

Insolvencia principal, insolvencia secundaria, créditos laborales y bienes de la empresa en otro Estado miembro

Cuando el procedimiento de insolvencia principal se abre en un Estado miembro, pero la empresa tiene establecimiento —y trabajadores— en España, el inicio de un procedimiento de insolvencia secundario puede generar problemas en la consideración, calificación y consolidación de los créditos laborales.

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria
Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. El Reglamento 2015/848, de 20 de mayo (*DOUE* de 5 de junio), sobre procedimientos de insolvencia, contiene una serie de preceptos que influyen en el ámbito laboral y que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de abril del 2024, asuntos acumulados C-765/22 y C-772/22, asunto *Air Berlin*, ha interpretado en diferentes aspectos aplicativos.

Conviene destacar que, tal y como recoge el reglamento, con esta normativa se permite que los procedimientos de insolvencia principales se inicien en el Estado miembro en que el deudor tenga el centro de sus intereses principales. Dichos procedimientos tendrán

alcance universal y su objetivo será que resulten aplicables a todos los bienes del deudor. Con objeto de proteger la diversidad de intereses, el reglamento permite que se inicien procedimientos de insolvencia secundarios en el Estado miembro en que el deudor tenga establecimiento paralelamente al procedimiento de insolvencia principal, estando los efectos de los secundarios limitados a los bienes situados en dicho Estado. En principio, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal podrá solicitar la apertura de uno secundario cuando así lo requiera la eficaz administración de la masa. A estos efectos, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal no

debe poder liquidar o trasladar de manera abusiva los bienes situados en el Estado miembro en el que esté ubicado un establecimiento, en particular, con objeto de frustrar la posibilidad de que se satisfagan efectivamente tales intereses si posteriormente se abriese un procedimiento de insolvencia secundario.

A menos que se disponga expresamente de otro modo, será de aplicación la ley del Estado miembro en que se haya abierto el procedimiento (*lex concursus*). Esta norma de conflicto de leyes debe operar tanto en los procedimientos de insolvencia principales como en los territoriales o secundarios. La *lex concursus* determina todos los efectos del procedimiento de insolvencia, tanto procesales como materiales, sobre las personas y las relaciones jurídicas implicadas. Regula todas las condiciones para la apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia. Ahora bien, el reconocimiento automá-

tico de un procedimiento de insolvencia (en el que por lo general es de aplicación la ley del Estado de apertura de dicho procedimiento) puede colisionar con las normas en virtud de las cuales se realicen las operaciones mercantiles en otros Estados miembros. Por esa razón, y con el fin de proteger las expectativas legítimas y la seguridad de las operaciones en Estados miembros distintos de aquel en que se abra el procedimiento, se establecen excepciones a la norma general. Y, así, en el caso de los derechos reales, será necesario aplicar una norma especial distinta a la ley del Estado de apertura del procedimiento, dada la relevancia de aquéllos para la concesión de créditos. El fundamento, la validez y el alcance de dichos derechos reales deberán determinarse con arreglo al Derecho del lugar de establecimiento y no verse afectados por

En la insolvencia principal y secundaria rige la *lex concursus*

la apertura del procedimiento de insolvencia. El titular de un derecho real deberá poder así seguir invocando su derecho a la detracción y separación del objeto de garantía. Cuando, con arreglo a la ley del Estado de establecimiento, los bienes estén sujetos a derechos reales, pero el procedimiento de insolvencia principal se esté desarrollando en otro Estado miembro, el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal podrá solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario en la jurisdicción en que existan los derechos reales, siempre que el deudor tenga allí un establecimiento.

Con todo, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 del reglamento, se permite que el administrador concursal pueda ejercer en otro Estado miembro todas las facultades que le

hayan sido conferidas por la ley del Estado de apertura del procedimiento mientras no se haya abierto otro procedimiento de

insolvencia ni se haya adoptado medida cautelar contraria alguna como consecuencia de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia en ese Estado. En particular, y salvo disposición contraria, el administrador concursal podrá trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren. De hecho, cuando el procedimiento de insolvencia principal lo haya abierto un órgano jurisdiccional de un Estado miembro y haya sido reconocido en otro Estado miembro, un órgano jurisdiccional de ese otro Estado miembro que sea competente podrá abrir un procedimiento de insolvencia secundario. Cuando el procedimiento de insolvencia principal exija que el deudor sea insolvente, la insolvencia del deudor no se examinará de nuevo en el Estado miembro en el que se pueda abrir un procedimiento de insolvencia

secundario. En todo caso, los efectos del procedimiento de insolvencia secundario se limitarán a los bienes del deudor situados en el territorio del Estado miembro en el que se haya abierto dicho procedimiento. Salvo que se disponga expresamente de otro modo, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia secundario será la del Estado miembro en cuyo territorio haya sido abierto.

También existe una consideración especial para la protección de los derechos de los trabajadores. En este sentido, el reglamento señala que, con el fin de proteger a los trabajadores y de defender el empleo, los efectos del procedimiento de insolvencia sobre la continuación o conclusión de la relación laboral y sobre los derechos y obligaciones de todas las partes que intervienen en dicha relación deben quedar determinados por el Derecho aplicable a los contratos de trabajo de que se trate con arreglo a las normas generales de conflicto de leyes. Asimismo, cuando la terminación de los contratos de trabajo requiera la aprobación de un órgano jurisdiccional o autoridad administrativa, el Estado miembro

en el que el deudor tenga un establecimiento debe conservar la competencia para otorgar dicha aprobación, aunque no se hayan abierto aún procedimientos de insolvencia en ese Estado miembro. Cualquier otra cuestión relativa a la ley de insolvencia, como la posible protección de los créditos de los trabajadores en virtud de derechos preferentes o el orden de prelación entre éstos, debe determinarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, ya sea principal o secundario. Por lo demás, en atención a lo dispuesto en el artículo 13 del reglamento, los

efectos del procedimiento de insolvencia sobre el contrato de trabajo y sobre la relación laboral se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro aplicable al contrato de trabajo. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que puedan abrirse procedimientos de insolvencia secundarios seguirán siendo competentes para aprobar la rescisión o modificación de los contratos de trabajo, aunque no se haya incoado ningún procedimiento en dicho Estado miembro.

2. La sentencia resuelve dos asuntos diferentes, aun cuando se decida acumular la resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas en demandas frente a la misma empresa (*Air Berlin*). En el primero de ellos, el asunto C-765/22, los demandantes impugnaron ante los órganos jurisdiccionales españoles la legalidad de sus despidos. La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional declaró la nulidad de los despidos al no constar que el administrador concursal del procedimiento de insolvencia

Los créditos laborales anteriores a la insolvencia secundaria se rigen por la principal

principal hubiera abierto un concurso en España con la finalidad de obtener la autorización judicial del juez del concurso y al no haber facilitado el citado

administrador la documentación obligatoria a los representantes legales de los trabajadores. Dada la imposibilidad de que los demandantes en el litigio principal fueran readmitidos en sus puestos de trabajo, *Air Berlin* fue condenada a abonarles la correspondiente indemnización y los salarios de tramitación. Estos trabajadores, entonces acreedores locales en el sentido del artículo 2.11 del reglamento, presentaron sus créditos en el procedimiento de insolvencia principal abierto en Alemania y en el procedimiento de insolvencia secundario abierto en España, sobre la base del artículo 45.1 del citado reglamento.

En el procedimiento de insolvencia principal, estos créditos fueron reconocidos como preferentes al haber sido considerados, en virtud de la normativa alemana, créditos contra la masa. En cambio, en el procedimiento de insolvencia secundario, el administrador concursal designado calificó estos créditos de concursales y, por tanto, con privilegio general y ordinario. A su juicio, la mención que figura en el artículo 242.8.º de la Ley Concursal (texto originario del 2020) de los créditos laborales que se generen o se declaren por resolución judicial «tras la declaración de concurso» se refiere a los que se generen o declaren tras la apertura del procedimiento de insolvencia secundario y no a los que se generen o declaren tras la apertura del principal.

Obsérvese que se menciona el texto normativo concursal originario, anterior a la reforma del 2022, en cuyo artículo 242.8.º constaba expresamente que se calificaban créditos contra la masa:

... los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado *tras la declaración del concurso*. Quedan comprendidos en esta regla los créditos laborales correspondientes a ese periodo, incluidas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso. Los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concur-

so se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento.

Ahora, el contenido —modificado— se recoge en el artículo 242.11.º, en el que se consideran créditos contra la masa:

... los créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado tras la declaración del concurso hasta la aprobación judicial del convenio o, en otro caso, hasta la conclusión del concurso. Quedan comprendidos en este número los créditos laborales devengados después de la declaración de concurso, las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso.

En todo caso, si la precisión que se requiere es sobre el término *tras la declaración del concurso*, éste aparece en ambos preceptos, tanto en el anterior como en el vigente.

Los trabajadores presentaron ante el Juzgado de lo Mercantil competente una demanda de incidente concursal impugnando la lista de acreedores en relación con el reconocimiento y la clasificación de sus créditos. Alegaban que la declaración de concurso a la que se refiere el artículo 242.8.º de la Ley Concursal (texto del 2020) remite necesariamente al procedimiento de insolvencia principal, de modo que, en aplicación de esa disposición, sus créditos salariales generados después de la apertura de este último procedimiento debían calificarse de créditos contra la masa.

Es en este contexto en el que el citado juzgado suspende el procedimiento y plantea una cuestión prejudicial para dirimir si el diseño del procedimiento universal mitigado que realiza el Reglamento 2015/848 —en el que se permite la apertura de procedimientos secundarios que se apliquen exclusivamente a los bienes situados en el Estado de apertura del procedimiento— puede interpretarse, en relación con los artículos 35 y 7.1 y 7.2 de dicho reglamento, en el sentido de que la aplicación de la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia secundario «al tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia» se refiere a los nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia principal y no del procedimiento de insolvencia secundario.

Por su parte, en el asunto C-772/22, se pone de manifiesto que, en el procedimiento de insolvencia principal, *Air Berlin* contaba con bienes y derechos situados en territorio español, entre ellos, un crédito con garantía real constituida sobre fincas registrales inscritas en el Registro de la Propiedad

de las que era propietaria la sociedad CR Aeropuertos, S. L. Con relación a esta última sociedad, el Juzgado de Primera Instancia había declarado la apertura de un procedimiento de insolvencia y se había reconocido a favor de *Air Berlin* un crédito con privilegio especial. Dado que el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal había hecho valer los derechos de *Air Berlin*, el Juzgado de Primera Instancia acordó la transferencia de una cantidad (1 061 291,86 euros) a la cuenta fiduciaria del administrador concursal en concepto de pago del crédito con privilegio es-

pecial. Antes de proceder a dicha transferencia, el juez del Juzgado de Primera Instancia había exigido y obtenido la prueba de la autorización por parte del tribunal alemán que conocía del procedimiento de insolvencia principal. En cambio, dicho juez no fue advertido de que, para asegurar el pago de un crédito laboral por importe de 245 996,93 euros en favor de uno de los demandantes en el litigio principal, existía un embargo preventivo sobre los bienes y derechos relacionados con *Air Berlin* España acordado por el Juzgado de lo Social. Los demandantes en el litigio principal ejercieron ante el Juzgado de lo Mercantil competente una acción rescisoria del acto de trasladar bienes fuera del territorio español. En el marco de esa acción, reprocharon al administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal haber trasladado abusivamente los bienes situados en el Estado miembro en el que, por estar ubicado un establecimiento, podía iniciarse un procedi-

miento de insolvencia secundario. Sostenían que, en consecuencia, se había infringido lo previsto en los artículos 34 y 36 del Reglamento 2015/848 y estimaron que se había

perjudicado a los acreedores locales, puesto que el acto mencionado les impedía obtener el pago de sus créditos.

En este punto, el Juzgado de lo Mercantil decide suspender el procedimiento, planteando algunas cuestiones prejudiciales. La primera, si pueden interpretarse los artículos 3.2 y 34 del Reglamento 2015/848 en el sentido de que los bienes situados en el Estado de apertura del procedimiento de insolvencia secundario y a los que se limitan los efectos del procedimiento son sólo los existentes en el momento

El administrador de la insolvencia secundaria puede ejercer acción revocatoria contra actos del procedimiento principal

en que se abre el procedimiento de insolvencia secundario y no los que existían cuando se abrió el procedimiento de insolvencia principal. Por otra parte, se cuestiona si puede interpretarse el artículo 21.1 del citado reglamento en el sentido de que es acorde a la facultad de trasladar los bienes del deudor fuera del territorio del Estado miembro en que se encuentren la decisión del administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal de trasladar bienes sin solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia secundario o de evitarlo ofreciendo un compromiso unilateral conforme a los artículos 36 y 37 del Reglamento cuando le consta que existen acreedores locales con créditos laborales reconocidos por sentencias y un embargo preventivo de bienes acordado por un juzgado de lo social del indicado Estado miembro. Y, finalmente, si el artículo 21.2 del reglamento puede interpretarse en el sentido de que la facultad de ejercer acciones revocatorias en interés de los acreedores conferida al administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario se aplica a un supuesto como el descrito, en el que se pretende revocar un acto realizado por el administrador concursal nombrado en el procedimiento de insolvencia principal.

3. Con carácter preliminar, el tribunal precisa que, puesto que el Reglamento 2015/848 derogó y sustituyó el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo (DOUE de 30 de junio), sobre procedimientos de insolvencia, la interpretación dada por el Tribunal de Justicia en relación con las disposiciones de este último reglamento es igualmente válida para las del primero cuando estas disposiciones puedan calificarse de equivalentes.

Por lo que se refiere al primero de los asuntos (as. C-765/22), aclara que, tanto el artículo 7.1 del Reglamento 2015/848 (que se aplica

a los procedimientos de insolvencia principal y secundarios) como el artículo 35 de dicho reglamento (que sólo se refiere a los procedimientos de insolvencia secundarios) remiten a la ley del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento. De acuerdo, con el artículo 2.8 del reglamento, el momento de la apertura del procedimiento es el momento a partir del cual surte efecto la resolución de apertura de un procedimiento de insolvencia, independientemente de que dicha resolución sea o no definitiva. Por lo demás, el artículo 7.2g del citado reglamento establece que la ley del Estado miembro en cuyo territorio se haya abierto el procedimiento determina, en particular, el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia. Por consiguiente, el artículo 7.1 del Reglamento constituye una norma de conflicto de leyes y, por tanto, sustituye a las normas nacionales de Derecho internacional privado (STJUE de 22 de noviembre del 2012, as. C-116/1, *Bank Handlowy y Adamiak*). Es cierto que el «reglamento enuncia que los efectos del procedimiento de insolvencia sobre la continuación o conclusión de la relación laboral y sobre los derechos y obligaciones de todas las partes que intervienen en dicha relación deben quedar determinados por el Derecho aplicable a los contratos de trabajo de que se trate y no por la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia. Sin embargo, este considerando precisa expresamente que esa excepción no se aplica a la posible protección de los créditos de los trabajadores en virtud de derechos preferentes ni al orden de prelación entre éstos» (cdo. 55). Por otra parte, dado que es preciso interpretar estrictamente el tenor de una disposición que suponga una excepción a un principio, este criterio debe aplicarse necesariamente al artículo 13 del Reglamento 2015/848, que constituye una excepción al

principio de la *lex concursus*. De todo ello se deduce que «la cuestión del tratamiento de créditos como los controvertidos en el litigio principal —nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia principal—, referida al reconocimiento y al rango de éstos, está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7, apartado 2, letra g, del Reglamento 2015/848, que contiene una remisión expresa a la ley del Estado de apertura. Por consiguiente, esta cuestión debe resolverse en virtud de la *lex concursus* designada como aplicable sobre esta base» (cdo. 57).

Por lo demás, esta interpretación de los artículos 7 y 35 del Reglamento 2015/848, en virtud de la cual la ley del Estado miembro en el que se haya abierto el procedimiento de insolvencia es la que determina el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura de tal procedimiento, se ve corroborada por una lectura sistemática de dicho reglamento. Porque los efectos del procedimiento de insolvencia secundario se limitan a los bienes del deudor que, en el momento de la apertura de ese procedimiento, se encuentren en el territorio del Estado miembro de apertura de dicho procedimiento. Además, la aplicabilidad del principio de la *lex concursus* en la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia secundario permite identificar fácilmente la ley aplicable, respetando al mismo tiempo la oportunidad que el artículo 45 del mismo reglamento brinda a los acreedores de presentar sus créditos no sólo en el procedimiento de insolvencia principal, sino también en cualquier procedimiento de insolvencia secundario.

Y, así, habida cuenta del carácter de norma de conflicto de leyes del artículo 7 del Reglamento 2015/848, tal interpretación también es conforme con el objetivo de dicho regla-

mento, que no es establecer un procedimiento de insolvencia uniforme, sino garantizar que los procedimientos de insolvencia transfronterizos se desarrollen de forma eficaz. Por tanto, el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia a que se refiere dicho artículo 7 debe decidirse en aplicación de la *lex concursus* designada como aplicable. Por consiguiente, «la ley del Estado de apertura del procedimiento de insolvencia secundario se aplica únicamente al tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura de ese procedimiento, y no al tratamiento de los créditos nacidos entre la apertura del procedimiento de insolvencia principal y la del procedimiento de insolvencia secundario» (cdo. 72). Siendo así, por tanto, que los créditos de los trabajadores habían sido considerados ya en el procedimiento de insolvencia principal preferentes, esto es, créditos contra la masa, según la normativa alemana, es ésta la calificación que ha de prevalecer anulando la que, con posterioridad, asignó el administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario.

Encuanto al segundo de los litigios (as. C-772/22), el tribunal declara, por una parte, que los artículos 3 y 34.2 del reglamento deben interpretarse en el sentido de que la masa de bienes situados en el Estado de apertura del procedimiento de insolvencia secundario está constituida únicamente por los bienes que se encuentren en el territorio de ese Estado miembro en el momento de la apertura de dicho procedimiento. Y, por otro lado, entiende que «los créditos laborales de los acreedores locales y el embargo preventivo de bienes, como los del litigio principal, no pueden impedir el traslado de bienes del territorio del Estado miembro de apertura del procedimiento de insolvencia secundario por parte del administrador concursal

del procedimiento de insolvencia principal, a menos que dichos créditos o dicho embargo preventivo se refieran, habida cuenta del Derecho aplicable en virtud del artículo 8 del mismo reglamento, a derechos reales» (cdo. 75). Primero, porque el artículo 21.2 del reglamento establece que el administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario podrá hacer valer que un bien mueble ha sido trasladado del territorio del Estado de apertura de ese procedimiento al territorio de otro Estado miembro tras la apertura de dicho procedimiento. La segunda frase de esta disposición añade que ese administrador podrá también ejercer cualquier acción revocatoria en interés de los acreedores. Pues bien, esta última precisión sólo tiene efecto útil si se refiere a bienes distintos de los expresados en la primera frase de la disposición, de modo que estos bienes son necesariamente los que hayan sido trasladados fuera del territorio del Estado miembro del procedimiento de insolvencia secundario antes de su apertura. El citado artículo 21 del Reglamento 2015/848 garantiza una articulación de las facultades del administrador concursal y de los mecanismos de salvaguardia de los intereses de los acreedores locales conforme a la voluntad del legislador de la Unión.

En consecuencia, «el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal puede trasladar los bienes del deudor fuera

del territorio de un Estado miembro distinto del de ese procedimiento de insolvencia, aun cuando tenga conocimiento de la existencia, por una parte, de créditos laborales de los acreedores locales en el territorio de ese otro Estado miembro, reconocidos mediante resoluciones judiciales, y, por otra parte, de un embargo preventivo de bienes acordado por un juzgado de lo social de ese último Estado miembro» (cdo. 81). Ello supone, asimismo, que «el administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundario puede ejercitar una acción revocatoria contra un acto realizado por el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal» (cdo. 86). A diferencia del supuesto anterior, no se entiende bien que, disponiendo el reglamento expresamente que el administrador concursal del procedimiento de insolvencia principal no debe poder liquidar o trasladar de manera abusiva los bienes situados en el Estado miembro en el que esté ubicado un establecimiento, en particular con objeto de frustrar la posibilidad de que se satisfagan efectivamente tales intereses si posteriormente se abre un procedimiento de insolvencia secundario, haya que imponer esta solución. Porque, de esta forma, no sólo se alarga el proceso —obligando al administrador concursal del procedimiento de insolvencia secundaria a interponer una acción revocatoria—, sino que se incumple el objetivo confeso del legislador de otorgar eficacia a los procedimientos concursales transfronterizos.

Advertencia legal: El contenido de este documento no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web www.ga-p.com, o diríjase al siguiente e-mail de contacto: info@ga-p.com.