

JUAN MANUEL FONOLL PUEYO

Doctorando en Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

ACCÉSIT PREMIO ESTUDIOS FINANCIEROS 2000

Extracto:

LA prelación de créditos constituye uno de los puntos neurálgicos tradicionales en la historia de los distintos ordenamientos que ha provocado mayores debates doctrinales. El nuestro no es una excepción y la problemática también se cierne en los distintos rangos preferenciales que acompañan a la diversidad de créditos que pueden accionarse contra un deudor común.

El crédito salarial es un tipo privilegiado y preferente a tener muy en cuenta, atendiendo a su frecuente concurrencia con otros, dotados algunos también de preferencia singular, tanto en los procedimientos judiciales de ejecución singular como colectiva.

El estudio de las garantías materiales y procesales que pueden accionarse precisa de una delimitación previa con apoyo en los criterios de la más autorizada doctrina y la no copiosa y diseminada jurisprudencia en torno a la cuestión. Hace falta delimitar qué créditos consideraremos de este tipo y deslindarlos. Permítaseme una frase gráfica ajena al lenguaje jurídico: no podemos hablar con criterio sobre qué hacen los peces voladores si no sabemos con meridiana certeza qué especies pueden surcar el aire. La calificación de un crédito como salarial conllevará a su titular la facultad de hacer valer su privilegio/preferencia si lo acciona con otros acreedores, pero antes deberán delimitarse cuáles de los créditos nacidos de una relación laboral tienen -o deben tener- dicha naturaleza, para colmar el vacío legal en torno a la cuestión. También considero sus perspectivas de futuro, no tanto en lo relativo a su preferencia como atendiendo a su actual prerrogativa legal de ejecución separada (privilegio procesal): este derecho está llamado a desaparecer con una legislación concursal en fase de gestación bajo la principal directriz de la unidad de disciplina, previsión ya positivizada por el legislador en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

El presente trabajo pretende contribuir a renacer un debate jurídico que tuvo su máximo auge en la década de los ochenta, dentro de las perspectivas creadas por la demanda legislativa que provocan en todo Estado de derecho las nuevas necesidades de derecho material y la ineluctable adaptación del ordenamiento a la cambiante realidad social y económica.

Sumario:

- I. Introducción necesaria.

- II. El salario.
 1. La ineficacia de la catalogación legal *ex* artículo 26 de la LET.
 2. Breve recapitulación sobre la evolución más reciente de la categoría salarial.
 3. Matizaciones en torno al salario en la actualidad como crédito singular.

- III. Garantías del salario y perspectivas de futuro (art. 32 de la LET).
 1. Privilegio y preferencia: ¿distinción terminológica?
 2. Privilegios y preferencias salariales *ex* artículo 32 de la LET.
 - 2.1. Sobre la naturaleza jurídica y estructura del precepto.
 - 2.2. Privilegio procesal en situaciones concursales y su posible desaparición.
 - 2.3. Configuración preferencial trimembre y su influencia en el terreno sustantivo.
 - 2.4. Presente y futuro de la preferencia absoluta (art. 32.1 de la LET).
 - 2.5. Presente y futuro de la preferencia especial refaccionaria (art. 32.2 de la LET).
 - 2.6. Presente y futuro de la preferencia residual (art. 32.3 de la LET).
 3. Sobre la actuación de dichos créditos y sobre sus titulares.
 4. La importancia de la anotación registral de las preferencias salariales.
 5. La concurrencia de estos créditos con otros preferentes: crítica al potencial sistema de *numerus apertus*.
 - 5.1. Afeción sobre determinados bienes o derechos.
 - 5.2. Afeción patrimonial universal.

- IV. Conclusión: necesidad de soluciones legislativas.

I. INTRODUCCIÓN NECESARIA

Mucho ha escrito la ciencia jurídica en torno al influyente artículo 32 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) ¹. En verdad, los privilegios y preferencias que sienta dicho precepto no son sino consecuencia de la preocupación histórica del legislador. Reflejada aunque no con perfecta nitidez en sus inicios en las leyes que le precedieron, se han ido plasmando en Derecho positivo desde principios de siglo hasta nuestros días, con influencia, sin duda, de las dubitativas posiciones doctrinales que, una vez recaló definitivamente la línea que puede considerarse vencedora, fueron trascendiendo a los Tribunales de Justicia. A pesar del calificativo empleado, paulatinamente avanzaron hacia una concepción proteccionista del salario alimentada por la evolución más en firme en el mismo sentido de Convenios Internacionales de órganos competentes (principalmente la Organización Internacional del Trabajo) ², hasta el punto –que no extremo– de otorgar a la figura un carácter cuasialimenticio.

Pretender aquí una recopilación de –aunque autorizadas– opiniones de nuestra doctrina en el orden laboral resultaría interesante, pero escaparía al preciso objetivo investigador de este trabajo, que no es otro que el pretender ofrecer una visión de presente y de futuro –aunque hoy por hoy incierto en considerable medida– de las preferencias salariales en el terreno sustantivo en su inevitable relación con otras ramas de nuestro cada vez más extenso ordenamiento, junto con una reflexión sobre las inevitables consecuencias que dicha prelación legal provoca en controversias no necesariamente circunscritas a la rama social del Derecho. Sin duda, nos movemos en una materia cuyo carácter multidisciplinar o, dicho de forma más dinámica, interdisciplinar, no debe ignorarse. No podemos trabajar –y mucho menos actuar– imbuidos en el plano estrictamente configurado por las controversias individuales de trabajo, dependientes hoy de su propia jurisdicción. Como dijo cierto crítico de arte, para admirar y entender la belleza picassiana debía con-

¹ El texto sustantivo básico en el orden laboral lo configura el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

² En Derecho internacional existe desde el Convenio número 95 de la OIT de 1949 una norma que se ocupa de los privilegios salariales de los trabajadores (su art. 11). Dicho convenio fue ratificado por España el 12 de junio de 1958 y se encuentra vigente en nuestro país desde el 24 de junio de 1959. *Vid.*, para mayor profundización, RÍOS SALMERÓN, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, cit. pág. 109.

templarse la obra en cuestión desde la suficiente distancia que permita a un conocedor medio entender los distintos rasgos que pese a tener autonomía propia, en conjunto justifican el sentido de la obra artística como un todo. Con el multidisciplinar artículo 32 de la LET, salvando las diferencias, ocurre lo mismo: si bien es un rasgo peculiar del Derecho del Trabajo y en concreto del crédito salarial, han de tomarse en cuenta en la medida de lo posible, las ramas del resto del ordenamiento en el que potencialmente puede infiltrarse. Posiblemente se trata de una tarea más difícil que admirar un cuadro del pintor malagueño y, casi con toda probabilidad, no tan grata. Analizando el precepto dentro de un conjunto de influencia jurídica, lo convierte en el nudo gordiano del Derecho individual del Trabajo, pues no existe otro que se expanda más a otros ordenes (jurisdiccionales y administrativos), hasta el punto que ha sido el que más pronunciamientos ha provocado en nuestro Tribunal Supremo, desde la Sala de Conflictos de Jurisdicción hasta la Sala de lo Civil o de lo Social.

II. EL SALARIO

Según el artículo 26.1 de la LET, fruto de la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, sobre el Estatuto de marzo de 1980 y que ha tenido fiel redacción en el vigente Texto Refundido de 1995, constituye salario:

- a) La totalidad de las prestaciones dinerarias como contrapartida a la prestación de servicios: sueldo base ³, gratificaciones extraordinarias (art. 31 de la LET) y los complementos salariales ⁴.
- b) Las retribuciones en especie pactadas como contraprestación por los servicios que, en ningún caso, podrán superar el 30 por 100 de las retribuciones totales del trabajador ⁵.
- c) Las remuneraciones por los períodos de trabajo computables como trabajo, como las vacaciones (art. 38 de la LET), festivos o descansos (arts. 34, 36 y 37 de la LET).

³ Entiéndase la retribución fijada, convencional o en su defecto contractualmente, por unidad de tiempo o de obra.

⁴ Al igual que el salario base, fijados por convenio colectivo o en su defecto, por el contrato individual de trabajo.

⁵ Atendiendo a las retribuciones en especie como forma alternativa de pago, integradas en la categoría salarial *ex* artículo citado, el problema, a efectos preferenciales, surge alrededor de su traducción en dinero. Si bien en los acuerdos conciliatorios puede implícitamente integrarse en el contenido económico del mismo —que suele ser por otro lado, su único contenido—, en las ejecuciones de sentencias debe verse cuantificado, bien en el fallo, bien en el auto rescisorio en las indemnizaciones por despido. A falta de acuerdo entre las partes, su traducción monetaria deberá cifrarse por el Juez teniendo en cuenta el límite de que no podrá superar el 30 por 100 de las retribuciones totales del trabajador. No resulta adecuado, a nuestro juicio, por ser contrario a los principios que inspiran en proceso ejecutivo laboral, su determinación *vía* incidental en fase de ejecución del sentencia.

No constituye salario, *lege data* (ex art. 26.2 de la LET):

- a) Las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador.
- b) Las indemnizaciones o suplidos –v. gr., dietas– consecuencia de la actividad laboral.
- c) Las indemnizaciones de la Seguridad Social.
- d) Las indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos ⁶.

1. La ineficacia de la catalogación legal ex artículo 26 de la LET.

La definición legal de «salario», ex artículo 26 del ET, no es –ni se acerca a serlo por sí sola– un elemento útil: para enfocar su estudio en relación con los privilegios o preferencias que otras disposiciones legales le confieren, hasta el punto de configurarlo como un crédito –en potencia, entiéndase– dotado de una inusual singularidad, tendremos en cuenta el *iter* doctrinal y jurisprudencial de su calificación en relación con los procesos jurisdiccionales donde concurra con otros de distinto origen, evolución que pese a orientarse hacia una concepción ultimista amplia, en línea con nuestro Estado social hoy constitucionalmente consagrado (art. 1.1 de la Constitución Española), el camino –en la jurisprudencia del Supremo y, sobre todo, la doctrina de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y en el extinto Tribunal Central de Trabajo–, no ha estado exento de recesos, ni presumiblemente de matices.

Por ello, para abordar con algún fundamento la cuestión de la ineficacia de la definición legal en el terreno sustantivo que nos movemos, es conveniente un poco de memoria histórica:

En este siglo que abandonamos, la preocupación del legislador por la «cuestión salarial» ha producido, aunque con altibajos y con una criticable imprecisión conceptual, una concepción proteccionista del salario. La Ley del Contrato de Trabajo, que entró en vigor con el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926, asignó preferencia en su artículo 16 a los «créditos por salarios o sueldos». Su sucesora, de 1931, quiso delimitar el concepto de salario, ya que en su artículo 55 se asociaban preferencias tanto por salarios como por sueldos –no a salarios o sueldos, como su antecesora de 1926– y, además, su precepto 27 sentaba que por salario debía entenderse la totalidad de los beneficios que obtuviera el trabajador, incluyendo las indemnizaciones por espera, por interrupción o por impedimentos por trabajo; ¿qué eran, entonces, los «sueldos»?

⁶ Este último inciso del artículo 26.2 del ET referente a las indemnizaciones por despido, teniendo en cuenta la reciente promulgación de la ley en 1995, resulta poco menos que desafortunado por su parquedad, dada la –progresiva– extensión doctrinal y jurisprudencial del privilegio salarial a estas últimas, entre otras, lo que puede llevar a confusión y debe matizarse *lege ferenda*.

La primera Ley de Contrato de Trabajo de la posguerra (de 1944), incluía en su artículo 59 la misma expresión en cuanto a sueldo y salario, pero en su artículo 37 ofrecía una interpretación más restrictiva de salario que la anterior.

Sus sucesoras, la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, la Ley 8/1980, de 10 de marzo, y la vigente LET aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, regulan en el mismo cardinal (art. 32) la preferencia salarial, pero siquiera hoy puede delimitarse todavía una definición de salario que permita superar definitivamente las trabas anteriores a la hora de calificar algún concepto en dicha categoría privilegiada por constante –y tendencialmente uniforme– voluntad legislativa. En este estadio, la evolución doctrinal orientada a interpretar estas normas históricas y actuales en el sentido de englobar algunas indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato ha sido de suma importancia, hasta el punto de haber servido de hilo conductor de la vacilante jurisprudencia, que ha dudado en no pocas ocasiones ⁷.

Sin embargo, el *numerus clausus* de conceptos salariales del vigente artículo 26 del ET, no soluciona el problema de forma satisfactoria, por lo que se impone una revisión del mismo. En él no se contemplan las indemnizaciones, aunque sí se hace en otras disposiciones aunque de menor rango: *ad exemplum*, en el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, regulador de la Organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA): su artículo 14, que en su apartado 1 considera créditos **salariales** protegidos «c) *Las percepciones económicas derivadas del artículo 56.1 apartado b) del Estatuto de los Trabajadores* –salarios de tramitación en los casos de despido improcedente–»; su apartado 2 considera «*crédito por indemnización la cantidad resultante reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, resolución de la autoridad laboral competente –v. gr., en un Expediente de Regulación de Empleo– o resolución judicial complementaria a éstas, a causa del despido o extinción de los contratos de trabajo, conforme a los artículos 50 –extinción del contrato por voluntad del trabajador– y 51 –despido colectivo– del Estatuto de los Trabajadores*». Su artículo 19, por su parte, en su apartado 1 dispone que el FOGASA abonará «*indemnizaciones reconocidas por la extinción de los contratos de trabajos por causas económicas, tecnológicas o de fuerza mayor...*»; su apartado 2 contempla a efectos de prestaciones «*cuando se trate de indemnizaciones derivadas de despido o de extinción del contrato por voluntad del trabajador ...*».

En suma, para la calificación salarial de las retribuciones de los trabajadores ha de atenderse, no a su *nomen iuris*, ni a su nombre usual, sino a su verdadera naturaleza ⁸ para llegar a ella, con los privilegios y preferencias que ello conlleva.

⁷ En efecto: la natural contradicción entre la Sala Civil y la Social del Tribunal Supremo ha tenido que resolverse –si bien en puntuales pronunciamientos y no de forma del todo uniforme– por la Sala de Conflictos de Jurisdicción de dicho Alto Tribunal, que se ha inclinado mayormente –puede decirse sin reparos– por la tesis sustentada por la Sala Social.

⁸ En este sentido, entre otras, *vid.* por todas Sentencia del Tribunal Supremo de lo Social de 25 de mayo de 1982 (RJA 1982\3538).

2. Breve recapitulación sobre la evolución más reciente de la categoría salarial.

Las indemnizaciones laborales, cuya integración en la categoría salarial ha suscitado controversia, son las siguientes: en primer lugar, las derivadas de despido disciplinario declarado judicialmente improcedente, en los casos en los que no se haya acreditado por el empresario –sobre el que pesa el *onus probandi* o carga de la prueba en el procedimiento ante la autoridad judicial– que la conducta del trabajador sea subsumible en los incumplimientos contractuales contemplados en el artículo 54.2 de la LET y siempre que la empresa no haya optado por la readmisión del trabajador en los casos en los que éste no fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, en cuyo caso la opción correspondería al indebidamente despedido; en segundo término, la indemnización que corresponde al trabajador en los casos de extinción del contrato por causas objetivas *ex* artículo 52 de la LET para los supuestos fácticos contemplados en dicho precepto sustantivo; en tercer lugar, la indemnización que corresponde a cada trabajador en los despidos colectivos a que se refiere y por las causas y requisitos a que se refiere el artículo 51 de la LET; y, por último, la indemnización por extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, cuando se den los supuestos del artículo 50 de la LET. Éste ha sido el supuesto que ha producido mayor polémica histórica. Incluso puede decirse sin tabúes que seguirán suscitando puntos de vista divergentes.

Junto a estas cuatro categorías generales de indemnización, también podríamos mencionar las indemnizaciones derivadas en la modalidad procesal especial del artículo 137 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) con motivo de demandas sobre clasificación profesional, aunque habría que estar al fallo de la sentencia –que nace firme *ex* art. 137.3 de la LPL– en cuyo contenido podría fijarse indemnización –*v. gr.*, correspondiente a las diferencias salariales durante el tiempo que el trabajador permaneció a una categoría inferior– que sí traerían causa, a mayor abundamiento, del trabajo efectivamente realizado.

En los casos de demanda por movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, proceso especial regulado en el recientemente introducido artículo 138 en la vigente LPL de 1995 (Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril), también podrá dar lugar a indemnizaciones: en los casos en los que la sentencia fuera estimatoria: si el empresario no procediera a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo o lo hiciera irregularmente, éste podría instar el incidente correspondiente⁹ con carácter previo a la ejecución ante el Juzgado de lo Social competente invocando la causa prevista en el artículo 50.1, c) del Estatuto. Sobre el particular me detendré más adelante con mayor detalle.

La posición doctrinal tradicional y la jurisprudencial bastante reciente era el considerar que los créditos laborales pertenecían a la categoría salarial –con los privilegios y preferencias

⁹ *Vid.* arts. 277 a 279 de la LPL.

que le eran inherentes *ex lege*— en los supuestos de deudas derivadas del contrato de trabajo y referidas al trabajo efectivamente realizado. Con dicha postura, ya superada, quedaba excluida de la categoría salarial toda indemnización, aun derivada de forma inmediata del contrato.

Cualquier investigador de la materia, se encuentra con el problema de la falta de jurisprudencia. Ello es debido a mi entender a las siguientes razones: en primer término, no es prudente dejar de lado el hecho de que donde se produce más la invocación o alegación de la preferencia salarial es en la fase ejecutiva y no en la fase declarativa. Como es sabido, siendo de la competencia objetiva las reclamaciones salariales de los órganos unipersonales de la jurisdicción social el conocimiento, fallo y ejecución —esto último, salvo en los casos de Servicios Comunes, que tampoco son Tribunales colegiados ni son funcionalmente superiores a los primeros, sino de idéntico rango¹⁰— les queda vedado en la sede ejecutiva el recurso de casación ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, pues dicho recurso extraordinario, en general, sólo procede contra las sentencias dictadas por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y por la del mismo orden de la Audiencia Nacional (*ex art. 203.1 de la LPL*), y en particular en sede ejecutiva, contra los autos dictados que decidan el recurso —horizontal, no devolutivo ni suspensivo— de súplica que dicten las mismas Salas, siempre y cuando se ajusten a los requisitos legales de procedibilidad —es decir, que decidan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado (*ex art. 204.Segundo de la LPL*)—. A mayor abundamiento, el especial recurso de suplicación solamente podrá aplicarse si se dan las hipótesis del artículo 189.2 de la LPL¹¹. En una segunda apreciación, vemos que la jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal en torno al salario ha solido emanar con motivo de reclamaciones incidentales o paralelas nacidas de una forma irremedia-

¹⁰ *Vid.* la previsión que efectúa el artículo 235.4 de la LPL.

¹¹ Adelantemos que, según el precepto en cuestión, sólo serán recurribles en suplicación los autos que resuelvan un recurso de reposición dictado en ejecución de sentencia. Ello será posible, en primer término, cuando el título que se ejecuta (sentencia declarativa) sea recurrible en suplicación: en materia salarial, las dictadas en procesos por despido, contra las que procederá en todo caso [*ex art. 189.1 a) de la LPL*] y por reclamaciones de cuantía mínima de 300.000 pesetas (*ex art. 189.1 de la LPL a contrario sensu*). Pero, además, cuando dichos autos resolutorios de recurso decidan puntos sustanciales no controvertidos en el pleito, no decididos en la sentencia o que «contradigan lo ejecutoriado». *Vid.* MONTERO AROCA, *La ejecución dineraria...*, *cit.*, pág. 223 y ss.

El régimen del recurso de suplicación en ejecución de sentencia es hoy similar al que para las ejecutorias civiles requiere el recurso de casación en la LEC de 1881 (*cfr.* su art. 1.687.2.º en su redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril). Lo que ocurre es que en materia laboral dicha doctrina ha sido asumida por las Salas de este orden de los Tribunales Superiores de Justicia, que son los competentes funcionalmente para conocer el recurso de suplicación en general. Ello ha provocado gran disparidad de criterios que se identifican con dos tendencias, que han tenido su trasunto al Tribunal Supremo, llamadas por MOLINER TAMBORERO en *Los recursos en el proceso laboral de ejecución*, *cit.*, pág. 34 y ss., «dos líneas interpretativas incompatibles, nada aconsejables para un tema tan delicado como es el de la efectividad de una ejecución de sentencia»: una línea la podríamos denominar tradicional y consiste en la interpretación estricta, traduciéndose en un obstáculo prácticamente insalvable para que recaiga doctrina sobre la mayoría de las resoluciones ejecutivas; otra, la tesis nueva o aperturista, que flexibiliza tal interpretación restrictiva y se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo de lo Social de 19 de febrero de 1991 (RJA 1991\851). Ciertamente, esta tesis ha sido más demandada desde el orden social, al carecer de recurso de apelación. Sin embargo, en el orden civil, diré a título de comentario que se abre la vía casacional aperturista que permite su acceso en los supuestos de resolución de puntos sustanciales no decididos en el título que se ejecuta, como puede deducirse de la reciente STS/Civ de 1 de febrero de 2000 (El Derecho, 2000/514). El Tribunal Constitucional ya se inclinó por la interpretación amplia en la estimación de un recurso de amparo por errónea aplicación de las causas de inadmisión contenidas en el artículo 1.882 de la LPL (1990) de un recurso de suplicación en sede ejecutiva (STC 99/1995 de 20 de junio, fundamento jurídico 5.º).

ble del carácter multidisciplinar de la materia que tratamos; puede afirmarse que en contadas ocasiones la ha dictado la Sala de lo Social o antigua Sala VI del Tribunal Supremo: la mayoría de las resoluciones referentes a la conceptualización o calificación salarial han sido dictadas por la más alta instancia civil del mismo o por su Sala de Conflictos, debido a la incidencia –frecuentemente habitual– de procesos coetáneos de tipo concursal. Veamos algunas destacables decisiones al respecto del órgano superior en todos los órdenes del artículo 123.1 de nuestra Constitución.

El camino hacia lo que bien puede denominarse *vis atractiva* salarial arrancó de la doctrina del Alto Tribunal desde hace ya años. Una STS/I de 3 de noviembre de 1958 dotó de preferencia para el cobro en materia concursal a los créditos salariales, como sucedía –argumentó– con los créditos vía subrogación del FOGASA o los de la Seguridad Social por cuotas impagadas (descubiertos); las SSTS/VI de 29 de mayo de 1970, de 27 de marzo de 1971 y de 12 de noviembre de 1981 argumentaron que dentro del término salario debían comprenderse la totalidad de los «beneficios» –obsérvese, concepto más amplio que el de «prestaciones»– del trabajador, incluidas las indemnizaciones por despido decretadas por la jurisdicción laboral. Estas decisiones podrían sostener la tesis actual de inclusión de las indemnizaciones en la categoría.

Muestra del zigzagueo jurisprudencial, motivado casi de forma natural por la escasa –y diseminada en sus distintas Salas– recepción del problema, es la controvertida STS/VI de 15 de marzo de 1984 (RJA 1984\1572), que consideró que una indemnización derivada por rescisión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (*ex art. 50 del ET*) no tenía la suficiente trascendencia, en el seno de un proceso concursal –concretamente en un expediente de suspensión de pagos– para ser considerada de forma escrita «salario» y no producía *per se* el derecho a la ejecución autónoma; trajo a colación la referida sentencia que el tenor literal del artículo 32 del entonces vigente ET de 1980 se refería a «salarios» y no también a «conceptos sustitutivos de salarios» a que se refería su antecesora Ley de Relaciones Laborales de 1976, y aludió a la voluntad del legislador en la supresión en el texto legal de dichos conceptos «sustitutivos» o «asimilables»; también motivó el fallo (consid. 2º) en que la negación de este derecho de ejecución autónomo no impedía de acuerdo con la legalidad sustantiva el derecho a la prestación del FOGASA, conforme al número 2 del artículo 33 del texto legal de 1980. En opiniones autorizadas, entre las que se halla la de Ríos ¹², la decisión constituye un eslabón anómalo en el criterio amplio iniciado por dicha Sala Social en 1987. En cambio, una Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de Conflictos de 13 de julio de 1987 (RJA 1987\10309) parece apoyar la opinión de la controvertida Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1984. Sin perjuicio de dictarse en controversia en que la empresa deudora era sociedad de seguros (entonces sometida entre otras disposiciones al régimen del artículo 32 de la Ley 33/1984, de 2 de agosto, de Ordenación del Seguro Privado) ¹³, también excluyó los créditos nacidos del artículo 50 del Estatuto (1980) del derecho de separación como garantía de estos específicos procedimientos concursales. Adelantemos sin perjuicio de una posterior delimitación, que aquí estamos hablando de privilegios de naturaleza procesal o adjetiva en sentido estricto y no de preferencias ¹⁴.

¹² Vid. RÍOS SALMERÓN, B.: *Estudios...*, cit., pág. 742.

¹³ Hoy debe entenderse el razonamiento referido a la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados.

¹⁴ Vid. *infra*, epígrafe III.1 de este trabajo.

Veamos ahora el origen de la asunción del criterio que creo debe defenderse. Sin duda dos SSTS/SCJ (Sala de Conflictos), curiosamente ambas de 28 de enero de 1983 ¹⁵ (RJA 1983\2728 y 1983\2729) y de solapable contenido, al hilo de la cuestión, argumentan la ampliación del concepto salarial ¹⁶ para su ejecución separada *ex* artículos 32.5 del ET (1980) y 245.3 de la LPL (1980) ¹⁷ en torno al término «acciones» contenido en dichos preceptos: argumentó el Tribunal Supremo que el término jurídico engloba las encaminadas al cobro de indemnizaciones por despido, incluso las derivadas de la extinción del contrato por el trabajador. Nos hallamos en el caso en este punto de hacer dos precisiones: la primera, que según la doctrina de estas dos sentencias, parece lógico –aunque no las mencione– englobar las indemnizaciones derivadas de despidos colectivos (*ex* art. 50 de la LET) y las extinciones declaradas improcedentes por causas objetivas (*ex* arts. 52 y 53 de dicha ley); la segunda, que los razonamientos jurídicos que apoyan la tesis de dicha independencia podrán servirnos para buscar soluciones en cualquier incidente prelativo que pueda manifestarse en la fase ejecutiva o de apremio.

La problemática de la cuestión salarial ha ido basculando en torno a dos caminos que, nacieron de forma paralela desde su gestación para luego bifurcarse y alcanzar finalidades cuya distinción no ofrece dudas. Me refiero a la cuestión procesal que se traduce en el actual derecho de ejecución separada de créditos de este tipo que tantas veces ha demandado delimitación (*ex* art. 246.3 de la vigente LPL de 1995) y a la no injerencia en la actuación provocada de las preferencias legalmente establecidas de procesos concursales (*ex* art. 32.5 del Estatuto), y a la cuestión decisivamente de carácter material-sustantivo, es decir, el rango preferencial de los créditos reconocidos como salariales en colisión con otros preferentes. Adelantemos que el problema acrecerá cuando la preferencia de otros créditos la otorgue una ley posterior al Estatuto.

En nuestra actual regulación, ambas cuestiones o privilegios/preferencias nacen juntos, puesto que la integración del crédito en la categoría despliega ambos efectos, que no son sino garantías para el acreedor privilegiado/preferente, pero su finalidad está bien diferenciada. Procesalmente se garantiza la deuda y materialmente sus preferencias ante la –usual–concurencia de otros créditos; habitualmente entre éstos, algunos no comunes ni ordinarios, dotados de una preferencia conforme a la ley (su ley especial, como ley especial es el ET para la preferencia de los créditos salariales). Pero ellos son consustanciales al crédito salarial, de suerte que éste no puede desplegar uno de ellos separadamente del otro: o se expanden ambas –cosa distinta es que el acreedor las use dado su derecho de disposición ¹⁸– o no lo hace ninguna. Dicho de

¹⁵ El hecho de que dichas sentencias de la Sala de mérito del Tribunal Supremo sean anteriores a la comentada de 15 de marzo de 1984 llama poderosamente la atención.

¹⁶ Este criterio amplio que en su día rompió los tradicionales esquemas jurisprudenciales, tuvo su recepción en posteriores decisiones de la Sala de lo Social del Alto Tribunal; por citar algunas de referencia, las Sentencias del Tribunal Supremo de lo Social de 13 de junio de 1987 (RJA 1987\4687), 19 de diciembre de 1987 (RJA 1987\8980), 27 de julio de 1.998 (RJA 1988\6254), 26 de febrero de 1990 (RJA 1990\1235) ó 3 de febrero de 1991 (RJA 1991\7522).

¹⁷ Hoy con el mismo cardinal y apartado del Estatuto y 246.3 de la LPL de 1995.

otro modo, el crédito se considera salarial o no se considera como tal, aunque sea consecuencia o traiga su causa del contrato de trabajo. Ciertamente, sin embargo, que ambos no crecen hasta el mismo nivel: mientras que el derecho a la ejecución independiente no tiene límite, las preferencias legales solamente alcanzan hasta el techo cuantitativo del número 3 del artículo 32 del ET.

Sin duda, en el terreno del Derecho del Trabajo interesa, por supuesto, la segunda cuestión y no la cuestión esencialmente adjetiva en nuestro sistema actual. Otra cosa es que los cambios que se atisban en el plano adjetivo (privilegio ejecutivo) lleguen a dar un vuelco respecto a los créditos protegidos por el artículo 32 del Estatuto. Por ello, a modo de introducción, adelantemos que las referencias procesales que se harán no serán gratuitas, sino que se servirán de preciso –e inevitable– instrumento de enlace; al menos hasta que el actual privilegio procesal desaparezca como pretendieron –y con razonable seguridad así terminará siendo– los proyectos legislativos que se han conocido en los últimos años¹⁹. Pero ante este futuro e incierto problema procesal, hoy el problema material sigue incrementando. Hecho cierto es que las garantías preferenciales que en distinto rango establecidas en el artículo 32 han sido paulatinamente diluidas con la promulgación de leyes posteriores que otorgan preferencias absolutas a créditos de muy distinta naturaleza. Independientemente de la desaparición del privilegio procesal de ejecución aislada en supuestos de concurso del empresario deudor como auguran –y denuncian– las opiniones más extremas del sector laboralista, la potencial injerencia en el marco material del referido artículo de disposiciones legales posteriores seguirá creciendo sin solución de continuidad.

En relación a su evolución temporal, cierto es que en verdad se ha producido una paulatina uniformización del abstracto concepto salarial, que por el cauce de la interpretación amplia y ultimista ha propiciado la demandada integración de las antiguas y confusas categorías pseudo-salariales, de difícil incorporación al sistema de garantías –preferencias y privilegios²⁰– como ha quedado patente en la voluntad del legislador del siglo que dejamos. Gran parte de culpa la tienen los imprecisos cuerpos legislativos, como la inútil a estos efectos definición legal de salario que *lege data* sienta el artículo 26 de la LET.

¹⁸ La irrenunciabilidad de los derechos de los trabajadores, idea nacida de la creación en favor de éstos del Fondo de Anticipos Reintegrables sobre Sentencias Recurridas en 1942 (art. 1.1 de la Ley de 10 de noviembre de 1942), hoy absorbido en su integridad por el instituto de la ejecución provisional sistematizado en los artículos 287-291 de la LPL, y cuya estela hoy la encontramos en los artículos 3.5 de la LET y 245 de la LPL, no debe quedar exenta de matizaciones, pues el transcurso de los plazos de prescripción –que no de extinción– fijados por la ley (arts. 32.6 de la LET y 237 y 277 de la LPL) supone una especie de renuncia tácita y perfectamente asumible en nuestro Derecho actual. En este sentido, MONTERO, *La ejecución dineraria...*, cit., pág. 267 y ss.

¹⁹ Véase los Anteproyectos de ley concursal de 1983 y 1996 y la previsión de la recientemente publicada Ley 1/2000, de 7 de enero (BOE de 8), de Enjuiciamiento Civil de su disposición final 19.^a.

²⁰ *Vid. infra*, apartado c). 1.

3. Matizaciones en torno al salario en la actualidad como crédito singular.

¿Qué créditos han de tomarse en consideración para dotarles de esa singularidad?; ¿qué significa dicha singularidad?

Gramaticalmente el adjetivo «singular» quiere decir distinto, diferente, un elemento que puede distinguirse de otros de su mismo género o especie por poseer unas características de las que aquellos otros carecen. En el plano jurídico la diferencia también es perceptible, pero debemos precisar que *singularidad* se traduce en una diferencia creada *ope legis*. En palabras de ÁLVAREZ DE MIRANDA ²¹, a propósito del privilegio salarial, «singular privilegio» equivale a garantía creada por la ley; es decir, emanada del legislativo. Partiendo de esta acertada asociación singularidad-garantía, la cual comparto sin reparos, podría añadirse un tercer elemento asociado: el crédito, por supuesto, singular.

Es necesario disociar de la totalidad de créditos derivados del Derecho del Trabajo aquellos que, trayendo causa en el contrato individual, deben considerarse incluibles dentro de los números primero y tercero del artículo 32 ²².

En principio, se impone una distinción de tipo cualitativo: sobre qué tipo de créditos puede actuar el comentado precepto legal. Encontramos las reclamaciones de cantidad por salarios impagados así como los acuerdos pecuniarios llevados a término en acto de conciliación, ya sea administrativo o judicial, las indemnizaciones por despido improcedente, las derivadas de la extinción del contrato por voluntad del trabajador y en definitiva, todas aquellas que la línea jurisprudencial ya asentada como predominante considera como especialmente merecedoras de protección, subsumiéndolas en la cualidad salarial atendiendo a su verdadera naturaleza y no a su *nomen iuris* o definición legal (*v. gr.*, «indemnización» = «salario»), tendencia que sucintamente he comentado anteriormente.

Si bien la inclusión en las garantías *ex* artículo 32 de las reclamaciones por salarios dejados de percibir no ofrece duda ni merece mayores matizaciones, en cuanto a las indemnizaciones –en sentido amplio– que traen causa en el contrato individual de trabajo deben considerarse investidas de tales garantías. La evolución doctrinal y jurisprudencial en torno al tema ya no permite esgrimir argumentos basados en el principio de la *postremuneratio* (primero se trabaja y después se paga). Las indemnizaciones acreedoras de tales refuerzos legales nacen derivadas del contrato y traen causa directa en el incumplimiento empresarial o la transgresión del artículo 4.1 f) de la LET, es decir: el empleado por cuenta ajena deja de percibir cantidades salariales por decisión

²¹ En *Garantías del salario*, *op. cit.*, pág. 273.

²² El privilegio/preferencia del artículo 32.2 de la LET no lo cito por especial, al actuar sobre unos objetos concretos. Se comentará en *infra*, apartado III.2.4.

o por causa del empleador. Nótese que tales indemnizaciones tienen el techo cuantitativo del artículo 56.1.a) del Estatuto y se calculan y prorratean si no llegan a tal límite en función de la cuantía de la retribución y de la antigüedad del trabajador o trabajadora. Si tienen ya un límite legal en cuanto a la cantidad, procede reprobar la postura de negar a dichos créditos la cualidad de salariales y considerarlos como créditos ordinarios. Además, las preferencias legales aplicadas a estas indemnizaciones a su vez tienen dos límites cuantitativos: por un lado, 45 de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades [art. 56.1 a) de la LET]; por otro, la base salarial que se tomará en cuenta para el cálculo anterior no podrá ser superior al triple del salario mínimo interprofesional (art. 32.3 *in fine* de la LET) vigente en el momento en que dicha indemnización sea declarada en sentencia. Lo mismo podemos decir respecto a las indemnizaciones nacidas al amparo de lo prevenido en el artículo 50 del Estatuto, en contraste con lo sostenido por alguna jurisprudencia (*v. gr.*, STS/Civ de 15 de marzo de 1984 (RJA 1984\1572) y STS/SCJ de 13 de julio de 1987 (RJA 1987\10309)), puesto que el título de dicho precepto («extinción *por voluntad* del trabajador») es, si no desafortunado, sumamente impreciso: no se trata de un acto libre, sino una opción del empleado que para que genere derecho a indemnización en la cuantía señalada para el despido improcedente²³, deben darse alguno de estos motivos, totalmente ajenos a su voluntad:

- a) Modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo.
- b) Falta de pago o retrasos en las percepciones salariales.
- c) Cualquier incumplimiento grave por parte del empresario, salvo fuerza mayor.
- d) La negativa empresarial a reintegrarlo en sus anteriores condiciones en los supuestos de que haya sido removido geográficamente o por causa de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, siempre que dichos cambios hayan sido declarados injustificados por sentencia judicial.

Matiz aparte, merecen los salarios de tramitación, créditos que nacen de la sentencia de despido y se cuantifican en una resolución del propio juzgado que adopta la forma de auto. Consisten en la obligación del empresario de abonar al trabajador improcedentemente despedido los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la fecha que se declare por auto extinguida la relación laboral (arts. 110.1 de la LPL en relación con el art. 56 de la LET y 279.2 c) de la LPL). En el supuesto de que la sentencia recurrible²⁴ sea atacada y confirmada por la Sala y en los supuestos de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (retrasos en el

²³ *Vid.* artículo 50.2 de la ET que remite al artículo 56 del mismo cuerpo legal.

²⁴ Las sentencias dictadas en los procesos por despido siempre son recurribles en suplicación [art. 189.1 a) de la LPL].

trámite) provocados por distintos factores, las sumas por estos conceptos pueden llegar a ser cuantiosas, hasta el punto de que no es extraño que los salarios de tramitación superen con creces a la indemnización. Por ello el empresario condenado a su pago puede repetir frente al Estado mediante el cauce legal determinado ²⁵.

Cierto es que estos créditos se derivan del contrato de trabajo o de la relación laboral empresario-trabajador, pero lo hacen de forma mediata. No son denominadas por la ley «indemnizaciones» (*ex arg.* art. 32.3 *in fine* de la LET en la última redacción dada al inciso) y es difícil encontrar argumentaciones legales para incluirlos en la categoría de las indemnizaciones salariales con las consecuencias en el plano jurídico-material que ello conlleva. También es cierto que la ley les otorga el privilegio de separación frente al concurso o la ejecución judicial independiente sin ninguna duda (arts. 32.5 de la LET y 246.3 de la LPL). Pero, cualitativamente, su naturaleza jurídica difiere de las indemnizaciones en sentido estricto ²⁶, las cuales, no sólo tienen carácter salarial sino que se calculan en función del salario hasta los límites fijados en la ley. Incluso es justificable englobar sin violencia en dicha categoría privilegiada la indemnización adicional a la legal u ordinaria *ex* artículo 56 del Estatuto, que puede otorgarse –también por decisión judicial– al trabajador atendiendo a las circunstancias que concurran y a los perjuicios que por la conducta empresarial (impago) se le hayan irrogado al trabajador, prevista de este modo facultativo por el artículo 279.2 b) de la LPL ²⁷.

²⁵ La reclamación al Estado por dichos conceptos (salarios de tramitación) viene regulada en la LPL, Libro II, Título II, Cap. III, artículos 116 a 119 inclusive. La empresa puede reclamar al Estado los salarios de trámite devengados a partir del 61.º día hábil del día de la presentación de la demanda. Esta reclamación necesita la firmeza de la sentencia y reclamación administrativa previa y del cómputo de los 60 días, se excluyen, por supuesto, los días inhábiles; pero además, deben excluirse, para completar dicho período de tiempo, el tiempo que se haya podido invertir en la subsanación de la demanda, los períodos en que estuvieren suspendidos los autos a instancia de parte o por suspensión de los actos de conciliación y juicio, y el tiempo que dure la suspensión para acreditar la presentación de la quejella por falsedad documental, si es el caso.

²⁶ Como opinión contraria, destacaré la de Ríos, *Los privilegios*, *op. cit.*, pág. 328, que decididamente atribuye en su totalidad el carácter salarial de los salarios de trámite, bajo el defendible argumento de que son efectivamente salarios dejados de percibir reconocidos judicialmente. Las opiniones contrarias, en mi opinión, no significan ningún retroceso sustancial en la trabajada acuñación del concepto salarial en su extensa interpretación que se impone. Tampoco se trata de exonerar de culpa al empresario incumplidor, pero en caso de concurrencia con créditos de distinta naturaleza también dotados de preferencia (*v. gr.*, alimenticios) se debe encontrar una solución equitativa bajo el principio de unidad de disciplina, que por otro lado, ha inspirado los dos Anteproyectos que por motivos de diversa índole, que aquí no son de interés, se han quedado en el olvido parlamentario. Por otro lado, estos créditos extraños –entiéndase, en su cuantía frecuentemente desproporcionada– a la dinámica procesal deseada en el foro, están dotados sin albergar duda alguna del privilegio de su actuación separada, tienen la garantía de ser asumidos en la parte legal correspondiente por el FOGASA en los casos de insolvencia empresarial (*ex* art. 33.1, párr. 1.º de la LET) en la doble vía laboral/civil, si es el caso; y pasivamente, también se hallan protegidos del embargo (*arg. ex* arts. 27.2 de la LET, 1.449.II y 1.451 de la LEC; *vid.* arts. 605.4.º, 606.4.º y 607 en relación con la cláusula de nulidad del art. 609, todos ellos de la LEC, de 7 de enero de 2000).

²⁷ La cuantía máxima de esta indemnización especial es de 15 días de salario (tomando la base salario/día) por año de servicio (con prorrateo), hasta un máximo de 12 mensualidades. Se cuenta como tiempo de servicios el tiempo transcurrido hasta la fecha del auto extintorio.

Atendiendo a la voluntad parlamentaria, no parece que a los salarios de trámite les haya querido otorgar el legislador privilegio de carácter material alguno, aunque dichos créditos, una vez reconocidos, los tenga que soportar el empresario incumplidor. Frente a la cuestión de si debe revestírseles o no de preferencia legal en caso de concurrencia de créditos también dotados *ope legis* de singularidad, pueden encontrarse razones para inclinarnos por la negativa, pues dichas deudas dinerarias no nacen de forma directa del salario –aunque también sirva éste de base para su cuantificación– sino por causa directa del proceso judicial inevitable. Proceso que, dicho sea de paso, raras veces cumple con el principio de celeridad que pretende institucionalizar el artículo 74 de la ley adjetiva específica. Que los fondos públicos (concretamente a través del FOGASA) deban soportar la parte que les corresponda de estos créditos, ante la insolvencia o concurso empresariales (art. 33.1 del Estatuto) ²⁸, no es razón suficiente para que otros acreedores del empresario (públicos o privados) tengan que ver relegado su crédito por motivo de la existencia de estos anómalos salarios que no son sino fruto inevitable del funcionamiento del sistema. Si el artículo 14 del Decreto del FOGASA considera estos créditos salariales, no lo hace como garantía sustantiva (preferencia) sino como garantía prestacional; además, debemos tener en cuenta que no es recomendable argumentar preferencia legal mediante la aplicación analógica de una norma de rango inferior a ley, ya que es precisamente la ley la que debe servir de base para que determinado crédito relegue a otros. No obstante, creo defendible la tesis de que si *lege data* no pueden ser considerados investidos de preferencia en concurso con otros créditos, en cambio, debe otorgárseles sin duda el privilegio ejecutivo ²⁹ y debe abogarse por su mantenimiento en futuros textos legislativos.

Como veremos, entrando a modo introductorio para su posterior desarrollo y orillando en la cuestión preferencial, es denotable que últimamente han proliferado las leyes de carácter sustantivo –algunas de éstas con rasgos eminentemente procesales en ellas intercalados de forma asistemática ³⁰– que dotan *ex lege* a determinados créditos de preferencias también singulares, a

²⁸ Sin embargo, esta obligación por parte del FOGASA *ex* artículo 33.1 de la LET debe, incluso, ser matizada. La Sentencia del Tribunal Supremo de lo Social de 22 de diciembre de 1998 (RJA 1998\1014) pese a reconocer que los salarios de tramitación son cantidades indemnizatorias (fundamento jurídico 2.º), su pago deberá ser asumido por el organismo público cuando sean declaradas judicialmente, no pactadas judicial o administrativamente. En sentido contrario, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de febrero de 1998.

Ahora bien, no es ningún despropósito, como razonó nuestra más alta instancia casacional, dotar a los salarios de tramitación el carácter de indemnizaciones salariales, como en la misma línea lo hizo con anterioridad la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de octubre de 1994 (RAS 1994\3838). Pero su naturaleza difiere lo suficiente con las restantes indemnizaciones por despido de forma lo sustancialmente relevante, como he dicho, para sustraerle de la fuerza preferencial frente a terceros créditos no implicados, en los que a sus titulares no se les ha otorgado audiencia alguna en gran parte de los casos. Por otro lado, otorgarles dicha prelación no tiene base legal firme, a las que tan sólo puede llegarse mediante la interpretación de diversas normas.

²⁹ Al respecto, RAMÍREZ MARTÍNEZ y ALFONSO MELLADO, *El salario*, *cit.* pág. 67 y ss.

³⁰ *Ad exemplum*, *vid.* artículo 21 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, recientemente modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y el precepto en cuestión últimamente con nueva redacción dada por la disposición final 1.ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, modificación que es derecho aplicable tras expirar la *vacatio legis* de la nueva y controvertida LEC, el 8 de enero de 2001.

veces de forma general, o a veces específicamente como ocurre en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles ³¹, ocasión propicia para la colisión con la preferencia especial refaccionaria residenciada en el número 2 del comentado artículo 32 de la LET. Sumariamente me detendré más adelante en torno a esta colisión de preferencias y en cuanto a la dificultad de alcanzar una solución satisfactoria.

III. GARANTÍAS DEL SALARIO Y PERSPECTIVAS DE FUTURO (ART. 32 DE LA LET)

1. Privilegio y preferencia: ¿distinción terminológica?

No se pretende, en absoluto, sentar cátedra acerca de delimitaciones terminológicas relativas a los sustantivos «privilegio» y «preferencia». No parece aconsejable desde la perspectiva técnico-jurídica –mucho menos por razones de utilidad académica– acotar identificaciones de estos términos con efectos jurídicos, ni asociarlos con unas consecuencias diferenciales que, en realidad, no existen como tales, sino simplemente se cohonestan de forma ineluctable. Tampoco es riguroso penetrar en la cuestión o para concluir que no se trata de términos que, aplicados a las garantías salariales en su moderna concepción, sean excluyentes ni antagónicos, pues son precisamente lo contrario: perfectamente armonizables e íntimamente asociados por razón de que se proyectan en el mismo objeto (salario).

Al privilegio –en sentido amplio– entenderemos la expansión de los efectos asociados a las garantías del salario, que han sido acuñados por sucesivos legisladores, y que se traducen en la actual prerrogativa que ostentan estos créditos dotados de una singularidad legal, en el sentido de que pueden exigirse sin limitación cuantitativa con independencia de situaciones concursales del deudor común (*privilegio procesal o adjetivo*) y en el que se asocia, ya con limitación en su cuantía, el derecho a la actuación también independiente de los derechos de carácter material (*ex art. 32.5 de la actual LET*). Pero estas últimas acciones tienen también el componente preferencial ³², que si lo deslindamos de la autarquía procesal de los créditos por salarios, aparece su privilegio de carácter material (*privilegio material o sustantivo*).

En suma, privilegios y preferencias no se confunden. Simplemente el privilegio engloba a la dotación de preferencia cuando haya contienda de créditos concurrentes, pero nada obsta –además de ser gramaticalmente aceptable– que el privilegio de tipo prelativo pueda denominársele también preferencia, pues en realidad lo es ³³.

³¹ En cuanto al procedimieto, cuya competencia material u objetiva la ostenta la jurisdicción civil, *vid.* artículo 16 de dicha Ley 28/1998, de 13 de julio, precepto que tiene una nueva redacción conforme la disposición final 7ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. En cuanto a la prelación crediticia, *vid.* su artículo 15 y disposición final 7.ª 1 de la nueva LEC.

³² LASARTE ÁLVAREZ, *Principios*, *cit.* pág. 286 y ss. identifica jurídicamente «preferencia» y «prelación».

³³ *Vid.* la obra de RÍOS, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984.

Sin duda el título del artículo 32 de la LET («garantías del salario») es exageradamente amplio³⁴, puesto que allí no se reflejan todas ellas³⁵, sino solamente –pese a que son las de mayor trascendencia– algunas de ellas. Hacer las asociaciones privilegio = procesal y preferencia = material/sustantiva responde, en este trabajo, a una cuestión meramente metodológica para clarificar su exposición. También encuentro la disociación justificada puesto que en el ámbito del derecho sustantivo que me desplazaré, es perfectamente dable denominar preferencia al privilegio que tiene el salario de postergar otros créditos que confluyan contra un deudor común, que no es otro que el empresario. Además, en el artículo 32 de la LET (núms. 4 y 6) se denomina literalmente «preferencias» a los privilegios de derecho material contenidos en sus tres apartados anteriores.

2. Privilegios y preferencias salariales *ex* artículo 32 de la LET.

2.1. Sobre la naturaleza jurídica y estructura del precepto.

Su actual redacción se asienta en lo sustancial de la estructura del mismo cardinal del Estatuto de 10 de marzo de 1980 y, en especial, a la enmienda centrista ante la Comisión del Congreso el 1 de noviembre al artículo 30 del proyecto de ley³⁶.

La norma estatutaria –valga aquí la expresión– hoy tiene seis apartados y se expande a tres niveles o ámbitos de influencia: uno material o sustantivo (núms. 1, 2, 3 y 4), otro procesal (número 5) y un último temporal (número 6). Trátese de una división en función del ámbito jurídico en el que despliega sus efectos, a tener en cuenta al estudiar su membrada naturaleza jurídica.

Si Ríos ha calificado su naturaleza como privilegiada³⁷, cierto es que lo hace al referirse al aspecto material del artículo 32, entendiéndose tal privilegio como la cualidad preferencial de tales créditos que adquieren una vez reconocidos, de modo que cuando su soporte (título ejecutivo) deviene inatacable, en este momento nace el derecho subjetivo de accionarla ante quien corresponda. Junto al citado ámbito material hallamos los aspectos procesales y procedimentales

³⁴ Ésta es la opinión de la más autorizada ciencia jurídica, entre la que cabe citar a ÁLVAREZ DE MIRANDA, *Garantías del salario*, *op. cit.* pág. 337.

³⁵ Por ejemplo, no aparecen las garantías de inembargabilidad del salario, que aparecen en los artículos 27.2 de la LET y hoy en los artículos 1.449, párr. 2.º, y 1.451 de la LEC (art. 607 de la LEC en vigor en el 2001); tampoco la asunción de obligaciones por parte del FOGASA, regulado en el artículo 33 del Estatuto y en su Decreto de 6 de marzo 1985.

³⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales de 4 de julio de 1979. En el proyecto de ley, era en el artículo 30 donde se desarrollaban las garantías salariales, apareciendo en el texto definitivo en su artículo 32, modificado tras la enmienda transaccional aludida presentada por el Diputado de UCD Sr. Berenguer Fuster, que fue aprobada por 245 votos a favor, 32 en contra y 1 abstención.

³⁷ Ríos, *Garantías*, *op. cit.*, pág. 311 y ss.

(independencia) y temporales (prescripción de tales garantías materiales). La naturaleza jurídica es plenamente protectora y se identifica con su función en el tráfico y controversias jurídicas dada la –paulatinamente formada– voluntad legislativa de procurar un mecanismo de configuración legal de protección del salario como crédito privilegiado de carácter cuasialimenticio (*modus vivendi* del acreedor, art. 35 de la Constitución de 1978). Por ello se ha querido dotar de ciertos privilegios –procesales, de separación absoluta, siguiendo el esquema del trabajo– y preferencias –de derecho material– frente a créditos concurrentes que no están dotados de esa necesidad económica y social.

Su estructura dista de ser compleja, lo que no ocurre con su aplicación provocada por su influencia en nuestro entramado ordenamiento patrio.

A) En primer lugar, hallamos su aspecto material-preferencial, residenciado en los apartados 1, 2 y 3: la preferencia salarial absoluta de carácter en principio singularísimo (núm. 1), el denominado –con poco rigor en la terminología jurídica empleada– «privilegio singular» del número 3 y con éstos, la preferencia especial refaccionaria ubicada en su número 2, que si bien es absoluta, cierto es que se circunscribe a ciertos «objetos» cuya delimitación jurídica en las controversias que suscita dista mucho de ser nítida y no está ausente de opiniones dispares en la más autorizada doctrina en la materia.

En cuanto al número 4, su ámbito se halla a caballo entre lo puramente material y lo procesal. Dispone que las preferencias, anteriormente comentadas, de ámbito material «...serán de aplicación tanto en el supuesto que el empresario haya iniciado un procedimiento concursal, como en cualquier otro en que concurra con otro u otros créditos sobre bienes del empresario». De un lado, consolida las preferencias crediticias de los números 1, 2 y 3, en el sentido de que serán aplicables en cualquier supuesto judicial; de otro, dota a estos créditos de privilegio procesal, haciéndolo de forma positiva, no abstencionista como lo hace el número 5: los acreedores salariales no sólo pueden actuar independientemente y abstenerse en procedimientos concursales, sino que tienen la facultad de hacer valer sus preferencias en dichos procedimientos si son de liquidación –hoy concurso de acreedores y quiebras– o en otros, como juicios ejecutivos o en el procedimiento sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria si su crédito figura inscrito en el Registro tras la oportuna audiencia a quien tenga que soportarlos³⁸. En definitiva, las facultades de los acreedores trascienden de su propia jurisdicción (social), dando vía y cauce de fondo para las tercerías de mejor derecho. Es la vertiente o aspecto positivo de la independencia del crédito salarial en las relaciones intraprocesales.

³⁸ Vid. artículo 132 de la Ley Hipotecaria. Ciertamente, las tercerías de mejor derecho en este tipo de procedimientos especiales sumarios tienen difícil entrada. Pero ello, no obsta que pueda instarse por los trabajadores el correspondiente procedimiento declarativo ante la jurisdicción civil, aunque por su coste, parece improbable que se opte por esta vía. En este sentido, *cfr.* las Resoluciones de la DGRN comentadas a pie de página en el epígrafe III.4 de este trabajo.

B) Sin perjuicio de lo anterior a propósito de la incidencia procesal positiva del número 4, el siguiente (art. 32.5), en solapable relación con lo establecido en el vigente artículo 246.3 de la LPL, establece que «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal»³⁹. Contempla los supuestos en que el empresario se halle inmerso en expediente de suspensión de pagos, concurso o quiebra, siquiera sea esta última necesaria.

De la conciliación de los números 4 y 5 del artículo 32 de la LET con el artículo 246.3 de la LPL, hoy es llano que ante la insolvencia empresarial asiste a los trabajadores acreedores por salarios una doble vía para el cobro de las prestaciones a cargo del FOGASA ante tal situación⁴⁰. Pueden seguir adelante la ejecución ante la jurisdicción laboral o apartarse de la misma para hacer valer los privilegios de derecho material o preferencias que el cardinal 32 del Estatuto les confiere, optando por insinuar sus créditos para su inclusión en las listas de acreedores de los procedimientos universales. De esta forma, los preceptos citados operan como derogadores de la *vis atractiva* de estos últimos.

C) Mención especial merece la cuestión de la extinción del derecho o el aspecto temporal del artículo 32 (núm. 6): «El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos»⁴¹.

La realidad del tráfico jurídico ha demandado, desde siempre, aparte de instrumentos legalmente diseñados para dar efectividad a los derechos subjetivos ostentados por los –potencialmente– justiciables, de un sistema que cohoneste necesidades tan conciliables como la seguridad jurídica y la certidumbre de dichos derechos. Éstos han sido desde siempre teórica y pragmáticamente dependientes de unos límites temporales durante los cuales su actuación debe –o puede– producir efectos con eficacia y trascendencia jurídica. Aparecen de los estratos del ordenamiento dos instituciones vocacionales del derecho común, como son la prescripción y la cadu-

³⁹ El artículo 246.3 de la LPL dota de mayor amplitud a la independencia del crédito salarial, puesto que ésta no actúa solamente sobre los créditos dotados de preferencia legal cuantitativamente limitados del artículo 32 de la LET.

⁴⁰ Así lo prevé el artículo 2.1 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo: «Corresponde al Fondo de Garantía Salarial hacer efectivos, previa instrucción de expediente para la comprobación de su procedencia, los salarios, incluidos los de tramitación, pendientes de pago por causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, en la cuantía, forma y con los límites previstos en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores». Andino Axpe, L.F.: Ejecución en el orden jurisdiccional social, *cit.* pág. 241, pone de relieve el hecho de que los trabajadores acreedores por salarios en el caso de que el empleador está sometido a procedimiento concursal, disponen de una doble vía no simultánea para el cobro de estas prestaciones, que no son sino garantías de tipo prestacional del salario, la laboral y la civil (la cursiva es mía).

⁴¹ Precepto idéntico al contenido en el ET de 1980. *Vid.* el artículo 32.3 de la LRL de 1976, que sólo establece el plazo prescriptivo de un año para accionar las preferencias absolutas.

cidad⁴². Nuestra doctrina abordó en firme el problema cuando los juristas ALAS, DE BUEN y RAMOS⁴³ consolidaron doctrinalmente la diferencia entre ambas «instituciones»: argumentaron que por la caducidad, siguiendo principalmente a autores alemanes, quedaba temporalmente fijado el principio y el fin del derecho: en palabras alejadas de una terminología técnico-jurídica producto de la traducción literal, a tanto tiempo se le asocia tanto derecho (*wie viel frist, so viel recht*)⁴⁴. En otras más gráficas palabras sacadas de PUIS BRUTAU⁴⁵: en la caducidad la ley –o las partes– establecen que un derecho sólo tendrá una duración de determinado período de tiempo; en cambio, en la prescripción, dicho derecho subsistirá –podrá ejercitarse– mientras no se produzca el hecho de no ejecutarlo o de dejarlo inactivo durante un período temporal. El primero de los casos (caducidad) constituye un hecho simple que no necesita verificación (*litis*) y, por ende, es apreciable de oficio; por contra, el segundo (prescripción) es un fenómeno más complejo, aunque solamente sea por los problemas de cómputo⁴⁶; además, necesita para su apreciación por el Juez de la excitación de la parte legítima⁴⁷.

La naturaleza del plazo establecido en el artículo 32.6, pese a su dicción literal, ha suscitado divergencias doctrinales y razonamientos en la jurisprudencia. Finalmente, se han inclinado ambas en firme por considerar el plazo como literalmente dice la disposición legal de prescripción, pues el artículo 59 de la misma ley, regulador de la prescripción de las acciones derivadas del contrato, combina ambos institutos.

El plazo se configura aquí como el límite temporal en que puedan actuar tales preferencias⁴⁸, a diferencia de otros ordenamientos europeos cercanos. Pero hizo falta pulir los argumentos jurí-

⁴² No puede hablarse en sentido técnico estricto de institutos de la prescripción y caducidad, si consideramos –como procede– a éstos como un conjunto de disposiciones sistematizadas que regulan unos hechos concretos de real o potencial relevancia en el campo de las relaciones jurídicas. Podemos hablar del instituto de la propiedad, de la posesión...; en el terreno procesal, de la legitimación, de los elementos personales, etc. Pero no hay norma en nuestro ordenamiento positivo que diferencie estos dos aspectos habilitantes para el ejercicio de los derechos como la prescripción y la caducidad. Más aún, hoy no puede hallarse una definición unánimemente compartida de ambos.

⁴³ ALAS, L., DE BUEN, D. y RAMOS, E.E., *De la prescripción extintiva*, Madrid, 1918.

⁴⁴ Así, PUIG BRATAU, J.: *Caducidad y prescripción extintiva, op. cit.* pág. 8 y ss. identifica la idea –que no institución– de la caducidad con la «decadencia» del derecho, distinguiéndolo del plazo preclusivo durante el cual puede realizarse un acto con eficacia jurídica (prescripción).

⁴⁵ PUIG BRUTAU, J.: *Caducidad...*, *ob. cit.*, págs. 7-8.

⁴⁶ La caducidad ni se suspende ni se interrumpe: cuando se produce el hecho jurídicamente relevante para que deje de operar se produce automáticamente, pues en palabras de LASARTE ÁLVAREZ, *Principios, cit.*, pág. 189, equivale a la extinción de un derecho por su falta de ejercicio durante un plazo temporal prefijado que no es susceptible de ser interrumpido. En cambio, en la prescripción extintiva al plazo no se reanuda, no se suspende, sino que se interrumpe, de suerte que en la mayoría de los casos, cuando cesa el hecho desencadenante de la interrupción, el plazo empieza a contar nuevamente.

⁴⁷ En este sentido, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios...*, *cit.*, pág. 188. La tesis es compartida unánimemente tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

⁴⁸ En palabras de RÍOS SALMERÓN, *Estudios...*, «esta última (la garantía privilegiada) supone la inserción, en la estructura interna del crédito, de una cualidad adicional que es la preferencia», *cit.* pág. 743.

dicos para alcanzar la solución. Las SSTS/Civ de 28 de abril de 1986, de 21 de febrero de 1989 y de 3 de junio de 1990, entre otras, dispusieron que el plazo –establecido en el también artículo 32.6 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo– era propiamente de prescripción y no de caducidad, afirmación que está dotada de toda lógica. Siguiendo la opinión esbozada por RÍOS SALMERÓN en sus interesantes monografías al hilo de la cuestión, es natural que el crédito –el salario adeudado desvestido de preferencias, como cantidad líquida reconocida– y la preferencia/privilegio legal se sometan a un régimen extintivo común (la prescripción). Lo descabellado sería que los primeros se sometieran a prescripción y los segundos a caducidad. Otra cosa bien distinta es que el régimen común tenga asignado un plazo de distinta duración para cada caso ⁴⁹. El más alto intérprete de la ley no ha vacilado en elegir la alternativa de la prescripción.

Este plazo prescriptivo es directamente aplicable tanto en el seno de la ejecución jurisdiccional laboral como en sede de ejecución universal (concurso o quiebra) ⁵⁰, la jurisprudencia civil, corrigiendo criterios anteriores, viene afirmando desde la Sentencia del Tribunal Superior de lo Social de 22 de septiembre de 1987, que el mencionado plazo de un año está referido al ejercicio de la acción de reclamación y clarifica a partir de qué momento temporal ha de empezar a contarse: desde el momento en que debió percibirse el salario o el concepto sustitutivo del mismo y se agota con su ejercicio ante el Juzgado de lo Social. Con idéntico criterio, debemos apoyar la tesis de que también se agotará mediante su insinuación en el procedimiento concursal ⁵¹.

Esta última sentencia, levemente comentada, hizo, a mi juicio, un pronunciamiento importante relacionado con la subrogación del FOGASA: si se formuló demanda dentro del plazo legal, el privilegio queda unido al crédito definitivamente, independientemente del titular del mismo o de una parte de éste. La preferencia constituye entonces un elemento consustancial y una cualidad del mismo, por lo que en estos casos, el FOGASA gozará de los privilegios inherentes a la parte del crédito satisfecha a los trabajadores ⁵².

⁴⁹ Así sucedió durante la vigencia de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, que asignaba un año a la preferencia y la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 atribuía tres años al salario.

⁵⁰ En el expediente de suspensión de pagos, la actuación de la preferencia resulta irrelevante, puesto que se traduce en el uso del derecho de abstención recogido en los artículos 15 y 22 de su ley especial.

⁵¹ En este punto se podría dudar si se agota el plazo de prescripción mediante la insinuación pura y simple o posteriormente, cuando el crédito haya sido debidamente reconocido por el órgano competente del juicio concursal. Parece más lógico que, si apoyamos la tesis del Tribunal Supremo de remitir al momento de la presentación de la demanda laboral, nos debemos inclinar por considerar la insinuación como requisito bastante para que el agotamiento del plazo prescriptivo opere.

⁵² Vid. *infra*, epígrafe III.3.

2.2. Privilegio procesal en situaciones concursales y su posible desaparición.

En el plano adjetivo, los créditos laborales gozan hoy del privilegio legal de separación absoluta independientemente de su montante o cuantía por trabajador (*ex arts. 32.5 de la LET*⁵³ y 246.3 de la LPL⁵⁴), si bien hallamos la única excepción legal operada por la Ley 30/1995 de 8 de noviembre, de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados⁵⁵. El primero de los preceptos citados entre paréntesis, se refiere a que las garantías de derecho material del salario pueden actuar de forma independiente –con los límites de los núms. 1 y 3 del art. 32– respecto a situaciones concursales del empresario deudor ante la jurisdicción civil. Es el aspecto negativo o abstencionista en relación a procesos universales del crédito por salarios o el reverso de la moneda o complemento de su aspecto positivo (art. 32.4 de la LET), que se ha hecho mención [*vid. supra*, c) 2.1, A)]. El límite cuantitativo de dichos créditos dotados de derecho de abstención desaparece, además, aplicando el número 3 del artículo 246 de la LPL⁵⁶.

La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (en vigor el 8 de enero de 2001) prevé una futura ley concursal: el Gobierno deberá remitir un proyecto de esta ley en el plazo de seis meses

⁵³ *Vid. supra*, epígrafe III.2.1.B).

⁵⁴ Art. 246.3 de la LPL: «Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal».

⁵⁵ En supuestos de declaración judicial de quiebra y suspensión de pagos de estas entidades aseguradoras, si éstas llegan a ser disueltas administrativamente, no podrán inscribirse en registros públicos anotaciones judiciales de embargo desde la fecha de publicación en el BOE de la Orden Ministerial de disolución (art. 28.2), sin perjuicio de la efectividad de tales créditos. No obstante, la Comisión Liquidadora de estas entidades podrá satisfacer, como créditos prededucibles, los derivados de salarios y de indemnizaciones por despido o extinción de las relaciones laborales comprendidos en los números 1 y 3 del artículo 32 de la LET (art. 36.2).

⁵⁶ La misma redacción tiene su homónimo de la Ley Procesal de 1990, que sienta de igual manera la independencia salarial (art. 245.3). En los textos que le precedieron, no se encuentra referencia expresa sobre el privilegio, pero ello no obsta para que, aparte de las disposiciones de carácter material, pueda inferirse en el Real Decreto Legislativo 1568/1980, de 13 de junio, cuando su artículo 201, párrafo 2.º, únicamente otorgaba al ejecutante la facultad de suspender el proceso de ejecución (y, en este sentido, art. 242 de la vigente LPL); lo mismo podemos decir respecto del Decreto de 17 de agosto de 1973 (art. 201), del de 17 de enero de 1963 (art. 205) y del de 4 de julio de 1958 (art. 191).

Sin duda, el artículo 246.3 de la LPL es el actual máximo exponente del derecho de ejecución singular independiente que gozan los créditos por salarios. Además, encontramos apoyo en el ATC 239/1983, de 25 de mayo, dictada en recurso de amparo, que en sus razonamientos sentó la siguiente doctrina, como la más sustancial: «...las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que puedan ser adeudados, no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal, de lo que evidentemente puede resultar un trato diferenciado y más favorable que el dispensado a otros acreedores. Pero, de lo que se trata es de evitar que percepciones de esta índole queden pendientes de los largos y lentos trámites de un juicio universal...»; justificó el aserto razonando que «...aun cuando el artículo 14 de la Constitución Española prohíbe la discriminación por cualquier condición o circunstancia personal o social, no significa dicho precepto que no se pueda tomar en consideración las razones objetivas que justifiquen eventuales desigualdades de tratamiento legal...». Para una mayor profundización al hilo de la cuestión, *vid. Díez ARGAL, W.: La quiebra: formación...*, pág. 464 y ss.

desde la entrada en vigor de la LEC (disposición final 19.^a)⁵⁷. Ello nos sitúa en la fecha «límite» de junio de 2001, aunque dichos plazos, numerosísimos son los paradigmas, difícilmente se cumplen. Máxime cuando en gran medida dependerá de adaptaciones complementarias a la normativa comunitaria y al resultado de las inminentes elecciones legislativas en nuestro país.

La futura ley concursal, que regulará las situaciones de insolvencia y liquidación universal de las empresas en crisis o como mínimo, en situación de iliquidez, está llamada a sustituir a la fragmentaria actual regulación tanto sustantiva como procesal de dichos procedimientos⁵⁸. Con ello se solucionaría el problema doctrinal que aparece, por ejemplo, en determinar qué preceptos del Libro IV del Código de Comercio sancionado y promulgado el 30 de mayo de 1829 deben considerarse vigentes, por la remisión que la LEC hace en su Título XIII de su Libro II⁵⁹⁻⁶⁰.

Es hoy imposible predecir, siquiera con meridiano atino, cuál será el futuro de los créditos salariales con una futura ley concursal. Únicamente podemos intentar reflejar los rasgos que pueden preverse y que apuntan hacia un fortalecimiento de la *vis atractiva* de los procedimientos de liquidación universal, puesto que sólo disponemos de dos anteproyectos legislativos: los

⁵⁷ Si bien en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 26 de diciembre de 1997 (Boletín de Información del Ministerio de Justicia núm. LI) preveía la entrada en vigor de la LEC a los seis meses de su publicación en el BOE (disp. final 14.^a), su disposición final 12.^a otorgaba al Gobierno el plazo de dos años para la presentación en las Cortes Generales de un proyecto de ley concursal, con lo que vemos que éste se ha acertado de forma muy ostensible.

⁵⁸ La actual regulación hasta dicha nueva ley concursal la integran en síntesis: A) para los procedimientos voluntarios cuya finalidad es la obtención de un convenio acreedores-deudor, A') la en desuso quita y espera –en el caso de que el empresario no sea comerciante–, la Sección 1.^a del Título XII del Libro II de la LEC (arts. 1.130 a 1.155 inclusive de la misma); A'') el procedimiento de suspensión de pagos –si se trata de comerciante–, regulado en su Ley especial de 26 de julio de 1922, arts. 870 a 873 del Código de Comercio de 1885 y los preceptos a que remite dicha ley especial del citado Código y de la LEC; B) para los procedimientos voluntarios o necesarios de liquidación universal, B') para el concurso de acreedores –empresario no comerciante– las Secciones 2.^a a 9.^a de la del Título XII de la LEC de 1881 (arts. 1.156 a 1.317 inclusive); y B'') para la quiebra –empresario comerciante–, el Título XIII de la LEC (arts. 1.318 a 1.396), por remisión, algunas normas de la LEC del concurso y del juicio de testamentaría, los artículos 874 a 941 del Código de Comercio de 1885 y los preceptos del Código Mercantil de 1829 a los que se remite la LEC y que por ello deben considerarse vigentes. En materia de preferencia de créditos, también los artículos 1.924 y concordantes del Código Civil.

⁵⁹ La disposición derogatoria única de la LEC 1/2000, apartado 1, ordinal 1.º, excepciona y deja vigente dicho Título XIII del Libro II de la LEC de 1881, entre otras disposiciones, hasta la vigencia de una nueva ley concursal.

⁶⁰ La mayoría de la doctrina, en relación a dicho Libro IV del Código de Andino, mantiene que algunos de sus preceptos deben entenderse plenamente derogados en los casos en que el vigente Código Mercantil aprobado por Real Decreto del Ministerio de Gracia y Justicia de 22 de agosto de 1885 (*Gaceta de Madrid* de 16 de octubre a 24 de noviembre de 1885) los sustituyó. En concreto pueden entenderse vigentes los artículos 1.017 a 1.022, 1.044 a 1.048, 1.060 a 1.063, 1.067 a 1.070, 1.079 a 1.089, 1.101 a 1.105, 1.134, 1.135, 1.140, 1.142, 1.143, 1.147, 1.151, 1.152, 1.158, 1.168, 1.169 y 1.173 del Código de Comercio de 1829.

Anteproyectos de ley concursal aparecidos en 1983 ⁶¹ y en 1996. Respecto al primero de los citados difícilmente será aprovechado dada la antigüedad de la ley proyectada y de toda suerte el más reciente –de hace cuatro años– sufrirá importantes modificaciones, con lo que lo prudente –que no lo deseable– es intentar vislumbrar las directrices de fondo que subyacen en ambos textos prelegislativos y su hipotética incidencia en futuros supuestos en los que el empresario esté en situación de concurso y además –cosa frecuente en la práctica– algunos de sus acreedores sean por salarios adeudados (por derecho propio) o pagados (por subrogación legal).

Los prelegisladores de 1983 pretendieron dar un importante paso para que la situación del concursado no siguiera como en realidad hoy sigue respecto determinados créditos, como los salariales o hipotecarios. El ámbito que asumía la ley proyectada se extendía a todos los casos que el deudor común se encontrara en situación de crisis económica, excluyendo tan sólo del mismo a las entidades sujetas al Derecho público (art. 1 del anteproyecto). En lo relativo a las ejecuciones laborales en curso, puede inferirse del contenido procesal del párrafo 2.º de su artículo 163, que debían quedar en suspenso, de suerte que los apremios realizados en su seno durante la tramitación del concurso del empresario devendrían ineficaces. En cambio, a diferencia respecto a las ejecutorias civiles, que sí debían acumularse físicamente (art. 164, párr. 1.º), las laborales sólo debían quedar paralizadas, aunque la cuantía de unas u otras debía por fuerza integrarse en la sección cuarta del concurso. Para ello, una vez admitida por el Juez civil la solicitud de concurso, en el mismo día o en el siguiente, debía requerir telegráficamente o por cualquier otro medio que implicara constancia escrita a los Juzgados de todo orden para que suspendieran los apremios en el proceso de ejecución singular. Vemos que el que he denominado privilegio de carácter procesal o adjetivo (derecho de ejecución independiente) desaparece en el Anteproyecto de 1983, aunque su fase declarativa –o convencional– de constitución del título que serviría de base para su insinuación en el concurso no sufre alteración. No ocurrió así, como veremos, en su sucesor de 1996.

A finales de 1995, el Catedrático Sr. ROJO FERNÁNDEZ RÍO, que ya integró la comisión redactora del Anteproyecto comentado de 13 años antes, termina un nuevo Anteproyecto de ley concursal que ve la luz en 1996. En éste, los créditos salariales –los laborales en general– deben pasar también irremediamente por el procedimiento de liquidación. El texto equipara a efectos de acumulación las ejecuciones laborales y las civiles, que deben ser incorporadas al concur-

⁶¹ Ponencia especial redactada por los Exmos. Sres. Manuel OLIVENZA RUIZ, Luis VACAS MEDINA, Jorge CARRERAS LLENSANA, Guillermo JIMÉNEZ SÁNCHEZ y Ángel ROJO FERNÁNDEZ RÍO. El último de los citados fue el redactor del posterior Anteproyecto de 1996.

⁶² El artículo 64 del Anteproyecto de 1996 dispone: «El Juez del concurso es el único competente para acordar ejecuciones y embargos sobre bienes y derechos integrados en la masa activa...». Respecto a la masa pasiva, el artículo 60 del mismo preceptúa: «Todos los acreedores del deudor anteriores a la declaración del concurso, ordinarios o no, cualquiera que sea su nacionalidad y domicilio, quedarán de derecho integrados en la masa pasiva, cuya representación legal corresponde a los síndicos o a los interventores...». Nótese que el derecho de ejecución separada cede también en los supuestos de suspensión de pagos y de convenio.

so ⁶². Solamente excepciona para ambos tipos de ejecución singular los supuestos en que celebrada la subasta se hubiera adjudicado el bien o el derecho al rematante (art. 73) y respecto a los plazos de prescripción, su artículo 75 sienta que una vez declarado el concurso quedarán interrumpidos.

Concretamente, su disposición derogatoria 13.^a deja sin contenido el apartado 3 del artículo 246 de la LPL, aunque la desaparición del derecho de separación frente a situaciones concursales no fue todo en este último Anteproyecto concursal. En este punto es dable no obviar un breve comentario a su artículo 61, apartado 1, que tanto estupor causó en los medios laboristas. Su dicción literal, la que sigue: «Los acreedores del deudor anteriores a la declaración del concurso no podrán interponer demandas de juicio declarativo o ejecutivo ante Jueces o Tribunales del orden civil o del orden social, así como tampoco formular demanda ante árbitro o Corte de arbitraje. De admitirse a trámite, las actuaciones judiciales o arbitrales serán nulas de pleno derecho».

El importante inciso del artículo proyectado no solamente impide el derecho a que los acreedores salariales puedan ejecutar libremente ante el Juzgado de lo Social. Además tampoco podrán instar demanda declarativa ante dicha jurisdicción para la gestación y obtención del título habilitante para la ejecución forzosa. Pero, además, como el Anteproyecto nada dice en este sentido respecto a los procesos declarativos en curso, se daría la, como poco tildable de peculiar, situación de que un trabajador que hubiera presentado con anterioridad a la declaración del concurso la demanda ante la jurisdicción laboral o instado la conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, quedaría en la misma situación que con el texto de 1983. En cambio, si fuera anterior la declaración civil de concurso, el trabajador demandante ya no podría acudir a estas vías propias y privilegiadas, sino que tendría que producir su pretensión ante el Juez del concurso, adscrito a la jurisdicción civil, que sería el órgano competente para fijar las indemnizaciones o salarios que en cada caso procedieran. Si pueden encontrarse argumentos que justifiquen que el derecho de separación de las ejecuciones salariales desaparezca, no puede considerarse acertado que el Juez civil –aunque con conocimiento exclusivo de este tipo de procesos según el Anteproyecto– vea sobrecargado su trabajo con pronunciamientos de tipo declarativo propias de una jurisdicción ajena a la suya como la social. No debe olvidarse que el Libro Blanco de la Justicia aboga expresamente por la especialización de los Magistrados del orden social porque (sic) «...es hoy día una necesidad. La complejidad de la vida laboral y de sus normas reguladoras reclama que sean conocidas y aplicadas por personas que tengan de ellas un profundo conocimiento» ⁶³. Huelgan más comentarios.

⁶³ Traducido de la edición en lengua catalana, *cit.* pág. 269.

2.3. Configuración preferencial trimembre y su influencia en el terreno sustantivo.

El cardinal 32 del Estatuto tiene una configuración trimembre: la llamada preferencia absoluta (núm. 1), la especial refaccionaria (núm. 2) y la residual (núm. 3). Posteriormente me ocuparé en lo más significativo de ellas. Lo más destacable es que la norma, aplicada ahora en su vertiente de Derecho material, se proyecta a otros órdenes como el Derecho civil e incluso el Derecho administrativo.

Opiniones autorizadas como la de MAJADA, estas preferencias que *ope legis* establece el comentado precepto, si se hacen valer, como permite su número 4, frente a otros acreedores del empresario que hayan accionado su subjetivo derecho, se proyecta en sus ámbitos respectivos y opera una serie de tácitas modificaciones en el contenido de algunas disposiciones. Como las más significativas, citaremos las siguientes:

- El artículo 1.924 del Código Civil sobre prelación crediticia.
- Los artículos 913 y 914 del Código de Comercio de 1885 ⁶⁴.
- Los artículos 1.136 a 1.140 de la Ley de Enjuicimiento Civil de 1.881 sobre quita y espera.
- Los artículos 15 (por su referencia al 913 del Código de Comercio 1885) y 22 de la Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

¿Hubiera sido conveniente que el propio Estatuto de los Trabajadores, últimamente refundido en el Real Decreto Legislativo 1/1995, hubiera articulado alguna disposición derogatoria modificando tales preceptos? En principio, parece factible inclinarnos por la respuesta afirmativa, dado que la genérica derogatoria es estéril dada la profusa regulación concursal. Además, existe una tendencia a establecer preferencias en leyes especiales como últimamente ha quedado demostrado en la voluntad del legislador.

2.4. Presente y futuro de la preferencia absoluta (art. 32.1 de la LET).

Las preferencias del salario pueden actuar entre acreedores salariales entre sí o respecto a acreedores de distinta naturaleza. La más significativa, de clara influencia francesa, es la denominada absoluta con residencia en el cardinal primero del artículo 32: se trata de una preferencia de tipo universal al afectar a la totalidad de los bienes y/o derechos del deudor empresario;

⁶⁴ Las derogaciones no expresas de los artículos 1.924 del Código Civil y 913 del Código de Comercio arranca de la LCT de 1931, puesto que el CT de 1926 especialmente remitía a dichos preceptos (art. 16.2) sustrayendo su aplicación respecto los bienes muebles producidos en posesión del deudor.

actúan, consecuentemente, también sobre bienes concretos y respecto a ellos vencen a la prenda y a la hipoteca, de modo que respecto a la última se traduce en una excepción al principio de prioridad que con tanto celo ha cuidado la legislación hipotecaria desde sus inicios (Ley Hipotecaria de 1861). Los créditos que ostentan este fortísimo rango preferencial son los 30 últimos días de trabajo (límite temporal) que no superen el doble del salario mínimo interprofesional (límite cuantitativo) ⁶⁵. En torno a estos límites y al texto del precepto legal, conviene hacer estas precisiones:

- *Últimos*: deben entenderse, siguiendo la línea acuñada en torno al privilegio salarial, que se trata de los últimos días de salario, siendo independiente que el trabajo se haya realizado efectivamente o no. La referencia a «los últimos 30 días de trabajo» del número 1 no es plenamente satisfactoria, ya que puede dar lugar a interpretaciones ya definitivamente superadas.
- *30 días de trabajo*: no procede identificar la acotación temporal con la última mensualidad que el trabajador tenía derecho a percibir. Por un lado, la preferencia la tienen también los trabajadores discontinuos, puesto que sería un error y un injustificado trato discriminatorio sustraerles de dicha garantía y, por otro, debe extenderse, como se ha dicho, a los salarios dejados de percibir. De este modo, queda definitivamente superada la incómoda referencia a la «última mensualidad» de la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976.

Para determinar el *quantum*, se ha de ir a la retribución anual, para así determinar la cantidad que debe servir de base, sin perjuicio de su limitación posterior al duplo del salario mínimo. Deberán computarse todas las partidas incluibles como salario *ex* artículo 26.1 de la LET: sueldo base, complementos salariales, retribuciones en especie, gratificaciones extraordinarias, así como los períodos de descanso computables como trabajo. Sólo así, desde el íntegro anual, se llega al salario/día para determinar la concreta cantidad.

- *Hasta el doble del salario mínimo interprofesional*: para delimitar el techo cuantitativo, en los casos que así proceda, debe tomarse en consideración:
 - a) *En cuanto al tiempo*: si, como ocurre a efectos prescriptivos, nos debemos retrotraer al tiempo en que el salario debía percibirse, es aconsejable inclinarnos por dicha tesitura, para determinar la cuantía o la cuantía del salario mínimo interprofesional, de forma que debe tomarse el vigente en el tiempo del devengo del salario o dicho de forma más general, cuando nazca el derecho del trabajador a su salario.

⁶⁵ El precepto no ha sufrido alteración alguna respecto al artículo 32.1 del Estatuto de 1980.

b) *En relación al cómputo*: deberá irse al salario/día. En consonancia con el razonamiento para determinar la suma privilegiada correspondiente a los 30 últimos días y con lo anterior, para derechos salariales del año en curso, deberá determinarse el límite cuantitativo –para los trabajadores mayores de 18 años ⁶⁶– desde el doble del salario mínimo/día, de la forma siguiente:

SMI año 2000 (Real Decreto 2065/1999, de 30 de diciembre) ⁶⁷: 70.680 pesetas/mes (424,80 euros/mes).

Anualidad: $70.680 \times 14 = 989.520$ pesetas/año (5.947,13 euros/año).

Salario mínimo día: $989.520/365 = 2.711$ pesetas/día (16,29 euros/día).

Determinada la cantidad protegida como salario/día, el límite cuantitativo (*ex art.* 32.1 de la LET) será: $2.711 \times 2 = 5.422 \times 30 = 162.661$ pesetas (977,61 euros).

Este límite deberá operar para todo trabajador mayor de 18 años, con independencia de su forma de retribución.

Como antes he comentado, el futuro tanto de las que he denominado preferencias como de los privilegios del salario es incierto. Orillando en la cuestión preferencial, las previsiones legislativas abrirán un nuevo debate doctrinal en torno a las garantías del salario. Hoy, la remisión a las leyes proyectadas que conocemos es la única que tenemos.

- Anteproyecto de ley concursal de 1983.

Su experimental aplicación hubiera supuesto la derogación del artículo 32 de la entonces vigente Ley 8/1980, de 10 de marzo (disposición final primera, 9.º). Privilegio especial tendrían los salarios correspondientes a los seis meses anteriores a la declaración del concurso en cuantía que no superaran el doble del salario mínimo, que tendrían la consideración de prededucibles (art. 283.4.º); es decir, se sustraerían de la masa activa y se pagarían con carácter previo a la graduación de créditos o, dicho de otro modo, no entrarían a formar parte de la masa pasiva del concurso ⁶⁸.

⁶⁶ La diferencia del SMI para mayores de 18 años o para menores de dicha edad fue justificada por el Tribunal Constitucional en Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1984. No obstante, para un trabajador de 16 años las limitaciones cuantitativas del artículo 32 se aplicarían tomando como base su SMI inferior, pero del mismo modo que se expondrá.

⁶⁷ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1999.

⁶⁸ Su cantidad máxima por trabajador sería hoy de 989.515 pesetas (5.947,10 euros).

- Anteproyecto de ley concursal de 1996

Su disposición adicional octava modifica el artículo 32 del Estatuto en el sentido de que: «artículo 32.1: los créditos por salarios correspondientes a los tres últimos meses gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque tenga privilegio sobre determinados bienes o derechos».

En relación al anterior, el prelegislador no se limita a la derogación del artículo 32, sino que le da una nueva redacción. No obstante ello, que significa un nuevo régimen garantista de una parte del salario con vocación de ser aplicado en cualquier colisión con otros créditos, por la especialidad mercantil del texto se ocupa de relegar créditos como los hipotecarios, pero olvida otros –nada usuales por cierto, en procesos concursales– dotados de una aplastante preferencia, como, por ejemplo, los de carácter alimenticio.

Reduce a la mitad (tres meses) la superpreferencia en relación al límite temporal de los anteriores prededucibles. Ello conllevaría a que sí entrarían en la masa pasiva, aunque serían los primeros en liquidarse. Es destacable que desaparece el límite cuantitativo referido al salario mínimo vigente como base de cálculo, aunque no otorga garantía alguna para los créditos salariales correspondientes a empleados de alta dirección, cuyo régimen jurídico hoy se halla fuera del Estatuto pero sí están dotados de garantías como salarios, considerándolos créditos ordinarios (disp. adic. 8.^a y art. 125 del anteproyecto) que, a mayor abundamiento, sí se les da un trato igual respecto los trabajadores no incluidos en este grupo en el sentido de que ante una situación concursal no tendrían el derecho de separación o ejecución independiente. La derogación de la independencia del crédito salarial se intenta paliar elevando las cuantías que pueden insinuarse en el concurso como preferentes, dentro de este grupo absolutamente privilegiado.

2.5. *Presente y futuro de la preferencia especial refaccionaria (art. 32.2 de la LET).*

Se trata de una preferencia de carácter absoluto, si bien se circunscribe o se proyecta sobre elementos concretos: los objetos elaborados por los trabajadores, en cualquiera de estos supuestos: que sean propiedad del empresario o bien que estén en posesión del mismo. Sin duda, es la preferencia que más inusualmente se acciona y constituye un elemento extraño en el recorrido del artículo 32, pero su peculiaridad merece, como mínimo, un breve comentario.

En primer lugar, la redacción del número 2 no es todo lo concisa que debería, pese a la sucesión de textos legislativos que han hecho referencia a dicha preferencia. Hoy, el término «objetos elaborados», de marcada influencia artesanal, debe interpretarse conforme a la realidad social al umbral del siglo XXI (art. 3.1 del Código Civil), lo que significa la ampliación del sustantivo «objetos», por ejemplo, a programas y sistemas de *software* informático o los productos agropecuarios. Lo esencial es la identificación concreta de la cosa y que ésta pueda ser objeto de apropiación (art. 333 del Código Civil), por lo que deberíamos excluir, por ejemplo, la electricidad.

El término «elaborados» de igual modo demanda una interpretación amplia, en el sentido de que deben identificarse todas las cosas apropiables por su naturaleza fruto del proceso productivo; no entrarían, siguiendo a RÍOS, las cosas reparadas ni las conservadas, y los titulares de este derecho subjetivo preferencial serían todos los trabajadores de la empresa, aunque no entraran en contacto directo en la fase de producción/elaboración ⁶⁹. El referido autor se muestra en todos sus trabajos partidario de incluir en la categoría los bienes inmuebles; en realidad, son susceptibles de apropiación *ex* artículo 333 del Código Civil. Cierta es la colisión con la preferencia hipotecaria y con la refacción inmobiliaria, pero ello no justifica que se rescate de esta preferencia especial a este tipo de bienes. Interpretando la norma teniendo en cuenta sus antecedentes legislativos, vemos que el artículo 55.1, párrafo primero, de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 establece una novedad respecto el texto anterior de 1926, que pervive en la de 1944 (art. 55) y en la Ley de 1976: afecta esta preferencia a los inmuebles, no en el sentido de elaborados por los trabajadores, sino también «a los que precisamente se haya de incorporar el trabajo» ⁷⁰.

Siguiendo con las hipótesis legales, los bienes afectos deben ser propiedad o, si por ejemplo han sido por casualidad vendidos, si permanecen en posesión del mismo, que conforme a la disposición general del artículo 1461 del Código Civil responderá de su saneamiento. Si adoptamos la tesis de incluir en los inmuebles construidos la referencia a la posesión será esencial a la hora de accionar la preferencia, puesto que usual es que el empleador contra el que se accionan sea un constructor que actúe por encargo de tercero, que sería el legítimo propietario. Lo mismo puede respecto buques y aeronaves en construcción, donde sus especiales hipotecas están llamadas a la colisión con el número 2.

Estamos en condiciones de decir que la naturaleza jurídica del privilegio/preferencia es absoluta, o tiene vocación de serlo, y, además especial o singular por su concreción en el objeto. Preferencia especial refaccionaria que desaparece en los Anteproyectos legislativos de 1983 y 1996.

2.6. *Presente y futuro de la preferencia residual (art. 32.3 de la LET).*

Constituye el reverso de la preferencia construida en el número 1. Dicho de otro modo más gráfico: las preferencias establecidas por la ley en torno al salario construidas bajo el principio de responsabilidad patrimonial universal, que podrán actuar sobre todos los bienes y derechos del deudor empresario son dos: la absoluta ya tratada y la genérica en un segundo –y último– plano prelativo. De ahí que la denomine residual, calificativo considerado apropiado por la más autorizada doctrina.

⁶⁹ RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario*, *op.cit.*, pág. 378.

⁷⁰ Sin embargo, la referencia a bienes inmuebles, aunque poco tiene que ver con los presupuestos del actual artículo 32.2, desaparece en el ET de 1980 (art. 32 del mismo, garantías del salario).

Los créditos que acogidos son los siguientes:

- a) Las sumas salariales pendientes de pago que no sean las correspondientes a los treinta últimos días de salario caculados sobre la base máxima del doble del salario mínimo interprofesional.
- b) Las indemnizaciones por despido, que deben ser entendidas en sentido amplio –abarcando todas las que tienen tal carácter–, aunque la justificación de incluir los salarios de trámite es, pese a autorizadas opiniones contrarias, cuando menos discutible ⁷¹.

Si bien estas cantidades por trabajador no tienen límite temporal, sí en cambio tienen ambas un límite cuantitativo, aunque algo más elevado: el triple del salario mínimo interprofesional, a cuya cuantificación puede llegarse con operaciones matemáticas análogas a las expuestas en relación al número 1 cuya reiteración sería aquí ociosa.

La preferencia que sienta la disposición no es absoluta, pues pueden prevalecerle cualquier crédito declarado preferente por una ley, o lo que es lo mismo: vencerá solamente a los acreedores ordinarios. Comparativamente con el texto legal anterior vemos que el límite cualitativo formulado *a sensu contrario* es superior. El artículo 32.3 de la Ley de 10 de marzo de 1980 exceptuaba del privilegio residual aquellos créditos salariales que, sin hallarse comprendidos en el número 1, cedían solamente ante los expresamente declarados preferentes por la Ley Hipotecaria. La regulación vigente es notablemente menos benévola con tales créditos porque (1) cederán tales créditos cuando concurren con créditos con derecho real en los supuestos que conforme a la ley sean preferentes y además (2) se ha establecido el techo cuantitativo –inexistente en 1980– referido al triple del salario mínimo interprofesional.

La invitación a reflexionar sobre la sustitución de la expresión «con arreglo a la Ley Hipotecaria» por la de «conforme a la ley» está servida. De un lado, los créditos que la legislación hipotecaria les otorga preferencia estarán englobados en dicho concepto más amplio. La preferencia residual *ex artículo 32.3 de la LET* cederá ante los créditos con derecho real declarados preferentes, como la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento (regulada en la Ley de 16 de diciembre de 1954) o la hipoteca naval (Ley de 21 de agosto de 1893).

No obstante ello, su naturaleza no ha cambiado y respecto ésta procede resaltar el desafortunado *nomen iuris* que puede erróneamente inferirse de la lectura del precepto en cuestión. Me refiero a la expresión de que tales créditos tendrán la condición de «singularmente privilegiados», puesto que la singularidad aludida sólo puede entenderse en el sentido más amplio de la expresión. Como he mencionado, se trata de una preferencia de tipo residual, puesto que actúa sobre los créditos no contemplados en el número 1 con ciertas limitaciones, constituyendo el reverso de la moneda o, dicho en términos matemáticos, sería el número inverso de la preferencia absoluta que multiplicado al que correspondiera a ésta daría como resultado la unidad, unidad que sería el conjunto de la preferencia establecida con carácter universal. Este carácter complementario no ofrece duda, puesto que comprende:

⁷¹ *Vid. supra*, epígrafe II.3.

- a) Los créditos salariales tomando como base la deuda que resulte de restar de la deuda total el crédito preferente según el número 1 (se computan los días de salario que no sean los últimos 30 y se le aplica el límite cuantitativo de tres salarios mínimos a la cuota resultante al determinar el salario/día), por un lado.
- b) Por otro, los nacidos de indemnizaciones por despido en la cuantía calculada sobre el mínimo legal *ex* artículo 56.1 de la LET ⁷² y su base de cálculo máxima tres salarios mínimos/día.

Los créditos del número 3 tienen una preferencia de tipo general al asentarse ésta –como la absoluta del número 1– en el principio de responsabilidad patrimonial universal. Además, es genérica, puesto que le vencen los créditos con derecho real declarados preferentes por una ley. De ahí resulta, como poco imprecisa la dicción literal de la disposición legal al referirse a «créditos singularmente privilegiados». Si bien pueden considerarse privilegiados en sentido material al gozar de cierto rango preferencial al menos genérico, pero ¿por qué singular? Desde luego no es absoluto, pero tampoco singular en el entendido sentido de que esta calificación debe responder o asociarse con una «especialidad», que tienen, *ad exemplum*, si van referidos a bienes concretos, como así ocurre con la preferencia refaccionaria absoluta y además especial (art. 32.2). Aquí se trata de preferencias adscritas a un crédito reconocido que se expanden a todos bienes y derechos susceptibles de transmisión patrimonial del empresario deudor. Se trata, en suma, de un privilegio no absoluto y general.

Dicha preferencia entrará en juego en situaciones concursales de liquidación de la empresa. Analicemos de forma breve las previsiones proyectadas.

- Anteproyecto de ley concursal de 1983.

Los créditos por salarios devengados antes de los prededucibles –es decir, antes de los seis meses anteriores tomando como referencia temporal la admisión a trámite del concurso– en la cuantía que no sobrepasara el doble del salario mínimo interprofesional, así como las indemnizaciones derivadas de las relaciones laborales, tenían la consideración de créditos con privilegio general, si, entrando en el reparto después de liquidados en su totalidad, los créditos tributarios y los derivados de regímenes obligatorios de la Seguridad Social.

- Anteproyecto de ley concursal de 1996.

Los créditos salariales no correspondientes a los tres últimos meses, que gozarían de preferencia absoluta, tienen un doble y escalonado nivel preferencial:

⁷² La base legal *ex* artículo 56.1 de la LET consiste, como se ha dicho, en 45 días de salario por año de servicio hasta un máximo de 42 mensualidades.

- 1.º Los correspondientes al último año gozarían de preferencia sobre cualquier otro crédito a excepción de los siguientes:
 - Los salariales con preferencia absoluta.
 - Los créditos extracontractuales (por ejemplo, *ex arts.* 1.902 y 1.903 del Código Civil).
 - Los créditos con privilegio sobre determinados bienes o derechos.
- 2.º Los demás créditos salariales o laborales y los derivados de indemnizaciones por despido gozarían de preferencia, salvo las excepciones siguientes:
 - Los del punto 1.º anterior.
 - Los créditos por la cesión de derechos de explotación de obra literaria, artística o científica devengados durante el año anterior a la declaración del concurso.

3. Sobre la actuación de dichos créditos y sobre sus titulares.

Los titulares del derecho subjetivo del privilegio salarial son, en principio, los trabajadores. Sin embargo, también pueden serlo sus causahabientes, sin perjuicio de la prescripción señalada por la ley para estas acciones. Ello en lo relativo al ámbito material.

En el terreno procesal, la reciente LEC, en situación de cadencia, regula específicamente la sucesión de partes en el seno del proceso civil (sucesión procesal), con vocación de ser aplicada como supletoria en la medida de lo posible en el proceso laboral. La regulación del instituto, en el Capítulo III del Libro I, resulta una novedad en materia civil. La sucesión supone la crisis procesal subjetiva sobrevenida en el curso de un proceso, en el que el derecho –del sujeto– se desplaza hacia otra persona por disposición legal o testamentaria. Se diferencia con la subrogación en su estricta proyección en el plano procedimental, en el que los actos del actor originario vinculan de toda suerte al sucesor, sin que quepa la retrotracción del procedimiento. La Ley Procesal Civil, en vigor el 8 de enero de 2001, regula la sucesión procesal *mortis causa* en su artículo 16, aunque el trámite en el seno de un proceso laboral –declarativo o de ejecución– deberá sustanciarse el incidente conforme a su específica regulación (*ex art.* 236 de la LPL). La sucesión por transmisión del objeto litigioso (art. 17 de la nueva LEC) no será de aplicación en materia laboral debido al carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores que, por extensión, interdicen la transmisión *inter vivos* de tales créditos (*arg. ex arts.* 3.5 de la LET y 245 de la LPL). Aun en el supuesto de que fuera posible, no desplegaría los efectos jurídicos esperados de toda transmisión, de suerte que el cesionario nunca gozaría de los privilegios salariales. Otra cosa es que los trabajadores tengan la prerrogativa de accionar –o desistir– u optar

por un acuerdo extrajudicial (renuncia tácita)⁷³ y, en la línea seguida, la asunción por el FOGASA del crédito o de la parte de éste a que esté obligado no constituye una sustitución –opera en el plano material además de en el procesal–, ya que es una subrogación legal (*ex arts. 33.4 de la LET y 30 del Decreto de 6 de marzo de 1985*), gozando el citado Organismo de los privilegios del salario como los trabajadores⁷⁴.

La sustitución en los casos de intervención provocada (regulada en el art. 18 en relación con el 14.4.º, ambos de la nueva LEC) no merece aquí especial atención. Me remito sin mayores comentarios a los establecido en el artículo 238 de la LPL que regula –sin demasiado atino– la intervención de terceros en las ejecuciones laborales.

La conclusión a que se llega es que siempre que lo disponga una disposición legal o en los casos de sucesión por causa de muerte, los que ocupen la posición jurídica del trabajador gozarán respecto al crédito de los mismos privilegios salariales, pues es indiferente el titular del derecho subjetivo si se produce la subrogación, puesto que el crédito no es inherente al trabajador por su condición de tal sino al crédito mismo, de forma que una vez accionado, le seguirá el privilegio.

Sin embargo, esta ventaja obligacional adscrita al crédito e inseparable, tomando las palabras de Ríos, no tiene, como ocurre con las garantías reales, la facultad de perseguir la cosa gravada o afecta (*reipersecutoriedad*), aunque pase sucesivamente al dominio de tercero. Los privilegios del salario terminan con la transmisión de tales créditos a los causahabientes o al FOGASA, respecto a este último una vez haya acreditado el abono de la prestación de configuración legal.

Como comenté (*supra*, epígrafe III.2.2), al trabajador/acreedor le asiste una doble vía para el cobro de las prestaciones del FOGASA, así como para accionar el crédito reconocido con sus preferencias inseparables ante una situación concursal de la empresa deudora. La jurisprudencia no ha vacilado en permitir el paso de la vía privilegiada propia (laboral) a la civil, se ha mostrado muy reticente a acceder a la situación inversa –paso de la vía civil a la laboral–, por la teoría de los actos propios vinculantes⁷⁵. La respuesta a la cuestión de que si, por ejemplo, el FOGASA puede acudir a la vía laboral una vez insinuados los créditos por los trabajadores en el concurso es controvertida, aunque por lo razonado es prudente que nos inclinemos por la respuesta negativa. De todos modos, queda abierto un debate que no es propio de este trabajo, por su contenido estrictamente procesal.

⁷³ Véase respecto de la renunciabilidad de los derechos de los trabajadores MONTERO AROCA, *La ejecución dineraria*, *cit.*, pág. 267 y ss., en los comentarios al artículo 245 de la LPL y nota 18 de este trabajo.

⁷⁴ En el Anteproyecto concursal de 1983 el crédito del FOGASA sería, desafortunadamente a mi juicio, considerado como crédito ordinario.

⁷⁵ *Vid.* SSTS/Soc de 12 de febrero de 1985 (RAJ 1985\640) y de 15 de diciembre de 1988 (RAJ 1988\9626), entre otras con solapables razonamientos.

4. La importancia de la anotación registral de las preferencias salariales.

La anotación registral de las preferencias del salario es fundamental cuando se pretende hacer valer sobre de terminados bienes y/o derechos susceptibles de inscripción. Si bien gran parte de esta categoría de bienes está absorbida por los inmuebles, no debe olvidarse que existen bienes muebles especiales sujetos a inscripción ⁷⁶. También será pertinente la inscripción cuando se embarguen derechos de propiedad industrial, si figuran inscritos en la Oficina Española de Patentes y Marcas.

Es importante que tal preferencia conste en el título ejecutivo fruto de ser pedida que en la demanda, puesto que si no constare, difícilmente pasarían las invocadas preferencias legales la recta calificación registral.

Si el embargo sobre inmuebles tiene que ser anotado en el Registro de la Propiedad para su efectividad (arts. 42.2º de la Ley Hipotecaria) ⁷⁷, si se pretende hacer actuar frente a otros acreedores registrales las preferencias *ex* artículo 32 del Estatuto es imprescindible su anotación en la finca o fincas sobre las que se pretendan hacer valer.

Últimamente la doctrina registral se ha inclinado por una postura formalista, que postula la observancia estricta de requisitos y principios legales y formales para proceder a la anotación de créditos denominados por la ley preferentes, preservando celosamente la protección del derecho al cobro de los titulares de derechos inscritos sobre la finca ejecutada ⁷⁸. En relación a la colisión con acreedores hipotecarios, solamente les adelantarán los acreedores salariales con preferencia absoluta *ex* número 1 del repetido artículo 32 de la LET, no siendo pacífica la solución en los casos que concurran con los refaccionarios del número 2, aunque una solución, esgrimida por la dogmática registral y criticada por la laboralista, es el considerar preferente a la hipoteca anotada con anterioridad. En definitiva, a la hipoteca sólo puede decirse que le vence el crédito salarial dotado de preferencia absoluta (art. 32.1 y 3 de la LET), pero, además, tal crédito debe estar inscrito en el folio registral correspondiente para ello. Resoluciones recientes han abogado por denegar la anotación de preferencias absolutas si dicha anotación perjudicara a titula-

⁷⁶ La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 disciplina como novedad singularidades en el procedimiento de realización (subasta) de este tipo de bienes, que a estos efectos les atribuye un régimen ejecutivo común con los inmuebles, en la Sección 6.ª del Capítulo IV, Título IV, Libro III (*vid.* art. 655.1).

⁷⁷ *Vid.* artículos 38, 43.2.º, 44, 72 y 309 de dicha Ley Hipotecaria y 140, 143, 144.3.º, 170, 175.2.º, 206.2.º, 207.3.º, 271 y 353 del Reglamento para su aplicación.

⁷⁸ En opinión de PARDO NÚÑEZ, C.R.: *La eficacia de la anotación...*, *cit.* parte II, pág. 179, no cabe ejecutar los créditos comunes sin tomar las cautelas necesarias para salvaguardar el derecho de los hipotecarios, así como que las garantías para el cobro están tuteladas por la certificación registral.

res de cargas hipotecarias y ejecutivas que no han sido parte y no han tenido la oportunidad de hacerse oír en el procedimiento donde dichas preferencias que se pretenden hacer valer se han declarado (*arg. ex arts. 20, 40 y concordantes de la Ley Hipotecaria*)⁷⁹.

5. La concurrencia de estos créditos con otros preferentes: crítica al potencial sistema de *numerus apertus*.

En nuestro creciente entramado jurídico se han establecido preferencias en relación a determinados créditos mediante normas de rango legal. Si bien es cierto que la inmensa mayoría de estas «crecientes» preferencias están llamadas a actuar sobre determinados bienes o derechos, pueden desvirtualizar en no pocos casos las elaboradas preferencias de los acreedores salariales; piénsese en la hipótesis de que frente a un único bien con valor patrimonial para cubrir la deuda salarial –o parte de ella– de un pequeño empresario recae una acción ejecutiva sobre la base de un privilegio con apoyo en una ley. Sabido es que, a igualdad de rango, salvo interpretaciones jurisprudenciales que puedan surgir puntualmente, debe prevalecer la más moderna (conforme al conocido principio de la *lex posterior*).

Los niveles preferenciales del artículo 32 pueden dividirse en dos grupos: los que actúan forzosamente sobre bienes en particular (núm. 2) y los que lo hacen sobre la totalidad patrimonial del deudor (núms. 1 y 3). Por otro lado, como he dicho, existen preferencias de base legal que otorgan a créditos de distinta naturaleza, también clasificables en estos dos grupos: las especiales sobre bienes en particular, que son las más numerosas y las generales. Sólo a título de ejemplo apuntaré el estado actual de algunas colisiones que en caso de concurrencia pueden tener lugar con la preferencia salarial.

⁷⁹ En esta línea, a propósito de un recurso por denegación de anotación de la preferencia salarial absoluta, argumentó la RDGRN de 3 de abril de 1998 (BOE 5 de mayo de 1998) que la cuestión planteada incidía en la determinación del específico alcance de la preferencia concedida por el artículo 32.1 de la LET en congruencia con la unidad y plenitud del ordenamiento jurídico (fundamento de derecho 2); que la preferencia de un crédito es una cualidad intrínseca del mismo cuya virtualidad exclusiva es determinar una anteposición en el cobro en situaciones de concurrencia de acreedores frente al criterio general de la *par conditio creditorum* inherente al principio de responsabilidad patrimonial universal proclamado en el artículo 1.911 del Código Civil y constituye una modalización de este último principio citado (f.d.3); que era preciso garantizar los resultados de la accesión a dicha preferencia vía tercera de mejor derecho, cumpliendo el constitucional trámite de audiencia (f.d.4); además, trajo a colación que los supuestos de hipoteca legal tácita (arts. 9.5 de la LPH y 73 de la LGT) gozan de publicidad registral previa en garantía de obligaciones inherentes al derecho de propiedad (r.j.8). En sentido parecido y con razonamientos análogos asentó esta tendencia la citada Dirección General en RDGRN núm. 5/1999, de 7 de mayo de 1999 (RJA 1999\3254).

5.1. Afección sobre determinados bienes o derechos.

- *La hipoteca inmobiliaria.* La ventaja obligacional gestada por el artículo 32 puede entrar en colisión con esta garantía de tipo real susceptible de anotación registral. La actual redacción del precepto estatutario provoca que sólo le puedan vencer los créditos del número 1, aunque deben ser llamados en el procedimiento de ejecución los acreedores posteriores vía tercería de mejor derecho (art. 273 de la LPL) para obtener el requisito indispensable para su anotación en el Registro según la última doctrina anteriormente comentada. Más discutible es que prevalega la preferencia especial refaccionaria establecida en el artículo 32.2 de la LET.
- *Hipoteca mobiliaria.* La Ley de 16 de diciembre de 1954 extiende para la hipoteca de establecimiento mercantil la afección por pacto expreso de mercaderías y materias primas (art. 22), afección que sería vencida por los créditos refaccionarios del número 2 y no existe obstáculo para que prevalegan también –máxime tratándose de una ley anterior– los créditos superpreferentes del número 1. Lo mismo puede decirse sobre las semillas, gastos de cultivo, alquileres rústicos o de almacenes (art. 66) o crías y productos (art. 52) ⁸⁰.
- *Hipoteca naval, derechos marítimos y de aeronaves* ⁸¹. La hipoteca de estos especiales bienes en colisión con créditos por salarios ha de ser resuelta de forma análoga a la hipoteca mobiliaria, aunque hay que tener muy en cuenta que tratándose de hipoteca de buque o aeronave en construcción, el empleador suele ser un tercero (constructor o armador) y no el dueño del buque o nave que es quien da el encargo. En cuanto a los privilegios y derechos marítimos, éstos no entrarán en juego en tanto el buque no entre en el tráfico marítimo ⁸².
- *El procedimiento del artículo 21 de la Ley de Propiedad Horizontal.* La citada Ley 49/1960, de 21 de julio, en su reciente reforma operada por la Ley 8/1999, de 6 de abril (BOE de 8), arbitra en su artículo 21 un procedimiento sumario que constituye para la Comunidad acreedora frente a los propietarios deudores una vía privilegiada.

⁸⁰ Vid. Ríos, *Garantías, cit.*, pág. 380.

⁸¹ En cuanto a aeronaves, la Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 establece una serie de privilegios (art. 133): 1º) Contribuciones al Estado por la última anualidad completa y la anualidad en curso; 2º) Los salarios debidos a la tripulación por el último mes...; le siguen otros hasta un número de cinco, aunque, como acertadamente deduce Ríos, *Garantías, cit.*, pág. 372, el precepto incomprensiblemente omite toda referencia a la hipoteca, por lo que la referencia que deberá ser tomada será la hipoteca mobiliaria (Ley de 1954, citada en el texto principal, *supra*).

⁸² Ríos, *ob. cit.*

De este modo, los créditos de la Comunidad llevan asociado un cierto privilegio, aunque no absoluto, si entra en concurrencia y colisión con otros de distinta naturaleza. Se trata de una preferencia que si bien carece de límite cuantitativo, si lo tiene, de una parte temporal –gozará de tal privilegio/preferencia solamente la parte no satisfecha de la anualidad en curso y del año natural inmediatamente anterior– y otro cualitativo, en el sentido que se limita a los gastos generales para su sostenimiento [párr. 2.º, art. 9.1 e) de su ley especial], de modo que no entrarían a formar parte de su contingente algunas derramas para gastos accesorios, entre las que no deben incluirse las necesarias para la reparación de fachadas o las precisas para cumplir la reglamentación administrativa. El precepto especialmente deja a salvo las preferencias salariales, desde la absoluta (art. 32.1), hasta la residual (art. 32.3) y por supuesto, en los casos que pudiera darse, el privilegio especial refaccionario residenciado en el número 2 del estudio estatutario.

- *Créditos tributarios e hipoteca legal tácita.* En relación con el artículo 194 de la Ley Hipotecaria y 73 de la Ley General Tributaria. Tiene carácter reipersecutorio al perseguir la cosa gravada independientemente del titular registral. Difícilmente podrán vencerle otros créditos laborales que los contemplados en el artículo 32.1 de la LET. No olvidemos que gravan un inmueble.
- *Seguro privado.* La situación ha cambiado aún más desde las novedades introducidas por el Real Decreto-Ley 10/1984, de 11 de julio, que creó la CLEA y la Ley 33/1984, de 2 de agosto. Hoy si coexisten supuestos de declaración judicial de quiebra y suspensión de pagos de estas entidades aseguradoras, si éstas llegan a ser disueltas administrativamente, no podrán inscribirse en registros públicos anotaciones judiciales de embargo desde la fecha de publicación en el BOE de la Orden Ministerial de disolución (art. 28.2), sin perjuicio de la efectividad de tales créditos. No obstante, la Comisión Liquidadora de estas entidades podrá satisfacer, como créditos prededucibles, los derivados de salarios y de indemnizaciones por despido o extinción de las relaciones laborales comprendidos en los números 1 y 3 del artículo 32 de la LET (art. 36.2).
- *Créditos por refacción inmobiliaria.* Prevalecerán los créditos por los 30 últimos días de salario si figuran debidamente anotados. Respecto a los del artículo 32.2 su prelación es discutible.
- *Propiedad Intelectual.* Vid. artículo 136 en relación con los bienes descritos en el artículo 25.20 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Se disciplina la afección de una serie de bienes en tutela cautelar y podrían ser declarados preferentes por el Juez civil por el principio de la *lex posterior*. No obstante, creo defendible la postura de hacer prevalecer los créditos del número 1 del artículo 32 de la LET.

5.2. *Afección patrimonial universal.*

- *Apremios administrativos.* Frecuentemente entran en colisión con los salariales. La preferencia se regula en el artículo 71 de la Ley General Tributaria, en relación con los artículos 73 y 74 de la misma ley que hacen referencia a la hipoteca legal tácita. El precepto principal (art. 71) establece una prelación general y sólo excepciona a los acreedores de dominio, prenda...; en definitiva, a acreedores con derecho real, con lo que postergará los créditos del número 3 del precepto estatutario.

Surge la duda de qué ocurrirá con los créditos establecidos en los números 1 y 2. También si se refiere a créditos inscritos registralmente o no, con lo que en caso afirmativo, actuaría sobre bienes sujetos a inscripción. Dando la vuelta a la norma, puede concluirse que respetará los créditos superpreferentes (art. 32.1) y en cuanto a la preferencia residual (número 3) ésta relegará a los créditos de la Administración sobre determinados bienes inscribibles si ha tenido entrada con anterioridad en el registro.

No obstante, dada la independencia ejecutiva de la Administración, las preferencias deberían hacerse valer mediante el procedimiento de las tercerías de mejor derecho que regula la legislación administrativa ⁸³.

En relación a los créditos de Seguridad Social, la remisión que efectúa el artículo 121.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS) al artículo 32 de la LET puede suscitar más de una duda. Sin ánimo de extensión, dos puntualizaciones:

1. Que los créditos protegidos deben circunscribirse a los débitos (descubiertos) por el Régimen General y no por Regímenes Especiales.
 2. Que la remisión al artículo 32.1 de la LET no parece viable, por lo que estos créditos deberán relegar a los del sistema de Seguridad Social.
- *Alimentos.* El bien jurídico protegido sobrepasa incluso al salario, puesto que se han fundamentado y justificado las preferencias de los créditos salariales dado su carácter cuasialimenticio. Aquí estamos ante un crédito (el alimenticio) dotado de mayor fuerza preferencial incluso que el del número 1 del artículo 32 de la LET. Cuando se accionan estos créditos, incluso cede la protección del salario frente al embargo, puesto que no es de aplicación la escala legal del artículo 1.451 de la LEC. La excepción legal se mantiene en la LEC/2000 (art. 608).

⁸³ Vid. en lo relativo a tercerías en apremios fiscales, la Ley General Tributaria en su redacción dada por la Ley 25/1995, de 20 de julio; Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1683/1990, de 20 de diciembre (arts. 171 a 176). Vid. RÍOS SALMERÓN, *Tercerías*, cit. pág. 461 y ss.

IV. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE SOLUCIONES LEGISLATIVAS

I. Se hace precisa una regulación legal del salario que al menos delimite con nitidez los conceptos que pueden beneficiarse de las garantías establecidas en el artículo 32, sin tener que acudir a disposiciones de menor rango ni a criterios doctrinales ni jurisprudenciales, que pese a informar el ordenamiento, la situación que provocan los cuantiosos conflictos de intereses dice muy poco en favor de la seguridad jurídica. Dentro del Estatuto, sería muy eficaz de una vez por todas sentar una definición de salario que expresamente identifique los conceptos a los que le serán de aplicación las garantías, tanto sustantivas como procesales, si es el caso.

II. Ante la ineficacia de la definición legal de salario a los efectos antes apuntados, deben comprenderse garantizadas en los supuestos de concurrencia la totalidad de las percepciones legal e insuficientemente detalladas, más las indemnizaciones por despido y por extinción del contrato de trabajo, en todas sus modalidades. En cuanto a los salarios de tramitación, si no hay motivos de base legal para considerarlos estrictamente indemnizaciones, sí debe defenderse su privilegio procesal.

III. En definitiva las garantías del salario se articulan en tres brazos. El primero lo protege pasivamente del embargo, salvo que se accionen créditos alimenticios, por razones de subsistencia de quien tenga que soportarlo. El segundo acoge la garantía prestacional, haciéndose cargo el Estado de parte de dicho crédito en los casos de insolvencia o concurso empresariales. Y en el tercero residen las llamadas «garantías» en sentido estricto, que se proyectan hoy en dos ámbitos: el primero, de incierto futuro, de índole procesal, al permitir accionar independientemente se situaciones concursales todo el crédito salarial con sus preferencias; el segundo, de naturaleza material y configuración trimembre, inherente al crédito considerado de este tipo y se configura como una ventaja obligacional, no real, sometida a plazo de prescripción para su invocación e indiferente de que quien lo ostente sea el trabajador, sus causahabientes o el FOGASA, pero no tiene carácter reipersecutorio fuera de estas hipótesis.

IV. Siguiendo con la independencia de actuación de dichos créditos, procede abogar por el mantenimiento de la vía procesal privilegiada propia de su jurisdicción, sin que tenga que ceder para ser dilucidadas por órganos ajenos o extraños al orden social, en caso de procedimientos concursales. Debe mantenerse esta vía junto con la instituida mediante la posibilidad de tercerías de mejor derecho –civiles, administrativas e hipotecarias– y la vía civil en las situaciones anteriores, aunque no es prudente permitir el paso de una a otra, de modo que la opción tomada al principio vincule a los acreedores.

V. De desaparecer el derecho de ejecución separada, sería necesario aumentar el techo cuantitativo de las preferencias que operen sobre la totalidad del patrimonio del empresario deudor y muy recomendable dejar a salvo la fase declarativa o consensual de gestación de estos créditos por salarios adeudados.

VI. Es necesaria una reforma legal que termine con las derogaciones tácitas y la excesiva filtración en otras disposiciones legales de las preferencias *ex* artículo 32 del ET, por motivos de seguridad jurídica. La futura ley de concurso de créditos, que ya ha sido prevista por el legislador, constituiría la ocasión propicia para disciplinar un sistema homogéneo de prelación crediticia, bajo el postulado de la unidad de disciplina.