

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **1**

Fecha: **24/11/2022**

Nº de Recurso: **115/2020**

Tipo de Resolución: **Auto**

PROCED. CONCURSO NECESARIO núm. 115/20

INCIDENTE CONCURSAL núm. 1

CONCURSO SECUNDARIO (Reglamento (UE) 2015/848.

**Demandante**

Don Luis Carlos

Don Severino

Doña Isidora

Doña Angélica

Doña Paula

Don Luis Francisco

Doña Delfina.

*Representante.*

Procurador de los tribunales

Doña María Isabel Muñoz García

CALLE001

07003 Palma de Mallorca

España

**Demandado**

AIR BERLÍN LUFTVERKEHERS KG, SUCURSAL EN ESPAÑA

*Administrador concursal procedimiento de insolvencia secundario*

Don Luis Aurelio Martín Bernardo, CALLE000

28006 Madrid

España

Email: Email000

**AUTO**

En PALMA DE MALLORCA, a veinticuatro de noviembre de dos mil veintidós.

Vistos por mí, Víctor Heredia del Real, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca y su partido, procede dictar la presente resolución en base a los siguientes antecedentes de hecho y fundamentos de Derecho.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por parte de los demandantes, al amparo de lo previsto en el artículo 289.2 del RDL 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, Ley Concursal española),

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1243050</u>
Luxemburgo, el 16. 12. 2022
Fax/E-mail: <u>16142122</u>
Presentado el: <u>[Firma]</u>
El Secretario, por orden Leticia Carrasco Marco Administradora

## KENDOJ

presentaron demanda de incidente concursal impugnado el inventario y la lista de acreedores elaborados por la administración concursal. La demanda fue contestada en tiempo y forma por la administración concursal.

Las partes no solicitaron la celebración de vista y el tribunal no consideró procedente su celebración. El tribunal debe dictar sentencia sin más trámites según lo previsto en el artículo 540.2 de la Ley Concursal española

**SEGUNDO.**- Por providencia en atención a lo previsto en el artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española y el artículo 4 bis de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se concedió audiencia a las partes personadas y al Ministerio Fiscal para que con relación a las dudas interpretativas del Derecho de la Unión que se exponía, se pronunciasen sobre la pertinencia y, en su caso alcance, del planteamiento de una cuestión prejudicial interpretativa ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- *Objeto del litigio principal y hechos pertinentes.*

1.- El objeto del proceso es la impugnación del inventario y la lista de acreedores presentada por la administración concursal en el concurso secundario de la entidad mercantil AIR BERLÍN PLC & CO LUFTVERKEHRS KG.

2.- Por resolución de fecha 1 de noviembre de 2017 del tribunal de primera instancia Charlottenburg (Berlín, Alemania), referencia nº 36 a IN 4295/17, se declaró la apertura del procedimiento de insolvencia principal de la entidad mercantil AIR BERLÍN PLC & CO LUFTVERKEHRS KG.

3.- Por auto de fecha 6 de noviembre de 2020 se declaró el concurso necesario y secundario de la entidad mercantil AIR BERLÍN PLC & CO LUFTVERKEHRS KG, con establecimiento mercantil en España a través de la entidad AIR BERLÍN PLC & CO LUFTVERKEHRS KG, sucursal en España.

4.- Los demandantes, acreedores locales, trabajadores de la sucursal en España de la entidad AIR BERLÍN PLC & CO LUFTVERKEHRS KG, que cesó su actividad tras abrirse el procedimiento principal en Alemania, presentaron diversas demandas ante la jurisdicción social española.

La sentencia núm. 68/2018, de 30 de abril, de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, recaída en los autos núm. 369/2017, declaró la nulidad de los despidos con efectos al 24 de noviembre de 2017. La sentencia declara nulo el despido al no constar que el supervisor concursal nombrado por el tribunal alemán, el Sr. Lucas Flother, hubiera abierto un concurso territorial en España con la finalidad de haber obtenido la autorización judicial del juez del concurso, así como por no haber facilitado la documentación obligatoria a los representantes legales de los trabajadores.

Los trabajadores tienen reconocido a su favor por juzgados de lo social españoles la nulidad de sus despidos, así como ante la imposibilidad de ser readmitidos en sus puestos de trabajo, la condena de la entidad mercantil AIR BERLÍN PLC & CO LUFTVERKEHRS KG a abonarles determinadas cantidades en concepto de indemnización y salarios de tramitación.

5.- Tras la presentación de la demanda en solicitud de declaración del concurso secundario y territorial, la administración concursal del concurso principal expidió los certificados de inclusión de los créditos de los trabajadores en la lista de acreedores por importe igual o superior al que se solicite al Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), en los términos previstos en el artículo 25.4 del R.D 505/85, de 6 de marzo. Y los trabajadores pudieron cobrar parte de sus créditos en atención a los límites legales previstos.

6.- En el concurso secundario y territorial seguido en España, la administración concursal nombrada, de conformidad con lo previsto en el artículo 290 con relación al 293.2º de la Ley concursal española, presentó informe provisional conteniendo la lista de acreedores. La lista de acreedores es el documento en que, tras la presentación y examen de las solicitudes, se reconocen en el concurso los créditos y se procede a su clasificación.

La administración concursal consideró que los créditos de los trabajadores eran créditos concursales, clasificándolos como créditos con privilegio general y ordinario.

7.- Los trabajadores, en atención a lo previsto en el artículo 297.1 de la Ley concursal española, impugnaron la lista de acreedores en lo relativo al reconocimiento y clasificación de sus créditos. Consideran que sus créditos deben ser calificados como créditos contra la masa. Y, por tanto, con la consideración de preferentes para el pago según la legislación concursal española.

**SEGUNDO.** - *Disposiciones jurídicas pertinentes.*

Los trabajadores, sin embargo, entienden que la mención que se realiza en el artículo 242.8º de la Ley concursal española respecto a los créditos laborales, incluidas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos laborales que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso, debe entenderse que se refiere a la fecha de la declaración del procedimiento de insolvencia principal y no del secundario.

El Reglamento (UE) 2015/848, según dispone su considerando 22, acepta el hecho de que la disparidad de normas sustantivas en los Estados miembros no permite la configuración de un concurso internacional con alcance universal en toda la Unión. Precisamente, junto con las garantías reales, es la disparidad a escala europea en la regulación de la clasificación de los créditos laborales lo que justifica el establecimiento de un procedimiento universal mitigado en el que se permite la apertura de procedimientos territoriales que se apliquen exclusivamente a los bienes situados en el Estado de apertura del procedimiento. En el indicado considerando se llega incluso a indicar que *"en la próxima revisión del presente Reglamento será necesario determinar medidas adicionales a fin de mejorar el orden de prelación de los trabajadores a escala europea"*.

En esta línea, el Reglamento (UE) 2015/848 contempla disposiciones cuya finalidad claramente es proteger a los trabajadores frente a la aplicación de normas concursales extranjeras distintas a las propias que rigen el contrato de trabajo.

El artículo 13 establece como excepción a la *lex fori concursus* que los efectos sobre el contrato de trabajo se regularán exclusivamente por la ley del Estado miembro que se aplique al mismo e, incluso, que los órganos jurisdiccionales del estado en cuestión distinto del Estado de apertura seguirán siendo competentes, aunque no se hubiera abierto un procedimiento territorial, para aprobar la rescisión o modificación de los contratos laborales.

Sin embargo, el considerando 72 matiza que:

*"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 estos, debe determinarse con arreglo al Derecho del Estado miembro en el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia (principal o secundario) ..."*

Los presentes créditos laborales, de conformidad con la posibilidad contemplada en el artículo 45 del Reglamento (UE) 2015/848, -según afirma el administrador concursal del procedimiento principal-, están reconocidos en el concurso principal con preferencia al haber sido considerados créditos contra la masa en atención a la legislación alemana, que es la ley aplicable por ser Alemania el Estado de apertura del concurso principal.

En el procedimiento de insolvencia secundario se impugna la decisión adoptada por la administración concursal que, en su informe, en la lista de acreedores, considera los créditos de los trabajadores como créditos concursales y, por tanto, no preferentes. La decisión la toma por considerar que la referencia que el artículo 242.8 de la Ley concursal española hace respecto de los créditos laborales que se generen o se declaren por resolución judicial tras la declaración del procedimiento de insolvencia, se refiere a la declaración del procedimiento de insolvencia secundario y no principal.

La interpretación que realiza el administrador concursal no deja de ser compatible con una interpretación literal del artículo 248.8 de la Ley concursal española, que, a fin de cuentas, según se desprende del art. 35 en relación con el art. 7.1.2 letras g) y h) del Reglamento (UE) 2015/848, es la ley aplicable para determinar los créditos que deben reconocerse en el pasivo del deudor y el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia.

Sin embargo, esta interpretación puede ser contradictoria con la interpretación sistemática que merecieran los artículos 35 y 7.1.2 letras g) y h) con relación al considerando 72 del Reglamento (UE) 2015/848, en el marco del procedimiento universal mitigado que se diseña por el Reglamento. Especialmente cuando según el considerando 40 en relación con el 23, uno de los motivos que justifica la posibilidad de abrir procedimientos de insolvencia secundarios, no es otro que la protección de los intereses locales. Y no parece ser muy coherente, que el Reglamento prevea, en interés de su protección, que la preferencia de los créditos o el orden de prelación de los créditos de los trabajadores se realice conforme a la ley del procedimiento de insolvencia del Estado de apertura, y su aplicación, sin embargo, conduzca a un resultado perjudicial para los intereses que se pretenden proteger.

Estas son las razones que aconsejan el planteamiento de las siguientes peticiones de decisión prejudicial al Tribunal de justicia de la Unión Europea como garante de la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión.

1.- El artículo 35 del Reglamento (UE) 2015/848, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2014, sobre procedimientos de insolvencia (en adelante, Reglamento (UE) 2015/848), determina que:

*"salvo que se disponga de otro modo en el presente Reglamento, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia secundario será la del Estado miembro en cuyo territorio éste se haya abierto".*

2.- El artículo 7 del Reglamento (UE) 2015/848 dispone que:

1. *"Salvo que se disponga de otro modo en el presente Reglamento, la ley aplicable al procedimiento de insolvencia y a sus efectos será la del Estado miembro en cuyo territorio se abra dicho procedimiento («el Estado de apertura del procedimiento»).*

2. *La ley del Estado de apertura del procedimiento determinará las condiciones de apertura, desarrollo y conclusión del procedimiento de insolvencia: Dicha ley determinará en particular":*

*"g) los créditos que deban reconocerse en el pasivo del deudor y el tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia; y*

*h) las normas relativas a la presentación, examen y reconocimiento de los créditos".*

3.- El Real Decreto-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, con relación a los créditos que deban reconocerse en el pasivo del deudor prevé lo siguiente:

Artículo 280. 1º *"Son créditos con privilegio general:*

*"Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago; las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional; las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración de concurso; los capitales coste de seguridad social de los que sea legalmente responsable el concursado, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengadas con anterioridad a la declaración de concurso".*

Artículo 269.3

*"Se clasificarán como créditos ordinarios aquellos que en esta ley no tengan la consideración de créditos privilegiados o subordinados".*

4.- El Real Decreto-Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, respecto al tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia establece lo siguiente:

Artículo 242.8º

*Son 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 período, incluidas las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos de trabajo que se hubiesen producido con posterioridad a la declaración de concurso..."*

Artículo 429. *"Deducción para pagos de créditos contra la masa".*

*"Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa".*

**TERCERO** :- *Motivación de la decisión*

Como se ha podido advertir, las posiciones enfrentadas de las partes y las dudas interpretativas que se suscitan al juez nacional giran en relación con la fecha de la declaración del procedimiento de insolvencia que debe tenerse presente para calificar los créditos de los trabajadores como créditos contra la masa o concursales. Y, en concreto, si debe atenderse a la fecha de la declaración del procedimiento de insolvencia principal o del secundario.

La administración concursal considera que debe ser la fecha de la resolución que declara la apertura del procedimiento de insolvencia secundario. Y, por tanto, al haber recaído las sentencias de los juzgados de lo social con posterioridad a la fecha de la declaración del concurso principal, pero con anterioridad a la del concurso secundario, los créditos serían concursales.

**PARTE DISPOSITIVA**

En virtud de lo expuesto, se acuerda plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente petición de decisión prejudicial:

1).- En el diseño del procedimiento universal mitigado que realiza el Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, 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 los artículos 35 y 7.1.2 letras g) y h) con relación al considerando 72, en el sentido que la aplicación de la ley del Estado de apertura del procedimiento secundario "al tratamiento de los créditos nacidos después de la apertura del procedimiento de insolvencia", se refiera a los nacidos después de la apertura del procedimiento principal y no del secundario?

Se suspende el curso de las actuaciones hasta la resolución que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación a la petición de decisión prejudicial.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal.

Esta resolución es firme y contra ella no puede interponerse recurso alguno.

Procédase a la anonimización de los datos personales de las personas físicas partes en este proceso.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya sea por vía electrónica ( DDP-Email001 ), ya mediante correo certificado con acuse de recibo, dirigido a la "Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925, Luxemburgo". Y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, -Fax. 91 700 63 50- o vía electrónica Email002 (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Así por este mi auto, del que se unirá testimonio a los autos de su razón, lo pronuncio, mando y firmo. Sr. Heredia del Real, Víctor, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Palma de Mallorca.