



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

**Medidas a adoptar en una empresa en
dificultades**

Curso 2019 - 2020

Alumna: Alba El Boghdadi Alén.

Tutora: Profa. Dra. Dna. Carmen Garcimartín Montero.

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES DE HECHO.....	4
II. EL CONCURSO DE ACREEDORES.....	6
II.1. El precurso de acreedores	7
II.2. Medios concursales de gestión de la insolvencia	7
II.2.1. Acuerdos de refinanciación	7
II.2.2. Acuerdos extrajudiciales de pagos	8
II.2.3. Propuesta Anticipada de Convenio.....	9
II.3. Requisitos para realizar la comunicación de precurso de acreedores ...	10
II.3.1. Legitimación.....	10
II.3.2. El presupuesto de la insolvencia.....	10
II.3.3. Plazo de presentación de la comunicación	11
II.3.4. Forma y contenido de la comunicación.....	13
II.3.5. Tramitación de la comunicación.....	14
II.4. Principales efectos de la comunicación de precurso de acreedores.....	14
II.4.1. Continuidad de la actividad empresarial	14
II.4.2. Suspensión de la obligación de presentar concurso voluntario	15
II.4.3. Evitar la calificación del concurso como culpable por extemporáneo	15
II.4.4. Prohibición del derecho de los acreedores a solicitar concurso necesario durante la fase de protección.....	16
II.4.5. Prohibición y suspensión de ejecuciones sobre el deudor y su patrimonio..	18
III. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL	20
III.1. Dependencia económica en materia de Competencia Desleal.....	20
III.1.1. Situación de dependencia económica.....	20
III.1.2. Explotación abusiva de la situación de dependencia económica	22
III.2. Acciones que se pueden ejercitar	23

IV. INICIACIÓN DE UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO.....	24
IV.1. Concepto y regulación de los Expedientes de Regulación de Empleo	24
IV.2. Clases de Expediente de Regulación de Empleo	25
IV.2.1. Expediente de Regulación de Empleo (ERE)	25
IV.2.1.1. <i>Despido colectivo</i>	25
IV.2.1.2. <i>Causas del despido colectivo</i>	26
IV.2.1.2.a) <i>Económicas</i>	26
IV.2.1.2.b) <i>Técnicas</i>	28
IV.2.1.2.c) <i>Organizativas</i>	28
IV.2.1.2.d) <i>Productivas</i>	29
IV.2.2. Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE)	30
IV.2.2.1. <i>Suspensión del contrato de trabajo</i>	30
IV.2.2.2. <i>Reducción de la jornada laboral</i>	30
V. JURISDICCIÓN COMPETENTE EN CASO DE COINCIDIR UN ERE NO TERMINADO Y UNA DECLARACIÓN DE CONCURSO.....	32
V.1. Resolución del ERE.....	32
V.2. Impugnación del ERE.....	33
V.2.1. Recurso de suplicación.....	33
V.2.2. Incidente concursal en materia laboral	33
V.3. Extinción del contrato por impago de salarios	34
VI. CALIFICACIÓN FINAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES.....	37
VI.1. El concurso culpable.....	37
VI.1.1. Elemento subjetivo.....	38
VI.1.2. Elemento objetivo	38
VI.1.3. Relación de causalidad.....	39
VI.2. El Fondo de Garantía Salarial.....	40
VII. CONCLUSIONES GENERALES.....	42
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	45
IX. APÉNDICE LEGISLATIVO	46
X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	48

ABREVIATURAS

TS	Tribunal Supremo
LC	Ley Concursal
SL	Sociedad Limitada
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
RD	Real Decreto
TC	Tribunal Constitucional
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
AJM	Auto Juzgado de lo Mercantil
BOE	Boletín Oficial del Estado
AAP	Auto Audiencia Provincial
Art.	Artículo
DA	Disposición Adicional
RDL	Real Decreto-ley
RPC	Registro Público Concursal
PAC	Propuesta Anticipada de Convenio
SJPI	Sentencia del Juzgado de Primera Instancia
AR	Acuerdo de Refinanciación
AEP	Acuerdo Extrajudicial de Pagos
SJM	Sentencia del Juzgado de lo Mercantil
ERE	Expediente de Regulación de Empleo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios C.
OIT	Organización Internacional del Trabajo
SJS	Sentencia del Juzgado de lo Social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
LSC	Ley de Sociedades de Capital

I. ANTECEDENTES DE HECHO

En el presente caso 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 -2.354.218,93 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 concurso al Juzgado de lo Mercantil competente, solicitando que se le otorgase el carácter de “reservada” para salvar la empresa con una profunda reestructuración.

II. EL CONCURSO DE ACREEDORES

El Derecho concursal puede definirse como “el conjunto normativo que regula la situación de crisis económica, aportando soluciones a la misma, bien mediante la reorganización y saneamiento del patrimonio del deudor o bien mediante su liquidación”¹ (Verdú Cañete, M.J, 2014)².

La regulación del Derecho concursal español se encuentra principalmente en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), la cual ha sido reformada en diversas ocasiones, con el fin de favorecer la conservación de la actividad empresarial, mediante reestructuraciones financieras que permitan solventar la insolvencia en la que se pueda encontrar sumergida una empresa y, así, evitar el concurso, o bien alcanzar el concurso con mayores garantías, pudiendo acordar un convenio con los acreedores que permita la continuidad empresarial y evite la liquidación de la misma (Campuzano, A.B. y Sánchez Paredes, M.L., 2016)³.

La normativa concursal resulta de aplicación en el momento en que una empresa es insolvente, es decir, cuando no pueda cumplir regularmente con sus obligaciones y así se establece en el artículo 5 LC, que dispone que “el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”⁴.

Tal y como establece el Tribunal Supremo en la sentencia número 1368/2014, la insolvencia ha de ser entendida como la imposibilidad de pago, ya que “esta no se identifica con el desbalance o las pérdidas agravadas”⁵. Por ejemplo, puede ocurrir que una empresa disponga de un activo inferior al pasivo y por el mero hecho de obtener financiación pueda cumplir periódicamente con sus obligaciones, dándose el caso contrario de disponer de un activo superior al pasivo y carecer de liquidez, lo que conlleva la imposibilidad de cumplimiento regular de las obligaciones y como consecuencia la situación de insolvencia⁶. Cabe destacar que, en el primer supuesto estaríamos ante un tipo de insolvencia patrimonial, en la cual el patrimonio de la empresa presenta un resultado negativo, por el contrario, si el patrimonio reflejase un resultado positivo nos encontraríamos ante un tipo de insolvencia financiera⁷.

Asimismo, y con el fin de evitar la declaración del concurso de acreedores, la Ley Concursal regula una serie de mecanismos que funcionan como “alternativas” al procedimiento concursal, y estos son, la propuesta anticipada de convenio, los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos (Alonso Espinosa, F.J., Sánchez Ruiz, M. y Verdú Cañete, M.J., 2014).

¹ Al respecto véase VERDÚ CAÑETE, M.J., 2004. *Notas sobre el nuevo Derecho Concursal (Murcia)*. Universidad de Murcia. Número 22, (Págs. 391 - 409).

² Al respecto véase ALONSO ESPINOSA, F.J.; SÁNCHEZ RUIZ, M. y VERDÚ CAÑETE, M.J., 2014. *Derecho Mercantil de Contratos. Derecho Concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 227).

³ Al respecto véase CAMPUZANO, A.B. y SÁNCHEZ PAREDES, M.L., 2016. *Prevención y gestión de la insolvencia (Barcelona)*. Editorial UOC, (Pág. 234 - 235).

⁴ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁵ Vid. STS de 1 de abril de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1368)

⁶ Vid. STS de 22 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1781)

⁷ Vid. STS de 7 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2211)

II.1. El precurso de acreedores

Con la aprobación del Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo⁸, aparece el denominado precurso de acreedores, un nuevo procedimiento al que pueden acogerse las empresas en situación de insolvencia y que les permite alcanzar un acuerdo con sus acreedores, a través de acuerdos de refinanciación, con el fin de evitar la declaración del concurso de acreedores. La problemática que planteaba en principio este mecanismo era el ámbito de aplicación, ya que, se restringía a las empresas de grandes dimensiones, dejando en un segundo plano a las empresas de menor tamaño. Es por ello que, con afán de solucionar esta desigualdad se crea, a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre⁹, el acuerdo extrajudicial de pagos (Moya Ballester, J., 2017)¹⁰. El cual, ha sido reformado posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social¹¹.

Asimismo, la última reforma de los acuerdos de refinanciación se encuentra en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

II.2. Medios preconcursales de gestión de la insolvencia

II.2.1. Acuerdos de refinanciación

La regulación de los acuerdos de refinanciación y reestructuración se encuentra en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial¹². En su exposición de motivos, determina las diferentes opciones factibles de aplicación a empresas que son viables, porque son susceptibles de generar beneficios, pero que son inviables desde un punto de vista financiero. Ante esta situación, ofrece dos soluciones, que consisten en proceder a la liquidación de la empresa en su totalidad o bien sanearla de tal manera que le permita continuar operando en el tráfico jurídico.

El objetivo es, “dotar de mayores facilidades a las empresas, con el fin de que logren alcanzar acuerdos a través de medidas de refinanciación y entrada de “fresh money” y de medidas favorecedoras de la capitalización de la compañía, y así evitar el concurso de acreedores” (Campuzano, A.B. y Sanjuán y Muñoz, E., 2018)¹³.

⁸ Vid. Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. Convalidado el 23 de abril de 2009.

⁹ Vid. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

¹⁰ Al respecto véase MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 14).

¹¹ Vid. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

¹² Vid. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración empresarial.

¹³ Al respecto véase CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2018. *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 44 - 45).

El acuerdo de refinanciación puede definirse como “todo acuerdo en virtud del cual se aumenta de forma significativa el crédito disponible para el deudor”. Partiendo de esta definición, los acuerdos de refinanciación se dividen en dos categorías, típicos y atípicos. “En el primer caso, se trata de los acuerdos de refinanciación previstos en la Ley Concursal, mientras que, en el segundo caso, se trata de acuerdos que nacen de la autonomía de la voluntad y no generan efectos distintos de los previstos en el Código Civil”. (Moya Ballester, J., 2017).

Asimismo, dentro de los acuerdos de refinanciación típicos, que son los previstos en la Ley concursal, y los que desarrollaremos a continuación, hay que distinguir dos clases, los generales, que son los establecidos en el artículo 71 bis 1 LC, y que exigen que el acuerdo sea suscrito por 3/5 partes del pasivo del deudor; y los bilaterales, que se encuentran regulados en el artículo 71 bis 2 LC, que no exigen quórum para su aprobación, no obstante, requiere que “el acuerdo suponga una ampliación de la financiación o suponga una reducción del pasivo”¹⁴.

En último lugar, se encuentra en la Disposición Adicional cuarta de la LC, los acuerdos de refinanciación homologados judicialmente¹⁵, que disponen de mayor protección respecto a los dos anteriores. Su definición se encuentra en la Ley Concursal como “aquellos que han sido suscritos por acreedores que representan al menos el 51% de los pasivos financieros, cuyo fin es la ampliación del crédito disponible o la modificación o extinción de sus obligaciones, y ello este respaldado por un plan de viabilidad que permita la continuidad de la empresa. Asimismo, se requiere certificación emitida por el auditor de cuentas que, refleje la suficiencia del pasivo exigido para adoptar el acuerdo, así como que, dicho acuerdo hubiera sido formalizado en instrumento público”¹⁶.

Estos acuerdos de refinanciación no serán susceptibles de rescisión, si cumplen los requisitos establecidos en la ley concursal, y que han sido expuestos anteriormente¹⁷.

II.2.2. Acuerdos extrajudiciales de pagos

El acuerdo extrajudicial de pagos es “un mecanismo de negociación extrajudicial de deudas de empresarios, ya sean personas físicas o jurídicas, similar a los existentes en los países próximos”, que introduce la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹⁸. Este mecanismo se crea para que, las empresas en situación de insolvencia consigan adoptar un acuerdo con sus acreedores y evitar así la declaración del concurso de acreedores. Concretamente, “se configura como un procedimiento concursal destinado a evitar la tramitación del concurso de acreedores de todo tipo de deudores de reducidas dimensiones” (Moya Ballester, J., 2017).

¹⁴ Al respecto véase MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 24 - 25).

¹⁵ Vid. AJM de Pontevedra de 17 de febrero de 2020 (JUR 2020\54336)

¹⁶ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁷ Al respecto véase CANDELARIO MACÍAS, M.I., 2018. *Manual práctico de Derecho Mercantil (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 291).

¹⁸ Vid. Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

El acuerdo extrajudicial de pagos es aplicable al empresario insolvente persona física o jurídica, con el requisito¹⁹ de que “su pasivo no sea superior a cinco millones de euros, en el caso de deudores personas físicas o, en el caso de personas jurídicas, cuya insolvencia pueda tramitarse a través del procedimiento abreviado”²⁰, lo que nos indica que es de aplicación a empresas de pequeñas dimensiones. Asimismo, es necesario el nombramiento de un mediador concursal²¹, cuya función consiste en comprobar los créditos de los acreedores para elaborar una propuesta de acuerdo extrajudicial de pagos que permita la continuidad de la actividad empresarial, y presentar dicha propuesta en una reunión en la que se encuentren presentes los acreedores y el deudor, para discutir la misma y proceder a la correspondiente votación. Sí, finalmente, “el acuerdo no se llega a alcanzar, o se incumple o se procede a su anulación judicial, conducirá a la declaración del concurso consecutivo, si el deudor continúa en situación de insolvencia”²².

Asimismo, este mecanismo ha sido modificado posteriormente por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social²³. Esta reforma introduce una modificación de gran importancia y es, su aplicación al deudor persona física no empresario, con el respectivo beneficio al mismo de la “exoneración del pasivo insatisfecho” (Gómez Amigo, L., 2016).

II.2.3. Propuesta Anticipada de Convenio

La propuesta anticipada de convenio se encuentra regulada en la Ley Concursal, en concreto, en los artículos 104 a 110 LC, aunque en ocasiones resulta necesario acudir a la normativa que regula el régimen general del convenio, que se encuentra en los artículos 99 a 103 LC.

La PAC es la “propuesta de una oferta por parte del deudor que se dirige a los acreedores con el fin de alcanzar un convenio concursal. Esta propuesta puede ser rechazada o aceptada por los acreedores, ya que, se basa en el acuerdo de voluntades, sin embargo, sus efectos se desplegarán tanto a los acreedores que lo hayan aceptado como sobre los acreedores no participantes”²⁴.

La negociación del convenio, se producirá antes o posteriormente a la comunicación del artículo 5 bis LC. Finalmente, si logra llegar a un acuerdo con sus acreedores, será presentado junto con la declaración de concurso voluntario.

Por tanto, para presentar este mecanismo solo está legitimado el deudor, y dentro del plazo comprendido desde la solicitud de concurso voluntario o declaración de concurso necesario, tal y como establece el artículo 104 LC.

¹⁹ Vid. SJPI de Soria de 2 de marzo de 2020 (ECLI:ES:JPII:2020:89)

²⁰ Al respecto véase MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 54).

²¹ Vid. AJM de Valencia de 13 de febrero de 2020 (JUR 2020\68696)

²² Al respecto véase GÓMEZ AMIGO, L., 2016. *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos (Madrid)*. Reus, S.A., (Pág. 63).

²³ Vid. Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

²⁴ Al respecto véase BELLIDO SALVADOR, R., 2017. *Los institutos preconcursales (Valencia)*. Universitat Jaume I, (Pág. 90).

Asimismo, el artículo 106 LC, requiere que, para ser admitida a trámite, la propuesta debe ir acompañada de adhesiones de acreedores con el porcentaje de créditos que se establece legalmente.

II.3. Requisitos para realizar la comunicación de precurso de acreedores

La comunicación de precurso de acreedores se establece en el artículo 5 bis LC, el cual establece que, “el deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71 bis.1 y en la Disposición adicional cuarta o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley”²⁵.

II.3.1. Legitimación

Solo está legitimado para realizar la comunicación de precurso el propio deudor. Por tanto, no están legitimados los acreedores ni cualquier tercero, aun cuando estuvieran legitimados para solicitar el concurso necesario. En cambio, “en el supuesto de un acuerdo extrajudicial de pagos es el Notario, Cámara de Comercio o Registrador designador del mediador concursal, quién debe comunicar, de oficio, la apertura de las negociaciones al Juzgado competente para la declaración de concurso” (Aznar Giner, E., 2016).

En el presente caso, la comunicación fue realizada por la empresa “Sardiña de Galicia, S.L.”, es decir, por el deudor, cumpliendo por tanto el requisito de la legitimación, previsto en el párrafo anterior.

II.3.2. El presupuesto de la insolvencia

La comunicación de precurso de acreedores regulado en el artículo 5 bis LC, es “de aplicación a todos los deudores en crisis, estén o no en situación de insolvencia, o si lo están, con independencia de que la misma sea actual o inminente”, a diferencia de lo que sucedía en la regulación anterior, en concreto el art. 5.3 LC, que exigía al deudor entablar la comunicación cuando se encontrara en situación de insolvencia actual ²⁶.

La diferencia entre la insolvencia actual y la insolvencia inminente, la encontramos en la SAP de Madrid 115/2009, la cual establece que, la insolvencia actual se produce cuando, el deudor carece de liquidez, lo que determina la imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones en un determinado momento y la insolvencia inminente, en el caso de que, el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones²⁷.

²⁵ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

²⁶ Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 20).

²⁷ Vid. SAP de Madrid de 8 de mayo de 2009 (ECLI:ES:APM:2009:10824)

Por tanto, se permite al deudor, que no se encuentre en situación de insolvencia o que, estando inmerso en ella, siendo indiferente que sea actual o inminente, la posibilidad de comunicar el precurso de acreedores, con el fin de alcanzar un acuerdo de financiación, un acuerdo extrajudicial de pagos u obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

La mercantil “Sardña de Galicia, S.L.” cumple el presupuesto de la insolvencia, ya que, como se puede comprobar en los datos aportados por la misma, carece de liquidez para cumplir regularmente con sus obligaciones, por lo que su estado de insolvencia es actual.

II.3.3. Plazo de presentación de la comunicación

Según lo establecido en el artículo 5 bis 2 LC, “la comunicación ha de ser presentada en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5 LC”²⁸, es decir, antes de que transcurran dos meses desde la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia. Si la comunicación se realiza antes de que transcurra el plazo establecido, dos meses, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.

Del artículo 5 bis 2 LC que acabamos de mencionar en el párrafo anterior, se desprende que la presentación de la comunicación dentro del plazo de dos meses que estipula la Ley Concursal es potestativa para el deudor, ya que, puede presentarla incluso fuera de dicho plazo. La consecuencia de presentar la comunicación fuera del plazo establecido es que, en caso de instar el concurso, no se evitará una posterior calificación como culpable del mismo (Aznar Giner, E., 2016).

Por tanto, aunque la comunicación sea presentada fuera del plazo establecido en la Ley Concursal, deberá ser admitida por el Letrado de la Administración de Justicia, y evitará, por consiguiente, la presentación por parte de los acreedores del concurso necesario.

Sin embargo, “no evitará la exigencia del deber de solicitar el propio concurso, y, por tanto, en caso de posterior proceso concursal, tendrá la consideración de necesario y la eventual calificación del concurso como culpable por extemporáneo”²⁹.

En el presente caso, se plantean dos opciones posibles, en primer lugar, que la comunicación haya sido presentada dentro del plazo establecido, es decir, antes de que hubieran transcurrido dos meses desde la fecha en que hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia. Cabe subrayar al respecto que, la sociedad llevaba sin pagar las nóminas de sus trabajadores desde el mes de septiembre, y según el artículo 2.4. 4º LC, el impago de salarios e indemnizaciones a los trabajadores durante las tres últimas mensualidades, se considera una manifestación de la situación de insolvencia.

²⁸ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

²⁹ Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 57).

Por tanto, el deudor conoció su situación de insolvencia en diciembre (impago de nóminas en septiembre, octubre y noviembre), por lo que dispone de dos meses, diciembre y enero, para instar su concurso o en este caso, realizar la comunicación del artículo 5 bis LC, la cual fue realizada el día 22 de enero de 2020, dentro del plazo establecido legalmente.

En segundo lugar, existe otra posibilidad, la cual defendemos, y es que, la sociedad llevaba igualmente sin abonar los créditos de los acreedores desde el mes de septiembre, lo que se considera una manifestación de insolvencia prevista en el artículo 2.4.1º LC, en concreto, se produjo un “sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor”.

A diferencia de lo que sucede con el pago de los salarios e indemnizaciones de los trabajadores, para los cuales se establece un período de tres meses para apreciar la situación de insolvencia, en este caso no se establece ningún período concreto respecto al sobreseimiento general de las obligaciones del deudor. Para ello, hemos acudido a lo dispuesto por la jurisprudencia.

En concreto, la SAP número 76/2011, de 17 de junio, establece que, el sobreseimiento general en el pago de las obligaciones del deudor, “ha de ser actual y generalizado, no esporádico o puntual, exteriorizando una imposibilidad absoluta de pagar, y la insuficiencia de sus activos para atender regularmente sus obligaciones, justificando así la incapacidad del deudor de atender regularmente al pago de las obligaciones exigibles”³⁰.

En consecuencia, se aprecia en el presente caso que, la mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” se encontraba en situación de insolvencia actual en el mes de septiembre, ya que se produjo un sobreseimiento general en los pagos, como consecuencia del incumplimiento actual y generalizado de todos los créditos de sus acreedores, por lo que, debió realizar la declaración de su concurso o la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC en los dos meses siguientes, es decir, en octubre o noviembre.

Por todo lo expuesto, se determina que, la sociedad presentó la comunicación fuera del plazo establecido legalmente. Sin embargo, aunque la presentación se realice fuera de plazo, el Letrado de la Administración de Justicia deberá admitirla igualmente, y producirá los mismos efectos, aunque, en el momento de instar el concurso, no se evitará una posterior calificación como culpable del mismo³¹.

Asimismo, se establece en el artículo 5 bis 6 LC³², la prohibición de formular otra comunicación por el deudor, si dentro del plazo de un año, ya había sido formulada una. La sociedad “Sardiña de Galicia S.L.” logró cerrar con las entidades de crédito una reestructuración financiera en el mes de julio del 2019, pero ello no quiere decir que haya realizado en esa fecha una comunicación de solicitud de precurso, por lo que, este requisito sería cumplido, ya que, se trata de la primera comunicación que realiza la citada sociedad.

³⁰ Vid. SAP de Granada de 17 de junio de 2011 (ECLI:ES:APGR:2011:186A)

³¹ Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 57 – 58).

³² Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

II.3.4. Forma y contenido de la comunicación

El artículo 5 bis 3 LC no establece ningún requisito formal en cuanto al contenido y forma de la comunicación. Se trata simplemente de una comunicación por escrito al Juzgado competente. Una vez que se ha procedido a presentar la comunicación, “el secretario judicial ordenará la publicación en el Registro Público del extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor”, sin embargo, “existe la posibilidad de que el deudor solicite expresamente el carácter reservado de la comunicación de la negociación, en cuyo caso, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución”³³.

Asimismo, en relación con la presentación de sucesivas comunicaciones, la Ley 17/2014³⁴, estableció en el artículo 5 bis 6 LC, la prohibición de formular otra comunicación por el deudor, si dentro del plazo de un año ya había sido formulada una.

El inicio de negociaciones para negociar el acuerdo de refinanciación, la propuesta anticipada de convenio o el acuerdo extrajudicial de pago

Al contrario de lo que sucedía con la regulación anterior, en concreto por lo dispuesto en el artículo 5.3 LC, era requisito necesario que las negociaciones ya hubieran sido iniciadas con carácter previo a la comunicación. Sin embargo, lo establecido en la regulación vigente, en concreto, lo dispuesto en el artículo 5 bis LC, debe entenderse en sentido amplio cuando dispone que, “haya iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo”, ya que, esto debe entenderse en el sentido de que, “el deudor haya iniciado los trámites precisos para la obtención del acuerdo, no habiendo problema en que se dirija efectivamente a los acreedores a efectos de negociar y concluir, por ejemplo, el acuerdo de refinanciación una vez presentada la comunicación”. Por tanto, lo que se requiere en sí mismo es, que exista una postura seria de negociar por parte del deudor, y no que las negociaciones ya hubieran sido iniciadas³⁵.

La comunicación de precurso al Juzgado de lo Mercantil competente tiene como finalidad, proteger al deudor de las posibles solicitudes de concurso necesario que puedan efectuar los acreedores, así como, facilitar las negociaciones con los mismos, por lo que, no sería lógico exigir al deudor que esas negociaciones ya fueran iniciadas antes de que obtenga la citada protección (Aznar Giner, E., 2016).

En conclusión, no se establece ningún requisito formal, en cuanto a la forma y contenido de la comunicación, por lo que, se trata simplemente de realizar la comunicación por escrito al Juzgado de lo Mercantil competente, tal y como realizó la sociedad “Sardiña de Galicia, S.L.”. Además, no se requiere que las negociaciones hayan sido iniciadas en el momento de la comunicación, sino que, “se requiere que exista una postura seria de negociar por parte del deudor, y no que las negociaciones ya hubieran sido iniciadas” (Aznar Giner, E., 2016).

³³ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³⁴ Vid. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

³⁵ Al respecto véase Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 57 y ss.).

Sin embargo, si el deudor quiere que la comunicación no sea publicada en el Registro Público correspondiente, deberá solicitar expresamente el carácter reservado de la comunicación, tal y como realizó la sociedad en el presente caso. El carácter reservado de la comunicación, mediante el cual no tendrá carácter público, beneficiará al deudor en gran medida a la hora de alcanzar un acuerdo de refinanciación de los previstos en la LC.

II.3.5. Tramitación de la comunicación

La Ley Concursal no establece ningún trámite específico para realizar la comunicación del artículo 5 bis LC al Juzgado competente, ya que, no se trata de una demanda ni ejercicio de acción alguna por parte del deudor. Simplemente, corresponde al Secretario Judicial dar constancia de la comunicación presentada por el deudor. Tras dar constancia, se apertura un expediente y se procede al registro de la solicitud, tras lo que, el Secretario Judicial (ahora llamado Letrado de la Administración de Justicia) dictará la pertinente resolución en forma de Decreto, teniendo por realizada la comunicación del inicio de negociaciones y dejando constancia de la misma (Aznar Giner, E., 2016)³⁶.

Por tanto, la tramitación de la comunicación se resume en, la simple comunicación de solicitud de concurso al Juzgado de lo Mercantil competente, sin necesidad de realizar ningún trámite específico, tal y como realizó “Sardiña de Galicia, S.L.”.

Asimismo, y como mencionamos anteriormente, la comunicación del artículo 5 bis LC es de carácter público, ya que, el Secretario Judicial ordenará que la resolución sea publicada en el RPC. Sin embargo, esta publicación podrá omitirse cuando el deudor solicite expresamente el carácter reservado de la comunicación de las negociaciones³⁷.

II.4. Principales efectos de la comunicación de concurso de acreedores

La comunicación prevista en el artículo 5 bis LC produce una serie de efectos que, tienden a preservar la continuidad de la actividad empresarial y a proteger al deudor durante las negociaciones de los diferentes acuerdos que pueden ser adoptados.

II.4.1. Continuidad de la actividad empresarial

La comunicación del concurso de acreedores, prevista en el artículo 5 bis LC, tanto para el inicio de negociaciones de un acuerdo de refinanciación como de un acuerdo extrajudicial de pagos, genera diversos efectos, como es el mantenimiento de la actividad empresarial, ya que, dichos acuerdos se configuran como mecanismos que permitan la continuidad de la empresa (Moya Ballester, J., 2017)³⁸.

³⁶ Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 94 - 95).

³⁷ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

³⁸ Al respecto véase MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos ,de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 89 - 90).

II.4.2. Suspensión de la obligación de presentar concurso voluntario

Según lo dispuesto en el artículo 5.1 LC, “el deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia”³⁹. Este plazo resulta muy breve para alcanzar un acuerdo con los acreedores, por lo que, el artículo 5 bis LC establece un período de tres meses más para llevar a cabo las negociaciones con el fin de alcanzar un acuerdo de refinanciación, un acuerdo extrajudicial de pagos o una propuesta anticipada de convenio. Si bien, la comunicación del artículo 5 bis LC ha de realizarse “en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5”. Esto, no significa que el deudor no deba presentar concurso voluntario, sino que es una suspensión temporal, ya que, una vez que “transcurran esos tres meses desde la comunicación al Juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encuentre en estado de insolvencia”⁴⁰.

Por tanto, una vez que el deudor comunica al Juzgado competente el inicio de las negociaciones, y esta es admitida, dispondrá de un plazo de tres meses para alcanzar un acuerdo, transcurrido dicho plazo y, el acuerdo haya sido o no haya sido alcanzado, deberá ser solicitado el concurso voluntario en el mes hábil siguiente, salvo que desaparezca la situación de insolvencia del deudor.

En la práctica la demora puede alcanzar hasta un máximo de seis meses, ya que, cuenta en primer lugar con un plazo de dos meses para solicitar el concurso, desde el momento en el que conoce su situación de insolvencia o debiera conocerla, asimismo, si posteriormente realiza la comunicación del artículo 5 bis LC, dispondrá a mayores de un plazo de tres meses para alcanzar un acuerdo, y finalmente, se haya alcanzado o no el acuerdo, si continua en situación de insolvencia, dispondrá de un mes adicional para realizar la solicitud de su concurso⁴¹.

Asimismo, dentro de los plazos establecidos por la Ley Concursal, el deudor puede cambiar de propuesta a su elección, es decir, de una propuesta anticipada de convenio a un acuerdo de refinanciación, pero no en caso de estar negociando un acuerdo extrajudicial de pagos, puesto que por imperativo legal en este caso el fracaso aboca la negociación al concurso necesario con apertura automática de la fase de liquidación⁴².

II.4.3. Evitar la calificación del concurso como culpable por extemporáneo

En el supuesto de que, finalmente las negociaciones fracasarán, se plantea la duda de si, el deudor tiene la obligación inmediata de solicitar el concurso voluntario o, por el contrario, tiene la posibilidad de agotar el plazo que concede el artículo 5 bis LC, que es de cuatro meses.

³⁹ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁴⁰ Al respecto véase BELLIDO SALVADOR, R., 2017. *Los institutos preconcursales* (Valencia). Universitat Jaume I, (Pág. 69).

⁴¹ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁴² Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2014. *La reforma concursal del Real Decreto-ley 1/2014, en Materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 84).

Se deduce del citado artículo que no es necesario presentar la solicitud de concurso antes de que finalice el plazo establecido legalmente, ya que, dispone que, “transcurridos tres meses desde la comunicación, haya o no alcanzado un acuerdo, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente”.

Por tanto, “el concurso no podrá ser declarado culpable como consecuencia de la aplicación de la norma contenida en el artículo 165.1. 1º LC”, que establece que, el concurso será calificado como culpable, cuando el deudor “hubiera incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”. Sin embargo, si será susceptible de ser declarado culpable conforme a lo dispuesto en el artículo 164 LC⁴³.

Es por ello que, según lo que establece el artículo 164 LC⁴⁴, el concurso será declarado culpable, “cuando en la generación o agravación de la insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor”⁴⁵. Para determinar si esto ha ocurrido, el juez o tribunal deberá valorar si la comunicación presentada por el deudor conforme al artículo 5 bis LC estaba justificada y fundamentada en unas negociaciones viables o, por si el contrario, “la comunicación se realizó con un fin dilatorio, lo que supondría una agravación dolosa de la insolvencia” (Moya Ballester, J., 2017).

En conclusión, la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC es un mecanismo que protege al deudor de la posible calificación del concurso como culpable por extemporáneo, ya que, no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 165.1 LC, como consecuencia de la demora que se le concede al deudor para solicitar el concurso.

Por tanto, desde el momento en el que la sociedad presentó la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC, produjo una serie de efectos sobre la misma. En primer lugar, se produce el mantenimiento de la actividad empresarial y, en segundo lugar, la suspensión de la obligación de la misma de presentar concurso voluntario, ya que, dispone desde el momento de la comunicación (realizada el 22 de enero de 2020), de un plazo adicional de tres meses para llevar a cabo las negociaciones, y finalmente, trascurrido ese período, se haya alcanzado o no un acuerdo, si persiste la situación de insolvencia, la sociedad dispondrá de un mes adicional para solicitar su concurso (hasta el 22 de mayo).

Además, se produce otro efecto de gran importancia, que es, evitar la posible calificación del concurso como culpable por extemporáneo, ya que la sociedad mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” dispone de los plazos citados anteriormente, aún en el caso de que las negociaciones fracasaran, por lo que, la obligación de solicitar el concurso voluntario no será exigible hasta el último mes adicional que establece el art. 5 bis 5 LC.

II.4.4. Prohibición del derecho de los acreedores a solicitar concurso necesario durante la fase de protección

La Ley Concursal protege al deudor de las solicitudes de concurso necesario con el fin de que, las negociaciones que se lleven a cabo desde la comunicación del artículo 5 bis prosperen y no fracasen debido a dichas solicitudes⁴⁶.

⁴³ Al respecto véase MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 94)

⁴⁴ Vid. SJM de Murcia de 28 de junio de 2019 (ECLI:ES:JMMU:2019:3686)

⁴⁵ Vid. STS de 7 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2211)

⁴⁶ Al respecto véase MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 93).

En concreto, el artículo 15.3 LC establece esta previsión y determina que “una vez realizada la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC y mientras no transcurra el plazo de tres meses previsto en dicho precepto, no se admitirán solicitudes de concurso a instancia de otros legitimados distintos del deudor, o en su caso, mediador concursal”.

Es por ello que, las solicitudes presentadas durante el período de protección serán inadmitidas. La posibilidad de que sean admitidas será cuando sean presentadas con posterioridad a dicho período y siempre que, haya vencido el plazo de un mes hábil del que dispone el deudor para solicitar concurso voluntario para el caso de que persista la situación de insolvencia y, este no lo hubiera instado.

Por tanto, si dentro del mes hábil del que dispone el deudor para solicitar el concurso, en caso de que persista la situación de insolvencia, este es solicitado, será tramitado como concurso voluntario, tal y como establece el artículo 15 LC, que nos deriva al 14 LC.

Una vez “declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes”⁴⁷.

En resumen, la comunicación de precurso al Juzgado de lo Mercantil competente por parte del deudor, ofrece una protección durante un período de cuatro meses frente a las posibles solicitudes de concurso necesario que puedan presentar los acreedores, ya que serán inadmitidas, y solo se proveerán en el caso de que, durante el mes hábil del que dispone el deudor para presentar concurso voluntario, este no lo solicite⁴⁸.

Asimismo, conforme al artículo 22.1 LC, si el deudor finalmente procede a presentar la solicitud de concurso voluntario, dentro del mes hábil del que dispone, esta “se entenderá presentada el día en que se formuló la comunicación prevista en el artículo 5 bis”.

Por tanto, si los acreedores deciden instar concurso necesario durante esta fase, será inadmitido. Ya que, la comunicación del artículo 5 bis ofrece protección frente a los mismos, durante un período de cuatro meses en total, sin embargo, como explicábamos anteriormente, la sociedad “Sardiña de Galicia, S.L.”, dispone de tres meses para llegar a un acuerdo, y en caso de alcanzarlo o no alcanzarlo, si persiste la situación de insolvencia, dispondrá de un mes adicional para instar su propio concurso, y si no lo presenta en este mes adicional, las solicitudes de concurso necesario de los acreedores se proveerán, como consecuencia de no haber instado su propio concurso el deudor en el plazo establecido al efecto.

La comunicación del artículo 5 bis LC produce otro efecto de gran importancia sobre los acreedores, además del que hemos desarrollado anteriormente, relativo a la inadmisión de las solicitudes de concurso necesario que presenten los acreedores durante la fase de protección. Este efecto, que vamos a explicar a continuación, y que, recae tanto sobre los acreedores como sobre los trabajadores es, la paralización y suspensión de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor.

⁴⁷ Vid. Artículo 15 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

⁴⁸ Vid. AJM de Barcelona de 2 de julio de 2015 (ECLI:ES:JMB:2015:183A)

II.4.5. Prohibición y suspensión de ejecuciones sobre el deudor y su patrimonio

Este régimen de suspensión de ejecuciones se introduce con la aprobación del RDL 4/2014⁴⁹, el cual se tramita con posterioridad como Ley 17/2014⁵⁰, que fue modificada finalmente por el RDL 11/2014⁵¹, tramitándose posteriormente como Ley 9/2015⁵². Y, es de aplicación tanto a la negociación de un acuerdo de refinanciación, como a un acuerdo extrajudicial de pagos, en este caso con ciertas peculiaridades, ya que dispone de un régimen propio en el artículo 235.2 LC, o incluso a una propuesta anticipada de convenio.

El artículo 5 bis 4 LC establece que, una vez que el deudor presente la comunicación prevista en el citado artículo, “no podrán iniciarse o en su caso quedarán suspendidas las ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”. Sin embargo, se excluyen de esta protección “los procedimientos de ejecución que tengan por objeto hacer efectivos créditos de derecho público” así como, los créditos de acreedores con garantía real⁵³.

En el caso de ejecución de garantías reales, no se impide a los acreedores que “ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía”, siempre que, estos no sean necesarios para continuar con la actividad empresarial, y sin perjuicio de que, cuando se inicie el procedimiento, su tramitación quedará paralizada hasta que transcurran los plazos previstos⁵⁴.

Estas limitaciones también afectan a los acreedores titulares de pasivos financieros a los que se refiere la Disposición Adicional Cuarta, pero en este supuesto se requiere que se cumplan una serie de requisitos como son, la acreditación de que al menos el 51% de estos acreedores ha apoyado las negociaciones encaminadas a alcanzar un acuerdo de refinanciación, teniendo además que asumir el compromiso de no iniciar o continuar ejecuciones individuales contra el deudor durante el período de negociación (Artículo 5 bis 4 LC).

“Estas ejecuciones dejarán de estar suspendidas cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias:

- Se formalice el acuerdo de refinanciación previsto en el artículo 71 bis 1.
- Se admita la solicitud de homologación judicial del acuerdo de refinanciación.
- Se adopte el acuerdo extrajudicial de pagos.
- Se inicie la tramitación de una propuesta anticipada de convenio.
- O se produzca la declaración de concurso”.⁵⁵

⁴⁹ Vid. Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

⁵⁰ Vid. Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial.

⁵¹ Vid. Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal.

⁵² Vid. Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

⁵³ Vid. STSJ de Madrid de 16 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:11779)

⁵⁴ Al respecto véase BELLIDO SALVADOR, R., 2017. *Los institutos preconcursales* (Valencia). Universitat Jaume I, (Pág. 74).

⁵⁵ Vid. Artículo 5 bis 4 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Asimismo, también podrán dejar de estar paralizadas las ejecuciones si “el Juez determina que los bienes o derechos en cuestión no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del deudor”. Y, en todo caso, “serán levantadas las limitaciones cuando transcurran los plazos previstos en el artículo 5 bis 5 LC”, es decir, los cuatro meses, que se dividen, en tres meses para alcanzar un acuerdo, y un mes adicional, para instar el concurso⁵⁶.

En el momento en el que el deudor realice la comunicación, ha de indicar cuales son las ejecuciones que se siguen contra su patrimonio, y, sobre todo, cuales recaen sobre bienes que sean necesarios para la continuidad de su actividad económica. El secretario judicial será el encargado de dejar constancia mediante Decreto de la comunicación. Si hubiera discrepancias sobre si realmente esas ejecuciones recaen sobre bienes necesarios para la actividad empresarial, será el Juez competente para conocer del concurso el que valorará las circunstancias y decidirá (artículo 5 bis 4 LC).

Por tanto, una vez que la sociedad “Sardiña de Galicia S.L.” realiza la comunicación de precurso al Juzgado de lo Mercantil competente, todas las ejecuciones, tanto judiciales como extrajudiciales, que se seguían contra la misma, quedarán suspendidas, así como, serán inadmisibles las que se insten desde ese momento, siempre que, los bienes o derechos sobre los que recaigan resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial. Si bien, cabe excluir de este supuesto los créditos de derecho público, así como los acreedores de garantía real.

En cuanto a los trabajadores, cabe destacar que, en el presente supuesto, tres trabajadoras presentaron papeleta de conciliación previa solicitando la extinción del contrato de trabajo por impago de salarios, y la subsiguiente demanda el 10 de enero de 2020, es decir, antes de que la sociedad presentará la comunicación del artículo 5 bis de la Ley Concursal.

En este supuesto, las ejecuciones singulares pendientes de resolución, instadas por las tres trabajadoras quedarán suspendidas, así lo regula el artículo 568 de la LEC⁵⁷, mediante el cual, se determina la suspensión de la ejecución en caso de situaciones concursales o precursoales, mediante la disposición que determina que “no se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo”.

Por tanto, se concluye que, una vez que la sociedad mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” realizó la comunicación de precurso, las ejecuciones laborales seguidas por las tres trabajadoras, y en las que no se hubiera procedido a realizar el embargo correspondiente con anterioridad, quedarán suspendidas, porque con posterioridad a la comunicación del artículo 5 bis ya no es posible el embargo. Siempre y cuando, los bienes a embargar sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, ya que, en caso contrario si sería posible realizar su embargo.

Asimismo, es competente el Juez del concurso (Juez de lo Mercantil), y no el Juez de lo Social, el que debe pronunciarse y determinar si los bienes que se pretenden embargar son necesarios o no para la continuidad de la actividad empresarial⁵⁸.

⁵⁶ Al respecto véase AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 40).

⁵⁷ Vid. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁸ Vid. STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:1245)

III. ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

III.1. Dependencia económica en materia de Competencia Desleal

En el presente caso, la mercantil “Sardina de Galicia, S.L.”, suscribió un contrato para ser proveedor de la cadena de supermercados “Solmerc”, gracias a la cual, logró mantenerse en el mercado durante el primer ejercicio económico. El problema surge en octubre de 2017 cuando, “Solmerc” bajo amenaza de la ruptura de la relación laboral, presiona a “Sardina de Galicia, S.L.” para que le concediese un descuento del 20% sobre el precio pactado en el contrato inicial.

Esto repercutió negativamente en la mercantil “Sardina de Galicia, S.L.”, que vio como sus pérdidas aumentaron en un 40% en el ejercicio 2018, consecuencia del descuento que había concedido, la reducción de pedidos que había efectuado “Solmerc” y, la dificultad de encontrar compradores en un mercado muy saturado.

El artículo 16.2 LCD determina que, para reputar desleal un acto, se requiere una situación de dependencia económica de una empresa respecto a otra que, no disponga de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad y, esto se presumirá cuando “un proveedor deba conceder a su cliente otras ventajas adicionales que no se concederían a compradores similares”.

Nos encontraríamos, por tanto, en este caso, ante un acto de competencia desleal, previsto concretamente, en el artículo 16.3 LCD⁵⁹ el cual, determina que, será desleal “la obtención, bajo amenaza de ruptura de relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado”⁶⁰.

Para determinar si, finalmente “Solmerc” cometió un acto desleal debemos comprobar si se dan los dos elementos del supuesto de hecho, en primer lugar, la existencia de una situación de dependencia del cliente o proveedor respecto de la empresa y, en segundo lugar, la explotación abusiva de esa situación de dependencia económica⁶¹.

III.1.1. Situación de dependencia económica

La situación de dependencia económica se define por Zabaleta Díaz⁶² como, “la imposibilidad de prescindir de las relaciones comerciales que mantiene una empresa cliente o proveedora respecto de, la empresa con poder relativo de mercado o empresa fuerte sin que, su capacidad competitiva se vea seriamente afectada”.

⁵⁹ Vid. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

⁶⁰ Vid. Artículo 12 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

⁶¹ Al respecto véase ESTEVAN DE QUESADA, C., 2017. *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución (Valencia)*. Thomson Reuters Aranzadi, (Pág. 66).

⁶² Al respecto véase ZABALETA DÍAZ, M., 2002. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal (Barcelona)*. Marcial Pons, (Pág. 230 – 231).

Para identificar esta situación de dependencia económica es necesario definir el mercado relevante y examinar la existencia de alternativas equivalentes.

El mercado relevante se delimita desde un punto de vista objetivo (son los productos o servicios objeto de la relación de tráfico entre la empresa dependiente y la empresa fuerte, en este supuesto, la venta de “conserva en lata”), geográfico (la localización geográfica en la que actúan clientes y proveedores, en este caso, A Coruña) y temporal (es el momento en el que se valoran los hechos enjuiciados, es decir, en este caso, entre octubre de 2017 y marzo de 2018)⁶³, atendiendo siempre a la situación de la empresa dependiente y a sus posibilidades de reorientar la actividad empresarial⁶⁴.

Una vez que se establece el mercado relevante, hay que determinar si, en este mercado existen o no alternativas equivalentes para la empresa dependiente. Según lo establecido por la Audiencia Provincial en la sentencia número 256/2006, sí que existen alternativas si “los proveedores tienen la posibilidad de colocar sus productos o servicios a otras empresas”. Sin embargo, “estas alternativas de negocio deben ser reales y efectivas, no potenciales, en el lugar y momento considerados”⁶⁵.

En este sentido, la doctrina española establece que, para que la alternativa sea equivalente ha de ser suficiente, y además viable o razonable. Se entiende que la alternativa es suficiente cuando, “permita a una empresa, en términos generales, en la misma situación que la empresa presuntamente dependiente, cubrir sus necesidades competitivas recurriendo a otras fuentes de suministro o a otros clientes”, es decir, que pueda mantener unas condiciones competitivas que le permitan subsistir. Además de suficiente, la alternativa ha de ser viable o razonable, y este análisis ha de realizarse desde la perspectiva de la empresa presuntamente dependiente⁶⁶. Es razonable si, su utilización no reporta a la empresa una desventaja competitiva que no pueda asumir.

Sin embargo, puede ocurrir que exista una alternativa equivalente en el mercado que sea suficiente, pero no sea viable, y esto se produce cuando, existiendo otras alternativas en el mercado, “la reorientación de la producción o de las ventas que necesariamente implica el cambio de cliente ponga en peligro la subsistencia de la empresa dependiente”. Por tanto, puede afirmarse la existencia de una situación de dependencia cuando existiendo alternativas en el mercado, “éstas no superen el test de la viabilidad” (Zabaleta Díaz, M., 2002).

Y, esto es lo que sucede con la empresa “Sardina de Galicia, S.L.”, ya que, en el mercado existen alternativas suficientes, ya que, estamos antes cadenas de supermercados a las que es posible vender el producto de la citada empresa, sin embargo, estas alternativas a pesar de ser suficientes, no son viables, ya que, la reorientación de ventas a otros clientes que se ha visto obligada a realizar la empresa, ha puesto en peligro su subsistencia, que se refleja en las constantes pérdidas que llegaron a aumentar en un 40% , lo que conllevó una situación de insolvencia que le obligó a realizar una reestructuración financiera para obtener liquidez y poder subsistir.

⁶³ Vid. SAP de Castellón de la Plana de 1 de junio de 2006 (ECLI:ES:APCS:2006:485)

⁶⁴ Al respecto véase ZABALETA DÍAZ, M., 2002. *La explotación de una situación de dependencia económica como supuesto de competencia desleal* (Barcelona). Marcial Pons, (Pág. 231)

⁶⁵ Al respecto véase SÁNCHEZ GUELL, R., 2017. *Análisis del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal* (Barcelona). Universitat de Barcelona.

⁶⁶ Al respecto véase ESTEVAN DE QUESADA, C., 2017. *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución* (Valencia). Thomson Reuters Aranzadi, (Pág. 96 – 100).

Además del requisito legal de la falta de alternativa equivalente, la jurisprudencia ha establecido una serie de indicadores que sirven para apreciar la situación de dependencia.

En primer lugar, la SAP de Vizcaya número 462/2011, de 23 de junio⁶⁷, determina como indicador el volumen de negocios procedente del distribuidor y, en concreto, determina en la sentencia que existe una situación de dependencia económica al existir una facturación del 70% del distribuidor respecto de la empresa dependiente. Sin embargo, este porcentaje no es unánime en la jurisprudencia. Además, si acudimos al artículo 2 de la Ley 12/2013⁶⁸, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria, esta dispone que, existe situación de dependencia económica cuando la facturación del producto sea de al menos un 30% en el año precedente.

En el presente caso, la mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.”, suscribió un contrato para ser proveedor de la empresa “Solmerc” que, le permitió mantenerse en el mercado durante el primer ejercicio económico, por lo cual, entendemos que su facturación procedía en su totalidad de la citada empresa, así como las pérdidas del 40% que se reflejaron desde que se produjo el segundo presunto acto desleal, por lo que, se demuestra que el volumen de facturación superaba el límite fijado por la ley, entendiéndose, por tanto, la existencia de una situación de dependencia.

En segundo lugar, la SAP de Madrid número 313/2011, de 28 de octubre⁶⁹, determina como indicador el resultado económico de la empresa presuntamente dependiente, estableciendo en la misma que, no cabe afirmar una situación de dependencia si, en el ejercicio anterior al que se firmó el contrato, se obtuvo una cifra de negocios mayor o si, una vez finalizada la relación los resultados económicos mejoran o no empeoran.

Sin embargo, los resultados económicos de la sociedad “Sardiña de Galicia, S.L.”, empeoraron significativamente desde que, se vio obligada a realizar el descuento sobre el precio inicial y desde que, se produjo una reducción considerable en los pedidos, llegando a presentar una situación de insolvencia. Por ello, este indicio, determina la existencia de una situación de dependencia respecto a la cadena de supermercados “Solmerc”.

III.1.2. Explotación abusiva de la situación de dependencia económica

A diferencia de lo que sucede en el artículo 16.2 LCD⁷⁰, en el cual es necesario demostrar la existencia de una situación de dependencia y la explotación abusiva de la misma, el artículo 16.3 LCD determina que en este caso “el ilícito desleal está ligado a la realización de la conducta descrita en el citado artículo, sin que sea necesario analizar si ello constituye una explotación”, siempre y cuando concurra, “como presupuesto básico del ilícito, la existencia de una situación de dependencia económica”⁷¹.

⁶⁷ Vid. SAP de Vizcaya de 23 de junio de 2011 (ECLI:ES:APBI:2011:406)

⁶⁸ Vid. Artículo 2 de la Ley 12/2013, de 2 de agosto, de medidas para mejorar el funcionamiento de la cadena alimentaria.

⁶⁹ Vid. SAP de Madrid de 28 de octubre de 2011 (ECLI:ES:APM:2011:15141)

⁷⁰ Vid. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

⁷¹ Al respecto véase ESTEVAN DE QUESADA, C., 2017. *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución (Valencia)*. Thomson Reuters Aranzadi, (Pág. 164 - 165).

III.2. Acciones que se pueden ejercitar

En el presente caso, la empresa “Sardña de Galicia, S.L” se encuentra en una situación de dependencia económica respecto de “Solmerc”, y, esta última ha cometido los actos desleales establecidos en el artículo 16.3 LCD, ya que:

- En primer lugar, obtuvo un descuento del 20% sobre el precio pactado inicialmente bajo amenaza de ruptura de la relación comercial, que la empresa “Sardña de Galicia, S.L” aceptó debido a la situación de dependencia económica en la que se encontraba, ya que no disponía de otra alternativa que la empresa “Solmerc” para subsistir en condiciones competitivas en el mercado.

- Y, en segundo lugar, redujo de forma muy considerable los pedidos a “Sardña de Galicia, S.L.” sin mediar causa justificada, produciéndose, por tanto, una ruptura de forma parcial de la relación comercial que mantenían ambas empresas, y ello sin que haya existido un preaviso escrito con una antelación mínima de seis meses.

Por todo lo expuesto anteriormente, la empresa “Sardña de Galicia, S.L” podrá ejercitar contra, los actos de competencia desleal cometidos por “Solmerc”, las acciones previstas en el artículo 32 LCD⁷², con independencia del plazo de prescripción establecido en el artículo 35 LCD, ya que, la doctrina jurisprudencial recoge que “cuando se trate de actos de competencia desleal de duración continuada, la prescripción extintiva prevista en el artículo anterior no comienza a correr hasta la finalización de la conducta ilícita”⁷³.

En concreto, las acciones que podría ejercitar “Sardña de Galicia, S.L” contra los actos de competencia desleal cometidos por la empresa “Solmerc”, son:

En primer lugar, la acción declarativa de deslealtad, mediante la cual “se persigue que el juez declare la existencia o inexistencia de un acto de competencia desleal en el mercado. Para ejercitar esta acción es necesario que la perturbación creada subsista en el momento de interponer demanda judicial”⁷⁴.

En segundo lugar, la acción de cesación de la conducta desleal, cuyo objeto consiste en evitar la continuación o repetición del acto de competencia desleal. Para ello, “basta con identificar el acto ya realizado que se mantiene y proyecta en el tiempo”⁷⁵.

Y, en tercer y último lugar, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, siendo necesario acreditar que ha intervenido dolo o culpa del agente, para que, sea estimada.

Sin embargo, no procede ejercitar las restantes acciones previstas en el artículo 32 LCD, ya que, la acción de remoción sólo se puede ejercer frente a los efectos producidos por el acto, no que se estén produciendo; la acción de rectificación se prevé para corregir informaciones engañosas, incorrectas o falsas, y por tanto, no tiene cabida en este supuesto, y por último, la acción de enriquecimiento injusto, sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva.

⁷² Vid. Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

⁷³ Vid. STS de 21 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2010:461)

⁷⁴ Al respecto véase DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., 2007. *La competencia desleal* (Madrid). Iustel, (Pág. 73).

⁷⁵ Al respecto véase TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y, HERRERA PETRUS, C., 2010. *La reforma de la ley de competencia desleal* (Madrid). La ley, (Pág. 360 – 361).

IV. INICIACIÓN DE UN EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO

IV.1. Concepto y regulación de los Expedientes de Regulación de Empleo

En materia laboral, en concreto, los Expedientes de Regulación de Empleo, han sido objeto de diversas reformas, dando lugar actualmente al Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores⁷⁶, y al 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 jornada⁷⁷.

Asimismo, una Ley de gran trascendencia y en la cual se producen los cambios más importantes en materia laboral es, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral. Esta ley se aprobó como consecuencia de la crisis económica que atravesó España en el año 2008 y con el objetivo de, “garantizar la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social”⁷⁸. Además, cabe destacar que, tras la aprobación de la citada Ley “el despido colectivo ya no requiere que la empresa obtenga previamente una autorización de la autoridad laboral”⁷⁹.

En primer lugar, debemos definir que es un Expediente de Regulación de Empleo, conocido como ERE, y era definido, antes de la reforma del año 2012 como, “un procedimiento administrativo especial, establecido legal y reglamentariamente como el cauce formal de una serie de actos, cuyo fin es conseguir una resolución administrativa autorizatoria de despidos colectivos”⁸⁰.

Sin embargo, actualmente esta definición no es válida, ya que, como expusimos anteriormente, tras la aprobación de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral, ya no es necesario que, en el despido colectivo la empresa obtenga una autorización de la autoridad laboral. Por tanto, podríamos definir el ERE como “un procedimiento de carácter laboral y administrativo, cuyo fin es reducir, suspender o extinguir las relaciones laborales cuando se produzcan causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o de fuerza mayor”.

Partiendo de la definición expuesta anteriormente, cabe recordar que, existen tres tipos de Expediente de Regulación de Empleo, que son, el despido colectivo (ERE), la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de jornada laboral, siendo estos dos últimos de carácter temporal y recibiendo la denominación de ERTE.

⁷⁶ Vid. Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

⁷⁷ Vid. 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.

⁷⁸ Vid. Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral.

⁷⁹ Al respecto véase GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., 2016. *Manual de Derecho del Trabajo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 700).

⁸⁰ Al respecto véase BLASCO PELLICER, Á., 2009. *Los expedientes de regulación de empleo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 13).

IV.2. Clases de Expediente de Regulación de Empleo

IV.2.1. Expediente de Regulación de Empleo (ERE)

IV.2.1.1. Despido colectivo

Según lo dispuesto en el artículo 51.1 de la Ley 3/2012, “el despido colectivo es, la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores; el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa, en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores; y treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores”⁸¹.

El despido colectivo tiene dos definiciones, que son recogidas por el Derecho Europeo, en concreto en el artículo 1 de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998⁸² y el Derecho interno, en el artículo 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, si bien, “ambas son plenamente coincidentes, pero con preferencia del Derecho Europeo”⁸³.

Según el artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59, los despidos colectivos son “los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos sea, según la elección efectuada por los Estados Miembros: para un período de treinta días, al menos diez en los centros de trabajo de más de veinte y menos de cien trabajadores; al menos el diez por ciento de trabajadores para los centros de trabajo de entre cien y trescientos trabajadores; o al menos treinta en centros de trabajo con trescientos o más trabajadores. O si es para un período de noventa días, al menos veinte, con independencia del número de trabajadores del centro”⁸⁴.

Como mencionamos anteriormente, y como se recoge en el ET “el despido colectivo es, la extinción de contratos de trabajo por iniciativa exclusiva del empresario, que se funda en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en un período de noventa días y siempre que afecte a un número determinado de trabajadores”⁸⁵.

Esta definición nos indica los cuatro elementos necesarios que se tienen que dar en el despido colectivo:

-En primer lugar, el sujeto que insta el despido colectivo, que será en todo caso el empresario, ya que es el único legitimado para ello.

⁸¹ Vid. Artículo 51.1 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral.

⁸² Vid. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁸³ Al respecto véase GODINO REYES, M., 2016. *Tratado de Despido Colectivo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 12).

⁸⁴ Vid. Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.

⁸⁵ Vid. 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.

Cabe recordar que, con la reforma que se produjo en el año 2012, en la cual se suprimió la exigencia de la autorización administrativa para proceder al despido colectivo, hizo que este “pertenezca ya a la esfera del poder del empresario, al igual que el despido individual, por lo que la supresión de la exigencia de la autorización implicaría un aumento de las facultades empresariales”.

Asimismo, el despido colectivo puede ser adoptado de dos formas, en primer lugar, mediante un acuerdo alcanzado con los representantes de los trabajadores, ya que es requisito esencial mantener un procedimiento negociador con los mismos, o bien, si la negociación fracasa, será adoptado por la “decisión unilateral del empresario”⁸⁶.

-En segundo lugar, las causas que motivan el despido colectivo. Como establece el artículo 51.1 ET son, económicas, organizativas, técnicas o productivas.

-En tercer lugar, el cómputo temporal que se establece legalmente, es decir, el período de noventa días que recoge el Estatuto de los Trabajadores.

-Y, en cuarto lugar, el cómputo del número de trabajadores afectados de la empresa.⁸⁷

IV.2 1.2. Causas del despido colectivo

En el presente caso, nos encontramos con una empresa mercantil, cuya denominación es “Sardina de Galicia, S.L.”, que dispone de dos centros de trabajo, en los cuales prestan sus servicios un total de 67 trabajadores. Un número muy elevado, ya que, un número muy inferior sería suficiente para sus necesidades productivas.

Asimismo, a finales de año, la empresa presentaba un patrimonio neto negativo en más de 20 millones de euros, pérdidas por importe de -2.954.218,93 euros (pérdidas mayores que en el ejercicio anterior), y una disminución de ventas constante desde el año 2017. La empresa decide iniciar un Expediente de Regulación de Empleo el 22 de enero, para ello, vamos a analizar cuáles son las causas que se adaptan a la situación que presenta la sociedad, con el fin de justificar la lícita iniciación del mismo.

IV.2.1.2.a) Económicas

Según el artículo 51.1 del ET, “concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa,⁸⁸ en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, siendo persistente cuando, durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”.

⁸⁶ Al respecto véase CARMEN SÁEZ, L., 2015. *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 13 - 24).

⁸⁷ Vid. Artículo 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.

⁸⁸ Vid. STS de 29 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4993); SAN de 18 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:AN:2012:5332); STSJ de Cataluña de 28 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2674); STSJ de La Rioja de 10 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJLR:2015:396) y, STSJ de Madrid de 7 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TSJM:2014:13425)

Según lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 183/2015, de 10 de noviembre “concorre causa económica, ya que, se evidencia que la empresa se encuentra en una situación de crisis evidenciada, en unas persistentes y cada vez mayores pérdidas en su cuenta de resultados, propiciada entre otras cosas, por una mutación en la demanda de servicios prestados, que refleja que concorre también causa productiva”.

Las causas económicas han sido reflejadas en la memoria, la cual explica que “la empresa se encuentra en una situación excepcionalmente negativa, lo que se plasma en a) pérdidas millonarias (de 2.291.289 € en 2012, de 3.753.433 € en 2013 y de 10.198.695 € en 2014), b) la existencia de fondos propios negativos, c) la reducción de la cifra de negocio en 2.117.873 euros y d) la reducción paulatina de la cifra de ventas”⁸⁹.

La justificación del despido colectivo no va a depender solo de la acreditación de la concurrencia de las causas alegadas (económicas, técnicas, organizativas o productivas), sino que, también va a depender de que se “acredite que esas causas afectan a determinados contratos de trabajo y justifican, por tanto, la necesidad de su extinción”⁹⁰.

Esta relación que acabamos de exponer, la de las causas alegadas con los contratos de trabajo que se pretenden extinguir, es el presupuesto constitutivo, para cumplir el mandato del artículo 4 del Convenio 158 de la OIT, que establece que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”⁹¹.

Por tanto, “la justificación del despido económico o productivo exigirá la superación de tres fases por las empresas: en primer lugar, han de acreditar la situación económica negativa o, en su caso, cambios en la demanda de los productos y servicios que la empresa quiera colocar en el mercado; en segundo lugar, han de determinar de qué modo las situaciones descritas inciden en los contratos de trabajo que se pretenden extinguir; y en tercer lugar, probar la adecuación de las medidas adoptadas para hacer frente a dichas necesidades”⁹².

Siguiendo lo establecido en la Sentencia de la Audiencia Nacional número 183/2015, de 10 de noviembre, recoge que “aparte de probarse la concurrencia de la causa económica o productiva, debe acreditarse que la entidad de la misma justifica el número de extinciones contractuales que se ha acordado, esto es, que la medida es adecuada y proporcionada al fin perseguido”.

En base a lo expuesto anteriormente, cabe afirmar que en la sociedad mercantil “Sardña de Galicia, S.L.”, concurren causas económicas, que se desprenden del patrimonio neto negativo de 20 millones de euros que refleja el cierre económico del ejercicio, así como las persistentes y cada vez mayores pérdidas en su cuenta de resultados, que son mayores en el ejercicio 2019 (-2.954.218,93 €) que, en el 2018 (-2.839.528,60 €), cumpliendo así lo establecido en la legislación laboral.

⁸⁹ Vid. SAN de 10 de noviembre de 2015 (ECLI:ES:AN:2015:3929)

⁹⁰ Al respecto véase MERCADER UGUINA, J.R., y PUEBLA PINILLA, A., 2013. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 41).

⁹¹ Vid. Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982.

⁹² Al respecto véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., 2016. *Manual de Derecho del Trabajo* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 710 – 711).

Las causas económicas, han sido reflejadas en las cuentas de la empresa, que en el caso de las sociedades, se trata de la memoria, y en ella, se refleja la evidente situación de crisis por la que atraviesa la empresa, lo que se refleja en las pérdidas millonarias en las que incurre sucesivamente desde el año 2018 (-2.839.528,60 € en 2018 a -2.954.218,93€ en 2019); la existencia de fondos propios negativos (patrimonio neto negativo en más de 20 millones de euros en 2019); la reducción de la cifra de negocio y la reducción constante en el número de ventas (17.759.846 € en 2017, 10.057.563,65 € en 2018 y 7.281.420,00 € en 2019).

IV.2.1.2.b) Técnicas

Según el artículo 51.1 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, concurren causas técnicas⁹³ “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción”⁹⁴.

En consecuencia, “se ha considerado que hay causa productiva cuando los cambios conllevan la introducción de una nueva maquinaria o un sistema técnicamente más avanzado, la informatización o robotización de determinada actividad productiva o un cambio en el sistema tecnológico o informático que incorpore uno más perfeccionado”⁹⁵.

IV.2.1.2.c) Organizativas

Según el artículo 51.1 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, concurren causas organizativas⁹⁶ “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”.

En este supuesto, “se trata de una nueva estructuración o reordenación en clave racionalizadora del organigrama de la empresa que deja vacío de contenido determinado puesto de trabajo, como, por ejemplo, situaciones de reorganización de la empresa con nueva distribución del trabajo”⁹⁷.

En el presente caso, no son aplicables las causas técnicas ni organizativas, ya que, no se produjeron cambios en los medios de producción ni en los métodos de distribución del trabajo.

⁹³ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2017 (ECLI:ES:TSJCLM:2017:1278); STS de 22 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:820); STSJ de Galicia de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:4168); STSJ de Madrid de 23 de julio de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:5960)

⁹⁴ Vid. 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.

⁹⁵ Al respecto véase MERCADER UGUINA, J.R., y PUEBLA PINILLA, A., 2013. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág.32).

⁹⁶ Vid. STS de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2320) y STSJ de Madrid de 2 de julio de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:5379)

⁹⁷ Al respecto véase MERCADER UGUINA, J.R., y PUEBLA PINILLA, A., 2013. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 32).

IV.2.1.2. d) Productivas

Según el artículo 51.1 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, concurren causas productivas⁹⁸ “cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

Las causas productivas “se refieren al ámbito de los productos o servicios que integran la actividad de la empresa, a su capacidad de producción. Se han considerado tales, los cambios en la demanda, la reducción de pedidos y, como ejemplo típico, la pérdida de clientes. En este sentido la pérdida o reducción de una contrata se considera causa productiva y organizativa” (Mercader Uguina, J.R. y Puebla Pinilla, A. 2013).

Asimismo, se exige al empresario la “justificación causal del despido colectivo”, con el fin de que sean acreditadas la causa o causas alegadas. La documentación exigida se encuentra establecida en el Estatuto de los Trabajadores y en el RD 1483/2012⁹⁹. (Carmen Saénz, L. 2015).

Una vez que son acreditadas la causa o causas que justifican el mismo, el empresario deberá acreditar la “razonable adecuación entre esas causas y los contratos que pretenda extinguir”¹⁰⁰.

Por tanto, la justificación del despido colectivo exigirá que la empresa pruebe tres fases:

- “Acreditar la concurrencia de las causas.
- Identificar los efectos que las causas provocan sobre los contratos de trabajo que se pretenden extinguir.
- Demostrar la adecuación de las medidas extintivas en relación con la intensidad de las causas”. (Godino Reyes, M., 2016)

La acreditación de los tres pasos descritos anteriormente, ha sido confirmada por la jurisprudencia¹⁰¹. Asimismo, esta conexión se encuentra en los artículos 22.3 y 24.3 del Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC)¹⁰².

En base a lo expuesto anteriormente, se establece que, en la mercantil “Sardina de Galicia, S.L.” concurren causas productivas, que se reflejan en la reducción de ventas que presenta la empresa, disminuyendo desde el año 2017 (17.759.846€), 2018 (10.057.563,65€) considerablemente hasta llegar al 2019 (7.281.420,00€), lo que supone unos ingresos cada vez inferiores. Asimismo, se refleja en el número total de latas vendidas, que disminuyen en 740.305 en comparación entre el ejercicio 2018 (2.682.017) y el 2019 (1.941.712).

⁹⁸ Vid. STS de 14 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:300); STS de 12 de diciembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4525); STS de 25 de enero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:389); STS de 28 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2017:2894) y SJS de Murcia de 3 de octubre de 2018 (ECLI:ES:JSO:2018:6081)

⁹⁹ Vid. 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.

¹⁰⁰ Al respecto véase GODINO REYES, M., 2016. *Tratado de Despido Colectivo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 50).

¹⁰¹ Vid. STS de 18 de febrero de 2014 (ECLI: ES:TS:2014:2313)

¹⁰² Vid. Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Sin embargo, la concurrencia de estas causas (económicas y productivas) no será justificación para instar el despido colectivo, sino que, se requiere acreditar tres fases, y que, en el presente supuesto concurren.

-En primer lugar, han sido acreditadas la concurrencia de causas económicas y productivas;

-En segundo lugar, los efectos que provocan estas causas sobre los contratos de trabajo son, un gasto de personal muy elevado para la crítica situación económica que atraviesa la empresa y la innecesaria elevada plantilla de trabajadores para atender la producción, ya que, al disminuir tan considerablemente las ventas, la producción puede ser atendida por un número inferior de trabajadores;

-Y, en tercer y último lugar, se demuestra la adecuación de las medidas extintivas en relación con las causas.

Por tanto, se entiende acreditada por el empresario, la adecuación de las causas económicas y productivas a la extinción de los contratos de trabajo, que, en el presente caso, al tratarse una empresa de menos de 100 trabajadores, estos tendrán que afectar al menos a 10 trabajadores.

Asimismo, cabe recordar que, en el inicio del despido colectivo se abrirá un período de consultas con los representantes de los trabajadores, para llegar a un acuerdo, con el fin de evitar o reducir los mismos, así como buscar medidas para atenuar sus consecuencias. El problema radica en que, si finalmente no se logra este acuerdo, el fin del procedimiento se producirá con la decisión unánime del propio empresario.

IV.2.2. Expediente de Regulación Temporal de Empleo (ERTE)

IV.2.2.1. Suspensión del contrato de trabajo

El artículo 16.1 del 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 (en adelante, RPDC), recoge que se produce la suspensión del contrato de trabajo cuando, “el cese de la actividad que venía desarrollando el trabajador afecte a días completos, continuados o alternos, durante al menos una jornada ordinaria de trabajo, y ello se deba a causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”¹⁰³. Asimismo, también procederá la suspensión del mismo por acusa de fuerza mayor (artículo 47 ET).

IV.2.2.2. Reducción de la jornada laboral

Asimismo, encontramos en el artículo 16.2 RPDC, la reducción de la jornada de trabajo, que se trata de “la disminución temporal de entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de la jornada diaria, semanal, mensual o anual.

¹⁰³ Vid. Artículo 16.1 del 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.

Esta reducción se podrá producir por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción”¹⁰⁴.

Tanto la suspensión del contrato de trabajo como, la reducción de la jornada laboral, se encuentran desarrolladas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, y, en ambas, las causas que pueden ser aducidas son las mismas, y con los mismos requisitos, siendo estas, económicas, técnicas, organizativas y productivas.

Cuando se alegan causas económicas, se entiende que concurren “cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, como, por ejemplo, la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas, siendo persistente cuando, durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”¹⁰⁵.

En relación con las demás causas, se entiende que “concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y, causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”¹⁰⁶.

Asimismo, el procedimiento es de aplicación cualquiera que sea el número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por la suspensión. No operan, por tanto, “los umbrales del despido colectivo del artículo 51.1 ET”. Esta es una gran diferencia entre la suspensión y el despido colectivo, por las causas alegadas¹⁰⁷.

En la Sentencia número 467/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de mayo de 2016¹⁰⁸, encontramos que, una empresa realizó a una parte de la plantilla una suspensión de los contratos de trabajo y, una reducción de jornada a otra parte de los operarios, y ello con la justificación de la concurrencia de circunstancias económicas. Las circunstancias económicas alegadas y probadas para realizar el ERTE eran, el “fuerte descenso de facturación que había sufrido la empresa, con la consecuencia de una reducción del cincuenta por ciento de sus ingresos, y por ello, debía reducir costes de personal, acreedores y financieros, para hacer viable su continuidad”.

En el presente caso, será posible aplicar tanto un ERTE como un ERE, ya que, concurren causas económicas y productivas, según lo establecido en el artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, debido a la situación que atraviesa la empresa, la cual dispone de un número muy elevado de trabajadores en comparación con la baja producción en la que se encuentra, se estima más conveniente proceder a la extinción colectiva de diversos contratos de trabajo, ya que, la producción podrá ser atendida con un número inferior de trabajadores y, además, conseguirá reducir el gasto de personal, que beneficiará a la sociedad que se encuentra en un momento de falta de liquidez.

¹⁰⁴ Vid. STSJ de la Rioja de 2 de octubre de 2014 (ECLI:ES:TSJLR:2014:365)

¹⁰⁵ Vid. 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.

¹⁰⁶ Vid. 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.

¹⁰⁷ Al respecto véase GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., 2016. *Manual de Derecho del Trabajo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 587).

¹⁰⁸ Vid. STSJ de Madrid de 27 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:6321)

V. JURISDICCIÓN COMPETENTE EN CASO DE COINCIDIR UN ERE NO TERMINADO Y UNA DECLARACIÓN DE CONCURSO

V.1. Resolución del ERE

En el presente caso, vamos a tratar la resolución de un Expediente de Regulación de Empleo, que coincide con la declaración de concurso de acreedores. Según lo establecido en la legislación laboral, en concreto, el artículo 57 ET¹⁰⁹, dispone que, “en caso de concurso, a los supuestos de modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo y de sucesión de empresa, se aplicarán las especialidades previstas en la Ley Concursal”.

Siguiendo lo establecido en la legislación laboral, encontramos que el artículo 8.2 LC¹¹⁰ (al igual que el artículo 86 ter 1.2º LOPJ¹¹¹), establece que, “serán competentes para conocer del concurso los Jueces de lo Mercantil, en concreto, la jurisdicción del Juez del concurso es exclusiva en las acciones sociales que tengan por objeto la extinción de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado (...), es decir, en este caso, sería competente para conocer del Expediente de Regulación de Empleo”.

Por tanto, la regulación de la “competencia jurisdiccional a favor del Juez del concurso se encuentra, principalmente en los artículos 86 ter LOPJ y 8 LC”¹¹².

Asimismo, el artículo 64 LC, establece que “los procedimientos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, de traslado colectivo, de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el Juez del concurso”¹¹³.

Es por ello que, en el presente caso, el Expediente de Regulación de Empleo no terminado, una vez que ha sido declarado el concurso, será competencia del Juez del concurso, que es el Juez Mercantil, siendo incompetente, por tanto, la jurisdicción laboral para resolver el mismo.

Además, se han de seguir las reglas establecidas en el artículo 64 LC, que determinan que, sí en la fecha en la que se produce la declaración del concurso, se estuviera tramitando un procedimiento de despido colectivo (artículo 51 ET), o en su caso de suspensión del contrato o reducción de la jornada (artículo 47 ET), la autoridad laboral que estuviera conociendo del mismo, remitirá lo actuado al Juez del concurso. Siendo este, el que, presidirá todo el procedimiento establecido, y al que, se le comunicará el resultado del período de consultas. Una vez que se produce esta comunicación, “el secretario judicial deberá recabar un informe de la autoridad laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado”, que deberá ser enviado posteriormente al Juez del concurso¹¹⁴.

¹⁰⁹ Vid. 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.

¹¹⁰ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹¹¹ Vid. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

¹¹² Al respecto véase TALÉNS VISCONTI, E.E., 2017. *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 21).

¹¹³ Al respecto véase CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2015. *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 431).

¹¹⁴ Vid. Artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Así, una vez que se hayan cumplido todos los trámites establecidos, el Juez del concurso¹¹⁵, resolverá mediante auto¹¹⁶ (Auto del Juzgado de lo Mercantil), en un plazo máximo de 5 días, “sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el Juez ha de proceder conforme a la legislación laboral”¹¹⁷.

V.2. Impugnación del ERE

V.2.1. Recurso de suplicación

El auto que dicte el Juez Mercantil, en el cual se procede a resolver el Expediente de Regulación de Empleo, es impugnabile, en su dimensión colectiva, por la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), mediante interposición del recurso de suplicación ante la correspondiente Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre el Juzgado de lo Mercantil, por tanto, ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que el recurso que se interponga “tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni los incidentes concursales”¹¹⁸.

En el presente caso, la jurisdicción competente para conocer de la impugnación del ERE, mediante recurso de suplicación será, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia.

Así, encontramos diversa jurisprudencia que establece la competencia exclusiva de la sala del TSJ para conocer y resolver el recurso de suplicación, como, por ejemplo, la STS de 21 de junio de 2017. Así como, diversas resoluciones de diferentes TSJ que se han pronunciado sobre el citado recurso, en concreto, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 8 de abril de 2019¹¹⁹.

V.2.2. Incidente concursal en materia laboral

Anteriormente, expusimos el recurso que se puede instar desde una dimensión colectiva, existiendo también la posibilidad de que, las cuestiones que se refieran concretamente a la relación jurídica individual de los trabajadores, se sustancien por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral, ante el Juez de lo Mercantil del concurso. La sentencia que dicte este último, podrá ser recurrida en suplicación. Por tanto, los trabajadores afectados individualmente, que se opongan a lo previsto en el acuerdo, podrán reclamar mediante incidente concursal ante el Juez de lo Mercantil.

¹¹⁵ Vid. STSJ de Madrid de 16 de diciembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:14543) y, STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TSJCV:2017:6673)

¹¹⁶ Al respecto véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., 2016. *Manual de Derecho del Trabajo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 795).

¹¹⁷ Al respecto véase CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2015. *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 458).

¹¹⁸ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹¹⁹ Vid. STS de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2628) y, STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJCL:2019:1546)

En el presente caso, la jurisdicción competente para conocer de la impugnación del ERE, mediante incidente concursal en materia laboral, por parte de los trabajadores que individualmente decidan instarlo, será el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña¹²⁰.

Respecto a esta cuestión, encontramos reiterada jurisprudencia que declara la incompetencia del Juzgado de lo Social, ya que, corresponde su presentación ante el Juzgado de lo Mercantil. Al efecto, la STSJ de Madrid de 27 de septiembre¹²¹, en la cual se procedió a instar la impugnación individual del despido derivado del ERE concursal, mediante demanda ante el Juzgado de lo Social de Madrid, declarándose este incompetente por razón de la materia, ya que, su conocimiento corresponde al Juzgado de lo Mercantil de Madrid, ante el que se sigue el ERE concursal.

V.3. Extinción del contrato por impago de salarios

En el presente caso, las trabajadoras de la empresa “Sardiña de Galicia, S.L.”, llevaban sin percibir su nómina desde el mes de septiembre de 2019, por lo que, tres de ellas, 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. Posteriormente, la empresa decidió iniciar un Expediente de Regulación de Empleo, concretamente, el 22 de enero de 2019, procediéndose, asimismo, a la declaración de concurso cuando el ERE no estaba terminado.

Se nos plantea la cuestión de, determinar que jurisdicción será competente para conocer de las acciones individuales que han ejercitado las tres trabajadoras, teniendo en cuenta que, estas acciones han sido ejercitadas con anterioridad a la iniciación del Expediente de Regulación de Empleo y a la declaración del concurso.

En primer lugar, es necesario concretar que, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, se encuentra establecida en el artículo 50.1 ET¹²², cuya causa radica en el presente caso en la falta de pago en el abono del salario, en concreto, de los últimos cuatro meses.

La Ley Concursal, en el artículo 64.10 LC dispone que, “las acciones resolutorias individuales interpuestas al amparo del artículo 50 del ET, 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 ERE previsto en este artículo, para la extinción de los contratos”¹²³.

En el segundo párrafo establece que, una vez iniciado el ERE, todos los procesos individuales seguidos contra el concursado que hayan sido posteriores a la solicitud del concurso y que estén pendientes de resolución firme, serán suspendidos hasta que el ERE sea resuelto mediante auto.

¹²⁰ Vid. Artículo 192 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹²¹ Vid. STSJ de Madrid de 27 de septiembre de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:9203) y, STS de 8 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:989)

¹²² Vid. 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.

¹²³ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Para resolver esta cuestión es necesario acudir a lo dispuesto en la jurisprudencia, en concreto, la STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2016¹²⁴, resuelve una cuestión que es la que se nos plantea en este caso, y es que, si “es posible que el Juez de lo Mercantil resuelva la extinción colectiva de contratos de trabajadores de una empresa que se encuentra en concurso cuando, previamente, ciertos trabajadores han formulado demanda de extinción del contrato de trabajo por impago de salarios, ante el Juzgado de lo Social, al amparo del artículo 50.1 b) ET y dicha demanda no ha sido aun resuelta”¹²⁵.

Siguiendo lo establecido por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, este establece que la Ley Concursal, en su artículo 64.10 LC, que hemos expresado anteriormente, contiene dos mandatos, uno de carácter sustantivo y otro de carácter procesal.

El primer mandato, de carácter sustantivo “establece que las acciones resolutorias individuales del artículo 50 del ET¹²⁶ tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo”. Esto se manifiesta por el hecho de que estas demandas individuales han de estar “motivadas por la situación económica o de insolvencia del concursado”¹²⁷.

Por esta razón, la Ley considera colectivas las extinciones individuales y le atribuye al Juez del concurso la competencia, ya que, estas demandas por extinción de impago de salarios, “se fundan en la misma y única situación de insolvencia económica que ha llevado a la declaración del concurso, y, por tanto, es común a todos los trabajadores afectados e incluso a todos los acreedores de la empresa”.

Otra cuestión que se discute es, si el efecto de colectivización de las demandas individuales (artículo 50 ET), recae sobre las solicitadas desde el momento de la declaración del concurso o también para las anteriores, que es lo que sucede en el presente caso. Si bien, hablamos de que ambas están fundadas en la causa de insolvencia que ha llevado al concurso. Pues la respuesta que ofrece el Tribunal, es que, lo que funda el tratamiento como colectiva de la extinción de los contratos es, la concurrencia de la causa económica, y no el momento en que se haya interpuesto la demanda, por lo que, los efectos se desplegarían tanto en las demandas interpuestas anterior como posteriormente a la declaración del concurso.

Por todo lo expuesto, “la Ley las considera así extinciones colectivas y atribuye su competencia exclusiva y excluyente al Juez Mercantil” (artículo 8 LC), por lo cual, han de resolverse por el procedimiento del incidente concursal (artículo 64 LC).

En resumen, en el presente caso, las tres trabajadoras interpusieron la demanda el 28 de diciembre, para la cual, es competente el Juez de lo Social para conocer de la misma, al amparo del artículo 50.1 b) del ET. Sin embargo, desde el momento en que se produce la iniciación del despido colectivo por medio del procedimiento del artículo 64 LC, pasará a ser competente el Juez de lo Mercantil para resolver la extinción colectiva de los contratos de trabajo, incluyendo a las tres trabajadoras que tienen pendiente la demanda ante el Juzgado de lo Social.

¹²⁴ Vid. STSJ de Cataluña de 18 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4288)

¹²⁵ Vid. STSJ de Galicia de 30 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJGAL:2016:4585) y, STSJ de Galicia de 13 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:TSJGAL:2016:6525)

¹²⁶ Vid. 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.

¹²⁷ Vid. STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2016 (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4070)

La sala del TSJ de Cataluña fundó la competencia del Juez de lo Mercantil, en cuatro aspectos:

En primer lugar, alegando que “la competencia del mismo aparece con toda claridad en el artículo 64.1 LC¹²⁸”, ya que, este dispone que las extinciones colectivas de los contratos de trabajo, entre otros, una vez que sea declarado el concurso de acreedores, se tramitarán ante el Juez del concurso, que es el Juez de lo Mercantil.

En segundo lugar, alega que no existe ningún precepto en la Ley Concursal que disponga que el Juez de lo Mercantil carece de competencia para resolver “la extinción colectiva de contratos respecto del trabajador o trabajadores que tengan pendiente de resolución una demanda presentada ante el Juzgado de lo Social.

En tercer lugar, establece que la existencia de una demanda de extinción de contrato pendiente ante el Juzgado de lo Social, en base al artículo 50.1 b)¹²⁹, “no supone la existencia de litispendencia respecto a la acción de extinción colectiva de los contratos de trabajo tramitada ante el Juzgado de lo Mercantil, ya que, no existen las identidades exigidas para ello entre ambas demandas”.

Y, en cuarto, y último lugar, alegan que la existencia de una demanda pendiente ante el Juzgado de lo Social instando la extinción del contrato de trabajo, “no tiene ninguna incidencia en la vigencia del contrato”, ya que, todavía no ha adquirido firmeza dicha extinción.

El mandato de carácter procesal, lo encontramos en el precepto del segundo párrafo del artículo 64.10 LC, en el cual se dispone que, una vez se ha iniciado el ERE concursal, todos los procesos individuales que se hayan instado con posterioridad a la solicitud del concurso, y que no sean firmes, se suspenderán hasta la resolución del despido colectivo mediante auto¹³⁰.

En el presente caso, las tres trabajadoras presentaron la demanda con anterioridad a la declaración del concurso, no con posterioridad como determina el precepto expuesto en el párrafo anterior. Sin embargo, la jurisprudencia entiende que, cuando el precepto menciona “proceso seguido con posterioridad a la solicitud del concurso” significa tanto, un proceso que se inicia con posterioridad y que continúa tramitándose posteriormente a la declaración del concurso como, aquel proceso iniciado antes y seguido después, siempre que no haya finalizado por resolución firme antes de la solicitud del concurso. Por tanto, “el momento en que se produzca la demanda es un dato accidental, que nada añade ni quita a la realidad de una única situación económica negativa”.

En consecuencia, los procesos individuales que han instado las tres trabajadoras ante el Juzgado de lo Social, “serán suspendidos hasta que adquiera firmeza el auto que ponga fin al procedimiento de extinción colectiva”, y una vez alcanzada aquélla “el auto que acuerde la extinción colectiva producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales suspendidos¹³¹” (artículo 64.10 LC).

¹²⁸ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹²⁹ Vid. 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.

¹³⁰ Vid. Al respecto véase GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., 2016. *Manual de Derecho del Trabajo (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 805).

¹³¹ Vid. STS de 11 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:6225)

VI. CALIFICACIÓN FINAL DEL CONCURSO DE ACREEDORES

El concurso de acreedores puede ser calificado como fortuito o como culpable¹³². Será calificado como culpable cuando, concorra alguno de los requisitos previstos en los artículos 164 y 165 LC. Sin embargo, la ley no define el concurso fortuito, ni señala supuestos concretos del mismo. Predomina en la doctrina y en la jurisprudencia un concepto negativo o por exclusión¹³³: “el concurso es fortuito cuando no se califique como culpable”¹³⁴.

VI.1. El concurso culpable

El criterio general para determinar cuándo el concurso debe ser calificado como culpable, se establece en el artículo 164.1 LC, que dispone que, “el concurso se calificará como culpable cuando el generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso, así como de sus socios conforme a lo dispuesto en el artículo 165.2”.

Este criterio general, exige que concurren acumulativamente tres requisitos¹³⁵, que son: en primer lugar, “el dolo o la culpa grave del sujeto agente (elemento subjetivo); la insolvencia (elemento objetivo) y la relación de causalidad entre la conducta imputable al deudor y la generación o agravación de la insolvencia, es decir, que el hecho doloso haya generado o agravado la insolvencia”¹³⁶.

Asimismo, el artículo 164.2 LC establece una serie de supuestos que implican en todo caso, la calificación del concurso como culpable. Mientras que, en el artículo 165 LC se establecen una serie de presunciones de culpabilidad *iuris tantum*, y, por tanto, admiten prueba para desvirtuarlo, y que deben ponerse en relación con el artículo 164.1 LC. Estas presunciones presuponen la existencia de dolo o culpa grave sin necesidad de probar el elemento subjetivo de la misma, pero siendo necesario el resto de elementos, esto es, la generación o agravación de la insolvencia y, la relación causal con el comportamiento del deudor.

En el presente caso, la mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.”, presentaba un patrimonio neto negativo en más de 20 millones de euros a fecha 31 de diciembre de 2019, y la pérdida de cuentas y ganancias arrojaba pérdidas por importe de - 2.354.218,93€. Asimismo, llevaba sin pagar las nóminas de sus trabajadores y los créditos de los acreedores desde el mes de septiembre de ese mismo año. Por ello, decidió realizar la comunicación prevista en el artículo 5 bis LC, el 22 de enero de 2020, con el fin de, salvar a la empresa con una profunda reestructuración.

¹³² Vid. Artículo 163 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹³³ Vid. SAP de Barcelona de 19 de marzo de 2007 (ECLI:ES:APB:2007:4821)

¹³⁴ Al respecto véase ROMERO SANZ DE MADRID, C., 2014. *La calificación en el concurso de acreedores (Barcelona)*. Bosch, (Pág. 47 – 48).

¹³⁵ Vid. SJM de Barcelona de 4 de enero de 2016 (ECLI: ES:JMB:2016:22)

¹³⁶ Al respecto véase ROMERO SANZ DE MADRID, C., 2014. *La calificación en el concurso de acreedores (Barcelona)*. Bosch, (Pág. 67).

VI.1.1. Elemento subjetivo

El artículo 165.1.1º LC establece que “el concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores, hubieran incumplido el deber de solicitar la declaración del concurso”¹³⁷.

Como mencionamos anteriormente, las presunciones *iuris tantum* que se prevén en este artículo, presuponen la existencia de dolo o culpa grave, sin necesidad, por tanto, de probar el elemento subjetivo de la misma, sin embargo, si es necesario probar el resto de elementos objetivos exigidos por el artículo 164.1 LC, es decir, la causación o agravamiento de la insolvencia y el nexo causal.

Por tanto, el artículo 165 LC presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor “hubiere incumplido el deber de solicitar la declaración de concurso” o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores. Esta norma remite al artículo 5 LC, que establece un plazo de dos meses para solicitar el concurso, desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. Salvo prueba en contrario, de acuerdo con el párrafo segundo del citado precepto, se presumirá que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario conforme al apartado 4 del artículo 2 LC¹³⁸.

En el presente caso, se produjo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, ya que, la mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” llevaba sin abonar los créditos de la totalidad de los acreedores desde el mes de septiembre. Asimismo, según lo establecido en la jurisprudencia, para que se entienda que se ha producido un sobreseimiento general de los pagos, este “ha de ser actual y generalizado, no esporádico o puntual, exteriorizando una imposibilidad absoluta de pagar, y la insuficiencia de sus activos para atender regularmente sus obligaciones, justificando así la incapacidad del deudor de atender regularmente al pago de las obligaciones exigibles”¹³⁹.

Por ello, se afirma que la sociedad deudora, conoció o debió conocer su estado de insolvencia en el mes de septiembre, ya que, se produjo un sobreseimiento general de los pagos, como consecuencia del impago de la totalidad de los créditos de los acreedores, así como, de los trabajadores. Por ello, debió solicitar el concurso en los dos meses posteriores, es decir, entre octubre y noviembre. Como consecuencia del incumplimiento, y, en base al artículo 165.1.1º LC, se presume la existencia de dolo o culpa grave, al haber incumplido el deudor el deber de solicitar la declaración de su concurso.

VI.1.2. Elemento objetivo

En segundo lugar, ha de acreditarse el elemento objetivo que prevé el criterio general del artículo 164.1 de la Ley Concursal, es decir, la insolvencia. Para ello, debemos acudir a lo previsto en el artículo 2 LC.

¹³⁷ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹³⁸ Vid. SAP de Lugo de 24 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APLU:2020:238)

¹³⁹ Vid. SAP de Granada de 17 de junio de 2011 (ECLI:ES:APGR:2011:186A)

En concreto, el artículo 2.2 LC define el estado de insolvencia como, la situación en la que se encuentra el deudor “que no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles”¹⁴⁰. La mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” carecía de liquidez para cumplir con sus obligaciones de manera regular, lo cual, ha sido reflejado en la falta de pago de los créditos de todos los acreedores y trabajadores desde el mes de septiembre, produciéndose, por tanto, un sobreseimiento general de los pagos. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la sociedad se encontraba en situación de insolvencia.

Asimismo, es necesario señalar que, la sociedad presentaba un patrimonio neto negativo en más de 20 millones de euros, así como sucesivas pérdidas, llegando a alcanzar la cantidad de -2.954.218,93€ al finalizar el ejercicio económico del año 2019. Sin embargo, la insolvencia no se identifica con el desbalance (patrimonio neto negativo) o las pérdidas agravadas, siendo esto, causa de disolución societaria. Ya que, la insolvencia se identifica con la imposibilidad de cumplir regularmente con sus obligaciones, y, por tanto, puede suceder que, una sociedad que presente un patrimonio neto negativo, obtenga financiación y pueda cumplir con sus obligaciones de manera regular, así como, una sociedad que presente un patrimonio positivo, carezca de liquidez, y, por consiguiente, no cumpla con sus obligaciones y se encuentre en situación de insolvencia¹⁴¹.

VI.1.3. Relación de causalidad

El último de los presupuestos legales es, la existencia de un nexo causal entre la conducta del deudor, en el presente caso, el incumplimiento de solicitar la declaración del concurso en plazo y, la generación o agravamiento del estado de insolvencia¹⁴².

Al respecto, es doctrina jurisprudencial consolidada la que afirma que, el precepto establecido en el artículo 165.1 LC, es decir, el incumplimiento del deber de solicitar la declaración del concurso, es una norma complementaria de la del artículo 164.1 LC¹⁴³. “Contiene una concreción de lo que puede constituir una conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, y establece una presunción iuris tantum en caso de concurrencia de la conducta descrita, el incumplimiento del deber legal de solicitar concurso, que se extiende tanto al dolo o culpa grave como a su incidencia causal en la insolvencia”¹⁴⁴.

Por tanto, una vez que es acreditada la conducta prevista en el artículo 165.1 LC, opera la presunción iuris tantum de que con ella el deudor ha contribuido con dolo o culpa grave a la generación o agravación de la insolvencia¹⁴⁵.

Y, el retraso en la solicitud del concurso, conlleva la agravación de la insolvencia y un aumento del déficit patrimonial, por continuar la sociedad actuando en el tráfico mercantil contrayendo nuevas obligaciones que no podría cumplir de manera regular.

¹⁴⁰ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁴¹ Vid. STS de 22 de abril de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:1781)

¹⁴² Vid. Al respecto véase ROMERO SANZ DE MADRID, C., 2014. *La calificación en el concurso de acreedores (Barcelona)*. Bosch, (Pág. 68).

¹⁴³ Al respecto véase ADELL MARTÍNEZ, J., 2017. *Análisis interpretativo de los supuestos de calificación culpable del concurso de acreedores por incumplimientos e incorrecciones contables (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 159).

¹⁴⁴ Vid. SAP de Barcelona de 21 de mayo de 2019 (ECLI:ES:APB:2019:5507)

¹⁴⁵ Vid. SAP de Lugo de 24 de marzo de 2020 (ECLI:ES:APLU:2020:238)

VI.2. El Fondo de Garantía Salarial

Finalmente, se plantea la cuestión del tratamiento de los salarios no percibidos e indemnizaciones de los trabajadores despedidos. Téngase en cuenta que, los trabajadores de la sociedad mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” llevaban sin percibir su nómina desde el mes de septiembre del año 2019, procediendo la misma, el 22 de enero de 2020 a la iniciación de un ERE, al mismo tiempo que realizaba la comunicación de su situación de precurso al Juzgado de lo Mercantil competente, para salvar a la sociedad con una profunda reestructuración empresarial. Sin embargo, la sociedad se encontraba en una profunda situación de insolvencia, que, como vimos anteriormente acabo, por tanto, en situación de concurso de acreedores, concurriendo al mismo tiempo, un ERE no terminado y la declaración de concurso de la presente sociedad.

Cuando se produce la declaración del concurso, se abre la fase común, cuya finalidad consiste en determinar la masa activa y la masa pasiva del concurso, es decir, los bienes y derechos que integran el patrimonio del deudor y los créditos (deudas) que ha contraído la empresa¹⁴⁶.

La composición de la masa pasiva del concurso, está formada por créditos concursales y créditos contra la masa, estos últimos, pueden ser, privilegiados (con privilegio especial y con privilegio general), ordinarios y subordinados¹⁴⁷. La importancia de esta clasificación radica en, la prioridad en el cobro, en función de la calificación que se haya asignado¹⁴⁸.

En relación con los créditos laborales (incluyen tanto, los salarios como, las indemnizaciones por despido colectivo), se incluyen dentro de la masa, los anteriores a la declaración del concurso (créditos concursales) y los generados tras la declaración del concurso (créditos contra la masa). Sin embargo, el artículo 84.2.1 LC, considera créditos contra la masa, “los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del SMI”, teniendo que ser pagados de forma inmediata, a diferencia de lo que sucede con el resto de créditos contra la masa (créditos laborales generados tras la declaración del concurso), que se pagarán a sus respectivos vencimientos (artículo 84.3 LC)¹⁴⁹.

Por todo lo expuesto, se entiende que, los salarios que los trabajadores dejaron de percibir desde el mes de septiembre, son créditos concursales con privilegio general, ya que, son anteriores a la declaración del concurso, a excepción del salario del mes anterior a dicha declaración, que tendrá la consideración de crédito contra la masa. Además, las indemnizaciones, que tuvieron lugar tras la resolución del expediente de regulación de empleo, tendrán la consideración de créditos contra la masa (artículo 84.2.5 LC)¹⁵⁰.

El problema surge cuando, conste una insuficiencia de la masa activa para satisfacer los créditos laborales. Este es el presupuesto de insolvencia que recoge el artículo 33.6 ET, por el cual, surge la responsabilidad del FOGASA (artículo 33.3 ET)¹⁵¹.

¹⁴⁶ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁴⁷ Vid. AJM de Barcelona de 30 de julio de 2012 (ECLI:ES:JMB:2012:38A)

¹⁴⁸ Al respecto véase CARBAJO VASCO, D., [et al.], 2020. *La liquidación de la sociedad en el concurso de acreedores* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 440).

¹⁴⁹ Vid. Artículo 84 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

¹⁵⁰ Vid. STS de 8 de enero de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:6)

¹⁵¹ Vid. STS de 6 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2471)

Asimismo, con independencia de que deba ser citado el FOGASA, desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia en los casos de procedimientos concursales (artículo 33.3 ET), su obligación no nace hasta que se dicte auto, conforme al artículo 64 LC, de extinción de las relaciones laborales colectivas. Es decir, en el presente caso, la obligación del FOGASA ha de producirse cuando concluya la resolución del ERE que se estaba tramitando. Por tanto, cuando se dicta el auto por el Juzgado y finaliza el contrato, es cuando nace la obligación de indemnizar. Desde este momento, es cuando debe responder el Fondo en la forma y con los límites establecidos en el artículo 33 ET, de las obligaciones no satisfechas por la Sociedad¹⁵².

Por tanto, la intervención del FOGASA consiste en, un medio de protección de los créditos laborales en los casos de insolvencia empresarial o concurso del empresario, es decir, “es un mecanismo que permite ejercitar, a través de un procedimiento específico, el derecho del trabajador al salario o indemnización no percibidos por el empresario deudor”¹⁵³.

Así, este mecanismo, va a permitir a los trabajadores satisfacer sus derechos económicos con carácter previo a la liquidación del patrimonio del deudor, si bien, puede suceder el caso de que estos no sean cubiertos en su totalidad, ya que, el FOGASA establece un límite a los mismos. En este caso, los trabajadores continuarán ocupando un lugar como acreedores en la masa pasiva del concurso (Talens Visconti, E.E., 2017).

Asimismo, el FOGASA, se subrogará obligatoriamente frente a la empresa deudora, en el orden de prelación ocupado anteriormente por los trabajadores, concretamente por el importe que haya abonado, y manteniendo, por tanto, los privilegios salariales.

En definitiva, cuando la sociedad se encuentra en situación de insolvencia o concurso de acreedores, el FOGASA va a proteger el crédito de los trabajadores mediante dos formas:

- En primer lugar, abonando los salarios pendientes de pago, con la limitación prevista en el artículo 33.1 ET. Este artículo establece que, la cantidad máxima que podrá abonar será, “la cantidad resultante de multiplicar el doble del SMI diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 120 días”¹⁵⁴.

Por tanto, en el presente caso, los salarios que no han sido percibidos por los trabajadores serán abonados por el FOGASA, con el límite máximo previsto en el párrafo anterior. Asimismo, si estos no son cubiertos en su totalidad, los trabajadores continuarán ocupando un lugar como acreedores en la masa pasiva del concurso.

- En segundo lugar, abonando las indemnizaciones reconocidas a los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 del ET, y de extinción de los contratos conforme al artículo 64 LC¹⁵⁵.

¹⁵² Vid. STS de 25 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:3455)

¹⁵³ Al respecto véase TALÉNS VISCONTI, E.E., 2017. *Los créditos de los trabajadores en el concurso de acreedores* (Valencia). Tirant lo Blanch, (Pág. 194).

¹⁵⁴ Vid. 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.

¹⁵⁵ Vid. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

Asimismo, el artículo 33 ET establece que, estas “se calcularán sobre la base de 20 días por año de servicio con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario base del cálculo, pueda exceder del doble del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias”¹⁵⁶.

Por tanto, en el presente caso, las indemnizaciones de los trabajadores, derivadas de la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el artículo 51 ET, esto es, del despido colectivo que efectuó la sociedad mercantil, serán abonadas por el FOGASA, tal y como establece el artículo 33.2 del ET, siempre que estas hubieran sido consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores¹⁵⁷.

Así, el FOGASA sólo responde de las cuantías legalmente establecidas en el ET, esto es, “de las cantidades que resulten de aplicar los 20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, con el límite de una anualidad”¹⁵⁸.

En el momento en el que, el FOGASA procede al pago de las cantidades determinadas anteriormente, se produce la subrogación de la misma en la posición acreedora de los trabajadores¹⁵⁹. “La subrogación debe entenderse producida en las mismas condiciones que tenía el crédito cuando estaba en la esfera patrimonial del trabajador, con sus privilegios y limitaciones”¹⁶⁰.

Por lo tanto, el FOGASA se subroga conforme al artículo 84.5 LC, de manera que, cuando procede hacer el pago conforme al artículo 176 bis 2 LS por insuficiencia de la masa activa para pagar el crédito contra la masa, “a quien debe pagarse es al FOGASA que ya pagó al trabajador, y que, por ello, se subrogó íntegramente en estos créditos contra la masa”¹⁶¹.

VII. CONCLUSIONES GENERALES

La mercantil “Sardiña de Galicia, S.L.” presentaba a un patrimonio neto negativo en más de 20 millones de euros a fecha 31 de diciembre, así como pérdidas por importe de -2.354.218,93€. Asimismo, llevaba sin abonar las nóminas de los trabajadores y los créditos de los acreedores, desde el mes de septiembre del año 2019, por lo que, decidió comunicar su situación de concurso al Juzgado de lo Mercantil el 22 de enero de 2020. Se plantea la cuestión de si, la empresa cumple con los requisitos para realizar esta comunicación y cuales serían sus efectos para los trabajadores, acreedores y la propia empresa.

¹⁵⁶ Vid. 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.

¹⁵⁷ Al respecto véase ROQUETA BUS, R., 2017. *La acción protectora del Fogasa (Valencia)*. Tirant lo Blanch, (Pág. 237).

¹⁵⁸ Vid. 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.

¹⁵⁹ Vid. STS de 13 de mayo de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:1200)

¹⁶⁰ Vid. STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2000 (AS 2000\4249)

¹⁶¹ Vid. SAP de la Rioja de 9 de septiembre de 2016 (ECLI:ES:APLO:2016:325)

En principio, la empresa cumplía con los requisitos establecidos en la Ley Concursal, esto es, la legitimación, ya que la comunicación fue realizada por la sociedad, cumpliendo así, el precepto que determina que solo está legitimado para realizarla el propio deudor; el presupuesto de la insolvencia también se cumplía, ya que, la sociedad se encontraba en situación de insolvencia actual; en cuanto a la forma y contenido, la LC no establece ningún requisito formal, por lo que se trata simplemente de una comunicación por escrito al Juzgado de lo Mercantil competente, tal y como realizó en el presente caso la mercantil “Sardña de Galicia, S.L.”; y en último lugar, se encuentra el plazo de presentación de la comunicación, que determina que, ha de ser presentada antes de que trascurren dos meses desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debiera conocer su estado de insolvencia. La sociedad llevaba sin pagar el crédito de todos los acreedores desde el mes de septiembre, produciéndose, por tanto, un sobreesimiento general en el pago corriente de sus obligaciones, por lo que, la presentación de la comunicación debió realizarse en los meses de, octubre a noviembre, en consecuencia, se afirma que la presentación fue realizada fuera de plazo. Sin embargo, aunque esta se realice fuera de plazo, deberá ser admitida igualmente y producirá los mismos efectos, aunque, en el momento de instar el concurso, no se evitará una posterior calificación como culpable del mismo.

Los efectos que produce la comunicación de precurso prevista en el artículo 5 bis LC son: sobre la empresa, la continuidad de la actividad empresarial y la suspensión de la obligación de la misma de presentar concurso voluntario, es decir, es una suspensión temporal, ya que, una vez transcurran los tres meses de los que dispone el deudor para negociar, haya alcanzado o no un acuerdo, si persiste la situación de insolvencia, dispondrá de un mes adicional para solicitar el concurso. Sobre los acreedores, recae la prohibición de solicitar concurso necesario, durante la fase de protección que otorga la comunicación del artículo 5 bis LC, así como la prohibición y suspensión de ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. Este último, es un efecto que recae también sobre los trabajadores.

Asimismo, en la misma fecha, el 22 de enero de 2020, la empresa decidió iniciar un Expediente de Regulación de Empleo, y se nos plantea la cuestión de si es lícita la iniciación del mismo y cuáles son las causas en las que se apoyaría esta medida. Las causas en las que se apoya la medida adoptada por la empresa son, causas económicas, que se desprenden del patrimonio neto negativo que presenta la sociedad y las persistentes y cada vez mayores pérdidas en su cuenta de resultados; y causas productivas, que se reflejan en la reducción de ventas que presenta la empresa.

La mercantil “Sardña de Galicia, S.L.”, suscribió un contrato para ser proveedor de la cadena de supermercados “Solmerc”, gracias a la cual, logró mantenerse en el mercado durante el primer ejercicio económico. El problema surge en octubre de 2017, cuando, “Solmerc” bajo amenaza de la ruptura de la relación laboral, presiona a “Sardña de Galicia, S.L.” para que le concediese un descuento del 20% sobre el precio pactado en el contrato inicial. Además, en marzo de 2018, como represalia a “Sardña de Galicia, S.L.” por desviar su producción hacia otros supermercados, redujo de forma muy considerable los pedidos a la misma, produciéndose como consecuencia, un aumento de las pérdidas de la empresa en un 40% en dicho ejercicio. Se nos plantea en este caso, si “Sardña de Galicia, S.L.” podría ejercitar alguna acción contra el comportamiento llevado a cabo por “Solmerc”.

Nos encontramos ante un acto de competencia desleal, previsto en el artículo 16.3 LCD, pero, para apreciar el ilícito desleal se requiere como presupuesto básico, la existencia de una situación de dependencia económica. Se ha determinado que, entre “Sardiña de Galicia, S.L.” y “Solmerc” existía una situación de dependencia económica, ya que, aunque en el mercado existían alternativas suficientes, estas no eran viables, ya que, la reorientación de ventas a otros clientes que se vio obligada a realizar la empresa, puso en peligro su subsistencia, que se reflejó en las constantes pérdidas que llegaron a aumentar en un 40% , lo que conllevó una situación de insolvencia que le obligó a realizar una reestructuración financiera para obtener liquidez y poder subsistir.

Por tanto, la empresa “Sardiña de Galicia, S.L.” podrá ejercitar contra, los actos de competencia desleal cometidos por “Solmerc”, las acciones previstas en el artículo 32 LCD, en concreto, podrá ejercitar la acción declarativa de deslealtad, la acción de cesación de la conducta desleal y, la acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal.

También se plantea la cuestión de, determinar que jurisdicción sería competente para conocer de las acciones individuales ejercidas por las tres trabajadoras, esto es, la demanda solicitando la extinción del contrato por impago de salarios que presentaron con anterioridad al inicio del ERE, la resolución del ERE y las impugnaciones del mismo, en el caso de que, concurren a la vez un ERE no terminado y una declaración de concurso.

La resolución del ERE será competencia del Juez del concurso, es decir, el Juez de lo Mercantil, ya que, la Ley Concursal atribuye la competencia exclusiva al mismo, en los procedimientos de despido colectivo, una vez que, el concurso es declarado. La impugnación del ERE, puede producirse desde una dimensión colectiva, mediante interposición del recurso de suplicación ante la correspondiente Sala de lo Social del TSJ de Galicia, y, mediante impugnación individual, a través del incidente concursal en materia laboral, ante el Juzgado de lo Mercantil de A Coruña. Y, las acciones individuales ejercitadas por las tres trabajadoras ante el Juzgado de lo Social, tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo desde que se acuerde la iniciación del ERE (artículo 64.10 LC), y, por tanto, pasará a ser competente el Juez de lo Mercantil (artículo 8 LC) para resolver la extinción colectiva de los contratos de trabajo, incluyendo a las tres trabajadoras que tienen pendiente la demanda ante el Juzgado de lo Social.

Finalmente, debemos exponer la posible calificación del concurso y el tratamiento de los salarios no percibidos e indemnizaciones de los trabajadores despedidos. El concurso será calificado como culpable, ya que el deudor incumplió el deber de solicitar la declaración del concurso en el plazo establecido legalmente (artículo 165 LC). Este plazo es de dos meses (artículo 5 LC), desde la fecha en que el deudor hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia. En el presente caso, se produjo un sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor (artículo 2.4.1ºLC), ya que, esta llevaba sin pagar los créditos de la totalidad de los acreedores desde el mes de septiembre, por lo que, debió de solicitar su concurso en los dos meses posteriores, es decir, entre octubre y noviembre. En cuanto a los salarios no percibidos e indemnizaciones de los trabajadores despedidos, estos serán abonados por el FOGASA, con los límites establecidos en el ET, subrogándose posteriormente en la posición acreedora de los trabajadores, concretamente, por el importe que haya abonado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ADELL MARTÍNEZ, J., 2017. *Análisis interpretativo de los supuestos de calificación culpable del concurso de acreedores por incumplimientos e incorrecciones contables (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

ALONSO ESPINOSA, F.J., SÁNCHEZ RUIZ, M. y VERDÚ CAÑETE, M.J., 2014. *Derecho Mercantil de Contratos. Derecho Concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

AZNAR GINER, E., 2016. *La comunicación del artículo 5 bis de la ley concursal (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

AZNAR GINER, E., 2014. *La reforma concursal del Real Decreto-ley 1/2014, en Materia de Refinanciación y Reestructuración de Deuda Empresarial (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

BELLIDO SALVADOR, R., 2017. *Los institutos preconcursales (Valencia)*. Universitat Jaume I.

BLASCO PELLICER, Á., 2009. *Los expedientes de regulación de empleo (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

CAMPUZANO, A.B. y SÁNCHEZ PAREDES, M.L., 2016. *Prevención y gestión de la insolvencia (Barcelona)*. Editorial UOC.

CAMPUZANO, A.B. y SANJUÁN Y MUÑOZ, E., 2018. *El derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

CANDELARIO MACÍAS, M.I., 2018. *Manual práctico de Derecho Mercantil (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

CARBAJO VASCO, D., [et al.], 2020. *La liquidación de la sociedad en el concurso de acreedores (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

CARMEN SÁEZ, L., 2015. *Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

DARNACULLETA I GARDELLA, M.M., 2007. *La competencia desleal (Madrid)*. Iustel.

ESTEVAN DE QUESADA, C., 2017. *Explotación de la dependencia económica en las redes de distribución (Valencia)*. Thomson Reuters Aranzadi.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., 2016. *Manual de Derecho del Trabajo (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

GODINO REYES, M., 2016. *Tratado de Despido Colectivo (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

GÓMEZ AMIGO, L., 2016. *El nuevo régimen de los acuerdos extrajudiciales de pagos (Madrid)*. Reus, S.A.

GÓMEZ DE LA FLOR GARCÍA, M. EUGENIA., 2016. *Protocolos de despido y medidas de flexibilidad (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

MERCADER UGUINA, J.R., y PUEBLA PINILLA, A., 2013. *Los procedimientos de despido colectivo, suspensión de contratos y reducción de jornada (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

MOYA BALLESTER, J., 2017. *Mecanismos preventivos del concurso de acreedores, los acuerdos de refinanciación y el acuerdo extrajudicial de pagos (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

ROMERO SANZ DE MADRID, C., 2014. *La calificación en el concurso de acreedores (Barcelona)*. Bosch.

ROQUETA BUS, R., 2017. *La acción protectora del Fogasa (Valencia)*. Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ GUELL, R., 2017. *Análisis del artículo 16.2 de la Ley de Competencia Desleal (Barcelona)*. Universitat de Barcelona.

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

TATO PLAZA, A., FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. y, HERRERA PETRUS, C., 2010. *La reforma de la ley de competencia desleal (Madrid)*. La Ley.

VERDÚ CAÑETE, M.J., 2004. *Notas sobre el nuevo Derecho Concursal (Murcia)*. Universidad de Murcia. Número 22. Págs. 391-409.

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

IX. APÉNDICE LEGISLATIVO

Instrumento de Ratificación del Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. Boletín Oficial del Estado, de 29 de junio de 1985, nº155, páginas 20352 a 20354.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, de 2 de julio de 1985, nº157 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>)

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Boletín Oficial del Estado, de 11 de enero de 1991, nº10 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1991/01/10/3/con>)

Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 12 de agosto de 1998, nº225, páginas 16 a 21.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, de 8 de enero de 2000, nº7, páginas 575 a 728 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2000/01/07/1>)

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, de 10 de julio de 2003, nº164, páginas 26905 a 26965 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2003/07/09/22>)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado, de 4 de julio de 2007, nº159 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/07/03/15>)

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Boletín Oficial del Estado, de 3 de julio de 2010, nº161 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2010/07/02/1/con>)

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Boletín Oficial del Estado, de 11 de octubre de 2011, nº245 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/10/10/36/con>)

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral. Boletín Oficial del Estado, de 7 de julio de 2012, nº162 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2012/07/06/3/con>)

Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Boletín Oficial del Estado, de 28 de septiembre de 2012, nº234, páginas 68882 a 68897 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/09/27/1362>)

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, nº261 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2012/10/29/1483/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, nº185, páginas 56551 a 56581 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/08/02/12>)

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Boletín Oficial del Estado, de 28 de septiembre de 2013, nº233, páginas 78787 a 78882 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/09/27/14>)

Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Boletín Oficial del Estado, de 8 de marzo de 2014, nº58, páginas 21944 a 21964 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2014/03/07/4>)

Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal. Boletín Oficial del Estado, de 6 de septiembre de 2014, nº217, páginas 69767 a 69785 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2014/09/05/11>)

Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial. Boletín Oficial del Estado, de 1 de octubre de 2014, nº238, (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2014/09/30/17/con>)

Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal. Boletín Oficial del Estado, de 26 de mayo de 2015, nº125, páginas 43874 a 43909 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/05/25/9>)

Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social. Boletín Oficial del Estado, de 29 de julio de 2015, nº180, (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2015/07/28/25/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, nº255 (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>)

X. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 256/2006 de 1 de junio (ECLI:ES:APCS:2006:485)

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 4821/2007 de 19 de marzo (ECLI:ES:APB:2007:4821)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 871/2009 de 21 de enero (ECLI:ES:TS:2010:461)

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 115/2009 de 8 de mayo (ECLI:ES:APM:2009:10824)

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 76/2011 de 17 de junio (ECLI:ES:APGR:2011:186A)

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 462/2011 de 23 de junio (ECLI:ES:APBI:2011:406)

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 313/2011 de 28 de octubre (ECLI:ES:APM:2011:15141)

España. Juzgado de lo Mercantil (Sala de lo Civil). Auto de 30 de julio de 2012 (ECLI:ES:JMB:2012:38A)

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia número 166/2012 de 18 de diciembre (ECLI:ES:AN:2012:5332)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 2313/2014 de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2014:2313)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 122/2014 de 1 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1368)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 539/2014 de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2628)

España. Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Social). Sentencia número 142/2014 de 2 de octubre (ECLI:ES:TSJLR:2014:365)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 916/2014 de 7 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2014:13425)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 25 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2320)

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

España. Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sala de lo Civil). Auto número 255/2015 de 2 de julio (ECLI:ES:JMB:2015:183A)

España. Tribunal Superior de Justicia de la Rioja (Sala de lo Social). Sentencia número 205/2015 de 10 de septiembre (ECLI:ES:TSJLR:2015:396)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 29 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4993)

España. Audiencia Nacional (Sala de lo Social). Sentencia número 183/2015 de 10 de noviembre (ECLI:ES:AN:2015:3929)

España. Juzgado de lo Mercantil de Barcelona (Sala de lo Civil). Sentencia número 22/2016 de 4 de enero (ECLI: ES:JMB:2016:22)

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

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia número 2909/2016 de 10 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4070)

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia número 3136/2016 de 18 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2016:4288)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 467/2016 de 27 de mayo (ECLI:ES:TSJM:2016:6321)

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia número 4182/2016 de 30 de junio (ECLI:ES:TSJGAL:2016:4585)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 11 de julio de 2016 (ECLI:ES:TS:2011:6225)

España. Audiencia Provincial de La Rioja (Sala de lo Civil). Sentencia número 202/2016 de 9 de septiembre (ECLI:ES:APLO:2016:325)

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia número 5133/2016 de 13 de septiembre (ECLI:ES:TSJGAL:2016:6525)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 102/2017 de 3 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2017:1245)

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sala de lo Social). Sentencia número 725/2017 de 18 de mayo (ECLI:ES:TSJCLM:2017:1278)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 484/2017 de 6 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2471)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 562/2017 de 28 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2894)

España. Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social). Sentencia de 2 de octubre (ECLI:ES:TSJCV:2017:6673)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 637/2017 de 16 de octubre (ECLI:ES:TSJM:2017:11779)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 59/2018 de 25 de enero (ECLI:ES:TS:2018:389)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 195/2018 de 22 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:820)

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

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 858/2018 de 25 de septiembre (ECLI:ES:TS:2018:3455)

España. Juzgado de lo Social de Murcia (Social). Sentencia número 332/2018 de 3 de octubre (ECLI:ES:JSO:2018:6081)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 1051/2018 de 12 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4525)

España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia número 6/2019 de 28 de marzo (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2674)

España. Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Social). Sentencia número 669/2019 de 8 de abril (ECLI:ES:TSJCL:2019:1546)

España. Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil). Sentencia número 953/2019 de 21 de mayo (ECLI:ES:APB:2019:5507)

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de junio de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:4168)

España. Juzgado de lo Mercantil de Murcia (Social). Sentencia número 190/2019 de 28 de junio (ECLI:ES:JMMU:2019:3686)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 654/2019 de 2 de julio (ECLI:ES:TSJM:2019:5379)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 763/2019 de 23 de julio (ECLI:ES:TSJM:2019:5960)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia número 896/2019 de 27 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2019:9203)

España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia de 16 de diciembre (ECLI:ES:TSJM:2019:14543)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia número 6/2020 de 8 de enero (ECLI:ES:TS:2020:6)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 15/2020 de 14 de enero (ECLI:ES:TS:2020:300)

España. Juzgado de lo Mercantil de Valencia (Civil). Auto de 13 de febrero de 2020 (JUR 2020\68696)

España. Juzgado de lo Mercantil de Pontevedra (Civil). Auto número 23/2020 de 17 de febrero (JUR 2020\54336)

España. Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Soria (Civil). Sentencia de 2 de marzo (ECLI:ES:JPII:2020:89)

España. Audiencia Provincial (Sala de lo Civil). Sentencia número 141/2020 de 24 de marzo (ECLI:ES:APLU:2020:238)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia número 321/2020 de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2020:1200)