



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO FIN DE GRADO EN DERECHO
SIMULTANEIDAD DE LOS GRADOS EN ADMINISTRACIÓN Y
DIRECCIÓN DE EMPRESAS Y DERECHO

CURSO 2019-2020

**MEDIDAS A ADOPTAR EN UNA EMPRESA EN
DIFICULTADES**

Autora: Nuria Bello Barral

Tutor: Rafael García Pérez

ÍNDICE

ABREVIATURAS	3
INTRODUCCIÓN.....	4
I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	5
II. LA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE PRECONCURSO.....	6
II.1. Consideraciones previas sobre la figura preconcursal	6
II.2. Requisitos para la admisión del concurso	7
II.3. Efectos del concurso	12
III. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO	14
III.1. Introducción al expediente de regulación de empleo. Licitud de su iniciación .	14
III.2. Causas justificativas del Expediente de Regulación de Empleo.....	16
IV. PRÁCTICAS DESLEALES EN LA RELACIÓN COMERCIAL	19
IV.1. Actos de competencia desleal.....	19
IV.2. Explotación de la situación de dependencia económica.....	21
IV.3. Prácticas desleales contrarias a la buena fe: relegación de productos a estantes inferiores y bajada de pedidos como represalia	24
IV.4. Acciones a ejercitar por Sardiña de Galicia.....	26
V. JURISDICCIÓN COMPETENTE EN CASO DE CONCURRENCIA DE ERE Y CONCURSO DE ACREEDORES	28
V.1. Competencia para conocer de las acciones individuales de las trabajadoras.....	28
V.2. Competencia para la resolución del expediente de regulación de empleo.....	30
V.3. Competencia para conocer de las impugnaciones del ERE	32
VI. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y TRATAMIENTO DE INDEMNIZACIONES Y SALARIOS NO PERCIBIDOS	33
VI.1. Calificación culpable del concurso de acreedores	33
VI.2. Tratamiento de las indemnizaciones y salarios no percibidos.....	37
VII. CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	43
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	45
APÉNDICE LEGISLATIVO	50

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Evolución del resultado del ejercicio de Sardiña de Galicia (2016-2019).....	17
Figura 2. Evolución de las ventas en euros (2016-2019).	18
Figura 3. Evolución de la producción de latas de sardinas (2016-2019).....	18
Figura 4. Evolución del gasto de personal en euros (2016-2019).	19

ABREVIATURAS

AP Audiencia Provincial.
AAP Auto de la Audiencia Provincial.
AJM Auto del Juzgado de lo Mercantil.
Art Artículo.
ATS Auto del Tribunal Supremo.
BOE Boletín Oficial del Estado.
CA (CCAA) Comunidad(es) Autónoma(s).
COVID-19 Enfermedad del coronavirus.
ERE Expediente de regulación de empleo.
ERTE Expediente de regulación temporal de empleo.
ET Estatuto de los Trabajadores.
FOGASA Fondo de Garantía Salarial.
JM Juzgado de lo Mercantil.
JPI Juzgado de Primera Instancia.
LC Ley Concursal.
LCD Ley de Competencia Desleal.
LDC Ley de Defensa de la Competencia.
LRJS Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.
Núm. Número.
Op. Cit. (*Opere citato*) En la obra citada.
P. (pp.) Página(s).
RD Real Decreto.
SAP Sentencia Audiencia Provincial.
SJPI Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
SMI Salario mínimo interprofesional.
STSJ Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
STS Sentencia del Tribunal Supremo.
TS Tribunal Supremo.
Vid. Véase.

INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, la actualidad empresarial ha estado marcada por la crisis económica derivada de la pandemia ocasionada por el virus SARS-CoV2, que ha provocado que multitud de empresas se encuentren en una situación de grandes dificultades económicas. Como consecuencia de ello, ya son habituales en nuestro día a día términos como “ERTE” o “concurso de acreedores” que hasta la fecha, no eran tan frecuentes. Sin embargo, estos instrumentos ya estaban a la disposición de las compañías con carácter previo a que todo ocurriese.

En el presente Trabajo de Fin de Grado, he pretendido reflejar el funcionamiento de estas figuras mediante su aplicación al caso concreto de la compañía Sardiña de Galicia, S.L., una empresa industrial productora de sardinas en lata que, desde sus comienzos, se ha visto rodeada de grandes dificultades económicas, agravadas con el paso del tiempo debido a la propia situación del mercado, pero también a su mala gestión empresarial.

En concreto, he tratado de realizar un análisis exhaustivo sobre la figura del precurso de acreedores, un instrumento diferente al clásico procedimiento concursal, para determinar los requisitos necesarios para su validez y los efectos que dicha situación supone para los trabajadores, acreedores y para la propia compañía. Por otra parte, se ejemplifica la aplicación de un expediente de regulación de empleo por parte de la compañía para la realización de un despido colectivo de parte de su plantilla, y se analizan las consecuencias que ciertos actos de competencia desleal por parte de su principal cliente tienen en la situación económica de la empresa.

Asimismo, para la elaboración de todo el trabajo, se ha construido la suposición de que en algún momento llegarían a concurrir el expediente de regulación de empleo iniciado y un futuro procedimiento concursal. Por ello, se efectúa una delimitación concreta de la competencia entre el orden jurisdiccional social y mercantil para conocer de las diversas extinciones de los contratos de los trabajadores de Sardiña de Galicia, en función de si se producen en el seno de demandas individuales o de un ERE concursal. En este sentido, se analiza también la posibilidad de reclamación por parte de los trabajadores de los salarios no percibidos y de las indemnizaciones por la finalización de sus contratos, y se ofrece finalmente una posible calificación del concurso de acreedores al que suponemos que irremediablemente se vería abocada la compañía, derivada de la agravación de la situación de insolvencia provocada por sus administradores.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

La mercantil “SARDIÑA DE GALICIA, S.L.” se constituyó en enero del año 2016 para la producción, elaboración, comercialización y distribución de productos del mar. Concretamente, su actividad se centra en la crianza de sardinas en piscifactoría en el municipio de Sada (A Coruña), para su posterior venta en formato “conserva en lata”.

Antes de empezar a operar en el mercado, fue necesaria una inversión de capital muy importante -principalmente para la construcción de las infraestructuras para la piscifactoría y la fábrica de enlatado-, lo que ocasionó que, desde sus comienzos, la empresa se encontrase muy endeudada. Su proyecto de negocio se basaba en unas expectativas muy positivas de cara al futuro, influenciadas por la tendencia al aumento de consumo de pescado y al acceso a un alimento ya preparado e individualizado, que le permitirían solventar con creces todas sus deudas iniciales.

Comenzó su actividad suscribiendo un contrato para ser proveedor de la cadena de supermercados “SOLMERC”, logrando mantenerse en el mercado durante el primer ejercicio de actividad gracias a ello. Sin embargo, en octubre de 2017, “SOLMERC”, bajo amenaza de ruptura de la relación comercial, presionó a “SARDIÑA DE GALICIA, S.L.” para que le concediese un descuento del 20% sobre el precio pactado en el contrato inicial.

En marzo de 2018 “SARDIÑA DE GALICIA, S.L.”, observando que con el descuento concedido la empresa no era rentable, comenzó a desviar su producción hacia otros supermercados que le ofrecían condiciones más ventajosas. Como represalia, “SOLMERC” redujo de forma muy considerable los pedidos a “SARDIÑA DE GALICIA, S.L.”, y relegó sus productos a los estantes inferiores. Como consecuencia de esto, de la rebaja que se había visto obligada a realizar, y de la dificultad de encontrar compradores en un mercado muy saturado, las pérdidas de la empresa industrial aumentaron en un 40% en dicho ejercicio.

“SARDIÑA DE GALICIA, S.L.” cuenta con dos centros de trabajo, ambos en el municipio de Sada: la piscifactoría, en la que actualmente prestan sus servicios un total de 9 trabajadores; y la fábrica de enlatado, en la que trabajan a día de hoy 58 personas.

Desde sus inicios, “SARDIÑA DE GALICIA, S.L.” había contratado a más de la mitad de la plantilla de la fábrica a través de la empresa de empleo temporal “XORNAL ETT, S.L.”, a pesar de que la verdadera finalidad de esos contratos era la atención de necesidades permanentes de producción. Tras la denuncia de esta situación por parte de 30 trabajadores, el 14 de abril de 2018 se le notificó sentencia condenatoria por cesión ilegal por fraude en la contratación temporal, de modo que tuvo que incorporar a su plantilla como fijos a dichos trabajadores, cuando en realidad, en ese momento, un número muy inferior hubiera sido suficiente para sus necesidades productivas del momento. Así, el gasto de personal evolucionó de la siguiente manera: 829.946,00€ (2016), 1.115.970,46€ (2017), 1.408.006,92€ (2018) y 1.658.064,33€ (2019).

Debido a la crisis financiera en la que se encontraba sumergida, en julio de 2019 la compañía productora de sardina en lata logró cerrar con las entidades de crédito la reestructuración financiera que le permitió seguir operando hasta el día de hoy, aunque nunca consiguió solventar el desequilibrio patrimonial.

A fecha de 31 de diciembre de 2019, “SARDIÑA DE GALICIA, S.L.” presentaba un patrimonio neto negativo en más de 20.000.000 euros y la cuenta de pérdidas y

ganancias arrojaba pérdidas por importe de -2.954.218,93 euros. En la siguiente tabla, se puede ver la evolución del resultado de los ejercicios 2016, 2017, 2018 y 2019:

EJERCICIO	2016	2017	2018	2019
RESULTADO DEL EJERCICIO	-2.820.265,85	-2.004.663,37	-2.839.528,60	-2.954.218,93

La evolución de las ventas y del volumen de producción durante los años de actividad de la empresa se puede observar en los siguientes cuadros:

EJERCICIO	2016	2017	2018	2019
VENTAS (€)	14.311.327	17.759.846	10.057.563,65	7.281.420,00

EJERCICIO	2016	2017	2018	2019
Latas totales	3.816.354	4.735.959	2.682.017	1.941.712

Los trabajadores de la compañía llevaban sin percibir su nómina desde el mes de septiembre de 2019, y los acreedores de la misma tampoco veían satisfechos sus créditos desde la misma fecha. Así es que el 28 de diciembre de 2019, las trabajadoras A.B.C, D.E.F. y G.H.I. presentaron la papeleta de conciliación previa solicitando la extinción del contrato por impago de salarios, y la subsiguiente demanda el 10 de enero de 2020.

A fecha 22 de enero de 2020 la empresa decidió iniciar un expediente de regulación de empleo, y comunicar su situación de precurso al Juzgado de lo Mercantil competente, solicitando que se le otorgase el carácter de “reservada” para salvar la empresa con una profunda reestructuración.

II. LA COMUNICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE PRECONCURSO

II.1. Consideraciones previas sobre la figura preconcursal

Antes de examinar si Sardiña de Galicia, S.L. (en adelante, Sardiña de Galicia) cumplía con todos los requisitos necesarios para realizar la comunicación de la situación de precurso en fecha 22 de enero de 2020, resulta indispensable aclarar el concepto de precurso de acreedores recogido en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, (en adelante LC¹) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/07/09/22/con>).

En primer lugar, se debe señalar que, aunque comparten el mismo presupuesto objetivo², el precurso y el concurso de acreedores son figuras diferentes: el primero es un recurso previo al segundo, mediante el cual, se puede suspender temporalmente el deber legal de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que el deudor hubiera conocido o debido conocer su situación de insolvencia, siempre y cuando se realice tal comunicación antes del vencimiento del referido plazo³. Desde ese

¹ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003.

² Vid. Art. 2.1. LC.

³ Art. 5.2 bis LC. Comunicación de negociaciones y efectos: “2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5.”

momento, el deudor dispone de un total de cuatro meses que se articulan de la siguiente manera: tres meses para intentar llegar a un acuerdo de refinanciación o a una propuesta anticipada de convenio con sus principales acreedores, y un mes adicional para, en caso de no producirse dicho acuerdo, realizar la solicitud de concurso voluntario. Por lo tanto, el precurso de acreedores es un instrumento orientado principalmente a la evitación del procedimiento concursal o a su simplificación⁴, que también puede servir para retrasar hasta un total de seis meses la solicitud de concurso voluntario desde que la empresa en dificultades tiene conocimiento de su estado de insolvencia.

Por otro lado, mientras que el concurso de acreedores suele ser un procedimiento largo y tedioso, el precurso se configura como un recurso más ágil, sencillo y económico. En lugar de pasar por las distintas fases concursales (declaración del concurso, fase de convenio, fase de liquidación, calificación del concurso, y en su caso, reapertura del concurso si aparece nuevo patrimonio del deudor), con el instrumento precurso se puede obtener un acuerdo de refinanciación con el que ya no se iniciará el procedimiento concursal o una propuesta anticipada de convenio que agilizará en gran medida la tramitación del concurso de acreedores cuando no es posible evitarlo.

En tercer lugar, en contraste con el clásico concurso que se muestra como un instrumento judicial de “segunda oportunidad” para garantizar los créditos y amortiguar los efectos de la insolvencia, la figura del art. 5 bis LC se caracteriza por la ausencia de intervención judicial, puesto que el deudor tan sólo tiene el deber de comunicar al Juzgado de lo Mercantil competente el inicio de negociaciones con sus principales acreedores. Además, tal y como describiremos posteriormente en relación con los efectos del precurso, éste paraliza las ejecuciones contra todos los bienes, cuentas y activos de la empresa deudora –exceptuando a los acreedores públicos como la Seguridad Social o Hacienda–.

En definitiva, el precurso de acreedores es un instrumento preventivo del propio concurso de acreedores; pudiéndose definir como un procedimiento de jurisdicción voluntaria a través del cual el deudor pone en conocimiento al Juzgado competente de la iniciación de negociaciones con sus acreedores con la intención de alcanzar un acuerdo para evitar el procedimiento concursal o conseguir adhesiones para una propuesta anticipada de convenio y agilizar de ese modo la tramitación del mismo.

II.2. Requisitos para la admisión del precurso

Para determinar si Sardiña de Galicia cumplía con todos los requisitos exigidos para la admisión de la comunicación de precurso de 22 de enero de 2020, es necesario realizar un examen exhaustivo de cada uno de ellos. A los efectos de este análisis, se ha efectuado una clasificación de los mismos atendiendo a su naturaleza, distinguiendo presupuestos subjetivos, objetivos y formales.

En primer lugar, se debe señalar que tanto en la figura concursal como en la precurso, el requisito subjetivo se concreta en que el deudor común sea una persona, física o jurídica (art. 1 LC), con el centro de sus intereses principales o el domicilio en territorio español, conforme a lo dispuesto en el artículo 10.1 LC. En el presente caso de análisis se cumplen estas condiciones, puesto que Sardiña de Galicia es una sociedad limitada domiciliada en territorio español.

⁴ MÍNGUEZ PRIETO, R. “El marco jurídico de los acuerdos de refinanciación. Efectos sobre la solvencia crediticia y sobre entidades parabancarias” en ROJO, Á., CAMPUZANO, A. 2015. *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Editorial Tirant lo Blanch, p. 1477.

Abordando la segunda categoría de requisitos, el primero a considerar –y el que constituye el presupuesto objetivo fundamental del propio concurso de acreedores según lo establecido en el artículo 2.1 LC– es la insolvencia. Es aquí cuando debemos preguntarnos, ¿cuándo es insolvente una sociedad? El siguiente párrafo del mismo precepto legal, dispone que “*se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*”. Así, se puede considerar que una empresa es insolvente cuando, en las condiciones normales de mercado y con la financiación ordinaria, no puede hacer frente a sus obligaciones ya vencidas y susceptibles, por lo tanto, de ser exigidas por sus acreedores; todo ello con independencia de la disposición de patrimonio, bienes o derechos suficientes para hacer frente a obligaciones de carácter dinerario en una eventual liquidación.

Sin perjuicio de lo anterior, la insolvencia del deudor no tiene por qué ser un hecho ya acaecido, sino que también se puede hablar de insolvencia de cara a un futuro próximo. De esta manera, siguiendo lo dispuesto en la LC, al hablar de insolvencia podemos distinguir dos tipos: insolvencia actual (referida al incumplimiento efectivo de las obligaciones vencidas) e insolvencia inminente (referida a un futuro previsto en el que la entidad deudora no podrá hacer frente regular y puntualmente a sus obligaciones). El sistema legal permite de esta manera adelantar en el tiempo la declaración de concurso, a fin de evitar que el deterioro patrimonial sea de tal magnitud que acabe dificultando o impidiendo adoptar las soluciones más favorables para la satisfacción de los acreedores.

Trasladando este examen al caso concreto de Sardiña de Galicia, podemos concluir que esta se encontraba en situación de insolvencia actual cuando realizó la comunicación preconcursal, pues desde el mes de septiembre de 2019 no cumplía con sus obligaciones exigibles como el pago de los créditos a sus acreedores o de los salarios a sus empleados.

El segundo requisito objetivo indispensable para la iniciación válida de ambos procedimientos es la existencia de una pluralidad de acreedores. A pesar de que la LC no lo exige expresamente, de su propia denominación se desprende que debe haber una “conurrencia” de los mismos, tal y como se señala en el párrafo quinto del apartado II de la Exposición de Motivos: “*el nombre elegido para denominar el procedimiento único es el de "concurso", expresión clásica que, [...] por antonomasia, describe la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común*”. En numerosas ocasiones, el texto legal hace referencia a ello, con expresiones como “deudor común”, “pluralidad de acreedores”, “relación de acreedores”, “acreedores del mismo deudor”, “lista de acreedores”... en los artículos 2.1, 4, 6.2º, 15 y 75.2.2º, entre otros. En este sentido se pronuncia *Herrera Cuevas*⁵, manifestando que deben existir varios acreedores en el momento inicial del concurso o precurso, no pudiendo extenderse a momentos posteriores en los que quede un único acreedor (por desistimiento, renuncia, satisfacción... de los demás); a pesar de que *Bercovitz*⁶ argumenta que el desistimiento o renuncia de todos los acreedores, menos uno, debería aceptarse como causa de conclusión del concurso.

La jurisprudencia mantiene el mismo criterio, tal y como se ejemplifica en la STS de 21 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5444), que indica que los deudores deben serlo de “una pluralidad de acreedores”; el AAP Barcelona, de 28 de septiembre de 2018

⁵ HERRERA CUEVAS, E. 2003, *Manual de la Reforma Concursal*, Europea del Derecho Madrid. Op. Cit. pp. 149 y 150.

⁶ BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. 2004. *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid, pp. 39 y 40.

(ECLI: ES:APB:2018: 5718A), en el que se declara que “no cabe la declaración de concurso con un único acreedor”; AAP Islas Baleares, de 29 de abril de 2009 (ECLI: ES:APIB:2009:104A) que advierte “el requisito de la pluralidad de acreedores no se formula expresamente: el concurso significa concurrencia de varios y comprende implícitamente el número plural”; o AAP Barcelona, de 14 de junio de 2007 (ECLI: ES:APB:2007:3484A), en la que se estipula que se puede determinar la inadmisión a trámite del concurso cuando no concurre una pluralidad de acreedores⁷. Tan sólo un sector muy minoritario no entiende que este requisito sea esencial⁸.

No será viable, por lo tanto, ninguna declaración de precurso en la que la empresa deudora tenga un único acreedor, tanto en el procedimiento preconcursal como en el concursal. En el caso de análisis, se entiende cumplido este presupuesto, ya que de los antecedentes de hecho se desprende que Sardiña de Galicia tiene una pluralidad de acreedores, entre los que se encuentran las entidades de crédito.

En virtud de lo dispuesto en el art. 5 bis.2 LC, la comunicación de precurso podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido para realizar la solicitud de la declaración voluntaria del concurso⁹; es decir, se requiere que la comunicación de precurso se efectúe antes del transcurso de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Dada la dificultad de determinar el momento exacto en el que se hubiera podido conocer o se conoce el estado de insolvencia, el propio precepto normativo nos indica que se presume, salvo prueba en contrario, que el deudor ha conocido dicho estado cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento para una solicitud de concurso necesario instada por sus acreedores, remitiéndonos al artículo 4.2 LC. Así, se presume que una empresa es insolvente si existe sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones; existen embargos por ejecuciones pendientes que afecten de manera generalizada al patrimonio del deudor; se produce el alzamiento o la liquidación ruinosa o apresurada de los bienes por el propio deudor o se incumple generalizadamente el pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso o precurso, el pago de las cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; así como el pago de salarios, indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de prestación de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

La comunicación de la situación de precurso efectuada el 22 de enero de 2020 no cumple este requisito temporal, puesto que, aplicando la presunción explicada, Sardiña de Galicia sería conocedora de su estado de insolvencia actual desde, al menos, septiembre de 2019, fecha en la que dejó de abonar los salarios a los trabajadores y de pagar las deudas a sus acreedores. Por lo tanto, ya habría vencido el plazo de dos meses referido en el artículo 5 bis.2 LC, sin haber formulado por su parte ni la comunicación de la situación de precurso ni la solicitud de la declaración de concurso voluntario. Esta

⁷ En este sentido también: AAP Barcelona, de 3 de julio de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:6507A); AAP Castellón de la Plana, de 25 de noviembre de 2009 (ECLI: ES:APCS:2009:900A); AAP Barcelona, de 25 de mayo de 2011 (ECLI: ES:APB:2011:3396A); y AAP Tarragona, de 20 de enero de 2011 (ECLI: ES:APT:2011:24A).

⁸ RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A. “Pluralidad de acreedores”, en BELTRÁN SÁNCHEZ, E./GARCÍA-CRUCES, J.A. 2012. *Enciclopedia de Derecho Concursal, II*, Cizur Menor, pp. 2279-2296; y ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, A. 2004. *Comentario de la Ley concursal, I*, Madrid, p. 209.

⁹ *Vid.* Art. 5 LC.

cuestión será abordada en profundidad posteriormente, ya que resulta de vital importancia para la calificación del posterior concurso que se llegase a celebrar.

En cuanto a los requisitos formales, a la hora de efectuar la comunicación de precurso, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias defienden que esta se entiende realizada mediante la mera presentación de un escrito al Juzgado de lo Mercantil competente, sin exigir que el deudor tenga que acreditar su estado de insolvencia y el inicio de las negociaciones con sus acreedores. En este sentido, entendiendo que se trata de un mero acto formal que, en su caso, se podría depurar en la fase de calificación del concurso posterior –si éste se llegase a declarar– tal y como se pronuncian el AJM de Barcelona, de 11 de mayo de 2009 (ECLI: ES:JMB:2009:45A) o el AJM Madrid, de 17 de abril de 2009 (ECLI: ES:JMM:2009:43A), la empresa de sardinas en lata habría actuado debidamente conforme a esta exigencia legal. No obstante, aunque de manera escasa, existen algunos autores que defienden la tesis procesalista o formal que aboga por la acreditación de las negociaciones basándose en el no merecimiento de la protección legal del deudor que recurre a la figura preconcursal para retrasar el momento de solicitud del concurso de acreedores o para blindarse ante las solicitudes de concurso necesario¹⁰. Cabe destacar además que, a pesar de que no se trata de una demanda, en la práctica, la comunicación preconcursal se realiza bajo esta forma, refiriéndose en todo caso a alguna de estas dos finalidades: la consecución de un acuerdo de refinanciación conforme a lo previsto en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta LC; o la obtención de adhesiones para una propuesta anticipada de convenio de acreedores.

Con respecto a la primera de las finalidades, serán válidos los acuerdos de refinanciación que cumplan los requisitos del art. 71 bis.1 LC –que procedan, al menos, a la ampliación significativa del crédito disponible al deudor o a la modificación de sus obligaciones (por ejemplo, prorrogando el plazo de vencimiento o estableciendo nuevas obligaciones en sustitución de las primeras), siempre que respondan a un plan de viabilidad para la continuación de la actividad empresarial a corto y medio plazo; así como los suscritos conforme a los requisitos del apartado b) del artículo 71 bis.1 LC, cuyos acreedores representen tres quintas partes del pasivo que sea suficiente según la certificación correspondiente del auditor de cuentas y que se hayan formalizado en instrumento público–; y de la Disposición adicional cuarta –que además de estar formalizados en instrumento público y de que procedan a la ampliación significativa del crédito o a la modificación de las obligaciones del deudor, que sean suscritos por los acreedores que representen al menos un 51% de los pasivos financieros, siempre y cuando exista certificación del auditor de cuentas acreditando la suficiencia de pasivo–. En la práctica, se suele negociar un calendario de pagos, con quitas y esperas, de modo que, si desaparece la situación de insolvencia al cabo de los tres meses o tan sólo queda un acreedor no satisfecho, decae la obligación de solicitar el concurso de acreedores.

En este punto se debe tener en cuenta que la homologación judicial de dichos acuerdos no puede ser simultánea a la comunicación del art. 5 bis LC, y que incluso no es necesario que se sustancie el procedimiento preconcursal de forma previa a la misma¹¹, ya que se parte de un acuerdo existente¹² cuyos efectos se pretenden extender a los acreedores

¹⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, Á. 2004. *El convenio anticipado*, Civitas, Madrid; *Op. Cit.*, p. 35.

¹¹ AZNAR GINER, E. 2017. *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación en la disposición adicional cuarta de la Ley concursal*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 38.

¹² AZNAR GINER, E. 2014. *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 94.

financieros disidentes¹³ y con el que se puede obtener la paralización de las ejecuciones singulares iniciadas contra el deudor por las deudas a las que se refiera el acuerdo y el blindaje ante las acciones rescisorias en una posterior declaración de concurso. Por ello, la homologación de un acuerdo de refinanciación en ningún caso gozará de la protección del art. 5 bis, a pesar de que se deba tramitar ante el Juez competente para conocer del posible concurso de acreedores (AJM Madrid, de 22 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:JMM:2014:73A)).

En segundo lugar, el precurso puede pretender alcanzar adhesiones a una propuesta anticipada de convenio conforme a los artículos 99 y 100 LC, para que se agilice su tramitación en caso de no ser posible su evitación. A diferencia del acuerdo de refinanciación, esta medida no elude el concurso y sí requiere tramitación en sede concursal para su posterior aprobación por sentencia, siendo necesaria en todo caso la solicitud de apertura del concurso de acreedores.

El blindaje del deudor durante estos tres meses finaliza con independencia de haber obtenido o no un acuerdo o una propuesta anticipada de convenio, sin derivarse responsabilidad alguna para los administradores de la empresa deudora por ello, exceptuando los casos en los que no se hiciese un uso efectivo del plazo para entablar las negociaciones, se hubiese agravado la insolvencia o se utilizase esta figura para dilatar el inicio del procedimiento concursal, y que podrían determinar la calificación culpable del futuro concurso de acreedores. Asimismo, la finalización de las negociaciones sin éxito antes del transcurso de los tres meses no supone el adelanto del mes para solicitar el concurso voluntario¹⁴.

Analizando el caso concreto de Sardiña de Galicia, a pesar de que sabemos que en julio de 2019 suscribió un acuerdo de refinanciación con las entidades de crédito, no disponemos de los datos necesarios para saber si se produjo en los términos del art. 71 bis.1 para que pudiese ser homologado judicialmente. Lo que pudo ocurrir, –y que es habitual en la práctica– es que el deudor negociase con sus acreedores al margen de la protección del artículo 5 bis LC para disponer de más de tres meses para el proceso de negociación y para no agotar la posibilidad de realizar una futura comunicación de precurso durante el año en curso¹⁵. En todo caso, la comunicación efectuada en enero de 2020 no tenía, bajo ningún concepto, la finalidad de homologar el acuerdo existente, sino todo lo contrario: se iniciaban nuevas negociaciones para intentar lograr un nuevo acuerdo o una propuesta anticipada de convenio, a la par que para obtener la protección que el art. 5 bis LC confiere al deudor. Como sabemos, la empresa no había logrado solventar su desequilibrio patrimonial a pesar de haber suscrito el acuerdo de refinanciación previo, de modo que, viéndose abocada al inevitable concurso de acreedores, lo más lógico sería pensar que la compañía optó por realizar un último intento de negociación para conseguir adhesiones a una futura propuesta anticipada de convenio.

En definitiva, tras el análisis exhaustivo de cada uno de los requisitos para la admisión de la comunicación de precurso de 22 de enero de 2020, podemos concluir que Sardiña de Galicia cumplía con todos ellos, a excepción del presupuesto temporal: ya habían transcurrido más de dos meses desde que era conocedora de su situación de insolvencia y, por tanto, habría incumplido su obligación de solicitar la declaración del concurso

¹³ Sólo si así se ha solicitado, tal y como señala el AJM de Barcelona, de 9 de febrero de 2017 (ECLI: ES:JMB:2017:33A).

¹⁴ AZNAR GINER, E. 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal (Doctrina jurisprudencia y formularios)*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª Edición, p. 113.

¹⁵ *Vid.* Art. 5 bis.6 LC.

voluntario. La compañía debería haber realizado la comunicación preconcursal en julio de 2019 cuando se disponía a negociar el acuerdo suscrito con las entidades de crédito, pues en ese momento es posible que ya se encontrase en estado de insolvencia inminente y lo haría dentro de los plazos legales previstos. Sin embargo, en la práctica es habitual que se dicte decreto de admisión de la comunicación del inicio de negociaciones aunque se realice de forma extemporánea, dejando la consideración de este retraso para la fase de calificación de un futuro concurso de acreedores¹⁶.

II.3. Efectos del precurso

Los efectos durante estos cuatro meses para la propia compañía, sus trabajadores y sus acreedores presentan importantes diferencias respecto del procedimiento concursal normal, tal y como se expone a continuación.

a) Efectos para los trabajadores

Debido a que en la situación preconcursal se continúa desarrollando la actividad normal de la empresa, no existen efectos directos para los trabajadores. Además, como Sardiña de Galicia solicitó que se le otorgase el carácter de reservada, los empleados ni siquiera tendrían por qué conocer la situación de dificultades que estaba atravesando la empresa, aunque ya eran conocedores de la misma debido a que no percibían sus nóminas desde el mes de septiembre de 2019.

b) Efectos para los acreedores

En primer lugar, se debe tener en cuenta que el procedimiento preconcursal otorga a los acreedores una última oportunidad para intentar llegar a un acuerdo de refinanciación o a una propuesta anticipada de convenio con la empresa deudora. Además de esto, el principal efecto para los acreedores es la imposibilidad de solicitud de la declaración de concurso necesario del art. 15 LC durante los meses de precurso, ya que de realizarse, estas no serían admitidas a trámite al quedar en suspenso hasta el término del período preconcursal, momento en el que si el deudor solicitase el concurso voluntario, sería ésta la solicitud que daría curso al procedimiento, mientras que en caso contrario, se daría trámite a las solicitudes instadas por los acreedores, siendo únicamente desestimadas en el caso de que el deudor probase que ya no es insolvente.

Sin perjuicio de lo anterior, la situación preconcursal no impide a los acreedores el inicio de las reclamaciones individuales pertinentes para intentar situarse a la cabeza de quienes van a acceder a la sociedad en el concurso y tratar de ver satisfechas sus deudas. Es precisamente por este motivo por lo que esta figura jurídica acaba siendo una trampa mortal para algunas empresas, ya que ciertos acreedores “se abalanzan” sobre las sociedades para intentar cobrar algo antes de su liquidación total.

c) Efectos para la empresa

La empresa insolvente resulta beneficiada de una serie de ventajas a través de la realización de la comunicación de la situación de precurso que, de otra manera, o mediante la solicitud de la declaración de concurso, no obtendría.

El principal efecto para la propia compañía es la suspensión de la obligación de solicitar el concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes al conocimiento de su situación de insolvencia mientras dure el período preconcursal. La ley permite que, una

¹⁶ SJPI de Victoria-Gasteiz, 12 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:JPI:2015:524).

vez realizada la comunicación del art. 5.bis LC, la compañía disponga de tres meses para intentar llegar a un acuerdo de refinanciación o a una propuesta anticipada de convenio con sus acreedores principales, teniendo un mes adicional en caso de no alcanzarlos para solicitar la declaración de concurso voluntario. En caso de no cumplir con ello, se volvería a activar el deber legal del art. 5 LC desde el momento en el que era insolvente o podía haber conocido dicho estado, tal y como señala la SAP Barcelona de 16 de julio de 2014 (ECLI: ES:APB:2014:15175). Por lo tanto, la compañía deudora puede retrasar hasta un total de seis meses la solicitud voluntaria de concurso sin que exista riesgo de una futura calificación culpable por realizarla extemporáneamente.

Como ya se ha explicado anteriormente, otro efecto derivado de la situación preconcursal es el blindaje de la compañía deudora frente a las solicitudes de concurso necesario de sus acreedores: las realizadas durante los tres meses de negociación no se admitirán, mientras que las efectuadas en el mes posterior sí se admitirán pero no se proveerán hasta su finalización. No se paralizan, sin embargo, los procedimientos legales en curso contra el deudor, así como su obligación de efectuar el pago de sus créditos. En caso de que la solicitud de la declaración de concurso se realizase fuera de plazo –como suponemos que ocurriría en el caso de Sardiña de Galicia– y hubiese solicitudes de concurso necesario bloqueadas por la comunicación del art. 5 bis LC, serán promovidas sustanciándose según lo previsto en el art. 15 LC; si por el contrario no hubiese solicitudes de concurso por parte de los acreedores, la solicitud tardía se sustanciaría por los cauces del art. 14 LC, sin perjuicio de las consecuencias de dicho retraso en la futura calificación del concurso¹⁷.

Durante este procedimiento previo al concurso, la justicia no interviene en el devenir de la empresa, limitándose a dejar constancia de la comunicación efectuada por la compañía y permitiendo que los órganos de administración y dirección se mantengan con plenas facultades al continuar la actividad habitual de la empresa –hecho que contrasta totalmente con el concurso de acreedores en el que el administrador concursal toma el mando de la empresa–. Así lo confirma la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 22 de octubre de 2018¹⁸, en la que declara que en el plazo previsto en el artículo 5 bis.5 LC el deudor conserva sus plenas facultades dispositivas, que debe ejercitar conforme a las exigencias de la buena fe en aras de no agravar su situación comprometida.

Por último, cabe señalar que la situación de la empresa no tiene por qué hacerse pública si se solicita formalmente que se le otorgue carácter reservado a la comunicación de precurso, permitiendo preservar la imagen y reputación de la sociedad de cara al público general al no ser publicada en el Boletín Oficial del Estado ni en el Registro Público Concursal. En Sardiña de Galicia la naturaleza reservada no tuvo apenas efectos debido a que tanto sus trabajadores como acreedores, eran conocedores desde septiembre de 2019 de sus problemas económicos al no ver satisfechos ni sus salarios ni sus créditos, respectivamente.

¹⁷ AZNAR GINER, E. 2014. *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 86.

¹⁸ BOE núm. 277, de 16 de noviembre de 2018.

III. EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

III.1. Introducción al expediente de regulación de empleo. Licitud de su iniciación

Los expedientes de regulación de empleo son una herramienta utilizada por las empresas para la adopción de medidas laborales colectivas, que tienen su fundamento en determinadas causas y que requieren el seguimiento de un procedimiento específico en el que interviene la autoridad laboral como garante de todos los requisitos establecidos legal y reglamentariamente¹⁹. Su regulación está contenida principalmente en los artículos 41, 50 y 51 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET²⁰) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2>) y en el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/10/29/1483/con>)²¹.

La tipología de los expedientes de regulación de empleo puede ser muy variada en función de las medidas que se pretendan adoptar. Por una parte, existen expedientes de regulación de empleo (ERE) de extinción de las relaciones laborales o de despido colectivo –referido al cese definitivo de la actividad desarrollada por el trabajador– fundados en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tal y como se desprende del art. 51 ET y del capítulo I del Real Decreto 1483/2012, o en la extinción de la personalidad jurídica del contratante, en cuyo caso se seguirán los trámites del art. 51 ET²².

En segundo lugar, existen expedientes de regulación temporal de empleo (ERTE), cuyo objeto puede ser la suspensión de la relación contractual –referida al cese temporal de la actividad del empleado, afectando a días completos, continuados o alternos, durante por lo menos una jornada ordinaria de trabajo– o la reducción de la jornada de trabajo –consistente en la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual–. Su naturaleza es, en todo caso, temporal y nunca permanente o definitiva, y las causas en las que se pueden fundamentar pueden ser económicas, técnicas, organizativas o de producción, en virtud de lo dispuesto en los artículos 47 y 45 ET, así como en el capítulo II del Real Decreto 1483/2012. Asimismo, también existen ERTES por fuerza mayor, regulados en el art. 47 ET y en el título II del RD 1483/2012, consistentes en la suspensión de los contratos de trabajo o reducción de jornada laboral por una causa imprevisible y ajena a la empresa. Recientemente hemos asistido a la realización masiva de este tipo de procedimientos por parte del tejido empresarial español con motivo de la crisis sociosanitaria ocasionada por el virus SARS-CoV-2 causante del COVID-19.

Por último, existe también la posibilidad de tramitar un expediente de modificación sustancial de las condiciones de trabajo conforme a lo establecido en el art. 41 ET, siempre que se funde en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

¹⁹ BLASCO PELLICER, A. 2008. *Los expedientes de regulación de empleo*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 18.

²⁰ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

²¹ Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada; BOE núm. 261, de 30 de octubre de 2012.

²² *Vid.* Art. 49 ET.

La competencia para resolver los expedientes de regulación de empleo le corresponde a la Autoridad Laboral competente, que será diferente en función del ámbito territorial del expediente de regulación de empleo en cuestión²³: cuando el procedimiento afecte a trabajadores que desarrollen su actividad en centros de trabajo dentro del territorio de una Comunidad Autónoma (en adelante, CA), será competente el órgano que determine la propia CA (por ejemplo, en el caso de Galicia, será la Secretaría Xeral de Emprego da Consellería de Economía, Emprego e Industria); mientras que si el ámbito de aplicación es estatal y afecta a trabajadores radicados en dos o más Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA), conocerá del procedimiento la Dirección General de Empleo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social; a excepción de que al menos el 85 por ciento de la plantilla de la empresa radique en el ámbito territorial de una misma CA y existan trabajadores afectados en ella, en cuyo caso la instrucción del procedimiento será realizada por la autoridad laboral autonómica. Por último, cabe desatacar que en Ceuta y Melilla la competencia será de los Delegados del Gobierno.

En el caso concreto de Sardiña de Galicia, no disponemos de información sobre la medida concreta a adoptar en el expediente de regulación de empleo iniciado el 22 de enero de 2020. No obstante, sabemos que se trata de un ERE, motivo por el que podemos descartar su naturaleza temporal. Así, la empresa industrial pretendería llevar a cabo un despido colectivo para el que se deberían de cumplir los requisitos temporales y numéricos establecidos²⁴, y que sería tramitado por la Jefatura Territorial de la Consellería de Economía, Empleo e Industria de A Coruña, debido a que tan sólo cuenta con dos centros de trabajo ubicados en dicha provincia.

La iniciación del procedimiento de despido colectivo se realiza mediante la comunicación de la apertura del período de consultas que realiza la empresa a los representantes de los trabajadores, o en caso de que no los haya, a los propios trabajadores²⁵, indicando las causas del despido colectivo, número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por el despido, período previsto para la realización de los despidos, criterios tenidos en cuenta para la designación de los trabajadores afectados... entre otros. Simultáneamente a la entrega de la comunicación a los representantes legales de los trabajadores, el empresario solicitará por escrito la emisión de un informe por estos acerca del procedimiento. Además, se deberá acompañar de una memoria explicativa de las causas del despido colectivo, así como de un plan de recolocación. Por su parte, el período de consultas, que no debe ser superior a treinta días naturales, o quince en caso de empresas con menos de cincuenta trabajadores, se llevará a cabo en una única comisión negociadora integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes, quedando circunscrita a los centros de trabajo afectados por el procedimiento en caso de existir varios, como es el caso de Sardiña de Galicia. Se negociará sobre las posibilidades de evitar o reducir las medidas que se pretenden adoptar por parte de la empresa y de atenuar sus consecuencias mediante medidas sociales de

²³ BLASCO PELLICER, A. 2007. *Los procedimientos de regulación de empleo*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 32.

²⁴ Art. 51.1 ET. Despido colectivo: “1. A efectos de lo dispuesto en esta ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un periodo de noventa días, la extinción afecte al menos a:

a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.

b) El diez por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.

c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores.”

En el caso de ERTES, no existe limitación numérica alguna para su tramitación.

²⁵ Vid. Art. 2 RD 1483/2012.

acompañamiento como planes de recolocación o acciones de formación o reciclaje profesional, todo ello encaminado a la mejora de la empleabilidad. La negociación finalizará bien con acuerdo vinculante para ambas partes²⁶, bien con la aplicación de las medidas laborales planteadas por la empresa, siempre y cuando estén debidamente acreditadas las causas alegadas.

De este modo, siempre y cuando se cumpla el requisito numérico –solamente exigido en caso de despido colectivo– y existan causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor válidas, podrá ser iniciado en cualquier momento un expediente de regulación de empleo para la extinción o suspensión de los contratos de trabajo, o para la reducción de la jornada laboral; aun cuando la empresa se encuentre en una situación crítica a nivel económico y financiero, puesto que precisamente las figuras de ERE y ERTE son medidas de flexibilización de las relaciones laborales para empresas en dificultades. Por lo tanto, el expediente de regulación de empleo iniciado por Sardiña de Galicia el 22 de enero de 2020 será válido si lo son las causas que podría alegar la compañía y que procedemos a analizar a continuación.

III.2. Causas justificativas del Expediente de Regulación de Empleo

El expediente de regulación de empleo que Sardiña de Galicia inició el 22 de enero de 2020 podría fundarse en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, suponiendo que no concurrían causas de fuerza mayor en dicha fecha. A continuación, procederemos a examinar detenidamente cada una de las causas para concluir cuáles justificarían de manera adecuada las medidas laborales propuestas por parte de la empresa.

a) Causa económica: pérdidas actuales de la empresa y disminución persistente del nivel de ventas

Concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprende una situación económica negativa²⁷. Se puede entender que tal estado existe cuando la empresa tiene pérdidas actuales o previstas, así como cuando disminuye persistentemente el nivel de ingresos ordinarios o el nivel de ventas.

En todo caso, el empresario deberá aportar una memoria explicativa que acredite dicha situación económica negativa, a la que deberá acompañar de las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos, debidamente auditadas en caso de que tenga obligación de realizarlo –conteniendo balance de situación, cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo, memoria del ejercicio e informe de gestión; o en el caso de que pudiese formular las cuentas anuales abreviadas, los documentos contables abreviados–, y las cuentas provisionales del ejercicio en curso²⁸. Además, si la situación económica negativa consiste en una previsión de pérdidas, se deberá informar a mayores de los criterios utilizados para su estimación y presentar un informe técnico sobre el volumen y naturaleza permanente o transitoria de dicha previsión, basado en los datos del sector, la evolución del mercado y la posición de la compañía en el mismo.

²⁶ DE VIVERO DE PORRAS, M.C. 2009. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 26.

²⁷ Vid. Arts. 51.1 y 47.1 ET y art. 1.2. RD 1483/2012.

²⁸ Vid. Art. 4 RD 1483/2012.

En caso de que la situación económica negativa esté fundada en la disminución persistente del nivel de ventas, se deberá aportar también la documentación fiscal o contable que lo acredite durante, al menos, los tres trimestres consecutivos inmediatamente anteriores a la fecha de la comunicación de inicio del procedimiento; así como la documentación fiscal o contable de los ingresos ordinarios o ventas registrados en los mismos trimestres del año anterior, ya que se considerará que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ventas o de ingresos ordinarios trimestral es inferior al registrado en el mismo período del año anterior.

Analizando el caso concreto de Sardiña de Galicia, podemos concluir que su situación económica negativa se basa tanto en las pérdidas actuales como en la disminución persistente del nivel de ventas. Tal y como se refleja en la siguiente tabla, la empresa ha incurrido en pérdidas en sus cuatro ejercicios de existencia: a pesar de que en 2017 su situación mejoró levemente mediante la reducción de sus pérdidas en casi un 29%, en el ejercicio 2018 aumentaron en un 40% –posiblemente como consecuencia de la rebaja del 20% adicional que se había visto obligada a realizar a Solmerc, de la relegación de sus productos a los estantes inferiores y de la reducción de los pedidos por parte de la cadena de supermercados, unido a la dificultad de encontrar compradores en un mercado muy saturado–.

EJERCICIO	2016	2017	2018	2019
RESULTADO DEL EJERCICIO	-2.820.265,85	-2.004.663,37	-2.839.528,60	-2.954.218,93

Figura 1. Evolución del resultado del ejercicio de Sardiña de Galicia (2016- 2019).

A pesar del acuerdo de reestructuración financiera suscrito con las principales entidades de crédito en julio de 2019, que le permitió seguir operando unos cuantos meses más, la compañía no logró solventar su desequilibrio patrimonial, presentando a fecha 31 de diciembre de 2019 un patrimonio neto negativo en más de 20.000.000 euros.

No disponemos de datos sobre las previsiones futuras de Sardiña de Galicia, por lo que no podemos alegar este hecho para fundamentar la causa económica. Sin embargo, además de las pérdidas actuales de la empresa, sí se ha producido la disminución persistente del nivel de ventas, hecho que sirve de base también a la causa productiva, motivo por el que se procederá a su explicación en el siguiente apartado.

b) Causa productiva: disminución persistente del nivel de ventas

Cuando se producen cambios, entre otros, en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado²⁹, se entiende que concurren causas productivas. En este caso, además de justificar la causa productiva en la memoria explicativa, se deben aportar también los informes técnicos acreditativos de la misma³⁰.

A pesar de que durante los dos primeros ejercicios la tendencia de Sardiña de Galicia era positiva, fue en 2018 cuando sus ventas descendieron en un 43%, para pasar a reducirse en un 27% adicional al año siguiente, llegando a significar la mitad de los ingresos ordinarios obtenidos en el primer ejercicio de actividad.

²⁹ Vid. Arts. 1.2 RD 1483/2012 y 47.1. y 51.1. ET.

³⁰ Vid. Art. 5 RD 1483/2012.

La explicación de esta situación puede encontrarse en el descenso considerable desde marzo de 2018 de los pedidos de Solmerc, principal cliente de la compañía, unido a la nueva ubicación de las latas de sardinas en los estantes inferiores en los que llamaban menos la atención e incitaban menos a la compra a un público, que, poco a poco, fue cambiando su demanda dejando de consumir los productos de Sardiña de Galicia.



Figura 2. Evolución de las ventas en euros (2016-2019).

Como se puede deducir de los números, Sardiña de Galicia no logró remontar el descenso de pedidos y los cambios en la demanda ocasionados por la ubicación de sus productos en los supermercados a pesar de sus intentos de apertura a nuevos clientes en un mercado muy saturado, ya que además, dicho tipo de acciones se materializan a medio o largo plazo, pero no de forma tan inmediata que permita compensar gran la pérdida de volumen de ventas.

Todo ello determinó un grave descenso del volumen de ventas especialmente acusado en los dos últimos años, y en consecuencia, ha descendido también el número de latas de sardinas producidas, toda vez que, como no puede ser de otro modo, el volumen de producción se ajusta al volumen de las ventas.

EJERCICIO	2016	2017	2018	2019
Latas totales	3.816.354	4.735.959	2.682.017	1.941.712

Figura 3. Evolución de la producción de latas de sardinas (2016-2019).

La producción se ha venido acomodando a las modificaciones sufridas en la demanda de latas de sardinas ofertadas al mercado, y en este caso, al descenso de las ventas, en especial de su principal cliente, llegando a una situación que obliga a ajustar los recursos humanos a las nuevas necesidades productivas. La existencia de ese episodio, unido a la saturación del mercado y al gran endeudamiento con las diversas entidades de crédito desde sus comienzos, no permitieron remontar a la compañía, que se ha visto obligada a la iniciación de un expediente de regulación de empleo el pasado 22 de enero de 2020.

c) Causa organizativa: reorganización de los recursos

Concurren causas organizativas cuando se producen cambios en los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción³¹. Tal es el caso de Sardiña de Galicia, puesto que la situación económica y, en especial, los datos actuales de ventas y volumen productivo acomodado a las mismas, evidencian una necesidad grave y acusada de acomodar el volumen de recursos al nuevo escenario productivo. Es por ello que Sardiña de Galicia podría proceder a amortizar todos los puestos que no fuesen absolutamente imprescindibles para continuar con la actividad, reduciendo de ese modo los costes de personal.

³¹ Vid. Arts. 51.1 ET y 1.2. RD 1483/2012.

En el gráfico se muestra la evolución del gasto de personal, claramente ascendente durante todo el período de actividad de la empresa. Destaca que en el 2017 el gasto de personal aumentó ante el repunte de las ventas de ese mismo año. Sin embargo, el aumento del siguiente ejercicio se debe a causas muy diferentes, ya que se corresponde con la incorporación de treinta trabajadores como fijos en su plantilla tras la sentencia condenatoria por cesión ilegal por fraude en la contratación temporal de 14 de abril de 2018.



Figura 4. Evolución del gasto de personal en euros (2016-2019).

d) Causa técnica: no concurre

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios en los medios o instrumentos de producción, entre otros. En el presente caso de estudio no concurre dicha causa, puesto que en el sistema de producción de Sardiña de Galicia no se ha producido alteración alguna en cuanto a los métodos de producción, ya que desde sus comienzos la empresa disponía de dos centros de trabajo –la piscifactoría y la fábrica de enlatado– en los que los instrumentos de trabajo pretendían que continuasen siendo los mismos, a pesar de que se redujese la plantilla o se produjesen modificaciones en la jornada de los trabajadores.

En conclusión, el ERE iniciado en enero de 2020 por Sardiña de Galicia sería válido al concurrir causas económicas, productivas y organizativas válidas y suficientemente acreditadas, tal y como se ha analizado. Además, cabe precisar que el inicio del expediente de regulación de empleo el mismo día que se realizó la comunicación de su situación de precurso no influye en su tramitación, pues no se produce la transformación en un ERE concursal hasta que no se produzca la declaración del concurso de acreedores.

IV. PRÁCTICAS DESLEALES EN LA RELACIÓN COMERCIAL

IV.1. Actos de competencia desleal

En este apartado trataremos de dilucidar si el comportamiento llevado a cabo por Solmerc durante la vigencia de su relación comercial con Sardiña de Galicia puede ser calificado como desleal y, en su caso, expondremos las acciones de las que dispone la empresa industrial para defenderse frente a la cadena de supermercados.

En concreto, en la conducta de Solmerc se pueden diferenciar dos hechos relevantes que procederemos a analizar en las siguientes páginas: en primer lugar, examinaremos la posible explotación de la situación de dependencia económica en la que se encontraba la fábrica de sardinas en lata por parte de la cadena de supermercados; y, en segundo

término, estudiaremos si la relegación de los productos a los estantes inferiores, así como el descenso del número de pedidos que Solmerc realizó como represalia a las actuaciones de Sardiña de Galicia, son contrarias a la buena fe y por tanto, constitutivas de un acto de competencia desleal.

Antes de comenzar a analizar cada uno de los casos, debemos aclarar qué se entiende por acto de competencia desleal. Sus orígenes se remontan al liberalismo económico del siglo XIX, con el que se abandonó el sistema tradicional de gremios y corporaciones para dar paso a la libertad de industria y comercio, en la que ciertos participantes del mercado trataban de perjudicar a sus competidores mediante actuaciones “incorrectas”. Ante la ausencia de legislación³², fue la jurisprudencia la que elaboró los primeros conceptos de competencia desleal, cuya protección se dirigía principalmente a los empresarios frente a los perjuicios que pudiesen ocasionarles sus competidores; una postura totalmente opuesta a la regulación actual basada en el modelo social de competencia desleal que vela por los intereses de todos los operadores del mercado³³. Hoy en día, como indica *Bercovitz*³⁴, “no es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene la obligación de competir”; y es precisamente por esto por lo que el Estado debe asegurar el cumplimiento de la libre competencia en la economía de mercado.

En la legislación española, el modelo social se introdujo con la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (en adelante LCD), (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con>)³⁵ aunque también se protege la libre competencia en el mercado con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>)³⁶. Ambas constituyen las dos caras de una misma moneda, compartiendo la finalidad general salvaguardar la competencia en el mercado en interés de todos y cada uno de los participantes del mismo -empresarios, consumidores y Estado-. La principal diferencia entre ellas es que mientras que la LDC ostenta una protección de Derecho Público -intervienen organismos como la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia-, la LCD está protegida por el Derecho Privado, correspondiéndoles a los propios perjudicados el ejercicio de las acciones para impedir o hacer cesar los actos desleales.

Una vez entendido el fundamento de la existencia de esta figura jurídica, debemos preguntarnos qué se entiende por actos de competencia desleal y cuáles son. Para responder a ello, debemos acudir a la cláusula general contenida en el artículo 4 LCD, en la que se establece que “*se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”, entendida ésta como la diligencia profesional que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado. Además de esto, es necesario que se cumplan dos condiciones objetivas para calificar a un acto como desleal: debe tener fines concurrentiales; es decir, ser objetivamente idóneo para asegurar o promover la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de las de un tercero; y debe realizarse en el mercado³⁷. Basta, por lo tanto, la existencia de una actuación contraria a la diligencia profesional exigible que pueda perjudicar a cualquiera

³² La inexistencia de regulación permitió, entre otros factores, el gran crecimiento económico de la época (MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. 1998. *La competencia desleal*. Civitas Monografías, pp. 67-71.

³³ *Vid.* Art. 3 LCD.

³⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. 2014. *Apuntes de derecho mercantil*. Thomson Reuters, pp. 374-376.

³⁵ BOE núm. 10, de 11 de enero de 1991.

³⁶ BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007.

³⁷ *Vid.* Art. 2 LCD.

de los participantes del mercado para que sea calificada como deslealtad, sin que sea necesario un daño efectivo o una intencionalidad expresa.

Cabe señalar que para examinar si las conductas que analizamos son constitutivas o no de actos de competencia desleal, en primer lugar, se debe examinar si se corresponden con alguno de los supuestos concretos tipificados como desleales en los artículos 5 al 31 LCD; y en caso de no enmarcarse en ninguno, ver si es posible encuadrarlos en la cláusula general de actos contrarios a la buena fe del empresario.

IV.2. Explotación de la situación de dependencia económica

La primera actuación por parte de Solmerc que vamos a examinar es el ejercicio de presiones, bajo amenaza de la ruptura comercial, a Sardiña de Galicia para que le concediese un descuento del 20% sobre el precio pactado en el contrato inicial en octubre de 2017.

En este sentido, se debe tener en cuenta la situación de especial vulnerabilidad económica en la que se encontraba Sardiña de Galicia desde sus comienzos y que gracias al contrato suscrito con Solmerc se mantuvo en el mercado durante el primer ejercicio de actividad; hechos que pudieron haber sido aprovechados por parte de esta última para la consecución de condiciones ventajosas que se podrían enmarcar en los supuestos de explotación de la situación de dependencia económica recogidos en el artículo 16 LCD.

En la redacción originaria del mencionado artículo, se comprendía bajo el título de “Discriminación” tanto la explotación de la situación de dependencia económica de compañías clientes o proveedores como la discriminación de los consumidores en materia de precios y condiciones de venta. Ante la mayoritaria opinión de la doctrina de que el encuadre de ambas figuras bajo dicho título no era adecuado³⁸, la disposición adicional tercera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/12/28/52>)³⁹, modificó la rúbrica del artículo a “Discriminación y dependencia económica” y su redacción, añadiendo la presunción del punto dos, así como dos conductas desleales concretas que conformaron el nuevo párrafo tercero. En el análisis concreto del presente caso, nos centraremos en los apartados segundo -cuya aplicación ha generado cierta controversia jurisprudencial- y el apartado b) del tercer punto -cuya aplicación apenas ha tenido lugar- tal y como escribe *García Pérez*⁴⁰.

A pesar de que es el precepto 16.2 LCD el que se refiere específicamente a la situación de dependencia económica, los supuestos recogidos en el tercer apartado del mismo texto normativo comparten el mismo presupuesto objetivo, tal y como explica la jurisprudencia mayoritaria (SAP Pontevedra, de 5 de mayo 2016 (ECLI: ES:APPO:2016:642), SAP Madrid de 12 de diciembre de 2014 (ECLI: ES:APM:2014:18847)). Por ello, procederemos a describir en qué situaciones se entiende que existe dicha dependencia económica, abarcando los supuestos de ambos apartados del art. 16 LCD, para posteriormente aclarar en qué casos se explota tal situación.

El legislador no ha establecido una definición concreta del concepto de dependencia económica, aunque en virtud de la redacción del precepto normativo se puede decir que es aquella situación en la que las empresas clientes y proveedores de otra compañía con

³⁸ MASSAGUER FUENTES, J. 1991. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, p. 470.

³⁹ BOE de 29 de diciembre de 1999, núm. 311.

⁴⁰ GARCÍA PÉREZ, R. 2008. *Ley de Competencia Desleal*. Thomson Aranzadi. Jurisprudencia Comentada. p. 397.

poder relativo de mercado no disponen de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. En palabras de *Zabaleta Díaz*⁴¹, la dependencia económica es la imposibilidad de prescindir de las relaciones comerciales que una compañía mantiene con la empresa fuerte sin que su capacidad competitiva se vea seriamente afectada. En relación con esto, el art. 16.2 LCD establece una presunción *iuris tantum* en virtud de la cual si un proveedor tiene que conceder además de los descuentos y condiciones habituales, otras ventajas a un cliente de forma regular que no se les conceden a compradores similares, está en situación de dependencia económica.

En todo caso, nos estamos refiriendo a una situación que se da exclusivamente a nivel vertical, de modo que los actos desleales tan sólo tienen lugar entre empresas de eslabones diferentes de la cadena de fabricación o distribución -como ocurre entre Solmerc y Sardiña de Galicia- y no a nivel horizontal entre las empresas y sus propios competidores.

Los principales requisitos determinantes de la situación de dependencia económica son la existencia de poder de dominio relativo en el mercado por parte de la empresa “dominante” y la no disposición de alternativas equivalentes por parte de la empresa dependiente.

Para examinar la concurrencia del primero de ellos, la jurisprudencia ha determinado que es necesario definir el mercado relevante (en este sentido, SAP Barcelona de 14 de mayo de 2007 (ECLI: ES:APB:2007:9571), SAP de Castellón de la Plana de 1 de junio 2006 (ECLI: ES:APCS:2006:485) y SJM Madrid de 2 de febrero de 2015 (ECLI: ES:JMM:2015:5068), haciendo hincapié en tres ámbitos: mercado objetivo -en función de la clase de productos o servicios que se suministran-, mercado geográfico -localización geográfica del mercado en el que se desarrollan las relaciones comerciales- y mercado temporal -momento temporal en el que actúan los operadores del mercado-.

En todo caso, hay que diferenciar el dominio relativo del mercado, en el que el poder se limita a la concreta relación entre la empresa y la compañía dependiente, con la posición de dominio absoluto recogido en la LDC respecto de todas las compañías clientes, proveedores efectivos o potenciales. Según *Zabaleta Díaz*⁴², “*el poder relativo de una empresa no deriva ni de la dominación del mercado ni de la restricción de la competencia, sino de la relación especial que une a esa empresa con poder relativo con la dependiente*”. En esta línea se ha manifestado también la jurisprudencia en SAP Barcelona de 13 de marzo de 2006 (ECLI: ES:APB:2006:1708) y SAP de Pontevedra de 23 de enero de 2006 (ECLI: ES:APPO:2006:155).

Para la apreciación del segundo requisito, en la praxis judicial se ha considerado que los clientes o proveedores deben carecer de la posibilidad de establecer relaciones contractuales con otras compañías para la adquisición o colocación de los productos o servicios, en el mismo marco geográfico, tiempo y mercado en el que se tienen establecidas las relaciones⁴³. En caso de existir alternativas equivalentes, éstas deben ser reales y efectivas, no potenciales, y equivalentes, lo que en palabras de *Massaguer*⁴⁴ y como muestra la SAP Madrid de 28 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:15141), significa que deben ser suficientes –si los clientes o proveedores pueden reemplazar los

⁴¹ ZABALETA DÍAZ, M. 2002. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, pp. 230-231.

⁴² ZABALETA DÍAZ, M. 2002. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons, pp. 228-229.

⁴³ En la SAP Barcelona de 14 de mayo de 2007 (ECLI: ES:APB:2007:9571), se muestra la imposibilidad de vender los mismos productos debido a la exclusiva de la distribuidora.

⁴⁴ MASSAGUER FUENTES, J. 1991 *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, pp. 477-478.

suministros y pedidos de la empresa cuyo poder de mercado se examina– y razonables – si no reportan a la empresa cliente o proveedora unos costes o desventaja competitiva que no pueda asumir–.

En la práctica es habitual el análisis de otros criterios que complementan a los requisitos explicados y sirven de indicios para considerar que se está ante una situación de dependencia económica, por lo que su análisis debe realizarse en todo caso de manera conjunta. Uno de ellos, es el volumen de facturación del distribuidor al proveedor, sobre el que no existe unanimidad al respecto: mientras que la SAP Barcelona de 13 de marzo de 2012 (ECLI: ES:APB:2012:11580) consideró insuficiente un volumen de ventas del 40%, la SAP Vizcaya de 23 de junio de 2011 (ECLI: ES:APBI:2011:406) confirmó la dependencia económica con una facturación del 70%. Por otra parte, la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/08/02/12>)⁴⁵ reconoce la situación de dependencia económica cuando la facturación del producto de la empresa sea al menos de un 30 %, mientras que el Informe de la CNC⁴⁶ sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores considera que la dependencia relativa de los proveedores se sitúa a partir del 10 % de sus ventas.

Otros indicadores a considerar son el resultado económico de la empresa dependiente, puesto que si evoluciona positivamente tras el cese de la relación con la compañía dominante, no existiría dependencia económica (SAP Madrid de 28 de octubre de 2011, (ECLI: ES:APM:2011:15141)), y la dimensión del proveedor, ya que cuanto más pequeña sea mayor será el riesgo de dicha dependencia (SAP Ourense, de 4 de febrero de 2014, ECLI: ES:APOU:2014:34)). Además, cuanto mayor poder tenga el distribuidor en su zona geográfica, mayor riesgo de dependencia de su proveedor habrá, tal y como se analiza en el *Caso Cunext* (STS de 29 de febrero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:1580) y en la STS de 27 de julio de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5383).

Asimismo, cuanto mayor sea la duración de la relación comercial, mayor riesgo de dependencia habrá; de la misma manera que si el proveedor hubiese realizado inversiones específicas para atender la demanda del distribuidor o si su dedicación al mismo es muy alta (se expone en la citada SAP Madrid de 28 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:15141)).

Por último, siguiendo a *Massaguer*⁴⁷, cabe señalar que podemos diferenciar dos tipos de dependencia económica: la originada por la propia relación comercial entre empresas (por ejemplo, si para el distribuidor son imprescindibles los productos de la empresa dependiente para ser competitiva, o si el cliente o proveedor acomoda su actividad a los pedidos de la empresa dominante), y la originada por las características del mercado (cuando el cliente tiene la necesidad de los suministros de un fabricante por una imprevisible carencia en el mercado o cuando el proveedor no puede colocar sus productos en el mercado en condiciones competitivas si abastece con ellos a un determinado cliente).

Analizando el caso aquí nos ocupa, podemos concluir que Sardiña de Galicia se encontraba en situación de dependencia económica, ya que se cumplen los dos requisitos exigidos. Por una parte, se constata el poder de dominio relativo de Solmerc durante el

⁴⁵ BOE de 3 de agosto de 2013, núm. 185.

⁴⁶ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2010. Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario.

⁴⁷ MASSAGUER FUENTES, J. 1991. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, pp.478-480.

ejercicio 2017 en el mercado de distribución de latas de sardinas, pues era el principal cliente de Sardiña de Galicia, y gracias al que la compañía industrial se había mantenido en el mercado durante su primer ejercicio económico. Por otra parte, Sardiña de Galicia no disponía de alternativas equivalentes: las posibilidades de reemplazo de su principal cliente eran muy escasas, sin obtener a cambio altos costes y desventajas competitivas que serían imposibles de asumir dada su precaria situación económica y financiera.

Una vez constatada la dependencia económica, se debe analizar si la compañía de supermercados explotó tal situación, y por lo tanto, cometió una actuación de deslealtad frente al mercado, pues aunque exista una posición dominante en la relación comercial no tiene por qué producirse un abuso de la misma. Se entiende que existe explotación de la situación de dependencia económica cuando una empresa que no domina en el mercado pero sí tiene una posición de dominio frente a sus clientes o proveedores, aprovecha tal circunstancia para la imposición de condiciones que en una situación competitiva no soportarían.

La explotación se basa, por lo tanto, en la utilización de ese poder relativo de dominio de manera injustificada y desproporcionada, tal y como se manifiesta en la SAP Barcelona de 13 de marzo de 2006 (ECLI: ES:APB:2006:1708). Ante la ausencia de mención alguna en el precepto de las conductas consideradas abusivas, la doctrina ha propuesto una clasificación que distingue cuatro grupos: la negativa a establecer o continuar relaciones comerciales (por ejemplo, cuando se produce la rescisión unilateral de la relación comercial, una obstaculización que conduzca al rechazo o una negativa a suministrar o a la concesión de licencias), la discriminación hacia un cliente o proveedor dependiente de manera injustificada, la obstaculización o el impedimento de que el cliente o proveedor dependiente le prive de los pedidos o suministros y la denominada discriminación pasiva, referida a la obtención de suministros por parte de la empresa dominante en condiciones más ventajosas que las acordadas con el resto de clientes de la compañía dependiente.

Este último caso se recoge específicamente en el art. 16.3 b) LCD, del que se desprende que dicho abuso tiene lugar en relaciones con suministradores⁴⁸ que son sujetos pasivos de las acciones abusivas consistentes en la intimidación y amenaza de ruptura de las relaciones comerciales para conseguir descuentos, precios, condiciones de pago... más ventajosas que las pactadas inicialmente y que el proveedor no aceptaría en términos normales. El comportamiento llevado a cabo por Solmerc frente a Sardiña de Galicia, se corresponde con este supuesto, pues de manera injustificada y desproporcionada, amenazó a la compañía industrial con romper la relación comercial que la mantenía en el mercado ante todos sus problemas financieros, para conseguir un 20% de descuento sobre el precio pactado en el contrato inicial, siendo conocedora de la imposibilidad de Sardiña de Galicia de encontrar nuevos clientes en ese momento, pues tenía focalizada la gran parte de su producción hacia Solmerc. En definitiva, Sardiña de Galicia se encontraba en octubre 2017 en una situación de dependencia económica frente a Solmerc, de la que esta última abusó, cometiendo un ilícito desleal frente al que, como analizaremos posteriormente, Sardiña de Galicia podría accionar.

IV.3. Prácticas desleales contrarias a la buena fe: relegación de productos a estantes inferiores y bajada de pedidos como represalia

En el artículo 4 LCD se contiene la cláusula general mediante la cual se reputa desleal todo comportamiento objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. Además de

⁴⁸ BARONA VILAR, S. 2008. *Competencia desleal*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 648-652.

servir de inspiración a todo el sistema, se trata de una norma con sustantividad propia y totalmente independiente de las conductas específicamente tipificadas en los artículos 5 y siguientes de la LCD, tal y como ha establecido la doctrina del TS (STS de 8 de octubre de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6171), STS de 29 de febrero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:1580) o STS de 7 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1876)); de modo que la cláusula general “no puede servir para sancionar como desleales conductas que debieran ser confrontadas con alguno de los tipos específicos contenidos en otros preceptos de la propia Ley”. Asimismo, tampoco se puede aplicar la cláusula general a los actos que no reúnan todos los requisitos exigidos por la LCD para declarar una conducta desleal, ni se puede utilizar de forma acumulativa.

La relegación de las latas de sardinas a los estantes inferiores y el descenso acusado de pedidos de Solmerc como represalia ante el intento de Sardiña de Galicia de desviar su producción hacia otros supermercados que le ofrecían condiciones más ventajosas, no se puede encuadrar en ninguno de los supuestos específicos de la LCD. Teniendo en cuenta esto y que la cláusula general regula los comportamientos desleales realizados frente a los consumidores y usuarios, pero también frente a otros operadores profesionales⁴⁹, se puede acudir a ella para tratar de enmarcar el comportamiento llevado a cabo por la cadena de supermercados.

El criterio para calificar como desleal a un comportamiento es la contrariedad a las exigencias de la buena fe en términos objetivos; es decir, aquella conducta contraria a la diligencia profesional a la que deben someterse todos los operadores profesionales del mercado. La STS de 8 de julio de 1981 (ECLI: ECLI: ES:TS:1981:5263) estableció que la buena fe objetiva se correspondía con la conducta ética impregnada de valores como la honradez, lealtad, el justo reparto de la propia responsabilidad y el atendimiento a las consecuencias que en todo acto consciente y libre pueden darse en el ámbito de la confianza ajena. En la misma línea se han reiterado pronunciamientos del Alto Tribunal como STS de 1 de junio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:3278) que señala que la buena fe se infringe cuando “se contravienen los usos y costumbres admitidos como correctos por todos los participantes en el mercado” o STS de 21 de octubre de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6410) que afirma que puede vulnerarse la confianza de los que participan en el mercado incluso sin actuar con mala fe subjetiva, aunque esta sí sería relevante a la hora de ejercitar la acción de daños y perjuicios para determinar si intervino dolo o culpa.

De este modo, la propia finalidad de la LCD –la protección de la competencia- constituye un límite a la actuación en el mercado para que no se produzcan situaciones de abuso del derecho de libre empresa recogido en el artículo 38 de la Constitución española, de modo que no se lesione la confianza que los partícipes en el mercado tienen en que los demás concurrentes adecúen su conducta a dichas exigencias⁵⁰.

En resumen, un acto de competencia desleal es un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual, pues no es necesario que se materialice un daño real, no importa la intencionalidad del agente actuante y no deriva de un incumplimiento contractual sino de una actuación contraria a la diligencia profesional debida (STS de 15 de abril de 1998 (ECLI: ES:TS:1998:2433)).

⁴⁹ RUIZ PERIS, J.I. 2010. *La reforma de la Ley de competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de consumidores y usuarios*. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 38-40.

⁵⁰ GARCÍA-CRUCES, J.A. 2014. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch, pp. 1170-1183.

Las actuaciones llevadas a cabo por Solmerc en marzo de 2018, constituyen un ilícito desleal por ser contrarias a la buena fe objetiva, pues la relegación de los productos del suministrador a los estantes inferiores y la bajada acusada de pedidos como represalia al intento de Sardiña de Galicia de diversificar su red de clientes quedan fuera de toda diligencia profesional, independientemente de que la intencionalidad de la cadena de supermercados fuese perjudicar a la empresa industrial -hecho que será relevante a la hora de poder ejercitar la acción de daños y perjuicios- y que tanto esta actuación como el abuso de dependencia económica anteriormente descrito, ocasionaron un daño real en la empresa industrial que se tradujo en el aumento en un 40% de sus pérdidas en el ejercicio 2018.

IV.4. Acciones a ejercitar por Sardiña de Galicia

El comportamiento desleal llevado a cabo por Solmerc durante toda la relación comercial provocó el aumento progresivo de las pérdidas de la compañía industrial, llegando a incrementarse en un 40% en el ejercicio 2018, y empeorando de ese modo la crítica situación con la que comenzaba desde un principio su actividad económica.

Ante la lesión directa de sus intereses económicos por las conductas desleales⁵¹, Sardiña de Galicia estaría legitimada para promover las acciones descritas en el art. 32.1.1º, 2º y 3º LCD contra Solmerc⁵². En concreto, podría ejercitar la acción declarativa de deslealtad la acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura y la acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. Asimismo, Sardiña de Galicia podría ejercitar la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal recogida en el apartado 5º del art. 32.1 LCD, si ha intervenido dolo o culpa del agente.

Sin embargo, se deben tener en cuenta los plazos de prescripción establecidos en el art. 35 LCD: *“las acciones de competencia desleal previstas en el artículo 32 prescriben por el transcurso de un año desde el momento en el que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y en cualquier caso por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta”*.

El TS en su STS de 14 de junio de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1902), establece que los mencionados plazos son recíprocamente excluyentes y no sucesivos; es decir, una vez que el lesionado ha tenido conocimiento del acto desleal y de su autor, ya no es posible apreciar la prescripción de la acción de competencia desleal en atención al momento de realización del acto de competencia desleal, de forma que transcurrido un año desde el momento en el que se pudo ejercitar la acción y se tuvo conocimiento de la persona que lo realizó prescribe la acción aunque no hubiesen transcurrido todavía tres años desde el momento de la realización del acto desleal; y viceversa, una vez agotado el plazo de tres años prescribe la acción de competencia desleal aun cuando no hubiese transcurrido un año desde el conocimiento del acto y de su autor.

El Alto Tribunal aclara que el momento de inicio del cómputo de los plazos es diferente en función de la naturaleza del acto desleal, pues si se trata de un acto instantáneo se

⁵¹ Artículo 33 LCD. Legitimación activa: *“1. Cualquier persona física o jurídica que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por la conducta desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en el artículo 32.1, 1.ª a 5.ª”*

⁵² Solmerc es el sujeto pasivo al que se dirigirían las posibles acciones que a ejercitar por Sardiña de Galicia. Vid. Art. 32 LCD.

comienza a contar desde que se produce tal conducta y se conoce a su autor, mientras que si se trata de un acto duradero el cómputo comienza cuando haya terminado el acto. Para el caso concreto de la acción de indemnización de daños y perjuicios, el plazo comienza a contar desde que se produce el perjuicio. Además, en todo caso, cada acto de competencia desleal funda una nueva acción, sometida a un plazo de prescripción propio y diferente.

Aplicando todo ello a la situación de Sardiña de Galicia, podemos concluir que ésta tuvo conocimiento del acto desleal y de su autor en el mismo momento en el que se produjeron las conductas ilícitas. Por ello, el plazo para el ejercicio de cualquiera de las acciones se encontraría en la actualidad prescrito, pues habría transcurrido más de un año desde octubre de 2017 y marzo de 2018, pues no resulta de aplicación en ninguno de los dos casos el plazo de tres años.

Cosa diferente es el *dies a quo* del plazo de un año correspondiente a las acciones derivadas de cada conducta ilícita. El ejercicio de presiones para la obtención de un descuento comercial producido en octubre de 2017 se puede calificar como un acto instantáneo, de modo que el plazo para el ejercicio de las acciones pertinentes habría comenzado a contar desde ese mismo mes, pues fue entonces cuando se produjo el hecho y Sardiña de Galicia tuvo conocimiento del autor, de modo que actualmente se encontraría prescrito. Sin embargo, existen más dudas en cuanto a la naturaleza del segundo acto de competencia desleal realizado por Solmerc en marzo de 2018. En caso de otorgarle carácter instantáneo, el plazo comenzaría a computar desde que se tuvo conocimiento del hecho y del autor, mientras que si se considerase un acto duradero, el *dies a quo* comenzaría a computarse una vez finalizada la conducta desleal. Como no se especifica nada de ello en los antecedentes de hecho, podemos suponer que se trata de un acto instantáneo y que, por lo tanto, el plazo se comenzaría a computar desde el mes de marzo de 2018. De todos los modos, en ambos casos, a día de hoy no cabría ninguna posibilidad para el ejercicio de alguna acción por parte de Sardiña de Galicia.

Por último, se debe señalar que el plazo para el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de ambos actos de competencia desleal se encuentra también vencida, a pesar de que su *dies a quo* es diferente al del resto, pues se empieza a computar desde que se produce el perjuicio. Como sabemos, la consecuencia directa de todas las conductas desleales realizadas por Solmerc se materializó en un incremento de un 40% de las pérdidas del ejercicio de 2018 de la compañía industrial, de manera que la empresa de sardinas en lata tampoco podría interponer dicha acción para ver resarcidos los daños y perjuicios ocasionados por el comportamiento de la cadena de supermercados a día de hoy.

En conclusión, debido a la prescripción de todos los plazos para el ejercicio de todas las acciones que podría haber ejercitado Sardiña de Galicia, actualmente no podría defenderse de los perjuicios ocasionados por las dos conductas desleales llevadas a cabo por Solmerc.

V. JURISDICCIÓN COMPETENTE EN CASO DE CONCURRENCIA DE ERE Y CONCURSO DE ACREEDORES

V.1. Competencia para conocer de las acciones individuales de las trabajadoras

En este apartado procederemos a analizar cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer de las demandas individuales de extinción de los contratos por impago de salarios interpuestas por las trabajadoras A.B.C., D.E.F. y G.H.I.

En primer lugar, se debe tener claro el momento de inicio de los procesos individuales ejercitados por cada una de las empleadas de Sardiña de Galicia. En este sentido, tomamos de referencia lo establecido en la STS (Sala de lo Social) de 26 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3033) y STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TSJPV:2019:594): el proceso individual de extinción del contrato comienza cuando se presenta la demanda de conciliación, pues no se trata de un mero procedimiento administrativo incrustado en el laboral, sino que es una actuación exigible para acceder a la jurisdicción social, impregnado de principios y valores procesales de características propias. De este modo, la fecha en la que las trabajadoras A.B.C., D.E.F. Y G.H.I. iniciaron sus procesos individuales extintivos es el 28 de diciembre de 2019, y no el 10 de enero de 2020 cuando presentaron la demanda ante la no obtención de avenencia en la conciliación previa.

Sentado lo anterior, y debido a que las pretensiones de cada una de las tres trabajadoras se fundaban en el artículo 50.1.b) ET, que permite solicitar la extinción por voluntad del trabajador ante la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario pactado, teniendo derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente, podemos concluir que no resulta de aplicación lo establecido en el art. 64.10 LC⁵³. El mencionado artículo establece que una vez iniciado el procedimiento de “ERE concursal”, todos los procesos individuales frente a la empresa concursada, fundados en dichas causas, que sean posteriores a la solicitud del concurso pendiente de resolución firme, se suspenderán hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva.

Debemos realizar aquí ciertas puntualizaciones. La primera es relativa a la fecha que se toma de referencia, ya que como vemos, es la de la solicitud del concurso de acreedores. No sirve, por lo tanto, considerar el momento en el que se realizó la comunicación de la situación de precurso, pues no es sustitutivo de la solicitud de concurso, que se debe solicitar en virtud del art. 5 bis.5 LC transcurridos tres meses desde la realización de la comunicación⁵⁴.

Las acciones interpuestas con posterioridad a dicha solicitud de concurso mutan su naturaleza, transformándose en extinciones colectivas. A pesar de ello, no salen del ámbito del orden social, cuyos órganos suspenden el procedimiento y se lo comunican a la administración concursal –a los efectos del reconocimiento como contingente del crédito que pueda resultar de la sentencia que se dicte en su día– y a los tribunales ante

⁵³ Art. 64.10 LC: “*las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo, desde que se acuerde la iniciación del procedimiento previsto en este artículo, para la extinción de los contratos.*”

⁵⁴ STSJ País Vasco de 5 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TSJPV:2019:594).

los que se estuvieran tramitando los procedimientos individuales, una vez alzada la suspensión⁵⁵. En palabras de Sáez Lara⁵⁶, no se debe considerar el art. 64.10 LC una norma sobre competencia, sino que constituye una previsión normativa sobre la coordinación entre las extinciones colectivas resueltas por el procedimiento concursal y otras individuales instadas ante la jurisdicción social. Además, dicha pendencia ante los órganos sociales no determina la pérdida de competencia de la jurisdicción mercantil para decidir sobre la extinción colectiva de las relaciones laborales, incluidos los trabajadores que hubiesen ejercitado sus acciones con posterioridad a la declaración del concurso, extremo que desarrollamos en profundidad en el siguiente apartado.

En el caso de Sardiña de Galicia, aunque desconocemos en qué fecha se produjo la solicitud de concurso voluntario, sabemos que en todo caso se produciría más tarde de la comunicación preconcursal de 22 de enero de 2020 y del inicio de los procedimientos individuales el 28 de diciembre de 2019. Por ello, el Juzgado de lo Social sería el competente para continuar con la tramitación de las acciones de extinción individuales planteadas antes de la solicitud del concurso, a tenor del mencionado art. 64.10 LC y de la doctrina del TS. Esto es, aunque las acciones resolutorias individuales ejercitadas con posterioridad a la iniciación del concurso se transforman en colectivas, sin salir por ello del ámbito social, cuyos órganos deben suspender su tramitación; en el caso de las acciones ejercitadas en fecha anterior a la solicitud de concurso no sólo no mutan su naturaleza, sino que siguen su trámite normal, aunque estén vinculadas a la situación económica de la empresa, sin quedar paralizadas por la iniciación del concurso ni por la incoación de un procedimiento colectivo de extinción contractual que incluya a las trabajadoras accionantes (STS (Sala de lo Social) de 20 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4026). Es decir, la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso requiere que la presentación de la demanda por despido sea posterior a la solicitud del concurso de acreedores, lo que confirma la regla general de que la competencia para conocer de los conflictos entre empleadores y empleados en materia de extinción de contratos de trabajo, tanto individuales como colectivos, corresponde a los órganos jurisdiccionales del orden social, según lo prevenido en los arts. 1 y 2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)⁵⁷, tal y como señala la STS (Sala de lo Social) de 22 septiembre 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4636).

Una vez establecida la competencia del Juzgado de lo Social en los casos en los que existan acciones individuales previas al procedimiento concursal, el juego entre órdenes jurisdiccionales para la realizar la extinción de los contratos se articula de la siguiente manera:

Si se dicta sentencia del Juzgado de lo Social con anterioridad al auto del Juzgado de lo Mercantil que extinga las relaciones laborales, no existe ninguna resolución mercantil que produzca efecto de cosa juzgada y por lo tanto, son los tribunales de lo social los

⁵⁵ Ésta fue la principal modificación realizada en el art. 64 LC según se detalla en GÓMEZ LÓPEZ, E. 2012. *La última reforma concursal. Primera lectura de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch, pp. 128-132. ISBN: 9788490047514.

⁵⁶ SÁEZ LARA, C. 2012. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal” en *Relaciones Laborales. La Ley 1939/2012*, N.º 7, tomo I, Editorial Wolters Kluwer, p. 11.

⁵⁷ BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

competentes para declarar la extinción de los contratos individuales de cada una de las tres trabajadoras, que no se incluirán en el expediente de extinción colectivo.

Por el contrario, si se produce la resolución colectiva de todos los contratos de trabajo en el seno del concurso de acreedores, incluidos los de las tres trabajadoras demandantes, antes de que dictase sentencia en el orden social, este último no puede desconocer dicha circunstancia que ha determinado que los contratos laborales de las tres actoras ya se encuentren extinguidos por las mismas causas que motivaban dichas acciones individuales. En esta línea se manifiesta la jurisprudencia en STS (Sala de lo Social) de 14 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3314).

Esta interpretación del TS del art. 64.10 LC se basa en que ante unos mismos hechos debe darse una “idéntica solución” para asegurar la igualdad entre los trabajadores del mismo empleador concursado, evitando de este modo un posible fraude al poder elegir ante una misma situación diferentes acciones que pudiesen llevar a resultados desiguales en lo relativo a la fecha de extinción, salarios, indemnizaciones... En este sentido se han pronunciado las sentencias STS (Sala de lo Social) de 13 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1821), STS (Sala de lo Social) de 29 de junio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2899) y STS (Sala de lo Social) de 30 de junio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2904).

En síntesis, como la presentación de las demandas individuales amparadas en el art. 50.1.b) ET es anterior a la fecha de solicitud del concurso, es competente el Juzgado de lo Social para su conocimiento, no siendo de aplicación lo previsto en el art. 64.10 LC. Si se dicta sentencia en el orden social antes de que exista auto de extinción colectiva en el procedimiento concursal, los contratos serán extinguidos por el orden jurisdiccional social, no pudiendo incluirse a las tres trabajadoras en el despido colectivo tramitado por el Juzgado de lo Mercantil en el seno del concurso. Si por el contrario, se extinguen todos los contratos laborales en el seno concursal antes de que recaiga sentencia en el orden social, este último deberá de dejar de conocer del asunto pues los contratos de las trabajadoras A.B.C., D.E.F. y G.H.I. ya se han extinguido en el ámbito mercantil.

V.2. Competencia para la resolución del expediente de regulación de empleo

Los expedientes de regulación de empleo, tal y como se ha indicado anteriormente, son procedimientos administrativos tramitados ante la autoridad laboral competente, de modo que ningún orden jurisdiccional se ocupa de su conocimiento y resolución. Cuestión diferente es la tramitación de las acciones impugnatorias interpuestas frente a las medidas acordadas en dicho procedimiento administrativo, de las que podrá conocer el juez de lo social o de lo mercantil, tal y como se explicará en el siguiente apartado.

Sin embargo, la situación cambia cuando se tramita un expediente de regulación de empleo en el seno de un procedimiento concursal o, como es el caso de Sardiña de Galicia, cuando se inicia un expediente de regulación de empleo con anterioridad a la declaración de un concurso de acreedores, pues es este el momento de posible atribución de la competencia al juez concursal, y no la solicitud de la declaración de concurso o la comunicación de la situación preconcursal, tal y como indica la doctrina del TS en STS (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5066) y STS (Sala de lo Social) de 19 octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5070).

Se deben diferenciar en este punto dos escenarios: en primer lugar, en el caso de que el expediente de regulación de empleo se inicie y finalice antes de producirse la declaración

de concurso, será la autoridad laboral competente la encargada de la tramitación y ejecución de todo el procedimiento⁵⁸; por otro lado, si el expediente de regulación de empleo se inicia pero no se finaliza antes de la fecha de declaración de concurso, pasará a ser competente el juez de lo mercantil para su tramitación.

Para profundizar en el segundo caso planteado, pues es el que se corresponde con los antecedentes de hecho de la compañía de sardinas en lata, es necesario acudir a la LRJS, que en sus artículos 3.h), 4.1 y 6.1 excluye la competencia de la jurisdicción social para todas aquellas pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la LC con carácter exclusivo y excluyente al juez del concurso. Esta exclusión se materializa en los artículos 64.1 y 8.2º LC, que atribuyen al juez mercantil en esas condiciones la competencia para el conocimiento de *“las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado”*, entendiendo por suspensión colectiva las previstas en el artículo 47 ET, incluida la reducción temporal de la jornada ordinaria diaria de trabajo.

El artículo 64.1 LC recoge expresamente esta cuestión, decretando que si a la fecha de declaración del concurso de acreedores se encontrase en tramitación un procedimiento de despido colectivo o de suspensión de contratos o reducción de jornada, la autoridad laboral competente deberá remitir lo actuado hasta el momento al juez del concurso para que en los tres días siguientes a la recepción del expediente, el secretario judicial cite a comparecencia de los legitimados para decidir sobre la procedencia de la continuación con la tramitación de las medidas colectivas. Todas las actuaciones practicadas en el procedimiento administrativo hasta la fecha de la declaración de concurso serán válidas en el procedimiento de “ERE concursal”.

La competencia del juez mercantil para la resolución de la extinción de los contratos laborales en el seno concursal existe con independencia de que se encuentren pendientes demandas individuales ante los órganos del orden social interpuestas previamente a la solicitud del concurso. Este hecho no determina la pérdida de competencia del Juzgado de lo Mercantil para decidir sobre la extinción colectiva de las relaciones laborales, incluidas las que aquellos trabajadores que hayan interpuesto tales demandas (STS (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:717)).

De esta manera, se hace patente la pérdida de poder de decisión del juez de lo social sobre materias típicas de su competencia. No obstante, como estos procedimientos ya no se tramitaban por vía judicial, se puede decir que realmente las pretensiones del orden social no pasan a ser de la jurisdicción exclusiva y excluyente del juez del concurso, pues éste asume la competencia que tenía atribuida la autoridad laboral y sustituye, directamente o a través de la administración concursal, la capacidad de dirección de los administradores de la compañía⁵⁹.

⁵⁸ Art. 64.1. LC: [...] *“Si a la fecha de la declaración del concurso el empresario ya hubiera comunicado a la autoridad laboral la decisión adoptada al amparo de lo establecido en los artículos 51 o 47 del Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, ya hubiera recaído resolución administrativa autorizando medidas de extinción, suspensión o reducción de jornada, corresponderá a la administración concursal la ejecución de tales medidas. En todo caso, la declaración de concurso ha de ser comunicada a la autoridad laboral a los efectos que procedan.”*; y STS (Sala de lo Social) 18 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5066); STS (Sala de lo Social) de 19 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5070).

⁵⁹ ALTÉS TÁRREGA, J.A., 2013. *La competencia del juez del concurso en materia laboral: una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 31.

Por lo tanto, se puede afirmar que la jurisdicción competente para conocer de la extinción colectiva de los contratos de trabajo, una vez declarado el concurso de acreedores es la mercantil, incluso aunque con anterioridad a dicha declaración ciertos trabajadores hubiesen presentado demanda de extinción de su contrato ante el Juzgado de lo Social al amparo del artículo 50.1b) ET, estando pendiente de resolución dicha pretensión.

V.3. Competencia para conocer de las impugnaciones del ERE

Las impugnaciones contra el auto dictado en el expediente concursal de regulación de empleo podrán ser interpuestas, en virtud de lo dispuesto en el art. 64.8 LC, por la administración concursal, el propio concursado, los trabajadores a través de sus representantes legales y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

El precepto establece un doble cauce para realizar la impugnación del denominado “ERE concursal”, como bien señalaba *Altés Tárrega*⁶⁰: de una parte, se puede interponer recurso de suplicación, así como el resto de recursos previstos en la LJS –refiriéndose al recurso de súplica, de queja o recurso extraordinario de casación por unificación de doctrina–, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales; de otra, se permite a los trabajadores o al FOGASA recurrir mediante incidente concursal en materia laboral en lo referido estrictamente a cuestiones relacionadas con la concreta relación jurídica individual, con un plazo de un mes desde que el trabajador conoció o pudo conocer el auto, siendo recurrible en suplicación la sentencia que recaiga.

Esta dualidad de regímenes llevó a la postulación de dos posiciones doctrinales en cuanto a las diferencias entre uno y otro. Una primera tesis defiende que son los diferentes sujetos legitimados los que hacen que exista esta doble vía, existiendo un procedimiento específico para las impugnaciones de los trabajadores en relación con los efectos individuales de la decisión como con la propia decisión que aprobó las medidas; mientras que otra sostiene que dicha dualidad existe debido a la competencia material o contenido de la impugnación en cada uno de los casos, utilizándose el incidente concursal para la impugnación de los efectos del auto y no para el auto mismo.

La doctrina judicial avala esta última interpretación, de modo que la impugnación en suplicación se refiere a la propia medida de regulación de empleo tanto en sus aspectos formales como causales, mientras que en el incidente concursal solo se impugnarán las medidas que entienden que no se ajustan a su régimen jurídico-individual en relación con su contrato. Así, el juez de lo mercantil conocerá mediante incidente concursal de la impugnación del despido individual acordado por el juez del concurso en el marco de un despido colectivo, así como de cuestiones como la preferencia para la inclusión en el ERE, el grado de polivalencia y capacitación del trabajador o la vulneración de la garantía de indemnidad, según se manifiesta en STS (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:989), STS (Sala de lo Social) de 25 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3243), ATS (Sala de lo Social) 22 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4085A), STSJ Galicia de 6 de julio de 2018 (ECLI: ES:TSJGAL:2018:3327), STSJ Galicia de 11 de febrero de 2011 (ECLI: ES:TSJGAL:2011:1895) o STSJ Madrid de 3 de julio de 2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:4998).

⁶⁰ ALTÉS TÁRREGA, J.A. 2013. *La competencia del juez del concurso en materia laboral: una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Valencia, Tirant lo Blanch, p. 102.

Por su parte, la jurisdicción social será competente para conocer de la impugnación del auto del juez de lo mercantil que acuerda las medidas colectivas, así como de las reclamaciones de cantidad derivadas de la extinción contractual frente a la empresa concursada y a sus administradores sociales cuando parten de la premisa de que son un grupo de empresas, ya que la excepcionalidad de la atribución competencial a favor del juez del concurso juega en favor de la jurisdicción social cuando no hay norma explícita que le asigne el conocimiento del asunto (STS (Sala de lo Social) de 25 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3243), STS (Sala de lo Social) de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2258), y STS (Sala de lo Social) de 9 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:460)). Asimismo, para también es competente para conocer de la impugnación de un despido colectivo llevado a cabo con anterioridad a la declaración de concurso, independientemente de que la empresa estuviese en situación de precurso, no (STS (Sala de lo Social) de 20 de octubre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5559).

Además, cabe señalar que la impugnación ante la jurisdicción errónea de la extinción individual de quien fue incluido en ERE concursal suspende del plazo de caducidad, tal y como se ha establecido en STS (Sala de lo Social) de 24 de marzo de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1669) y STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:9203); y que para el caso concreto de un trabajador que no hubiera sido incluido en la lista, es la jurisdicción social la que resolverá sobre la existencia o no de la relación laboral.

En definitiva, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

- La competencia del juez del concurso sólo alcanza a las acciones individuales frente al auto de extinción colectiva por el procedimiento de incidente concursal.
- El momento a partir del cual el juez del concurso es competente en los asuntos que le son propios es la declaración de concurso de la empresa, de modo que los órganos jurisdiccionales sociales conocerán de todas aquellas materias relacionadas con medidas de ajuste consumadas con anterioridad a la declaración del concurso.
- El orden jurisdiccional social conserva la mayor parte de las materias que le son tradicionalmente propias, de manera que además de conocer de la impugnación del auto que acuerda las medidas colectivas vía recurso de suplicación, conocerá de todas aquellas cuestiones no referidas estrictamente al auto de extinción colectiva.

VI. CALIFICACIÓN DEL CONCURSO Y TRATAMIENTO DE INDEMNIZACIONES Y SALARIOS NO PERCIBIDOS

VI.1. Calificación culpable del concurso de acreedores

La calificación del concurso de acreedores permite determinar la responsabilidad personal y patrimonial en el ámbito civil del deudor, de sus representantes legales, administradores o liquidadores, derivada de los actos de disposición y administración anteriores y posteriores a la declaración del concurso. Se trata, por lo tanto, de realizar una valoración de su conducta para concretar en qué medida ha contribuido a la generación o agravación de la situación de insolvencia. No obstante, hay que tener en cuenta que no todos los procedimientos concursales pueden ser calificados, sino que es necesario realizar la apertura de la sección sexta mediante la resolución judicial en la que se aprueba el

convenio, el plan de liquidación o se ordena la liquidación de la empresa⁶¹. En aquellos casos en los que no se ponga en marcha dicha sección, no se podrá obtener calificación alguna, tal y como sucede cuando se aprueba un convenio en el que se establece una quita inferior a un tercio del importe de los créditos para todos o para alguna clase de acreedores o una espera inferior a tres años.

Según lo dispuesto en el artículo 163.1 LC, dos son las posibles calificaciones del concurso –fortuito o culpable–, debido a que se considera que la negligencia leve de una posible conducta fraudulenta no tiene la entidad suficiente para constituir una calificación del concurso⁶². Centrándonos en la primera posible calificación, a pesar de que la normativa se limita a su mención sin ofrecer una delimitación de su concepto y alcance, el concurso fortuito se puede definir como aquel en el que la conducta del deudor se caracteriza por una completa ausencia de intencionalidad dolosa y gravemente culposa o en la que tan sólo concurre culpa leve, la cual forma parte del riesgo consustancial al ejercicio de la libertad de empresa; es decir, el estado de insolvencia que sufre el concursado es consecuencia de un infortunio inesperado y compatible con la administración regular de la empresa. Sin embargo, en la práctica judicial y doctrinal, dicha calificación se realiza de forma residual: cuando no se ha logrado probar la concurrencia de los todos los presupuestos necesarios para su calificación como culpable. Asimismo, cabe señalar que, aunque el concurso fortuito no conlleve declaración de responsabilidad ni sanción alguna ante el archivo de las actuaciones y cierre de la sección sexta por parte del Juez⁶³, los administradores de las empresas sí podrán responder de sus actuaciones si los acreedores interponen las acciones correspondientes.

Para la calificación culpable de un concurso de acreedores se debe atender al triple criterio establecido en la LC⁶⁴. En primer lugar, la cláusula general de culpabilidad del art. 164.1 LC atribuye tal calificación cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiese mediado dolo o culpa grave del deudor, de sus representantes legales y en caso de tratarse de una persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, tanto de hecho como de derecho. Este concepto general recoge todos los elementos típicos de la responsabilidad por culpa, tal y como expresa la SJM Madrid, de 17 de julio de 2006 (ECLI: ES:JMM:2006:176): una conducta censurable (la acción u omisión en la que interviene dolo o culpa grave, excluyendo en todo caso la culpa leve), un daño (la generación o agravación del estado de insolvencia) y un nexo causal entre la conducta intencional del concursado y el daño ocasionado, que ha determinado la infracción de sus deberes más elementales orientados a la evitación o a la no agravación de la situación insolvente. No basta, por lo tanto, la mera constatación de la insolvencia para calificar como culpable al concurso de Sardiña de Galicia, sino que sería necesario, probar la existencia de dolo o culpa grave en la agravación de la insolvencia y el nexo causal entre estos dos elementos, tal y como expresa la SAP Pontevedra, de 29 de noviembre de 2007 (ECLI: ES:APPO:2007:2964).

Ante la dificultad de la concreción de la vinculación entre la conducta del concursado o de sus representantes y la generación o agravación de la insolvencia, el legislador concursal ha establecido ciertos supuestos concretos y determinadas presunciones en los arts. 164.2 y 165.1 LC respectivamente, para calificar como culpable a un concurso por la mera realización de estas conductas.

⁶¹ Vid. Art. 167.1 LC.

⁶² DÍAZ MARTÍNEZ, M. et al. 2009. *La calificación del concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch, p. 35.

⁶³ MONTÓN REDONDO, A. et al. 2005. *El nuevo proceso concursal*. Tirant lo Blanch, p. 205.

⁶⁴ VILATA MENADAS, S. 2011. *Elementos de derecho concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 181.

De este modo, se puede examinar si ha concurrido alguno de los supuestos recogidos en el art. 164.2 LC que determinan dicha calificación de manera inmediata al margen de la existencia de culpa grave o no, tal y como se señala en la STS (Sala de lo Civil) de 6 de octubre de 2011 (ECLI: ECLI: ES:TS:2011:6838), STS (Sala de lo Civil) de 21 de mayo de 2012 (ECLI: ECLI: ES:TS:2012:4441), STS (Sala de lo Civil) de 26 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2877) o STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1781). Se estima que, cuando menos, ha habido negligencia grave por parte del administrador cuando se haya incumplido el deber de llevanza de la contabilidad, se haya realizado doble contabilidad o alguna irregularidad relevante para la comprensión adecuada de la situación patrimonial o financiera; exista inexactitud grave o se hayan aportado documentos falsos en la solicitud de la declaración de concurso o durante la tramitación del procedimiento; se haya acordado la apertura de la liquidación de oficio ante el incumplimiento del convenio por causa imputable al concursado; se hubiese alzado el deudor con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de los acreedores o hubiese realizado cualquier actuación que retrasase, dificultase o impidiese la eficacia de un embargo; se hubiesen efectuado salidas fraudulentas de bienes o derechos del patrimonio del deudor durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso; o cuando, antes de la declaración de concurso, el deudor realizase cualquier acto jurídico dirigido a la simulación patrimonial ficticia.

En el caso de Sardiña de Galicia, no tenemos constancia de que la compañía hubiese realizado alguna de estas actuaciones, de modo que tras descartar la culpabilidad a través de la cláusula general y del art. 164.2 LC, debemos acudir a las presunciones *iuris tantum* del art. 165.1 LC para ver si existe alguna posibilidad de tal calificación. Siguiendo la doctrina del TS, los tres supuestos siguientes complementan al art. 164.1 LC, de tal modo que se presumirá culpable el concurso cuando el deudor o sus representantes legales, administradores o liquidadores hubieran incumplido el deber de solicitud de la declaración del concurso; no hubiesen colaborado con el juez y la administración concursal al no facilitar la información necesaria o no asistir a la junta de acreedores si su participación en la misma hubiese sido determinante para la adopción del convenio; o cuando el deudor no hubiese formulado o depositado las cuentas anuales en el Registro Mercantil o en el registro correspondiente en alguno de los tres últimos ejercicios anteriores a la declaración del concurso, en caso de estar obligado a ello.

Centrándonos en nuestro caso de análisis, sabemos que la empresa realizó la comunicación de su situación de precurso el 22 de enero de 2020, pero desconocemos si posteriormente llegó a solicitar la declaración de concurso, y si lo hizo, en qué fecha. Suponiendo que sí lo hizo, se debe tener claro que no basta con que el deudor presente la comunicación del art. 5 bis LC de forma previa a la misma, sino que tiene que hacerse dentro del plazo establecido para ello en el art. 5 LC; es decir, dentro de los dos meses siguientes al momento en el que tuvo conocimiento o hubiese podido conocer su situación de insolvencia actual o inminente. En este sentido, la empresa industrial era conocedora desde, al menos, el mes de septiembre de 2019 de su estado de insolvencia actual, pues fue en ese momento en el que dejó de abonar los salarios a sus empleados y de pagar los créditos a sus acreedores. No obstante, podemos ir más allá y plantearnos si la compañía ya se encontraba en situación de insolvencia inminente en julio de 2019, cuando negoció la primera reestructuración financiera con las entidades de crédito para introducir “*fresh money*” al prever que no podría cumplir regularmente sus obligaciones exigibles en un futuro próximo; pues si fuese así, el plazo del art. 5 LC comenzaría a computar desde ese momento.

En todo caso, teniendo en cuenta tanto el escenario de insolvencia actual como el de insolvencia inminente, la mercantil incumplió el plazo de presentación de la comunicación de precurso y de la solicitud de concurso; y es que tal y como se ha expuesto en la SAP de 8 de junio de 2016 (ECLI: ES:APB:2016:4276), la presentación tardía de la comunicación no excluye el incumplimiento del deber legal de solicitud del concurso ni la concurrencia de la presunción de culpabilidad del art. 165.1.1º LC. A pesar de que existe jurisprudencia minoritaria que no califica como culpable al concurso que, cumpliendo con el resto de requisitos, tan sólo incumple el presupuesto temporal (SJM Coruña de 15 de abril de 2010 (ECLI: ES:JMC:2010:32)), seguimos aquí el criterio mayoritario que señala que el incumplimiento del deber de solicitud del concurso en tiempo traslada al administrador de la concursada la carga de probar que dicho retraso no incidió en la agravación de la insolvencia (STS (Sala de lo Civil) de 17 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3837)), pues la presunción se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia⁶⁵ (STS (Sala de lo Civil) 20 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2883)).

Sardiña de Galicia tendría que probar que el retraso –que es una realidad incuestionable– no incidió en la agravación de la insolvencia y en el aumento del déficit patrimonial para que su concurso no fuese calificado como culpable, tal y como se expone en la STS (Sala de lo Civil) de 12 de enero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:256). La decisión de seguir operando en el mercado contrayendo nuevas obligaciones con trabajadores, acreedores y proveedores, cuando en realidad ya no podría cumplirlas regularmente desde septiembre de 2019, teniendo en cuenta la acusada duración de la demora y el previsible aumento del déficit patrimonial –cuya tendencia ya era ascendente hasta la fecha–, nos permite concluir que la insolvencia se habría visto definitivamente agravada –aunque no tengamos datos numéricos concretos de ese período–, y por ello, toda actividad probatoria quedaría desvirtuada. Asimismo, aunque la empresa llevó a cabo medidas de las que se desprende una cierta intencionalidad de intentar reflotar la precaria situación económica, como el inicio de un ERE en enero de 2020 y la comentada negociación con las entidades bancarias en julio de 2019, el concurso no podría ser calificado como fortuito porque fue probablemente el hecho de ser conocedora de su situación de insolvencia lo que le llevó a realizarlas, aunque sí podría tener incidencia en la determinación de la responsabilidad concursal. Por último, cabe señalar que la insolvencia en la LC no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas, ya que puede darse el caso de que el deudor pueda cumplir regularmente con sus obligaciones aunque el patrimonio contable sea inferior a la mitad del capital social y el activo inferior al pasivo si obtiene financiación (STS (Sala de lo Civil) de 22 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1781) y STS (Sala de lo Civil) de 7 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2211)).

En definitiva, la compañía de sardinas en lata demoró innecesariamente el inicio del concurso al que finalmente se acabó viendo abocada sin remedio, en lugar de tomar las medidas de ajuste necesarias con antelación para solventar adecuadamente su situación. Es por este motivo por el que su concurso debe ser calificado como culpable, al haberse agravado la insolvencia por la demora en la solicitud de la declaración de concurso de acreedores. Tal calificación debería efectuarse por una sentencia en la que se determinasen las personas afectadas por la misma, y en su caso, los cómplices. Las principales consecuencias de ello serían la inhabilitación de los afectados para la

⁶⁵ Existen autores como *Frau i Gaià* que son críticos con este sistema de presunciones al considerar que no ayuda a la averiguación de la verdadera causa de la insolvencia (FRAU I GAIÀ, S. 2014. *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*. Tirant lo Blanch, p. 155).

administración de bienes ajenos o la representación de cualquier persona durante un período de dos a quince años, la pérdida de cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales o sobre de la masa concursal, y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa. Además, el juez concursal podría condenar a los administradores de la empresa a la cobertura del déficit concursal según el art. 172 bis LC para que pagasen el importe de los créditos de los acreedores concursales que no quedasen cubiertos con la liquidación de la masa activa, en función de la contribución de cada uno de ellos a la agravación de la insolvencia⁶⁶ al haber continuado con la actividad normal de la empresa en una situación de insolvencia actual, infringiendo los deberes básicos de prevención, control y minoración de tal riesgo.

VI.2. Tratamiento de las indemnizaciones y salarios no percibidos

Los trabajadores de Sardiña de Galicia podrán reclamar los salarios no percibidos desde el mes de septiembre de 2019 y las indemnizaciones correspondientes por la extinción de sus contratos, teniendo en cuenta el tratamiento específico que se les otorga en el procedimiento concursal en el que suponemos que Sardiña de Galicia se vería incurso.

En primer lugar, serán calificados como créditos contra la masa⁶⁷ los salarios devengados en los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso, así como aquellos correspondientes a la prestación de trabajo con posterioridad a la declaración de concurso por continuidad de la actividad empresarial. El importe máximo tanto del denominado “superprivilegio” salarial como del resto de salarios contemplados en el art. 84.2 LC será el doble del salario mínimo interprofesional (en adelante, SMI), que cuenta con un régimen preferente de pago: antes de proceder con el abono de los créditos concursales, el administrador concursal deberá deducir de la masa activa los bienes y derechos necesarios para la satisfacción de los créditos contra esta⁶⁸. Debido a este carácter “prededucible” derivado de su consideración como categoría autónoma y separada de los créditos concursales (privilegiados, ordinarios y subordinados), serán los primeros que se cobrarán, debiendo hacerse efectivos a sus respectivos vencimientos.

En segundo término, recibirán el tratamiento de créditos concursales con privilegio general⁶⁹ los salarios devengados con anterioridad a la declaración del concurso, y la parte que exceda del límite del doble del SMI de los correspondientes a los últimos treinta días trabajados antes de la declaración concursal. Estos se someterán a las reglas concursales sobre comunicación, reconocimiento y clasificación, en virtud de las cuales los trabajadores deberán comunicar la existencia de sus créditos al administrador concursal en el plazo de un mes desde fecha de la declaración de concurso⁷⁰. No obstante, según lo establecido en el art. 86.2 LC, el administrador concursal reconocerá y calificará de oficio los créditos laborales cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o constasen en el procedimiento concursal, convirtiendo de ese modo en

⁶⁶ La condena a la cobertura del déficit concursal no opera de forma automática, sino que se deben fundamentar razonadamente los elementos objetivos y subjetivos que concurren en el caso de cada administrador social (STS (Sala de lo Civil) de 20 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2883); STS (Sala de lo Civil) de 19 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:6086)).

⁶⁷ En palabras de *Beltrán Sánchez*, tienen la consideración de gastos necesarios para el procedimiento concursal (BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 154” en ROJO, A., BELTRÁN, E. 2004. *Comentario de la Ley Concursal*. Ed. Thomson-Civitas, p. 2439).

⁶⁸ *Vid.* Art. 154 LC.

⁶⁹ *Vid.* Art. 91 LC.

⁷⁰ ROQUETA BUJ, R. 2013. *Extinción del contrato de trabajo*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 497.

potestativa dicha comunicación por parte del trabajador. Este tipo de créditos serán cobrados con posterioridad a los créditos contra la masa y a los créditos con privilegio especial con cargo a determinados bienes afectos, y tendrán un importe, como máximo, del triple del SMI.

El tratamiento de las indemnizaciones derivadas de la extinción contractual es similar al recibido por los salarios pendientes de pago en función de si se devengan antes o después de la declaración del concurso⁷¹. Atendiendo a la problemática particular de Sardiña de Galicia, podemos diferenciar varios supuestos, entre los que encontramos, en primer lugar, las indemnizaciones por la extinción de los contratos de las trabajadoras A.B.C., D.E.F. y G.H.I., que serán devengadas en la fecha en la que se dicte sentencia o auto extintivo de los mismos: si el Juzgado de lo Social resuelve antes que el concursal –en el caso de que también estuviesen incluidas en el ERE concursal– tendrían derecho a una indemnización correspondiente a treinta y tres días de salario por año trabajado en cuanto adquiriese firmeza dicha sentencia⁷²; si por el contrario, se finaliza el ERE concursal en primer lugar, la indemnización mínima que les correspondería sería de veinte días de salario por año de servicio prestado⁷³, con la limitación de doce mensualidades. En todo caso, se calificarían como créditos contra la masa por haberse devengado en una fecha posterior a la declaración de concurso, motivo por el que el salario base se limitaría al doble del SMI. Por otra parte, existe la posibilidad de que el orden jurisdiccional social resolviese por sentencia firme sobre la extinción de los contratos de las tres trabajadoras accionantes antes de que se declarase el concurso de la empresa industrial, así como que el ERE iniciado en enero de 2020 se terminase antes del inicio del procedimiento concursal. En ambos casos, los créditos correspondientes a las indemnizaciones pertinentes tendrían la consideración de créditos concursales, limitándose el salario base a considerar al triple del SMI.

Ante la posibilidad de que la empresa no contase con bienes suficientes para hacer frente al pago de estos conceptos, los empleados podrían acudir al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)⁷⁴, un organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social que abonaría dichos conceptos en base a causas diferentes: mientras que los salarios no percibidos deben tener origen en la insolvencia⁷⁵ o en el concurso del empresario, las indemnizaciones deben estar reconocidas a causa de un despido o extinción conforme a los artículos 50, 51 y 52 ET y 64 LC.

Todos los trabajadores de Sardiña de Galicia podrían reclamar al FOGASA los salarios no percibidos: tanto las tres trabajadoras accionantes A.B.C., D.E.F. y G.H.I, como los empleados afectados por el ERE, e incluso aquellos, en caso de haberlos, que no hubiesen resultado afectados por la medida colectiva. Todos ellos recibirían del organismo público,

⁷¹ TALENS VISCONTI, E. 2011. *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 148.

⁷² Con independencia de que el trabajador permaneciese o no en el puesto de trabajo tras la denuncia (STS de 13 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3448)).

⁷³ Debido a que las normas reguladoras de la indemnización no son de derecho necesario cabe la suscripción de acuerdos más favorables entre el empresario y los representantes legales de sus trabajadores, tal y como indica *De Vivero De Porrás* en DE VIVERO DE PORRAS, M.C. 2009. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 32.

⁷⁴ *Vid.* Art. 33 ET.

⁷⁵ Como vemos, el concepto de insolvencia aquí utilizado difiere de la situación insolvente considerada para las empresas incursas en un procedimiento concursal, pues se refiere a la no satisfacción de los créditos una vez instada la ejecución.

como máximo, el importe resultante de multiplicar el doble del SMI diario vigente en la fecha de declaración de la insolvencia empresarial o del auto de declaración del concurso de acreedores⁷⁶ (incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias) por el número de días de salario pendiente de pago (como máximo, de ciento veinte días). A estos efectos se considerará salario el conjunto de todas las percepciones económicas, en dinero o en especie, derivadas de la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena –excluyéndose las dietas, pluses de distancia y transporte...–, comprendiendo tanto el tiempo de trabajo efectivo como el de descanso computable como trabajo, y los salarios de tramitación

Por otra parte, la cuantía de las indemnizaciones reclamables al FOGASA dependerá de la causa por la que se reconocieron en la sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa correspondiente⁷⁷. Así, en el caso de que el Juzgado de lo Social dictase sentencia previa al auto concursal extintivo, las trabajadoras A.B.C., D.E.F. y G.H.I. tan sólo podrían percibir del FOGASA una cantidad equivalente a treinta días por año de servicio, a pesar de que tendrían derecho a una indemnización de treinta y tres días por año trabajado por basarse la extinción de sus contratos en el art. 50.1.b) ET. Sin embargo, si el auto extintivo del juez concursal que pone fin al procedimiento del art. 64 LC fuese anterior a la sentencia de la jurisdicción social, los trabajadores afectados por las medidas colectivas de extinción, incluidas las tres trabajadoras accionantes, tendrían derecho a percibir del organismo público una indemnización de veinte días de salario por año de servicio. La misma cuantía indemnizatoria de este último caso les correspondería a los trabajadores afectados por el ERE extintivo basado en el art. 51 ET, en caso de que se resolviese por la autoridad laboral antes de que la empresa entrase en concurso.

En cualquier caso, los trabajadores disponen de un plazo de un año a contar desde la fecha en la que se reconozca la deuda por salarios o se fijen las indemnizaciones para solicitar las prestaciones descritas al FOGASA, que se verá interrumpido por las acciones ejecutivas o de reconocimiento del crédito en el procedimiento concursal. Por su parte, el FOGASA deberá emitir una resolución en un plazo de tres meses sobre las solicitudes de las prestaciones según el art. 28.7 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1985/03/06/505/con>)⁷⁸, y en caso de que no cumpla con el plazo, el silencio administrativo es positivo, tal y como se recoge en el art. 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>)⁷⁹, no pudiendo emitir otra resolución expresa que no sea confirmatoria del mismo aunque se reconozcan de ese modo derechos superiores a los previstos legalmente. No obstante, ello no significa que no pueda dejarse sin efecto a través del procedimiento revisorio solicitando la nulidad del acto presunto por ser “contrario” al Ordenamiento jurídico al carecer de los requisitos esenciales para su adquisición, tal y como se desprende de la doctrina del TS reiterada en STS (Sala de lo Social) de 5 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4523), STS (Sala de lo Social) de 20 abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2214), STS (Sala de lo Social) de 16 de marzo

⁷⁶ STS (Sala de lo Social) de 4 de junio de 1991 (ECLI: ES:TS:1991:2943).

⁷⁷ En contraste con la admisión del acuerdo en conciliación administrativa o judicial sobre los salarios no abonados, en el caso de las indemnizaciones se excluyen aquellas acordadas en conciliación administrativa previa, tal y como se expone en STS (Sala de lo Social) de 3 de octubre de 2016 (ECLI: ES:ES:2016:4611).

⁷⁸ BOE núm. 92, de 17 de abril de 1985.

⁷⁹ BOE 285, de 27 de noviembre de 1992.

de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1450) y STS (Sala de lo Social) de 25 de enero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:371).

Los importes pagados por el FOGASA serán siempre en términos brutos, con independencia de que la Administración Concursal haya emitido certificación por el importe neto, tal y como establece la STS (Sala de lo Social) de 25 de enero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:394). La regla general para realizar el cálculo de la indemnización es utilizar el salario real del último mes trabajado en la empresa prorrateado con las pagas extraordinarias, aunque debe ser revisado en casos como la modificación constante de la jornada o la presencia de conceptos salariales variables cada mes (STS (Sala de lo Social) de 27 de septiembre de 2004), pues se debe atender a la remuneración debida y no a la realmente percibida si la conducta de la empresa no se ajusta a la realidad (STS (Sala de lo Social) de 30 de junio de 2011). Además, si existe retraso en su pago, los trabajadores podrán reclamar intereses en el mismo procedimiento⁸⁰ (STS (Sala de lo Social) de 6 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4783)).

Cabe señalar, por último, que el juez del concurso debe citar al Fondo de Garantía Salarial, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en el que tenga constancia de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, pues sin el cumplimiento de este requisito previo el FOGASA no asumirá las obligaciones de pago y no se personará como responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos. Por lo tanto, una vez realizado el pago a los trabajadores, el organismo público se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando su naturaleza privilegiada conferida por el art. 32 ET para que se le reembolsen por parte de la empresa las cantidades satisfechas a sus empleados.

VII. CONCLUSIONES

Para concluir, podemos decir que a pesar de que son varias las posibles medidas a adoptar en una empresa en dificultades, estas deben efectuarse de manera adecuada y suficiente, pues de lo contrario pueden derivar en graves problemas económicos de muy difícil superación, como le ocurrió a Sardiña de Galicia.

La utilización de la figura preconcursal por la compañía industrial no obedeció solamente a las teóricas finalidades de consecución de un nuevo acuerdo de refinanciación –suponemos, ante la imposibilidad de homologar el suscrito en julio de 2019– o de adhesiones a una propuesta anticipada de convenio: su verdadero objeto pudo ser el retraso de la solicitud de la declaración de concurso de acreedores, un deber legal que le era exigible desde, al menos, septiembre de 2019 por encontrarse en situación de insolvencia actual, e incluso desde julio del mismo año en caso de que su insolvencia fuese inminente. Debido a que la empresa cumplía con todos los requisitos necesarios para efectuar válidamente tal comunicación (estado de insolvencia, pluralidad de acreedores, requisitos formales de la comunicación...), a excepción del presupuesto temporal, la comunicación sería admitida por el Juzgado de lo Mercantil competente, permitiéndole continuar durante cuatro meses su actividad normal y obtener el blindaje

⁸⁰ TALÉNS VISCONTI, E. 2017. *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*. Editorial Tirant lo Blanch, p. 212.

ante posibles solicitudes de concurso necesario por parte de los acreedores y ejecuciones contra su patrimonio.

La iniciación del ERE en enero de 2020 fue, en todo caso, una medida lícita orientada a la realización de un despido colectivo basado en causas económicas, organizativas y productivas ante la disminución persistente del nivel de ventas, el cambio en la demanda y la necesidad de reorganización de los recursos humanos y productivos. Todo ello fue la consecuencia directa de la situación y gestión particular de la propia empresa, que entre otras cosas, tuvo que asumir obligatoriamente como plantilla fija de un gran número de trabajadores por la condena por cesión ilegal, pero también sufrir represalias y actos de competencia desleal por parte de su principal cliente. En definitiva, la compañía debería haber valorado la tramitación de esta medida con anterioridad a la constatación de problemas económicos tan severos para que resultase verdaderamente efectiva.

Por otra parte, la empresa de sardinas en lata tampoco gestionó bien su defensa ante los actos de competencia desleal que sufrió por parte de su principal cliente Solmerc: la cadena de supermercados se aprovechó de su poder relativo de mercado para explotar la situación de dependencia económica de Sardiña de Galicia y obtener descuentos adicionales a los inicialmente pactados, además de relegar sus productos a los estantes inferiores y disminuir significativamente sus pedidos a modo de represalia ante los intentos de la empresa industrial para diversificar su cartera de clientes. Sardiña de Galicia no podría ver resarcido el daño sufrido en la actualidad, pues el plazo para el ejercicio de todas las acciones judiciales habría prescrito al haber transcurrido más de un año desde que se produjo el acto y se tuvo conocimiento de su autor.

Manteniendo la suposición de que en algún momento llegarían a concurrir ERE y concurso de acreedores, se debe tener claro que el Juzgado de lo Social sería el competente para conocer de las tres acciones individuales de extinción de los contratos, siempre y cuando dictase sentencia con anterioridad al auto extintivo del Juez de lo Mercantil relativo al ERE concursal en el que se incluyesen a las tres trabajadoras. Asimismo, de las impugnaciones del ERE mediante recurso de suplicación conocería el Juzgado de lo Social, mientras que el juez del concurso decidiría sobre los incidentes concursales relativos al régimen jurídico-individual de cada trabajador.

Por último, cabe señalar que los trabajadores podrían reclamar los salarios no percibidos y las indemnizaciones correspondientes por la extinción de sus contratos en el seno del procedimiento concursal, teniendo preferencia para su cobro hasta un máximo del doble del SMI los correspondientes a los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso y las indemnizaciones generadas tras la misma por su condición de créditos contra la masa. Las cantidades restantes no percibidas tanto de salarios como de indemnizaciones tendrían la consideración de créditos concursales con privilegio general, teniendo un límite máximo del triple del SMI. Además, para el caso de que la compañía industrial no contase con bienes suficientes para su satisfacción, los trabajadores podrían acudir al FOGASA para ver resarcidos sus créditos, aunque dentro de ciertos límites.

Asimismo, el procedimiento concursal en el que Sardiña de Galicia se vería incurso, sería calificado como culpable ante el agravamiento de la insolvencia derivado del retraso en la solicitud de la declaración del concurso de acreedores, pues la comunicación extemporánea de la situación preconcursal no suspendería el deber legal del art. 5 LC que, en todo caso, le era exigible desde al menos septiembre de 2019. No obstante, la responsabilidad concursal podría ser atenuada por las acciones realizadas por la compañía

para la reversión de la crítica situación económica como la iniciación del ERE para la adecuación de su plantilla a las verdaderas necesidades productivas del momento.

En definitiva, este caso nos muestra la importante interrelación entre las diversas áreas del Derecho (Laboral, Mercantil, Concursal, Procesal...) para la correcta gestión de una empresa en dificultades, pues tal y como le ha ocurrido a Sardiña de Galicia, el retraso en la solicitud de la declaración del concurso, la indefensión ante los actos de competencia desleal y la adopción tardía de medidas de ajuste, puede acabar ocasionando una situación crítica de la que resulta muy difícil recuperarse.

BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, J.A. 2013. *La competencia del juez del concurso en materia laboral: una revisión crítica a la luz de las últimas reformas laborales y concursales*. Valencia, Tirant lo Blanch.

AZNAR GINER, E. 2010. *Los acuerdos de refinanciación y la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch, Madrid.

AZNAR GINER, E. 2014. *La reforma concursal del Real Decreto-ley 4/2014, en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial*. Editorial Tirant lo Blanch.

AZNAR GINER, E. 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal (Doctrina jurisprudencia y formularios)*. Editorial Tirant lo Blanch, 2ª Edición.

AZNAR GINER, E. 2017. *La homologación judicial de acuerdos de refinanciación en la disposición adicional cuarta de la Ley concursal*. Editorial Tirant lo Blanch.

BARONA VILAR, S. 2008. *Competencia desleal*. Tomo I. Editorial Tirant lo Blanch.

BELTRÁN SÁNCHEZ, E. “Artículo 154” en ROJO, A., BELTRÁN, E. 2004. *Comentario de la Ley Concursal*. Ed. Thomson-Civitas.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. 2004. *Comentarios a la Ley Concursal*, Tecnos, Madrid.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A. 2014. *Apuntes de derecho mercantil*. Thomson Reuters.

BLASCO PELLICER, A. 2007 *Los procedimientos de regulación de empleo*. Editorial Tirant lo Blanch.

BLASCO PELLICER, A. 2008. *Los expedientes de regulación de empleo*. Editorial Tirant lo Blanch.

COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2010. *Informe sobre las relaciones entre fabricantes y distribuidores en el sector alimentario*.

DE VIVERO DE PORRAS, M.C. 2009. *El expediente de regulación de empleo en el concurso de acreedores*. Editorial Tirant lo Blanch.

DÍAZ MARTÍNEZ, M. y GÓMEZ SOLER, E. 2009. *La calificación del concurso de acreedores*. Tirant lo Blanch.

FRAU I GAIÀ, S. 2014. *La calificación en el concurso de acreedores. Una visión crítica*. Tirant lo Blanch.

GARCÍA PEREZ, R. 2008. *Ley de Competencia Desleal*. Thomson Aranzadi. Jurisprudencia Comentada.

GARCÍA-CRUCES, J.A. 2014. *Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*. Tomo II. Editorial Tirant lo Blanch.

GÓMEZ LÓPEZ, E. 2012. *La última reforma concursal. Primera lectura de la Ley 38/2011 de reforma de la Ley Concursal*. Tirant lo Blanch. ISBN: 9788490047514.

HERRERA CUEVAS, E. 2003. *Manual de la Reforma Concursal*, Europea del Derecho Madrid.

MASSAGUER FUENTES, J. 1991. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. 1988. *La competencia desleal*. Civitas Monografías.

MÍNGUEZ PRIETO, R. “El marco jurídico de los acuerdos de refinanciación. Efectos sobre la solvencia crediticia y sobre entidades parabancarias” en ROJO, Á., CAMPUZANO, A. 2015. *Estudios jurídicos. En memoria del profesor Emilio Beltrán. Liber Amicorum*, Editorial Tirant lo Blanch.

MONTÓN REDONDO, A., MONTÓN GARCÍA, M. 2005. *El nuevo proceso concursal*. Tirant lo Blanch.

ORTIZ BAQUERO, I. 2011. *La aplicación privada del Derecho de la competencia*. Editorial La Ley. ISBN 9788481264074.

RODRÍGUEZ DE QUIÑONES, A. 2012. “Pluralidad de acreedores”, en BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES, *Enciclopedia de Derecho Concursal, II*, Cizur Menor.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, Á. 2004. “Legitimación” en BELTRÁN SÁNCHEZ, E., CAMPUZANO, A., ALAMEDA, M.A., ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, A. *Comentario de la Ley concursal, I*. Madrid.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, Á. 2004. *El convenio anticipado*, Civitas, Madrid.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍOS, Á. 2004. *Comentario de la Ley concursal, I*, Madrid.

ROQUETA BUJ, R. 2013. *Extinción del contrato de trabajo*. Editorial Tirant lo Blanch.

RUIZ PERIS, J.I. 2010. *La reforma de la Ley de competencia desleal (Estudios sobre la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejorar de la protección de consumidores y usuarios*. Valencia, Editorial Tirant lo Blanch.

SÁEZ LARA, C. 2012. “Regulación de empleo en la empresa concursada: la reforma del procedimiento del art. 64 de la Ley Concursal” en *Relaciones Laborales. La Ley 1939/2012*, N.º 7, tomo I, Editorial Wolters Kluwer.

TALÉNS VISCONTI, E., 2017. *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores*. Editorial Tirant lo Blanch.

VILATA MENADAS, S. 2011. *Elementos de derecho concursal*. Tirant lo Blanch, Valencia.

ZABALETA DÍAZ, M. 2002. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal*. Marcial Pons.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

Tribunal Supremo

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia de 8 de julio de 1981 (ECLI: ECLI: ES:TS:1981:5263).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 331/1994, de 15 de abril de 1994 (ECLI: ES:TS:1998:2433).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 782/2003, de 27 de julio de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:5383).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 754/2005, de 21 de octubre de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:6410).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 635/2009, de 8 de octubre de 2009 (ECLI: ES:TS:2009:6171).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 256/2010, de 1 de junio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:3278).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 644/2011, de 6 de octubre de 2011 (ECLI: ECLI: ES:TS:2011:6838).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 75/2012, de 29 de febrero de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:1580).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 259/2012, de 20 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2883).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 255/2012, de 26 de abril de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:2877).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 298/2012, de 21 de mayo de 2012 (ECLI: ECLI: ES:TS:2012:4441).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 459/2012, de 19 de julio de 2012 (ECLI: ES:TS:2012:6086).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 167/2014, de 7 de abril de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1876).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 772/2014, de 12 de enero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:256).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 275/2015, de 7 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:2211).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 492/2015, de 17 de septiembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3837).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 708/2015, de 21 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5444).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 269/2016, de 22 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1781).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 13 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:3448).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia núm. 344/2019, de 14 de junio de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:1902). España.

Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Auto de 22 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4085A).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 4 de junio de 1991 (ECLI: ES:TS:1991:2943).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 24 de marzo de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:1669).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 22 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:4636).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 9 de febrero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:717).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 16 de marzo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:1450).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de mayo de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:3033).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 20 de octubre de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:5559).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 700/2016, de 20 de julio de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4026).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 285/2016, de 13 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1821).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 794/2016, de 3 de octubre de 2016 (ECLI: ES:ES:2016:4611).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 817/2016, de 6 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4783).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 862, de 18 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5066).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 867/2016, de 19 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:5070).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 333/2017, de 20 abril de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2214).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 575/2017 de 30 de junio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2904).

España. Tribunal Supremo. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 572/2017, de 29 de junio de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:2899).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm.72/2018, de 25 de enero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:371).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 264/2018, de 8 de marzo de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:989).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 599/2018, de 6 de junio de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:2258).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 835/2018, de 14 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:3314).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1026/2018, de 5 de diciembre de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:4523).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 9/2019, de 9 de enero de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:460).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 659/2019, de 25 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:3243).

Tribunal Superior de Justicia

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 971/2011, de 11 de febrero de 2011 (ECLI: ES:TSJGAL:2011:1895).

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2844/2018, de 6 de julio de 2018 (ECLI: ES:TSJGAL:2018:3327).

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia núm. 650/2019, de 3 de julio de 2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:4998).

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sentencia núm. 896/2019, de 27 de septiembre de 2019 (ECLI: ES:TSJM:2019:9203).

España. Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Sentencia núm. 298/2019, de 5 de febrero de 2019 (ECLI: ES:TSJPV:2019:594).

Audiencias Provinciales

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Auto núm. 71/2011, de 25 de mayo de 2011 (ECLI: ES:APB:2011:3396A).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Auto núm. 185/2007, de 14 de junio de 2007 (ECLI: ES:APB:2007:3484A).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Auto núm. 132/2009, de 3 de julio de 2009 (ECLI: ES:APB:2009:6507A).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Auto núm. 122/2018, de 28 de septiembre de 2018 (ECLI: ES:APB:2018:5718A).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 11/2006, de 13 de marzo de 2006 (ECLI: ES:APB:2006:1708).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 269/2007, de 14 de mayo de 2007 (ECLI: ES:APB:2007:9571).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 105/2012, de 13 de marzo de 2012 (ECLI: ES:APB:2012:11580).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 250/2014, de 16 de julio de 2014 (ECLI: ES:APB:2014:15175).

España. Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia núm. 135/2016, de 8 de junio de 2016 (ECLI: ES:APB:2016:4276).

España. Audiencia Provincial de Castellón de la Plana. Auto núm. 243/2009, de 25 de noviembre de 2009 (ECLI: ES:APCS:2009:900A).

España. Audiencia Provincial de Castellón de la Plana. Sentencia núm. 256/2006, de 1 de junio 2006 (ECLI: ES:APCS:2006:485).

España. Audiencia Provincial de las Islas Baleares. Auto núm. 86/2009, de 29 de abril de 2009 (ECLI: ES:APIB:2009:104A).

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 313/2011 de 28 de octubre de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:15141).

España. Audiencia Provincial de Madrid. Sentencia núm. 354/2014, de 12 de diciembre de 2014 (ECLI: ES:APM:2014:18847).

España. Audiencia Provincial de Ourense. Sentencia núm. 16/2014, de 4 de febrero de 2014, ECLI: ES:APOU:2014:34).

España. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia núm. 26/2006 de 23 de enero de 2006 (ECLI: ES:APPO:2006:155).

España. Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1). Sentencia núm. 627/2007, de 29 de noviembre de 2007 (ECLI: ES:APPO:2007:2964).

España. Audiencia Provincial de Pontevedra. Sentencia núm. 240/2016, de 5 de mayo 2016 (ECLI: ES:APPO:2016:642).

España. Audiencia Provincial de Tarragona. Auto núm. 10/2011, de 20 de enero de 2011 (ECLI: ES:APT:2011:24A).

Juzgado de lo Mercantil

España. Juzgado de lo Mercantil de A Coruña. Sentencia núm. 229/2010, de 15 de abril de 2010 (ECLI: ES:JMC:2010:32).

España. Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (sección 8). Auto de 11 de mayo de 2009 (ECLI: ES:JMB:2009:45A).

España. Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (sección 8). Auto de 9 de febrero de 2017 (ECLI: ES:JMB:2017:33A).

España. Juzgado de lo Mercantil de Madrid (sección 5). Auto de 17 de abril de 2009 (ECLI: ES:JMM:2009:43A).

España. Juzgado de lo Mercantil de Madrid (sección 12). Auto de 22 de septiembre de 2014 (ECLI: ES:JMM:2014:73A).

España. Juzgado de lo Mercantil de Madrid. Sentencia núm. 25/2015 de 2 de febrero de 2015 (ECLI: ES:JMM:2015:5068).

Juzgado de Primera Instancia

España. Juzgado de Primera Instancia de Victoria-Gasteiz. Sentencia 269/2015, 12 de diciembre de 2015 (ECLI: ES:JPI:2015:524)).

APÉNDICE LEGISLATIVO

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, *Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio de 2003, núm. 164, p. 26905 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/07/09/22/con>).

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; *Boletín Oficial del Estado* de 24 de octubre de 2015, núm. 255, p. 100224 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2>).

Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada; *Boletín Oficial del Estado* de 30 de octubre de 2012, núm. 261, p. 76292 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/10/29/1483/con>).

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de enero de 1991, núm. 10, p. 959 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con>).

Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria. *Boletín Oficial del Estado* de 3 de agosto de 2013, núm. 185, p. 56551 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/08/02/12>).

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado* de 4 de julio de 2007, núm. 159, p. 28848 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>).

Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. *Boletín Oficial del Estado* de 29 de diciembre de 1999, núm. 311, p. 45778 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/12/28/52>).

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de octubre de 2011, núm. 245, p. 106584 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>).

Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial. *Boletín Oficial del Estado* de 17 de abril de 1985, núm. 92, p. 10203 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1985/03/06/505/con>).

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 1992, núm. 825, p. 40300 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1992/11/26/30/con>).

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado en su resolución de 22 de octubre de 2018, BOE de 16 de noviembre de 2018, núm. 277, p. 111336.