOS ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO.

CARLOS ESCRIBANO VINDEL

Magistrado Juzgado Social 26 Barcelona

### Resumen:

La Sentencia nº 767/2016, de 21 de septiembre de 2016, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (STS), dictada en el recurso de casación para unificación de doctrina (RCUD) nº 221/2015, podría haber culminado una evolución de la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la acción extintiva del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), tradicionalmente considerada como estrictamente constitutiva, abrogando uno de los dogmas más repetidos en la práctica forense, “no se puede extinguir lo ya extinguido”; y superando, con ello, una de las cuestiones más problemáticas en el ámbito de la jurisdicción social, especialmente en su relación con la mercantil.

### Voces:

- Acción extintiva del art.50 ET
- Acción por despido objetivo
- Acumulación de acciones. Efectos

### Comentario:

Como es sabido, el art. 50 del ET faculta al trabajador a instar la extinción de la relación laboral en caso de incumplimientos empresariales graves; siendo paradigma de los mismos el impago de salarios.

Tradicionalmente se ha considerado una acción constitutiva, no produciéndose la extinción del vínculo laboral hasta el dictado de la sentencia. Matizo, hasta su firmeza.

Esta concepción de la acción extintiva del art. 50 del ET comportaba el fracaso de la misma cuando llegado el juicio la relación laboral ya se había extinguido por una causa válida (expiración de la vigencia del contrato temporal, declaración del trabajador en situación de incapacidad permanente, fallecimiento del empresario individual, etcétera). En el uso forense triunfó la máxima “no se puede extinguir lo ya extinguido”.

Lo anterior podía predicarse incluso en el caso del despido, objetivo o disciplinario, pues sabido es que el despido, como acto empresarial, produce efectos desde su comunicación al trabajador, siendo el pronunciamiento judicial que se dicte en caso de impugnación de carácter declarativo (procedente, improcedente o nulo).

Para evitar el fracaso de la acción del art. 50 del ET, el trabajador que durante la tramitación del proceso sufría un despido estaba obligado a su impugnación. Y, en tal caso, la ya derogada Ley de Procedimiento Laboral (LPL) obligaba a acumular ambos procesos (art. 32); pero no concretaba que acción debía resolverse en primer lugar, ni aclaraba si el fracaso de la acción de impugnación del despido, con declaración, por tanto, de procedencia del mismo, impedía resolver la acción extintiva del art. 50 del ET.

Lo anterior tiene su importancia, especialmente considerando que en la mayor parte de los casos ambas acciones traen causa de la situación de adversidad económica de la empresa; motivo frecuente de impago de salarios.

Así, si la falta de pago se ha prolongado durante más de tres mensualidades, concurriría causa para acoger la acción extintiva del art. 50 del ET, considerando que la misma se basa en un incumplimiento objetivo, independientemente de la voluntad o

culpabilidad empresarial (STS de 19 de noviembre de 2013, RCUUD nº 2800/2012). Y evidente es que esa misma adversidad económica justificaría un despido objetivo, que en caso de cumplir con los requisitos formales del ET debería declararse procedente.

En un primer momento se acogió el llamado criterio cronológico procesal, que entendía que debía examinarse en primer lugar la acción primeramente planteada. Criterio que dio lugar a estrategias procesales fraudulentas, demorando el ejercicio de la acción de impugnación del despido, siempre dentro del exiguo plazo de caducidad, para plantear en primer lugar la acción extintiva del art. 50 del ET.

Lo anterior dio lugar a la revisión del criterio cronológico procesal, dando paso al llamado criterio causal sustantivo, según el cual, en el caso de que la causa del despido y de la extinción del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial sea diversa, habría de priorizarse el estudio de aquella causa que surgiera en primer lugar. Es decir, si el denunciado incumplimiento empresarial fuera anterior al despido debería abordarse en primer lugar el estudio de la demanda de extinción del contrato de trabajo (En este sentido, la STS de fecha 25 de enero de 2007, dictada resolviendo el RCUUD nº 2851/2005).

Este parece ser, también, el criterio acogido en la regulación de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), a tenor del segundo párrafo del art. 32.1 (*“cuando las acciones ejercitadas están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia deberá analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes, dando respuesta en primer lugar a la acción que considere que está en la base de la situación de conflicto y resolviendo después la segunda, con los pronunciamientos indemnizatorios que procedan. Si las causas de una u otra acción son independientes, la sentencia debe dar prioridad al análisis y resolución de la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, si bien su estimación no impedirá el examen, y decisión en su caso, de la otra acción”*).

Y aunque el precepto expresamente ordenaba estudiar y resolver ambas acciones, se venía entendiendo que la desestimación de la impugnación del despido, y, por tanto, la declaración de procedencia del mismo, impedía acoger la acción extintiva del art. 50 del ET. Se argumentaba que el despido producía efectos desde su comunicación al trabajador, que la posterior declaración judicial de procedencia convalidaba, por lo que a la hora de estudiar la acción del art. 50 del ET faltaba el presupuesto esencial de que la relación laboral estuviera vigente (“no se puede extinguir lo ya extinguido”). Se decía, por ello, que se trataba de un criterio causal sustantivo excluyente.

Este panorama, que estaba perfectamente asumido en el ámbito de la jurisdicción social, provocó también, conflictos entre la jurisdicción social y la mercantil.

Común ha sido, especialmente en estos años de crisis, que mientras un Juzgado de lo Social tramitaba el proceso en el que se había ejercitado la acción extintiva del art. 50 del ET la relación laboral se extinguiera en virtud de auto del Juez de lo Mercantil dictado en el llamado expediente concursal para la extinción colectiva de los contratos de trabajo del art. 64 de la Ley Concursal (LC). El apartado 10 de este último artículo trató de reducir la fricción entre jurisdicciones, mediante la acumulación al expediente concursal de las acciones individuales del art. 50 del ET motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado. Pero la limitación temporal de esta previsión (sólo comprendía las acciones extintivas del art. 50 del ET ejercitadas con posterioridad a la solicitud del concurso), y una cierta resistencia de los Juzgados de lo Mercantil a acordar la acumulación de procesos individuales al expediente concursal, ha determinado la práctica inoperancia de esta previsión.

La lógica de los tiempos ante el actual colapso de la jurisdicción social daba como resultado que los Jueces de lo Social, llegado el acto del juicio señalado para enjuiciar la acción extintiva del art. 50 del ET, nos viéramos obligados a su desestimación al haberse extinguido con anterioridad la relación laboral en el seno del expediente concursal del

art. 64 del ET. Y ello, como consecuencia, recordemos, de la asumida naturaleza constitutiva de la acción del art. 50 del ET (“no se puede extinguir lo ya extinguido”).

Sin embargo, desde hace unos años varios pronunciamientos de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo han permitido reconsiderar la naturaleza de la acción extintiva del art. 50 del ET.

Un primer hito al respecto lo constituyó la STS de 20 de julio de 2012, RCUUD n° 1601/2011, que consideró posible que el trabajador, una vez ejercitada la acción extintiva del art. 50 del ET, abandonara el puesto de trabajo, en autotutela de sus intereses, asumiendo la eventualidad del resultado del litigio (que en caso de resolverse en sentido favorable a sus intereses declararía la extinción de la relación laboral a la fecha en que se cesó en la prestación de servicios; no a la fecha de la sentencia). Esta sentencia no quedó como un verso suelto, habiendo sido su doctrina reiterada en varias ocasiones (STS de 28 de octubre de 2015, RCUUD n° 2621/2014; o STS de 24 de febrero de 2016, RCUUD n° 2920/2014).

Más recientemente, la STS n° 700/2016, de 20 de julio de 2016, RCUUD n° 3792/2014, consideró que no procedía la suspensión del proceso individual en el que se ejercitaba la acción extintiva del art. 50 del ET a la espera de que ganara firmeza el auto dictado en el expediente concursal del art. 64 de la LC que ya se había dictado en el momento del juicio señalado en el mencionado proceso individual del art. 50 del ET. Y aunque el caso se estudió desde un prisma esencialmente procesal, estimando que no concurría la excepción de litispendencia, la consecuencia es que si se permitía al Juzgado de lo Social continuar la tramitación del procedimiento hasta dictar sentencia, que pudiera ser estimatoria, se estaba excepcionando la tradicional regla de que no puede extinguirse lo ya extinguido.

Finalmente, encontramos la reciente STS n° 767/2016, de 21 de septiembre de 2016, RCUUD n° 221/2015, cuyo conocimiento ha inspirado este comentario. Toma como supuesto la acumulación de los procesos de impugnación del despido objetivo (por causas económicas)

y de extinción del contrato de trabajo *ex art.* 50 del ET (por impago de salarios), partiendo de la declaración de procedencia del despido, y, por tanto, con extinción de la relación laboral anterior a la sentencia de instancia. Y a pesar de ello, aplicando lo que denomina criterio cronológico sustantivo no excluyente (el que en resoluciones anteriores también se ha llamado criterio causal sustantivo) acoge la acción extintiva del art. 50 del ET, no extinguiendo la relación laboral (pues la misma se extinguió ya con motivo del despido), limitándose a declarar que la relación laboral se había extinguido a la fecha del despido, pero condenando a la empresa, acreditados sus graves incumplimientos, a pagar al trabajador una indemnización equivalente a la correspondiente al despido improcedente, aunque calculando la antigüedad hasta la fecha del despido, y compensándola con la ya percibida por el despido objetivo.

Aplicando este mismo criterio, nada impediría que el Juez de lo Social que esté conociendo la acción del art. 50 del ET acoja la misma aunque la relación laboral haya sido extinguida con anterioridad por el Juez del Concurso en el seno del expediente concursal del art. 64 de la LC, aunque sin extinguir la relación laboral (pues ya está extinguida), calculando la indemnización hasta la fecha de la extinción acordada en expediente concursal, y compensando la indemnización correspondiente con la ya percibida (pues ambas indemnizaciones compensan un mismo daño, la pérdida de la ocupación).

Así las cosas, atendida esta evolución jurisprudencial, queda preguntarnos si no se ha procedido a revisar la naturaleza jurídica de la acción del art. 50 del ET, dejando de ser una acción exclusivamente constitutiva para pasar a considerarse una acción compleja, con una triple pretensión: declarativa (declarar la existencia de un incumplimiento empresarial grave), constitutiva (extinción de la relación laboral), y de condena (al pago de la indemnización), pudiendo en sentencia acogerse las tres, únicamente dos (la declarativa y la de condena), o ninguna.

**COMENTARIO A LA SENTENCIA DICTADA POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE FECHA 26-11-15 EN EL ASUNTO C-509/14 Y QUE, A SU VEZ, RESUELVE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA POR LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO MEDIANTE AUTO DE FECHA 09-09-14**

MARTÍN JOSÉ MINGORANCE GARCÍA

Magistrado Juzgado Social nº 2 Córdoba

**RESUMEN:**

En la sentencia de referencia dictada por la alta instancia judicial europea se viene a señalar, en relación con la cuestión prejudicial planteada, que la Directiva 2001/23 debe interpretarse en el sentido de que está comprendido dentro de su ámbito de aplicación y, por tanto, dentro del concepto de sucesión/transmisión de empresa que regula, una situación en la que una empresa pública confía a otra -mediante un contrato de gestión de servicios públicos que incluye la cesión de determinados medios materiales- la explotación de una determinada actividad y, con posterioridad, decide poner fin a dicho contrato de gestión de servicios públicos y retomar de forma directa y con su propio personal la referida actividad y sin pretender asumir al personal de la empresa cesionaria.

**VOCES:**

- Directiva 2001/23
- Sucesión de empresas por externalización
- Reversión a empresa pública



- Obligaciones de la subrogación en la reversión
- Acción a ejercitar

### COMENTARIO:

La sentencia comentada llama, según mi criterio, la atención no tanto por la solución jurídica que aporta sino por cómo se aplica dicha solución jurídica sobre un determinado supuesto de hecho que reviste una serie de especiales peculiaridades -al menos, desde el punto de vista estrictamente procesal-.

Trataré ser más explícito; se analiza en dicha sentencia un procedimiento por despido instado por uno de los trabajadores de la empresa cesionaria y que, a su vez, había sido objeto de un despido objetivo dentro del marco de un despido colectivo instado por la referida empresa cesionaria.

Frente a dicha situación acude a la jurisdicción social el trabajador demandante y frente a la empresa pública que retomó, de forma directa y a su cargo, la actividad en la que había venido siendo empleado el citado trabajador *(sólo, con posterioridad, amplió su demanda frente a la que había sido su empleadora directa –empresa cesionaria-, si bien sin solicitar ningún tipo de condena específica respecto de la misma).*

Es necesario llamar la atención, en este punto, sobre que la acción de despido ejercitada por el trabajador no viene referida a la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia del despido colectivo tramitado a instancias de la que había venido siendo su empleadora sino que el trabajador sitúa la fecha y efectos del despido que impugna cuando la empresa pública retoma la actividad que, hasta ese momento, había venido siendo desarrollada por su empleadora y en la que él había venido prestando sus servicios.

Lo curioso, a mi modo de entender, es que en la instancia se declarase la improcedencia del despido y se condenase a la referida

empresa pública y, además que, ante el recurso de suplicación planteado por ésta, la Sala de lo Social del T.S.J. del País Vasco plantease la cuestión prejudicial que da pie al presente comentario.

¿Es posible, por tanto, instar una acción de despido, exclusivamente, frente a una empresa distinta de aquélla que ha operado el despido y sobre la base de la eventual existencia del mecanismo de sucesión/transmisión de empresa que, además, se ha producido en un momento distinto -anterior y/o posterior- de aquel en el que se materializa y concreta el despido?

Se debe tener en cuenta, además, que no se impugnó de forma directa el despido objetivo derivado del procedimiento de despido colectivo y, también, que, en el momento en el que se produce la reversión de la contrata -30-06-13- (*momento en el que, según la tesis de la demanda, se sitúa la existencia del despido frente a la empresa pública por no subrogación del actor*), la relación laboral del trabajador demandante seguía viva frente a su empleadora por cuanto que se estaba, todavía, tramitando el despido colectivo (*que no se produce hasta el 11-07-13*).

Resulta claro -desde mi modesto punto de vista-, por tanto, que con fecha del 01-07-13 no se produce ningún despido del trabajador demandante, éste sigue vinculado con la que seguía siendo su empleadora, si bien con la única salvedad de que no puede continuar con la prestación de los servicios que había venido realizando hasta ese momento.

Ni siquiera cabría hablar de que se están impugnando dos despidos distintos producidos en fechas distintas (*uno el 01-07-13 y otro el 11-07-13*) y, además, cada uno de ellos por una empresa distinta (*el primero realizado por la empresa pública que “rescata” el servicio y el segundo por la que había venido siendo la empleadora del actor*).

De la misma manera, también procedería tener en cuenta la eventual acumulación indebida de acciones (*declarativa de derecho y*

*despido*) y, en todo caso, la “*incoherencia*” que supondría impugnar, en una misma demanda, dos despidos distintos, por causas distintas, realizados por empresas distintas y, todo ello, en el seno de una misma relación laboral.

La consecuencia legal “*inicial*” de dicha valoración, desde el punto de vista procesal y conforme a lo dispuesto en el Art. 27 de la L.R.J.S., tendría que haber sido, en principio, la nulidad de actuaciones desde el momento mismo de la admisión a trámite de la demanda para requerir a la parte actora a fin de que desacumulase las acciones indebidamente acumuladas (*acumula dos acciones de despido distintas, frente a dos empresas distintas*) y, caso de no hacerlo, resolver conforme prevé el apartado 3º de la norma antes referida.

Según mi criterio, si se entendía que lo que procedía era la subrogación por parte de la empresa pública (*y, se insiste, no habiéndose producido despido alguno, al menos en ese momento*), tendría que haberse interpuesto una demanda declarativa para tratar de obtener una declaración judicial en tal sentido pero no acudir a un proceso de despido respecto del que el actor carecería de acción conforme a lo indicado.

**Se debe tener en cuenta, igualmente, que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, el contrato de trabajo de la persona despedida ilegalmente poco tiempo antes de la transmisión aún existe con respecto al cesionario si después de la transmisión de empresa éste no se ha hecho cargo del trabajador despedido, por lo que los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de empresa y de los que no se haya hecho cargo el cesionario pueden invocar frente a éste la ilegalidad de dicho despido (*STJCE Dethier, 12-3-1998 [TJCE 1998, 45]*). No obstante esto, en el supuesto objeto del presente comentario y a diferencia de lo expuesto en la sentencia anteriormente reseñada, el despido se produce “*poco tiempo después*” de la sucesión de empresa.**

**Finalmente, es preciso subrayar que la Directiva en cuestión garantiza la protección de los derechos de los trabajadores contra el despido motivado únicamente por la transmisión de empresa, de modo que tanto el cedente como el cesionario tienen la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización (art. 4.1 Directiva 2001/23/CE) (STJCE Dethier 12-3-1998 [TJCE 1998, 45]), despido que, obviamente, podrá producirse con posterioridad a la sucesión de empresa (como ocurrió en el supuesto objeto del presente comentario).**

---



---

A S O C I A C I O N  
DE JUECES Y MAGISTRADOS  
FRANCISCO DE VITORIA

---