

**FUTURO INMEDIATO DEL PRIVILEGIO SALARIAL EN
SITUACIONES CONCURSALES DEL EMPLEADOR.
UN CAMBIO MÁS QUE INEVITABLE ¹**

**Núm.
59/2002**

JUAN MANUEL FONOLL PUEYO

Doctorando en Derecho Procesal. Universidad de Barcelona

Este trabajo ha sido seleccionado y obtenido el **Accésit Premio Estudios Financieros 2002** en la Modalidad de **DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL**.

El Jurado ha estado compuesto por: doña María Emilia CASAS BAAMONDE, don Javier Esteban VALLEJO SANTAMARÍA, don Carlos FONT BLASCO, don Ignacio GARCÍA PERROTE, don Eugenio LANZADERA ARENCIBIA y don Donato E. TAGLIAVIA LÓPEZ.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato del autor.

Extracto:

EN pocas ocasiones puede resultar más compleja la presentación de un trabajo que en el corto intervalo de tiempo entre su realización y su publicación ha tenido que ser modificado. Pero **no podía ver la luz un estudio sobre la nueva situación del crédito salarial basado en el texto de un Anteproyecto de Ley Concursal**, de fecha 7 de septiembre de 2001, **que ha sido sustituido para su tramitación parlamentaria por el Proyecto de Ley Concursal**, fechado el 23 de julio de 2002, donde el tratamiento de dichos créditos, siempre controvertidos, dentro del concurso, ha sufrido una sustancial modificación.

Esta modificación puede considerarse, sin caer en un optimismo excesivo, bastante positiva. Los redactores del Proyecto, ahora en fase de enmiendas, han tenido en cuenta las numerosas críticas y recomendaciones que desde la aparición del Anteproyecto, han llovido procedentes de los operadores jurídicos, profesionales del Derecho, así como de la más autori-

.../...

¹ El presente estudio que ahora ve la luz tiene su origen en el trabajo que con el mismo título presenté a la XII Edición del Premio *Estudios Financieros*, 2002, en la modalidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, y que fue dotado con Accésit en el fallo de los premios en julio del presente año. El trabajo, como se advierte al lector en el Extracto, ha tenido que ser modificado en algunos puntos muy sustanciales para su adecuación al recientemente aparecido Proyecto de Ley Concursal (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, de 23 de julio de 2002, núm. 101-1). Además, pueden verse algunas citas de algunos trabajos que, pese a que lógicamente se referían al Anteproyecto de septiembre de 2001, he tenido la ocasión de publicar; citas que, en estricta observancia de las Bases de la Convocatoria del Premio, no aparecían en el texto original.

.../...

zada doctrina, muy especialmente, pertenecientes a la rama del Derecho del Trabajo. Un esfuerzo que como mínimo no se ha quedado en el tintero.

Se pretende establecer una inevitable comparación entre el estado actual de la cuestión (garantía de ejecución separada de las deudas salariales, preferencias *ex art.* 32 del Estatuto de los Trabajadores) y la futura situación en hipótesis concursales del empleador, donde desaparece la prerrogativa legal traducida en la independencia del crédito salarial frente a estos procedimientos, produciéndose de esta forma una –por supuesto, hace años esperada– operatividad cuasiabsoluta de la *vis atractiva* de estos juicios universales. Lo que es lo mismo, el obligado sometimiento de los trabajadores a las reglas del concurso y dentro de éste, la pretendida derogación de las reglas prelativas extraconcurso para la supeditación a las normas del nuevo procedimiento.

En relación al tratamiento sustantivo (operatividad de las preferencias) en el juicio de concurso podemos decir que ha cambiado de forma importante en los diez meses que separan ambos textos. También –aunque menos– en la posibilidad de que algunos créditos laborales puedan desprenderse del concurso: existe una exigua posibilidad de ejecución separada –una vez sometidos previamente al juicio universal– de los créditos llamados superprivilegiados hoy insertos para cualquier hipótesis en el número 1 del artículo 32 del Estatuto, algo que ni se contenía en el Anteproyecto de 2001, ni en los fracasados textos que lo precedieron, en 1983 y 1995.

Esto último propicia un inevitable comentario comparativo en algunos puntos acerca de la evolución del régimen de estos créditos del Anteproyecto al Proyecto de Ley. Se intenta ofrecer al lector interesado, en definitiva, una visión actual de la cuestión.

No obstante ello, el trámite parlamentario actual puede arrojar nuevos cambios hasta su conversión en Ley. Cambios que desde el sector laboralista, debe lucharse para que se produzcan en beneficio de unos créditos que, no olvidemos, han conseguido el actual privilegio fruto de un tortuoso esfuerzo histórico.

Sumario:

1. Introducción.
2. Delimitación del concepto jurídico de crédito salarial para la asociación del privilegio.
3. Las vigentes garantías del crédito salarial.
 - 3.1. Garantía material.
 - 3.2. Garantía procesal.
 - 3.3. Garantía prestacional.
4. La Reforma Concursal 2001/2002.
 - 4.1. Sus antecedentes inmediatos.
 - 4.2. Su origen y sus postulados principales.
 - 4.3. Estructura general del nuevo proceso.
 - 4.4. Clases de créditos del concurso (Referencia).
 - 4.5. Primera aproximación: ubicación del salario en el concurso.
 - 4.6. Modificaciones legislativas y puntos de incidencia operados por la Reforma Concursal en materia laboral.
5. El futuro de los salarios frente a la declaración de concurso del empleador.
 - 5.1. El nuevo privilegio salarial en el concurso.

- 5.2. Solución liquidativa del activo empresarial: los hipotéticos nuevos niveles preferenciales del crédito salarial en el concurso.
- 5.3. Solución conservativa: hipótesis de convenio concursal.
6. Una breve reflexión final.

Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Si la reforma procesal acontecida con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido –y será– trascendente, no menos podemos decir de la futura Ley Concursal. Lo será a todos los niveles pero en cuanto al salario y sus privilegios conseguidos con esfuerzo, particularmente trascendente. Incluso para algunas esferas preocupante. Pero ello tendremos ocasión de analizarlo con más serenidad.

Con fecha 7 de septiembre de 2001 aparece el Anteproyecto de la nueva Ley Concursal ². Dicho texto prelegislativo (ALC, en lo sucesivo) aparece precedido de una gran confidencialidad, aunque ello no ha impedido que algunos Borradores del mismo se «filtraran», quizá por el *efecto boomerang* de tan desproporcionado celo. Decididamente, como opina GARCÍA VILLAVERDE ³, podemos clasificarlo como un «secreto a voces» ⁴. Estas filtraciones provocaron una serie de artículos y opiniones, algunas –afortunadamente las menos– como poco calificables de alarmistas, que incluso el que escribe, de torpeza cibernética manifiesta y declarada, pudo «bajar» de Internet. Pero no ahondaré en este tema por los siguientes motivos: el primero, y para mí el más importante, porque no creo que sea beneficioso hurgar en lo negativo en torno al salario en situaciones concursales del empresario sin aportar soluciones, o como mínimo viabilizar nuevas perspectivas ante una indispensable e inevitable reforma legal; en segundo término, porque la nueva configuración de la protección del salario era predecible si nos atenemos a los dos últimos Anteproyectos que se quedaron en el olvido parlamentario, de 1983 y de 1995/1996. Especialmente, si leemos este último, que el prelegislador –no tiene reparos en reconocerlo ⁵– toma como modelo; y en último lugar, porque la situación del trámite parlamentario puede cambiar, como de hecho lo ha hecho desde septiembre del pasado año hasta julio del año en curso, donde aparece publicado el **Proyecto de Ley Concursal de 2002** ⁶ (en lo sucesivo, PLC).

² Acompañado del Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y la Ley Orgánica del Código Penal (LOCP), de 5 de septiembre de 2001.

³ Como comentario crítico, *vid., passim*, GARCÍA VILLAVERDE, R.: *El Anteproyecto de Ley Concursal español del 2000: las bases de una reforma esperada*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n.º491, 21 junio 2001, cit. p. 3.

⁴ GARCÍA VILLAVERDE, *ob. cit.*, p. 3.

⁵ Exposición de Motivos ALC, cit. I.

⁶ *Vid.* nota 1 de este trabajo.

En estas fechas el ALC va a entrar en fase parlamentaria. Quizá cuando se lean estas letras ya habrá aparecido el Proyecto de Ley, o como mínimo, ya estará tramitándose en el Congreso. Durante el desarrollo de este trabajo se intentará analizar el futuro inmediato del crédito salarial. Ahora sólo de forma introductoria avanzar:

- 1) La desaparición del privilegio de acción y de ejecución separada de este tipo de acciones y créditos, que en supuestos de declaración de concurso de la empresa quedarán sometidos a la Ley Concursal y a los nuevos órganos jurisdiccionales del orden civil (Juzgados de lo Mercantil). Estamos ante la *vis atractiva* cuasiabsoluta ⁷ de los nuevos juicios concursales.
- 2) La importancia de la interpretación del concepto salarial. Ello será esencial, puede decirse que la *vexata quaestio*, para asociar a determinados créditos las nuevas preferencias en el seno del procedimiento universal y su especial calificación dentro de éste como créditos contra la masa, privilegiados, ordinarios o legalmente postergados. La doctrina y la jurisprudencia emanada hasta ahora continuará siendo sumamente útil para identificarlos y asociarles el privilegio correspondiente, esté el empresario en concurso o no. Ahora, esto sí, estos privilegios serán distintos en uno u otro caso ⁸.
- 3) La justificación de la reforma. Actualmente los juicios concursales se estructuran en función de la cualidad de comerciante o no del sujeto. Dentro de cada grupo hay procedimientos consensuales y liquidatorios: la suspensión de pagos ⁹, regulada en la vigente Ley de 26 de julio de 1922, promulgada para evitar una quiebra en un caso particular, y la quiebra para el primer y más numeroso grupo; la quita y espera y el concurso de acreedores, instituciones vigentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 aunque en completo desuso. La institución de la quiebra, procedimiento universal de liquidación del comerciante –que puede ser voluntaria o necesaria– es la más caótica: aparece regulada sustantivamente en el Código de Comercio de 1885 y en algunas disposiciones del derogado Código mercantil de 1829 debido a las remisiones al mismo que hace la LEC de 1881 en su parte todavía vigente (Títulos XII y XIII de su Libro II).

⁷ Vid. *infra*, epígrafe 5.1.a *in fine*.

⁸ Vid. *infra*, sintéticamente, epígrafe 2 de este trabajo.

⁹ En nuestro Derecho este particular *nomen iuris* nace de las Ordenanzas de Málaga de 1825, manteniéndose luego en el Código de Comercio de 1885 hasta la vigente Ley de Suspensión de Pagos de 26 de julio de 1922.

Para evitar esa incómoda dispersión normativa –aún vigente¹⁰– fue estéril la Real Orden de 10 de junio de 1926¹¹ que intentó sin éxito una reforma del Código de Comercio. Un inédito Anteproyecto elaborado por la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos se dio a conocer en 1959 al presentar la particularidad de que por primera vez se regulaban sustantiva y procesalmente de forma conjunta los institutos concursales. Posteriormente apareció el Anteproyecto de 1983 y, más tarde, el de 1995/1996¹². Este último es la antesala del ALC de 2001, aunque hay opiniones que insisten en «autonomizar» la nueva Ley Concursal, quizá para que opiniones legas la identifiquen como un proyecto reciente.

Pero la presentación de este trabajo no encuentra justificación sólo en lo anteriormente mencionado de forma aislada, sino en la reflexión que todo ello, considerado interdisciplinariamente, invita a que nos hagamos. No pretenderemos descubrir ahora el carácter multidisciplinar e interdisciplinar de la materia salarial cuando contrastados autores ya lo han puesto incontestablemente en evidencia¹³. Especialmente, si nos referimos a la irrupción del artículo 32 TRET en otras materias, como por supuesto en juicios universales liquidatorios que en la actualidad tienen carácter voluntario. Con la pretendida normativa, como se vio en las Propuestas de 1983 y de 1995/1996, Derecho del Trabajo y Derecho Mercantil se van a aproximar definitivamente, de forma que no encontramos en modo alguno aventurado decir que en situaciones de insolvencia declarada por un Juez especial, la legislación mercantil absorberá a la laboral y los trabajadores –que más que nunca necesitarán un eficaz asesoramiento– deberán someterse a las particulares reglas concursales, cuyos principios se encuentran en las antípodas del Derecho laboral¹⁴.

¹⁰ *Ad ex.*, la derogatoria única de la LEC 1/2000, 1.1.^a, mantiene vigentes los Títulos XII y XIII del Libro II de la LEC de 1881, relativos a la regulación procesal del concurso de acreedores y del orden de proceder en las quiebras, con constantes remisiones al articulado del Código de Comercio de 1829, de modo que con ellas pueden hoy reputarse vigentes sus 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. La asistematicidad de los institutos concursales es una cosa tan patente como real. Autores como ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *La necesaria revisión de una legislación con graves defectos*, LA LEY, Diario de Noticias, Las Rozas (Madrid) especial febrero 2002, cit. p. 10, opinan lo meridiana-mente aceptado: que la vigente normativa es un claro ejemplo de «antisistematización». MARTÍ MINGARRO, L., en la misma publicación periódica, cit. p.11, estima que el Anteproyecto contiene elementos suficientes para la esperanza ante un Derecho en estado caótico.

¹¹ «Gaceta de Madrid», 15 de octubre de 1929.

¹² *Vid. infra*, en este trabajo, epígrafe 3.1.

¹³ *Vid. especialmente*, refiriéndose principalmente al artículo 32 TRET, *passim*, RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*. Edit. Civitas, Madrid, 1984, y también las obras citadas del referido autor en este trabajo; PÉREZ PÉREZ, M.: *La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador*, Edit. J.M. Bosch, Barcelona, 1990.

¹⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., *Los créditos salariales y otras cuestiones laborales*, AA.VV., «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001», Edit. Dilex, Paracuellos del Jarama, 2002, cit. pp. 209-213, habla de aproximación de los Derechos laboral y mercantil, incluso llega a plantearse si el segundo no se orienta *versus* el primero.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE CRÉDITO SALARIAL PARA LA ASOCIACIÓN DEL PRIVILEGIO

El concepto de salario, o si se quiere de crédito de tal naturaleza, siempre será esencial, con independencia de situaciones concursales. Si a un crédito le otorgamos tal carácter se le asociará el privilegio que la Ley delimita. Lo que ocurrirá es que la situación variará en función de si estamos o no ante tales situaciones de insolvencia –o iliquidez– del empleador.

En este punto es censurable la oportunidad perdida por el legislador con la Ley 11/1994, de 19 de mayo, que reformó el artículo 26 del Estatuto de los Trabajadores de 1980 y que el Texto Refundido vigente, de 1995 (en adelante, TRET o simplemente ET), ha copiado. En aquel tiempo había suficientes fuentes tanto doctrinales como jurisprudenciales para extender la definición legal a supuestos reconocidos. En verdad, lo que hace, a mi juicio, el artículo 26 TRET es ignorar la importancia de la cualidad salarial a efectos como de concurrencia de créditos, y así tácitamente remitir a su regulación específica (principalmente, art. 32 TRET). Si no fuera así no hay fácil explicación del porqué su apartado 2 excluye de la noción legal a las indemnizaciones, junto con otros supuestos¹⁵. Pero es llano que una tortuosa jurisprudencia¹⁶ llevó al legislador a privilegiar en 1994 a las indem-

¹⁵ Así, *lege data*, no constituye salario (*ex art. 26.2 TRET*): a) las cargas fiscales y de Seguridad Social; b) las indemnizaciones o suplidos consecuencia de la actividad laboral; c) las indemnizaciones de la Seguridad Social; y d) las indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos.

¹⁶ La construcción jurisprudencial del concepto salarial es hoy y será, al menos en un futuro próximo, determinante para la asociación del privilegio. La problemática que se generó –hoy puede decirse que se ha superado, no sin cierto esfuerzo– giró alrededor de las indemnizaciones, pues el trabajo «efectivamente realizado» siempre se le ha otorgado independencia de acción con base en el tradicional principio de la *postremuneratio* (primero se trabaja, después se paga). La cuestión estribaba, por ser las más comunes, sobre las derivadas de despido improcedente/nulo. Pero también se le añadieron las extinciones, *ex artículo 50 ET*, o los salarios de trámite (arts. 110.1 y 279.2 LPL en relación con el 56 ET). El salario, y con éste la trascendente conceptualización de un crédito vencido como tal, ya reconocido en sentencia o en conciliación en su modalidad judicial o administrativa, carecía de *vis atractiva* o lo que es lo mismo: la jurisprudencia tradicional, desoyendo las opiniones un nada despreciable sector doctrinal que se preocupaba por el tema, adoptó un criterio restrictivo a la hora de calificar el salario y otorgarles el privilegio de ejecución separada a créditos que *lege data* no parecían tener ese carácter. Lógicamente la reiterada presión doctrinal recaló, aunque puntualmente, en las antiguas Salas Primera y Sexta. Así, la STS/I de 3 de noviembre de 1958 otorgó preferencia para el cobro en materia concursal a los créditos salariales en general, argumentando que ello sucedía con los créditos en los que el FOGASA se subrogaba (arts. 14 y 19 RD 505/1985, de 6 de marzo, de Organización y Funcionamiento del FOGASA) o los de Seguridad Social (privilegio material o sustantivo).

Orillando sobre el privilegio procesal estricto –que es el que aquí interesa–, adjetivo, derecho de separación o independencia de los salarios en la ejecución, como quiera llamarse, los posicionamientos jurisprudenciales, pese a triunfar la tesis aperturista, fueron en «zigzag». Así, los AATS/Confl. de 28 de enero de 1983 [RJA 1983\2728 y 1983\2729], de solapable contenido, se decantaron claramente a aumentar la ampliación del concepto salarial para asociar el derecho de ejecución separada *ex artículo 32.5 ET 1980 y 245.3 LPL 1990*. Curiosamente, entre los dos más destacados, le sucedieron dos anómalos pronunciamientos: la STS/VI de 15 de marzo de 1984 [RJA 1984\1572] y la STS/Confl. de 13 de julio de 1987 [RJA 1987\10309]. Así lo considera RÍOS SALMERÓN, en *Los privilegios del crédito salarial*, Edit. Civitas, Madrid, 1984. Concluyó la primera que los créditos reconocidos como consecuencia de la «rescisión voluntaria» del artículo 50 ET no tenían derecho de separación en un expediente de suspensión de pagos con argumentaciones como mínimo sorprendentes: partía de la literalidad del artículo 32 ET 1980, que se refería a «salarios» y no a «conceptos sus-

nizaciones por despido ¹⁷, o lo que es lo mismo, defendió, superando definitivamente el viejo principio de la *postremuneratio* (conforme el cual sólo procedía el pago una vez realizada efectivamente la prestación laboral por el trabajador), su asimilación al salario.

Así, actualmente son o pueden ser créditos de carácter salarial:

- La totalidad de las prestaciones dinerarias como contrapartida a la prestación de servicios: sueldo base, gratificaciones extraordinarias y complementos salariales fijados por convenio colectivo o en su defecto por el contrato individual de trabajo (se desprende fácilmente del art. 26.1 TRET).
- Las retribuciones en especie que se hayan pactado en cuantía que no supere el 30 por 100 de las retribuciones totales indicadas anteriormente (*ídem*, art. 26.1 TRET).

Esta categoría presenta el inconveniente de su necesidad de traducción en dinero. Dentro de ella, mención singular merecen las denominadas opciones sobre acciones (*stock options*), que constituyen a la vez un nuevo sistema retributivo y una implicación del trabajador en la empresa: consiste, en principio, en un derecho a título oneroso o gratuito a favor del asalariado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia empresa o de otra vinculada, estableciéndose un precio y posibilitando al trabajador que, al vencimiento del plazo de ejercicio de tal derecho de opción, pueda percibir la diferencia de precio de mercado entre el momento del otorgamiento y del ejercicio o bien la adquisición de las acciones al precio prefijado en el otorgamiento. El Tribunal Supremo, recientemente, en STS, 4.^a, de 24 de octubre de 2001 ha dado un paso en firme al postular un tratamiento jurídico procesal único ante la diversidad de estos contratos o mecanismos de compensación y otorgando a estos créditos naturaleza salarial ¹⁸ frente a una dispar jurisprudencia menor emanada de los Tribunales Superiores de Justicia e incluso de órganos unipersonales ¹⁹.

titutivos de salarios», como lo hacía su antecesora (LRL 1976, art. 32) y de la creída voluntad del legislador de suprimirlos y, por otro lado, estos créditos estaban protegidos por el artículo 33 del mismo código laboral sustantivo. Paradójicamente esta argumentación encontró apoyo en la sentencia de la Sala de Mérito. Afortunadamente, los mismos no llegaron a sentar jurisprudencia tanto por ser desautorizados por otros posteriores como por el conjunto de la doctrina unificada. La reflexión no es en modo alguno ociosa puesto que sirve no sólo para el agonizante derecho de separación sino para el resto del privilegio, léase el importante aspecto preferencial o prelativo, que por razones de justicia material debe reforzarse en el nuevo sistema concursal.

¹⁷ Vid. RÍOS SALMERÓN, B. y SALINAS MOLINA, F.: *La preferencia de los créditos laborales*, AA.VV., «Preferencias de créditos», CGPJ, CDJ, Madrid, 2000, *passim*, pero especialmente, de forma introductoria, p. 370-372.

¹⁸ En el mismo sentido, STSJ Madrid, Sala Social, de 2 de octubre de 2001.

¹⁹ Más extensamente pueden leerse los siguientes Comentarios: TAPIA HERMIDA, A.: «ESOPs (employee stock option plan). Naturaleza salarial de las opciones laborales sobre acciones», Ed. Estudios Financieros, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, n.º 226, Madrid, enero 2002, cit. pp. 202 y ss.; NAVARRO, J.J.: «Las opciones sobre acciones. Stock options», en la misma publicación, cit. pp. 216 y ss., comentando ambos autores la STS/Social de 24 de octubre de 2001.

- Las remuneraciones por los períodos de descanso computables como trabajo ²⁰ (*ídem*, art. 26.1 TRET).
- Las indemnizaciones por despido en todas sus modalidades así como aquellas que traigan causa en el contrato de trabajo.
- Los salarios de tramitación ²¹.

3. LAS VIGENTES GARANTÍAS DEL CRÉDITO SALARIAL

Para hacer un enfoque futuro de las garantías del salario como crédito ²², es necesario ofrecer una panorámica de las vigentes. Sin ánimo de extensión, pues el objetivo primordial de este trabajo es el estudio de la *vis sustantiva* de tales créditos cuando el empresario, o empleador, esté inmerso en un procedimiento concursal, a la luz del material del que disponemos de una más o menos inminente Ley en fase de gestación. La protección actual de estos créditos, una vez calificados, se expande a tres niveles: *material* o *sustantivo*, cuando ellos pugnan con otros créditos en procedimiento judicial o administrativo; *procesal* o *adjetivo*, en el doble sentido de accionar tales créditos y preferencias materiales con independencia de procesos concursales, que de toda suerte desaparecerá si éstos se tramitan; y finalmente *de prestación* o *de protección* en hipótesis de insolvencia a cargo del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA, en adelante) con sus límites cuantitativos y temporales legal y reglamentariamente tasados.

3.1. Garantía material.

Hoy los privilegios –o preferencias– del crédito salarial están delimitadas por el artículo 32 TRET, en sus tres primeros números. No se establece en cuerpos comunes –como el CCiv. o el CCom.– sino en el multidisciplinar artículo 32, seriamente modificado en 1994, hoy de influencia en cualquier concurrencia de créditos en que concurra el crédito por salarios, incluso dentro de los vigentes procedimientos concursales ²³. Sin embargo, para esta precisa exposición distinguiremos entre el privilegio general del artículo 32 (núms. 1 y 3) y el especial (el particular núm. 2).

²⁰ Vid. artículos 34, 36, 37 y 38 TRET.

²¹ Más extensamente, *vid.* FONOLL PUEYO, J.M., «Problemática actual de las garantías materiales y procesales del crédito salarial. Perspectivas de futuro», *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*, Ed. Estudios Financieros, n.º 214, Comentario 1/2001, Madrid, enero 2001, cit. pp. 15 a 17.

²² Decimos garantías del crédito salarial puesto que las garantías del salario, pese a que las comprende, son incluso más amplias. P. ej., la garantía de inembargabilidad del salario y su modulación a efectos de embargo (*ex art.* 27.2 TRET y 607 y cc. LEC 1/2000). *Cfr.* con artículos 1.449 y 1.451 de la derogada LEC de 1881.

²³ *Ad ex.*, el citado artículo 32 ET deroga tácitamente (conforme al tradicional principio *lex posterior derogat anterior*), si concurren salarios, la aplicación de preceptos generales como el artículo 1.924 CCiv. sobre prelación de créditos y los artículos 913 y 914 CCom. 1885; también lo hace con los artículos 1.136 a 1.140 LEC 1881 sobre quita y espera, y los artículos 15 –por su referencia al 913 CCom. 1885– y 22 LSP 1922.

Dentro de los *privilegios generales* que operan frente a la generalidad patrimonial del deudor distinguiremos:

- Preferencia general absoluta *ex* artículo 32.1 TRET.

No obstante el calificativo «absoluta» es susceptible de matización ²⁴, opera sobre todos los bienes del deudor y comprende los *créditos por salarios por los 30 últimos días de trabajo en cuantía que no supere el duplo del SMI*. Según Ríos, se identifica con el privilegio en sentido técnico como algo inherente a la cualidad del crédito ²⁵. En términos numéricos, puede llegar a arrojar un resultado para 2002 por trabajador de 1.184,20 euros ²⁶, que opera como límite máximo. Estas deudas se anteponen incluso al crédito hipotecario, pues el artículo 32.1 *i.f.*, establece que esta preferencia no se desvirtuará aunque el bien esté gravado con prenda o hipoteca. Es por ello que incluso se ha dicho que la preferencia constituye en realidad una «super-hipoteca».

- Preferencia general residual *ex* artículo 32.3 TRET.

Encontramos más apropiada a la realidad esta definición que la que adoptó el legislador al considerar estos créditos como «singularmente privilegiados». Se trata, sin duda, de una preferencia residual al ser «el reverso de la moneda» de la absoluta del número 1. Se expende también, como la anterior, a todos los bienes y derechos del deudor común y comprende: (1) los créditos salariales restantes, es decir, descontados en su caso los anteriores (hasta el máximo de 1.184,20 euros por trabajador, para 2002) calculados sobre la base que no supere el triple del SMI y (2) las indemnizaciones por despido en su cuantía correspondiente calculados sobre una base salario-día que tampoco supere el triple del SMI ²⁷.

²⁴ Desde su instauración en el ET 1980 se han establecido múltiples preferencias que tienen este carácter total y que conforme al principio de la *lex posterior* puede afectar al superprivilegio del n.º 1. Hablemos, por ejemplo, los establecidos en favor de las comunidades de propietarios por la Ley 8/1999, de 6 de abril, reformadora de la LPH 49/1960, de 21 de julio, correspondientes a la última anualidad y a la anualidad en curso.

²⁵ En este sentido, *vid.* RÍOS SALMERÓN, *La preferencia...*, cit. p. 377.

²⁶ El salario mínimo interprofesional (SMI) para trabajadores de cualquier edad (fijado por RD 1466/2001, de 25 de diciembre, *vid.* *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación y Jurisprudencia)*. Ed. Estudios Financieros, n.º 226, enero 2002) se establece para el vigente año 2002 en 14,74 euros/día o 442,20 euros/mes. El mínimo anual se fija en 6.190,80 euros. Teniendo en cuenta que la referencia a los «30 últimos días» de salario no va referida a la mensualidad y toda vez que disponemos de un techo cuantitativo (el doble del SMI), la operación es $30 \times 14,74 \times 2 = 1.184,20$ euros.

²⁷ Veamos esquemáticamente un ejemplo ilustrativo: un trabajador cualificado (no directivo) (A) percibe un importe neto anual de 50.400 euros repartido entre 14 mensualidades de 3.600 y un salario/día de 140. Un trabajador no cualificado (B) percibe 15.400 euros anuales, 1.100 por mensualidad y 42,78 por día. Supongamos que ambos tienen 3 mensualidades no percibidas. La deuda por salarios asciende a 12.600 euros (A) y 3.849,99 euros (B). Veamos los resultados tras las operaciones matemáticas pertinentes:

Si el empresario no está en concurso operará el artículo 32 ET, con el siguiente resultado:

- Créditos con preferencia absoluta (art. 32.1): (A) 883,20 (7% de la totalidad del crédito); (B) 883,20 (22,9%).
- Créditos con preferencia relativa (art. 32.3): (A) 3.974,40 (31,5%); (B) 2.966,79 (77,1%).
- Créditos ordinarios no protegidos: (A) 7.742 (61,5%); (B) 0 (0%).

Cfr. con el mismo ejemplo expuesto en el caso de concurso, en *infra*, nota a pie de página 146.

El propio número 3 advierte que precederán a tales salarios los créditos garantizados por derecho real en los supuestos que éstos, conforme a la Ley, sean preferentes, inciso este último no demasiado afortunado por lo extenso ²⁸. Pero también estos créditos pueden ser relegados, fuera de la hipoteca inmobiliaria y mobiliaria, por los del artículo 32.1, por la Ley de Hipoteca Naval, por la Ley de Propiedad Horizontal en su vigente redacción tras la reforma de 1999, la hipoteca legal tácita, los créditos a favor de la Hacienda Pública, los créditos por refacción inmobiliaria, seguro privado, propiedad intelectual, etc.

Este considerable etcétera de un elenco de privilegios legales que va *in crescendo* ha sido contemplado por el prelegislador del ALC de 2001, al prever en su DF 13.^a que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley Concursal el Gobierno remita a las Cortes Generales un proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos, algo necesario dado su crecimiento y diseminación fuera de normas generales. Es decir, las citadas preferencias, como la refaccionaria que brevemente se comentará *infra* (ex art. 32.2 TRET), entrarán en juego cuando entre en vigor la reforma concursal en situaciones extraconcurso y hasta que no se apruebe una Ley general de prelación de créditos, lo que ha tenido reflejo en el texto proyectado.

Como *privilegio especial*, actualmente hallamos el extraño artículo 32.2 TRET, cuyo tenor literal es el siguiente: «*Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores, mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.*» ²⁹

Indudablemente es compatible la tesis sostenida por RÍOS consistente en considerar «cuerpo extraño» en la economía todo el artículo 32 ³⁰. Siguiendo al referido autor, la preferencia establecida es privilegiada en tanto recae sobre bienes del empresario, aunque la referencia a la posesión genera dificultades interpretativas, especial porque se circunscribe a determinados bienes y refaccionaria, si se utiliza este término con la suficiente amplitud ³¹. También es absoluta, puesto que la intención del legislador es que no decaiga frente a privilegios de cualquier tipo y no está sometida a límite máximo a diferencia de lo que ocurre con las preferencias *ex* números 1 y 3 ³².

²⁸ La Ley 11/1994, de 19 de mayo, sustituyó la anterior redacción que hacía referencia a la legislación hipotecaria, por la de «conforme a la Ley», sin más. *Vid.* RÍOS, *La preferencia...*, cit. pp. 391-392, que además, informa que dicha Ley de 1994 introdujo dos modificaciones adicionales: una, para el concepto protegido, al agregar las indemnizaciones por despido y *despejar de una vez las dudas sobre su carácter salarial a efectos del privilegio* y otra, para la cantidad preferenciada al establecer el límite en función del triplo del SMI. La cursiva es mía.

²⁹ *Cfr.* con el artículo 154 introducido por el PLC. *Vid. infra*, 5.1.a).

³⁰ RÍOS SALMERÓN, ob. cit. p. 398.

³¹ Ob. cit. p. 398, de acuerdo con la tendencia según la cual el concepto incluye, no solamente un préstamo para la reparación, sino para la construcción, lo que se extendería a la prestación de servicios.

³² Ello se traduce en que, si en una ejecución judicial se persigue un bien por la vía preferencial, *ex* artículo 32.2 ET, y su producto no es suficiente para cubrir la deuda, la parte restante conservará el carácter residualmente privilegiado del número 3 y podrá actuar sobre todos los bienes y derechos del empresario deudor (arg. *ex* art. 571 LEC, 1.911 CCiv. y 32.3 ET).

Nació esta preferencia de la preocupación del legislador por la tensión salario-hipoteca en cuanto a las preferencias salariales absolutas, añadiéndose esta especial y poco invocada preferencia, si nos atenemos a la práctica forense. Se trata del privilegio más arraigado históricamente («el trabajo se incorpora a los bienes»). El viejo Código de Trabajo de 1926 ya hizo eco del mismo aunque refiriéndose a bienes «producidos»³³. Hoy, el calificativo «elaborados» también genera serias dudas interpretativas, aunque la jurisprudencia ha querido extender el vocablo a las cosas producidas cualquiera que sea la actividad desarrollada y excluir los objetos reparados por no ser dueño de ellos el empresario³⁴. Sobre esta particular preferencia absoluta tendremos ocasión de detenernos³⁵, pues todo apunta a que ha quedado en el olvido del prelegislador concursal.

Tanto la preferencia refaccionaria tratada como las generales de los números 1 y 3 pueden hacerse valer sobre bienes sometidos a un régimen de publicidad registral. Los inmuebles son el más claro ejemplo –no el único³⁶– donde se precisa la anotación de cualquier preferencia si quiere hacerse valer frente a terceros, máxime teniendo en cuenta la doctrina registral más reciente inclinada hacia la escrupulosidad formal en la calificación³⁷.

3.2. Garantía procesal.

Podemos decir sin ningún género de duda que es el privilegio más importante del crédito salarial, hasta el punto que constituye –no es una opinión aislada– el privilegio en sentido estricto, llamado también procesal o adjetivo y que se traduce en el derecho de ejecución separada al margen e independientemente de procedimientos concursales ya liquidatorios o consensuales. Por ello su futura desaparición, amenaza ya contenida en la Propuesta de 1983, genera una gran inquietud en los sectores laboristas.

³³ Vid. CORDERO LOBATO, E.: *El privilegio del crédito refaccionario*, Edit. Tecnos, Madrid, 1995, cit. pp. 212 y ss.

³⁴ Vid. RÍOS, ob. cit. p. 402, que pone de relieve que la Sala Civil del Tribunal Supremo llegó a concluir que estaban comprendidos los inmuebles donde el asalariado desarrollaba su actividad (STS/Civil 18 de diciembre de 1989 [RJA 1989\8839], entre otras anteriores), pero que la Sala Social de dicho Tribunal precisó que la noción «lugar de trabajo» no es determinante de preferencia alguna, ex artículo 32 ET (STS/Social 17 de noviembre de 1997 [RJA 1997\8314]).

³⁵ Vid. *infra*, epígrafes 5.1.a, *in fine* y 5.3, donde el interrogante de su enunciado está justificado por la dudosa y difícil inclusión de tales preferencias en el concurso.

³⁶ Por ejemplo, en materia de patentes y marcas, inscribibles en el Registro destinado al efecto (Oficina Española de Patentes y Marcas). También está el Registro de Bienes Muebles dependiente del Registro Mercantil territorial, y los Registros en materia de propiedad intelectual.

³⁷ En este sentido, como resoluciones más recientes tenemos la RDGRN de 3 de abril de 1998 (BOE 5 mayo 1998) que dictaminó sobre la preferencia absoluta, ex artículo 32.1 ET, en congruencia con la unidad y plenitud del ordenamiento (FJ 2) en el sentido de que, pese a la cualidad intrínseca de preferencia asociada al crédito mismo, era imprescindible que el título inscribible se gestara vía tercera de mejor derecho cumpliendo con el trámite de audiencia a quien la anotación de tal preferencia pudiera relegar en el cobro (FJ 4). Muy similarmente, la RDGRN de 7 de mayo de 1999 [RJA 1999\3254], que citó la anterior doctrina. Recientemente, la RDGRN de 30 de marzo de 2001 (BOE núm. 115, de 16 mayo 2001) consolida la anterior doctrina al apostillar que «*la mera yuxtaposición sobre un mismo bien de embargos acordados en procedimientos distintos, no implica concurrencia de créditos y, por tanto, ninguna relevancia puede tener la eventual preferencia intrínseca de algunos de ellos...*». Consecuentemente, la colisión de embargos debe resolverse por el tradicional principio hipotecario *prior in tempore potior iure* que rige en el ámbito de los derechos reales.

Si cierto es que una importante parte de la literatura jurisprudencial en torno al privilegio salarial ha tenido como núcleo de discusión el privilegio estrictamente procesal de ejecución separada, no lo es menos que la problemática no ha alimentado su existencia misma, al ser ésta imperturbable *ex lege*, sino la discusión sobre si ciertos créditos –*ad ex.*, las indemnizaciones, hasta 1994– tenían o no carácter salarial, pues es llano que actualmente, si se les dota de tal naturaleza, tienen el derecho, en supuestos de concurso –*ad ex.*, quiebras o suspensiones de pagos–, de ejecución separada o de optar por su insinuación en los mismos y pretender su satisfacción bajo sus reglas. Sabido es que esta opción ha sido mayormente rechazada, salvo casos excepcionales, por la rapidez de la ejecución social frente al entramado sistema concursal a punto de fenecer con su reforma.

No volveremos aquí sobre el parco significado del artículo 26.1 ET, sino sobre los preceptos que hoy procuran este privilegio *stricto sensu*, como son, principalmente, el artículo 246.3 LPL, que a mi entender delimita en toda su extensión el derecho de ejecución separada,^{38, 39} y el artículo 32.4 y 5 TRET, que no hace sino reafirmar y especializar el anterior. En efecto: si la vía para hacer valer una preferencia legal es el proceso, la invocación de las preferencias sustantivas «en los números precedentes» (art. 32.4) como «las que se refiere este artículo» (art. 32.5) se comprenden en el artículo 246.3 de la ley adjetiva especial para ejecuciones singulares⁴⁰. Lo único que proporciona el artículo 32.4, o mejor añade, es que pueden instarse las garantías materiales (*ex art.* 32.1, 2 ó 3) tanto en ejecuciones sociales, como en procesos concursales y en apremios administrativos. Lógicamente al amparo del artículo 246.3 LPL puede hacerse valer toda clase de acciones y apremios, preferenciales o no, dentro de la ejecución singular propia de la jurisdicción laboral. Pero en otros terrenos ajenos –como una quiebra o un procedimiento administrativo de apremio–, de lógica, sólo pueden los trabajadores pretender la clasificación o declaración de preferencia respecto a otros créditos concurrentes, puesto que, despejada esta pretensión prelativa, la única vía adecuada de exacción forzosa es la ejecución salarial (*ex arts.* 235 y ss. LPL)⁴¹.

³⁸ El ATC 239/1983, de 25 de mayo, resolviendo un recurso de amparo, estableció: «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 tratamiento 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.

Así, pues, 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 la existencia de razones objetivas que justifiquen eventuales desigualdades de tratamiento legal.» Cfr. con el vigente artículo 246.3 LPL; idénticamente, artículo 245.3 LPL 1993. Vid. nota siguiente.

³⁹ Artículo 246.3 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.» Adelantemos que la redacción pretendida de este apartado por el ALC 2001 es la de «3. En caso de concurso, las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedan sometidas a lo establecido en la Ley Concursal» (DF 13.ª PLC), con lo que puede verse que desaparece el derecho de ejecución separada. Cfr. la nueva redacción según el Anteproyecto del artículo 32 TRET (DF 14.ª, 1), especialmente el propuesto artículo 32.5.

⁴⁰ En este sentido, SALINAS MOLINA, *La preferencia...*, op. cit. p. 436, denota que «...la remisión *ex artículo* 32.5 ET a los créditos a que se refiere este artículo tiene un significado meramente conceptual o cualitativo, por lo que cualquier otro crédito por salarios o indemnizaciones goza, aunque exceda de la cuantía máxima referenciada (*sic*) del privilegio de la ejecución separada y la posible cuantía sólo la limitará, en su caso, el tiempo de caducidad o prescripción del privilegio.»

⁴¹ No obstante, defensores del derecho de ejecución separada como SALINAS, *La preferencia...*, cit. p. 438, no tiene reparos en reconocer que «...la concurrencia de la ejecución singular laboral con la ejecución universal civil o mercantil provoca en la práctica numerosos y conflictivos problemas de interrelación no resueltos legislativamente, para cuya solución

Para finalizar este apartado, denotemos lo que puede parecer obvio pero la praxis, ante una multitud de supuestos escindibles, nos ha demostrado que no es doctrina unánime: que el agónico derecho de ejecución separada no está limitado en modo alguno por techo cuantitativo como las preferencias del artículo 32 ET. Así lo ha entendido recientemente una STS/Social de 19 de diciembre de 2000 ⁴², cuyos razonamientos comparte el que escribe en su integridad, pues según mi parecer, escinde adecuadamente el significado de los artículos 246.3 LPL y 32.4 y 5 TRET.

3.3. Garantía prestacional.

El crédito salarial, una vez definido, está protegido en todos los supuestos de insolvencia del empresario por el FOGASA, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social dotado de personalidad jurídica y capacidad de obrar. Estamos ante la protección pública del salario:

- En los supuestos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios; y además, con independencia de la solvencia del mismo y como medida de protección de la pequeña empresa.

deben ser básicos principios como el de proporcionalidad, siendo defendible el que pudieran (...) adoptarse medidas análogas a las contempladas en el artículo 243 LPL que regula un supuesto de conflicto de intereses legítimos de diversos grupos de acreedores.»

⁴² Según la sentencia aludida, «*el problema consiste en determinar si la expresión créditos a que se refiere este artículo –32.5 LET– alude a la causa de los créditos (por salarios y por indemnizaciones por despido) o si incluye también los límites cuantitativos que determinan que sólo una parte de estos créditos –la que no excede del límite correspondiente– quede comprendida en los privilegios sustantivos que establecen los números anteriores del artículo. En el primer caso la garantía de la ejecución separada comprenderá únicamente los créditos privilegiados; en el segundo, los créditos por salarios e indemnizaciones por despido sin ninguna limitación (...)*» (FJ 2). El TS se inclina por la solución aplicada por la sentencia recurrida, que no es otra que extender el privilegio a la totalidad de la deuda salarial. Apoya la sentencia su decisión en su fundamento jurídico siguiente basculando sus argumentaciones jurídicas primordialmente en dos aspectos: al primero llega mediante la disección privilegio/credito en sí mismo, de forma que el crédito en sí es el todo y el privilegio una parte acotada. Acotada sustantivamente por los apartados 1 y 3 que constituyen el privilegio general. Dice que la remisión del número 5 opera sobre la totalidad (FJ 3, pf. 1.º). Al segundo razonamiento llega a través de una ponderada interpretación del referido artículo 32.5 en su redacción operada por la Ley 11/1994, intentando soslayar la confusión que ha creado, al hilo de la cuestión, la sustitución de la expresión «*las acciones (...) para el cobro de los salarios...*» del artículo 32.4 ET de 1980 por «*las acciones (...) para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo...*» del vigente artículo 32.5 LET, postulando que lo que pretendió la reforma –en conjunto ajena al terreno procesal– fue el incluir de forma clara a las indemnizaciones por despido del privilegio sustantivo y no acotar el privilegio adjetivo-procesal o derecho de ejecución separada a los límites cuantitativos fijados por la Ley. Adoptada esta solución, ya vinculante para las partes en litigio por la STSJ/Social del País Vasco de 29 de junio de 1999, y descartada la vía residual civil declarativa por su inejecutoriedad *ex* artículo 9 LSP, no quedó otra opción a los recurrentes que interponer en el seno de la ejecución laboral la tercería de mejor derecho al amparo de lo establecido por el artículo 273 LPL. Opción que, atendida la práctica forense, difícilmente triunfaría. *Vid.*, más extensamente, FONOLL PUEYO, J.M., *Cuestiones actuales sobre el privilegio salarial (Comentario a la sentencia de la Sala 4.ª del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2000)*, Diario LA LEY, Tribuna, n.º 5.369 de 6 de septiembre de 2001, pp. 14 a 16.

- Abonará el 40 por 100 de la indemnización legal derivada de la extinción de los contratos de trabajo por las causas previstas en los artículos 51 y 52.c) ET en aquellas empresas que cuenten con menos de 25 trabajadores (art. 33.8 ET). Es la llamada «responsabilidad directa» del FOGASA.

Pero la prestación que aquí interesa es la primera, cuando surge la responsabilidad subsidiaria del Organismo, que tiene lugar en el supuesto de que el empresario sea declarado insolvente por la jurisdicción laboral en una ejecución singular (*ex* arts. 274 en relación con el 248 ambos de la LPL) o cuando ésta se presuma, es decir, inicie o se inicie un procedimiento concursal por o contra el empresario.

En cualquier caso, las cuantías de las prestaciones son las mismas y difieren según los supuestos. Básicamente, remito al lector, para si está interesado, a lo dispuesto en el artículo 33 TRET, 1 y 2, y en cuanto a su Decreto regulador, Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, a sus artículos 14, 18, 19, principalmente. Todas las prestaciones, empero, en cuanto a salarios pendientes de pago, se hallan triplemente acotadas: por un lado, un tope máximo absoluto temporal en la medida en que no podrá exceder de 120 días del valor del duplo del SMI; otro consistente en multiplicar este duplo por el número de días de salario pendientes de pago; y otro en función del importe del salario adeudado por el número de días de salario pendiente de pago ⁴³. Para prestaciones indemnizatorias, *vid.* especialmente artículo 33.2 ET y 19 Real Decreto 505/1985 ⁴⁴.

Atinente al objeto de este trabajo, que no es otro que un análisis sobre la más que presumible situación de los créditos y acciones salariales en el nuevo régimen concursal, es importante en torno al FOGASA estas dos consideraciones:

- 1.^a Que un requisito para que el Organismo asuma sus obligaciones en procedimientos concursales es que sea llamado desde el momento que se tenga conocimiento de créditos laborales o tan sólo se presuma su existencia (art. 33.3 ET). En consonancia con esta disposición legal, el artículo 16 Real Decreto 505/1985 dispone que en estos casos comparecerá en el expediente en concepto de responsable legal subsidiario pudiendo instar lo que a su derecho convenga (art. 16.1).

La solicitud por los trabajadores de la concesión de prestaciones podrá prestarse en cualquier momento de la tramitación, desde la resolución teniendo por solicitada la suspensión de pagos, o declarada la quiebra o el concurso de acreedores, incluso cuando hubiere sido

⁴³ En este sentido, SSTSJ Andalucía 9 junio 1993 [RAS 1993\3318] y Cataluña 9 enero 1990 [RAS 1990\3917]. *Vid., passim*, Real Decreto 505/1985, y especialmente los artículos citados en el texto principal. Para una mayor profundidad es útil la monografía de ROQUETA BUI, R.: *Las prestaciones del FOGASA*, Edit. Tirant Lo Blanch, Colección laboral n.º 45, Valencia, 1997, *passim*, pero especialmente pp. 16-58.

⁴⁴ *Vid.* ROQUETA BUI, ob. cit., pp. 59 y ss.

aprobado el convenio de la Ley de 1922 o el convenio solutorio de la quiebra⁴⁵, sin perjuicio de su reembolso por los trabajadores en caso de exceso de la prestación (art. 16.2 y 3 RD 505/1985).

2.^a La calidad de responsable legal subsidiario con que actúa el FOGASA, previo expediente administrativo⁴⁶, lo que provoca es que efectuado el pago de las prestaciones, se subrogue automáticamente en las cantidades satisfechas «conservando el carácter de créditos privilegiados que les confiere el artículo 32», y en el caso de que los trabajadores no hubieran cubierto su crédito, se repartiría a prorrata lo obtenido entre éstos y el FOGASA (*ex* art. 33.4, pf. 2.º TRET y 30 RD 505/1985). Esta subrogación opera tanto en ejecuciones individuales como hoy en procesos concursales⁴⁷.

4. LA REFORMA CONCURSAL 2001/2002

4.1. Sus antecedentes inmediatos.

Una reforma mercantil en general ya se demandó desde hace tiempo y no faltaron, a ráfagas, intentos, aunque vanos, para modificar una desmembrada regulación tanto sustantiva como procesal⁴⁸. Si queremos referirnos a sus antecedentes inmediatos, hemos de descender a los dos últimos Anteproyectos legislativos, que se quedaron en esto, de 1983 y 1995/1996⁴⁹. Este último, comúnmente conocido como «Proyecto ROJO», constituye la «semilla» o el modelo del texto prelegislativo que próximamente entrará en trámite parlamentario, pues halla en él sus líneas y postulados fundamentales.

Partamos de la trimembre configuración del artículo 32 TRET que nace en lo sustancial del Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1979⁵⁰. Su reforma, en 1994, no alteró en modo alguno su estructura tradicional, vigente en el TRET de 1995. Se expande a tres ámbitos jurídicos:

⁴⁵ En estos casos, deberá justificarse que el convenio se encuentre en fase de cumplimiento, acreditándose, en su caso, las cantidades percibidas por los trabajadores y que éstas son las que corresponden de acuerdo con el carácter reconocido al crédito laboral de que se trate (art. 16.4 RD 505/1985).

⁴⁶ En lo relativo al procedimiento administrativo ante el Organismo de reconocimiento de prestaciones, *vid.*, artículos 20 y ss. Real Decreto 505/1985.

⁴⁷ Respecto a procesos concursales, *vid.* RAMOS TORRES, M.: *La actividad procesal del Fondo de Garantía Salarial*, Edit. Tirant Lo Blanch, Colección laboral n.º 92, Valencia, 1999, cit. pp. 133 y ss.

⁴⁸ El análisis de sus pormenores, aunque es interesante, se aparta del tema central de este trabajo. Sintéticamente *vid. supra*, su epígrafe 1 (Introducción, *if.*).

⁴⁹ El comentado ALC de 7 de septiembre de 2001 aparece con 231 artículos, 3 disposiciones adicionales, 2 transitorias, una derogatoria y hasta 32 finales, frente a los 298 artículos, 17 adicionales, una transitoria, una derogatoria y 4 finales del de 1995/1996 y los 398 preceptos, las 3 adicionales y la disposición final de la Propuesta de 1983.

⁵⁰ BOCG de 4 de julio de 1979.

material, preferencial o sustantivo uno (núms. 1 al 4) ⁵¹; procesal (núm. 5) ⁵²; y temporal o prescriptivo (núm. 6). Los mentados Anteproyectos alteraban los dos primeros y lo pretendieron de modo distinto: derogando el de 1983 (DF 1.º, 9) y modificando el de 1996 (DA 8.ª) el artículo 32. El Anteproyecto de 2001 parecía seguir el último sistema en su DF 14.ª la nueva redacción al precepto e introducir en el n.º 5 una cláusula de autoderogación para hipótesis concursales del empresario. Ello ha tenido fiel reflejo en la DF 12.ª del PLC de 23 de julio de 2002.

Analizando sucintamente sus efectos sobre el salario diremos que en lo material, el ALC 1983 preferenció los créditos por salarios correspondientes a los 6 últimos meses anteriores a la declaración del concurso, calculados sobre una base que no superara el doble del SMI, considerándolos créditos *prededucibles* (créditos contra la masa) y por tanto no concursales ⁵³. Esta «superpreferencia» concursal se reduce a la mitad en el ALC de 1996 (los 3 meses anteriores) aunque, sin embargo, desaparece el límite sobre la base del salario mínimo, lo que sin duda hubiera beneficiado a las retribuciones salariales más elevadas que no lo fueran por contratos de alta dirección ⁵⁴. Los créditos de los trabajadores, devengados con anterioridad, de los 6 meses con el límite del duplo del SMI les atribuía el texto de 1983, junto con las indemnizaciones, privilegio general, aunque postergados por los créditos a favor de la Hacienda Pública y por los derivados de cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social. En cuanto al texto de 1996, los créditos por salarios no correspondientes a los tres últimos meses con preferencia absoluta se expandían a un doble y escalonado nivel preferencial, sin límites cuantitativos (sólo temporales): en primer término, los correspondientes al último año hubieran gozado de preferencia aunque hubieran cedido ante los créditos de naturaleza extracontractual y los créditos sobre determinados bienes o derechos (como los hipotecarios); a un segundo nivel, a los restantes créditos por salarios y a las indemnizaciones derivadas de la relación laboral les hubieran precedido los anteriores y además, los derivados por la cesión de derechos de explotación de obra literaria, científica o artística devengados durante el año anterior a la declaración del concurso. Hoy día los créditos laborales pueden emerger en la quiebra (en su sección cuarta de examen, graduación y pago de los créditos), con cobijo en el privilegio sustantivo –o preferencia, si se quiere– que establece el artículo 32 TRET, puesto que «los acreedores por trabajo personal por los 6 últimos meses anteriores a la quiebra» ⁵⁵ del artículo 914.1.º del C.Com. 1885 tiene que entenderse referido a acreedores no estrictamente laborales y por ende no sometidos a las reglas especiales del artículo 32 ⁵⁶.

El privilegio en sentido estricto o privilegio procesal ⁵⁷, hoy derivado de los artículos 32.5 TRET y 246.3 LPL en lo relativo a la posibilidad de ejecuciones singulares separadas y del silencio de la vigente regulación concursal, si es que así puede llamarse, en cuanto a acciones declarativas,

⁵¹ Vid. *supra*, epígrafe 3.1.

⁵² Vid. *supra*, epígrafe 3.2.

⁵³ Artículo 283.4.ª ALC 1983.

⁵⁴ Vid. artículo 125 y DA 8.ª ALC 1996.

⁵⁵ Debe entenderse a la fecha de los efectos de la quiebra o de retroacción que actualmente se determina por el Juez en el auto de declaración (así, SAT Barcelona de 26 de junio de 1975, entre otras).

⁵⁶ Se trata de una opinión ya pacífica. Vid. PEDREÑO MAESTRE, F. con BARÓ CASALS, A., *Derecho Concursal (La quiebra)*, cit. T. 2, Cedecs Editorial, SL, Barcelona, 1999, *op. cit.* p. 1.190.

⁵⁷ Vid. FONOLL PUEYO, *Problemática actual...*, cit. epígrafe III.1, pp. 18 y 19; y *Cuestiones actuales...*, cit. pp. 14 y 15.

desaparecerá. Los créditos de cualquier tipo quedarán sometidos al concurso, incluso las acciones declarativas, importante cuestión que se abordará oportunamente ⁵⁸. Aquí sólo denotar que el ALC 1983, loablemente para bastantes sectores, no sustraía competencia alguna en fase declarativa a la jurisdicción laboral.

4.2. Su origen y sus postulados principales.

El ALC y el PLC nacen de la previsión legislativa contenida en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, concretamente en su DF 19.^a, que conminaba al Gobierno en el plazo de 6 meses de su entrada en vigor (el 8 de enero de 2001) un Proyecto de Ley Concursal ⁵⁹. Dado que en el mes de septiembre pasado fue presentado el ALC al Consejo de Ministros para su aprobación y ya se ha presentado el Proyecto, parece que por una vez, entre contadas ocasiones anteriores, se va a cumplir meridianamente el plazo legal. Esta «premura» nos deja patente la firme voluntad política de que la reforma concursal se concluya un futuro muy próximo ⁶⁰, aunque su entrada en vigor se demore por imperativo legal por motivos, tanto derivados de la necesaria adecuación al sistema de los operadores jurídicos, como por otros de carácter orgánico.

Sus pilares o principios básicos, que deberán informar su contenido, se mencionan en la Exposición de Motivos que acompaña al ALC: unidad legal, de disciplina y de sistema ⁶¹. No obstante, junto a éstos, pueden añadirse a grandes rasgos algunos otros:

- *Unidad legal*: no se trata de otra cosa que de acabar con la caótica dispersión normativa (CCom. 1829, CCom. 1885, Código Civil, LSP 1922, LEC de 1881...) y con la tradicional división entre lo sustantivo y lo procesal. El prelegislador pretende que con el texto concursal pueda tramitarse enteramente el procedimiento ⁶²: declaración de la situación legal de concurso, sus presupuestos y sus efectos sobre el deudor, los acreedores, los contratos –entre ellos los laborales– y sobre los actos perjudiciales para la masa activa, la administración judicial, sus informes, las fases del convenio de liquidación –fase de convenio y liquidación con la graduación concursal de los créditos–, pagos, recursos, elemento extranjero, etc. En principio, no hay poderosas razones técnicas para apoyar la unidad o dualidad de regímenes concursales, en función de que el deudor reúna o no la condición de comerciante, o la condición de empresario ⁶³. Analicemos ahora sucintamente los pilares básicos de la reforma concursal.

⁵⁸ Vid. *infra*, epígrafe 5.1.a).

⁵⁹ Vigente la nueva Ley Concursal, quedarán derogados, entre otras disposiciones, los Títulos XII y XIII del Libro II de la LEC de 1881, transitoriamente en vigor hasta que se produzca este evento en virtud de lo que establece la derogatoria única, 1, 1.^a de la LEC 1/2000.

⁶⁰ De hecho, el Excmo. Sr. Ministro de Justicia D. Ángel Acebes Paniagua anunció que antes de junio se aprobaría la nueva Ley Concursal (Fuente: LA LEY, Diario de Noticias, n.º 346, 4 al 10 de febrero de 2002).

⁶¹ EM ALC, cit. II, *i.p.*

⁶² Sin perjuicio de la supletoriedad de la LEC 1/2000 (*ex art.* 182 ALC). *Cfr.* artículo 4 de la propia LEC.

⁶³ Así, SANCHO GARGALLO, LA LEY, Diario de Noticias, n.º 340, 17 al 23 septiembre 2001, cit. p. 5.

- *Unidad de disciplina*: al único sistema legal anterior quedarán sometidos todos los deudores, sin la ya tradicional distinción entre comerciantes y no comerciantes, circunstancia que carece de justificación por la disipación del carácter implacable de la insolvencia mercantil. Para los primeros hay actualmente dos procedimientos universales: de carácter consensual, la suspensión de pagos; de cariz liquidatorio, la tortuosa y multirregulada quiebra. Para los no comerciantes, los obsoletos institutos de la quita y espera y el concurso de acreedores. Paradójicamente a este último se remite la regulación procesal de la quiebra en numerosas ocasiones, de forma que según la LEC de 1881 vigente, las lagunas que puede adolecer –y que adolece– la regulación procesal de la primera se llenan con las prevenidas para un procedimiento francamente en desuso desde hace años. Todo un alivio.

Esta unidad es beneficiosa para los acreedores laborales, puesto que si de por fuerza tienen que someterse al concurso, mejor que ésta aparque definitivamente el diferente trato entre los comerciantes y los que no lo son. Es obvio que la definición legal de empresa, empresario o empleador (*ex art. 1 TRET*) es más amplia que la tradicional de «comerciante». Cierto es que un comerciante puede no ser empresario y un empresario puede no ser comerciante. Pero lo normal es que haya más de los segundos que de los primeros.

- *Unidad de procedimiento*: a menudo se asocia o asimila erróneamente con el anterior pero se trata de uno distinto. Como reza la EM, la unidad de procedimiento la impone su presupuesto objetivo relacionado con la insolvencia y se consigue con la flexibilidad con que el PLC permite la adecuación a diversas situaciones y, sobre todo, soluciones. Así, se rompe con la distinción entre procesos universales preventivos de la liquidación y los propiamente liquidatorios y se potencia la solución del convenio.
- *Órgano especializado*: se prevé la creación y funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil a quien se atribuye la competencia objetiva para conocer, sustanciar y concluir los procesos concursales. No puede hablarse de un quinto orden jurisdiccional ordinario sino de la especialización o creación de un sector en el orden civil ^{64, 65}. Pero sobre ello tendremos ocasión de regresar, más en profundidad ⁶⁶.
- *Subsistencia del postulado de la par conditio creditorum* en hipótesis liquidatorias. Dicho de un modo simple, igualdad absoluta de trato entre créditos de igual rango o grado, pero se aprecia claramente en el prelegislador que tiende a una reducción de los privilegios en sede concursal ⁶⁷. En palabras de MAIRATA LAVIÑA, busca, al potenciar la solución consensual, «un convenio sin clases».

⁶⁴ De hecho, desde hace años la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona conoce de los recursos de apelación interpuestos en procedimientos concursales, junto con otras específicas materias.

⁶⁵ La creación de estos «órganos especializados» (Juzgados de lo Mercantil servidos por Magistrados) ha suscitado grandes críticas. Recientemente, *vid.* DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M., *Los Juzgados de lo Mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica*, Diario LA LEY, Doctrina, n.º 5.648, de 5 de noviembre de 2002.

⁶⁶ *Vid. infra*, en este trabajo, epígrafe 4.5.a).

⁶⁷ Sin duda el ALC y el PLC son restrictivos al configurar los privilegios, siguiendo la tendencia vigente en el Derecho comparado (Portugal, Austria...). Así, MAIRATA LAVIÑA, J.: *Panorámica del Anteproyecto de Ley Concursal de 2001; convenio y acciones de reintegración*, LA LEY, n.º 5.460, 15 enero 2002, cit. p. 3. *Vid.* también ALONSO LEDESMA, C., *La clasificación de los créditos en el concurso*, VV.AA., «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001», Edit. Dilex, Paracuellos del Jarama, 2002, cit. p. 187.

- *Fortalecimiento de la vis atractiva concursal*: prácticamente ⁶⁸ todos los créditos quedarán sometidos al concurso. La cuestión se tratará debidamente en lo afectante al objeto de este trabajo.

4.3. Estructura general del nuevo proceso.

No se trata aquí de pormenorizar, sino el ofrecer una visión general del procedimiento en que nos moveremos. Tengamos siempre presente que se trata de un texto proyectado que debe sufrir el trámite parlamentario hasta su aprobación definitiva.

El procedimiento es único ⁶⁹ y puede terminar bien por convenio o bien por liquidación del activo ⁷⁰. Puede iniciarse a instancia del deudor (concurso voluntario) o a instancia de acreedor, en cuyo supuesto la declaración del concurso necesita una previa audiencia del primero (concurso necesario) ⁷¹. Adoptada la declaración y cumplidos una serie de requisitos, como los de su publicidad, todos los acreedores quedan sometidos al procedimiento para el cobro de sus créditos, salvo puntuales excepciones entre las que no se encuentran los créditos y acciones salariales. De derecho, la competencia del Juez del concurso, o Juez de lo Mercantil, es *exclusiva y excluyente* (ex art. 7 PLC) ⁷². Por ello los acreedores tendrán un período de tiempo para *comunicar* ⁷³ sus créditos y si no lo hicieran éstos tendrían la consideración de subordinados, salvo que su existencia se pudiera inferir de la documentación del deudor o constara de otro modo en las actuaciones ^{74, 75}. La declaración positiva acarrea unos efectos sobre el deudor –la administración judicial, la más importante–, sobre los acreedores y sobre los créditos. También, como destacable, las acciones de reintegración de la masa

⁶⁸ Sin perjuicio de las «excepciones» que pretende el legislador. *Vid. infra*, epígrafe 5.1.a), al final, de este trabajo.

⁶⁹ «Otra novedad es la existencia de un único procedimiento, que salva la actual división entre la suspensión de pagos y la quiebra (...) y lleva a dos posibles soluciones, el convenio o la liquidación...», LA LEY, Diario de Noticias, especial febrero 2002, p. 2.

⁷⁰ «El Anteproyecto favorece el convenio y plantea la liquidación como solución subsidiaria...», *ibidem*, p. 2. *Vid. infra*, epígrafe 5.2.b) de este trabajo.

⁷¹ Con la vigente normativa –supongamos que se trata de comerciante deudor– también existe la quiebra necesaria y la quiebra voluntaria. En cambio, el procedimiento para la declaración de suspensión de pagos, normado en la añeja Ley de 26 de julio de 1922, sólo puede instarse por el deudor, como «remedio» para evitar los efectos mucho más contundentes de la quiebra, hasta el punto de que algunos juristas lo han asimilado a la jurisdicción voluntaria.

⁷² *Ídem*, artículo 7 ALC.

⁷³ En la actual normativa se habla de «insinuar» créditos.

⁷⁴ Artículo 91.1.º ALC.

⁷⁵ Pongamos un ejemplo: si el empresario es una sociedad de responsabilidad limitada, de inscripción obligatoria en el Registro Mercantil, y se hubiera dictado en ejecución singular auto de insolvencia, en un ulterior procedimiento concursal constaría la existencia de créditos salariales, pues dicha declaración judicial deberá publicarse en el BORME (*vid. DF 15.º ALC y el nuevo apartado 5 del art. 274 LPL*). En este aspecto considero más acertada la Propuesta ROJO, que además obligaba la comunicación del auto de insolvencia al Juzgado Mercantil competente para la declaración del concurso (DA 9.º, 3 ALC 1995).

(arts. 70 y cc.), la clasificación de los créditos y los informes de la administración judicial ⁷⁶ con la determinación de la masa activa y pasiva del concurso. Todo ello se comprendería en la «fase común del concurso», que finaliza transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores o habiéndose presentado, una vez puestos de manifiesto los textos definitivos de aquellos documentos (art. 97).

Finalizada la fase común, cuyo fin primordial es la determinación de las masas activa y pasiva, se entra en la fase de convenio ⁷⁷, sin perjuicio de la posibilidad de propuestas anticipadas ⁷⁸. La fase de liquidación se abriría bien si fracasara el convenio, bien si lo solicitara el deudor, con lo que puede decirse sin reparos que la Reforma Concursal apunta y apuesta definitivamente por el consenso como solución normal –al menos la deseada por el prelegislador– del procedimiento ⁷⁹.

El concurso concluirá:

- 1.º Firme el auto de la Audiencia Provincial que revoque en apelación el auto de declaración de concurso. Aunque el Proyecto no lo diga, también transcurrido el plazo de 5 días sin anunciar la preparación de tal recurso devolutivo ⁸⁰.
- 2.º A la firmeza del auto que declare el cumplimiento del convenio o caducadas o rechazadas por sentencia firme las acciones de declaración de incumplimiento.
- 3.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se produzca o se compruebe el pago o la consignación de la totalidad de los créditos reconocidos o la íntegra satisfacción de los acreedores por cualquier otro medio. Se potencian, incluso en sede de liquidación, las soluciones consensuales (convenios).
- 4.º En cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la inexistencia de activo ⁸¹ o de terceros responsables. Sin embargo, no podrá acordarse por esta causa la conclusión cuando se esté tramitando la sección de calificación ⁸², estén pendientes demandas de reintegración de la masa activa o en los casos de exigencia de responsabilidad de terceros, salvo que estas acciones hubiesen sido objeto de cesión.

⁷⁶ En lo relativo a su nombramiento, *vid.* Tít. II ALC, artículos 25 a 47; también, artículos 20, 39, 41, 42, 43 y 47. *Vid., passim*, MAGRO SERVET, V.: *El nombramiento de los administradores judiciales por los jueces de lo mercantil en la reforma concursal*, LA LEY, n.º 5.443, 19 diciembre 2001, pp. 1 a 5.

⁷⁷ *Vid. infra*, epígrafe 5.3.

⁷⁸ Artículos 103 a 109 ALC.

⁷⁹ *Vid. infra*, epígrafe 5.2.b).

⁸⁰ *Vid.* artículos 455 y ss. LEC en relación con el 4 de la misma y 182 del ALC.

⁸¹ En estos casos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes y los acreedores –de cualquier tipo– podrán iniciar ejecuciones singulares en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o se declare uno nuevo.

⁸² *Vid.* artículos 162 a 174, especialmente el artículo 162.1, que dispone que procederá la apertura de esta sección cuando tenga lugar la aprobación de un convenio que establezca una quita superior a 1/3 de los créditos, una espera superior a un año, así como en todos los supuestos de apertura de la fase de liquidación.

- 5.º En cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos o la sentencia que homologue una transacción del deudor con éstos, en los términos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil ⁸³.

4.4. Clases de créditos del concurso (Referencia).

La Propuesta disocia la tipología de los créditos privilegiados modulando las preferencias entre ellos, es decir, los clasifica en torno a dos bloques separados: los créditos con privilegio especial que actúa exclusiva y excluyentemente sobre determinados bienes a los que afecta y, por otro lado, los créditos con privilegio general, que actuarán indistintamente sobre los bienes libres de privilegio especial del deudor concursado bajo el principio de universalidad. La propia EM (V, pf. 1.º) explica que una de las finalidades es la reducción de los privilegios, hoy diseminados en diversas leyes ⁸⁴.

Una puntual referencia ayudará a la ubicación de los créditos salariales que posteriormente se intentará abordar. De mayor a menor privilegio, tenemos en primer lugar los denominados créditos contra la masa (*ex art. 83.2 PLC*); los créditos salariales por los 30 últimos días de salario calculados sobre la base que no supere el doble del SMI, que ha introducido el reciente Proyecto (art. 154), silenciándose dichos créditos superprivilegiados en el ALC; dentro ya de los restantes créditos (*ex lege* concursales), los dotados en el concurso con privilegio especial (*ex art. 89.1*), con privilegio general (*ex art. 90*), los ordinarios, y finalmente los subordinados (*ex art. 91 del citado ALC*) ⁸⁵.

- Tendrían en la Propuesta actual la consideración de CRÉDITOS CONTRA LA MASA:
 - 1.º Costas y gastos judiciales ocasionados en el procedimiento concursal con sus incidencias hasta la eficacia del convenio o, en otro caso, su conclusión; se exceptúan los ocasionados por los recursos que hayan sido total o parcialmente desestimados con condena en costas.
 - 2.º Costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración judicial o de acreedores legitimados en los juicios que en interés de la masa continúen o se inicien conforme a la Ley concursal, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor hasta los límites cuantitativos establecidos.

⁸³ Vid. artículos 19 y ss. LEC 1/2000.

⁸⁴ En palabras de ALONSO LEDESMA, C., *La clasificación de los créditos...*, *op. cit.* p. 188 «...el auténtico *Laberyntus creditorum* formado por la multiplicidad y heterogeneidad de los créditos a los que en el Derecho vigente se reconoce un privilegio, se despeja considerablemente (...).»

⁸⁵ Frente al esquema general que a los meros efectos ilustrativos se hace, aparecerá en cursiva todo cuanto pueda afectar a los créditos salariales.

- 3.º Los de administración del concurso (retribución de los administradores, gastos ocasionados, honorarios de expertos independientes...).
- 4.º Alimentos del deudor y de las personas respecto de las cuales tenga el deber legal de prestarlos, conforme a lo establecido en la Ley concursal en cuanto su procedencia y cuantía.
- 5.º Los generados por la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que se acuerde su cese, hasta el convenio o hasta la conclusión del procedimiento. *Aquí se incluirían los salarios con las cargas de la Seguridad Social, pudiendo arrojar cuantías importantes.*
- 6.º Los que conforme a la Ley especial resulten de prestaciones a cargo del concursado en contratos con obligaciones recíprocas que continúen en vigor y las obligaciones indemnizatorias o restitutivas que se deriven de ellos.
- 7.º *Los de los trabajadores por la indemnización debida en caso de extinción de los contratos de trabajo acordada por el Juez del concurso, conforme a lo dispuesto en la Ley concursal.*
- 8.º Los correspondientes a créditos con privilegio especial sin realización de los bienes o derechos afectos, los de rehabilitación de contratos o de enervación del desahucio, así como otras cantidades de vencimiento futuro previstas en la Ley concursal.
- 9.º Los que deriven de devolución de contraprestaciones recibidas por el concursado en los casos de rescisión concursal, salvo mala fe del titular del crédito.
- 10.º Los que resulten de obligaciones válidamente contraídas en el curso del procedimiento por la administración judicial o con su conformidad.
- 11.º Los correspondientes a obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración del concurso hasta la eficacia del convenio o la terminación del procedimiento universal.
- 12.º Otros que la ley determine.

Los créditos salariales del artículo 154 PLC tienen, como veremos, una consideración especial.

- Son CRÉDITOS CONCURSALES los privilegiados en sus dos modalidades (a y b), los ordinarios (c) y los subordinados (d). Aquí si que hay que empezar a hacer hincapié en los cambios habidos desde el ALC al PLC.

a) Créditos con privilegio especial en el ALC:

- 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados.

- 2.º Los créditos garantizados con anticresis, sobre los frutos del inmueble gravado.
 - 3.º *Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados* ⁸⁶.
 - 4.º Los créditos nacidos de arrendamiento financiero (*v. gr., leasing*) o de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, en los arrendadores, vendedores o financiadores, sobre los bienes arrendados o vendidos con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago.
 - 5.º Los créditos con garantía de valores representados mediante anotaciones en cuenta, sobre los valores gravados.
 - 6.º Los créditos garantizados con prenda en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratase de prenda de créditos, bastará con que conste en el documento con fecha fehaciente para gozar del privilegio sobre los créditos pignorados.
- a') En el PLC se modifica el artículo 89.1.3.^a, que pasa a tener la siguiente redacción:
- «3.º Los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados. Esta preferencia se reconoce para los créditos de los trabajadores sobre los bienes por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.»*
- b) Los créditos con privilegio general, que se pagarán «en cascada» por el orden siguiente y con cargo al activo no afectado por el privilegio especial anterior, son:
- 1.º *Los créditos por salarios derivados de las relaciones laborales en las que el concursado sea empleador, correspondientes a los 6 meses anteriores a la declaración de concurso.*
 - 2.º Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de derechos de explotación de la obra literaria, artística, cinematográfica o científica devengados durante los 6 meses anteriores a la declaración de concurso. *Es llano que tales créditos no tienen naturaleza salarial.*
 - 3.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual.
 - 4.º *Los créditos correspondientes a indemnizaciones por despido devengados en los 6 meses anteriores a la declaración de concurso, hasta la cuantía correspondiente al mínimo legal, calculada sobre una base que no supere el triple del SMI.*
 - 5.º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos por cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta, que no gocen de privilegio especial, con el límite del 50 por 100 de la masa pasiva del concurso.

⁸⁶ Cfr. con el artículo 32.2 TRET y la ausencia –en el ALC– de la especial mención de estos créditos de carácter tan particular; *vid. infra*, epígrafe 5.1.c) y con la nueva redacción que se comenta en *infra*, que imprime el nuevo artículo 89.1.3.º PLC.

6.º Los créditos titularidad del acreedor que instó la declaración de concurso y que no tengan el carácter de subordinados, hasta parte de su importe. *Nótese que los trabajadores pueden instar, como acreedores, la declaración de concurso de su empleador.*

b') Aquí sí que el PLC ha cambiado tanto respecto al orden como en relación a aspectos muy sustanciales con el ALC. Se establecen estos cinco niveles preferenciales, de mayor a menor preferencia y liquidables en caso de insuficiencia de numerario a prorrata dentro de cada grupo. Ello quiere decir que hasta que no estén cubiertos los créditos de un ordinal no se atenderá al pago del ordinal siguiente. El orden es:

- 1.º *Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del Salario Mínimo Interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, así como las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del Salario Mínimo Interprofesional.*
- 2.º Los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los 6 meses anteriores a la declaración del concurso.
- 3.º Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social, que no gocen de privilegio especial. Este privilegio podrá ejercerse por el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el 50 por 100 de su importe.
- 4.º Los créditos por responsabilidad civil extracontractual. No obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia –es decir, dentro del grupo– con los créditos recogidos en el número anterior.
- 5.º *Los créditos de que fuere titular el acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso y que no tuvieren el carácter de subordinados, hasta la cuarta parte de su importe (25%).*

Prima facie, puede decirse respecto los cambios habidos en el Proyecto:

1. Los créditos por salarios devengados con anterioridad a la declaración de concurso siguen ocupando el primer lugar en el artículo 90. Sólo que en el ALC (1) estaban limitados temporalmente (durante los 6 meses anteriores) y ahora cuantitativamente (el triple del SMI, en consonancia con el vigente art. 32.3 del ET) y (2) en el texto precedente se englobaban todos los créditos, mientras que aquí, en dócil conciliación con los números 1 y 3 del artículo 32, deben sustraerse los correspondientes a los 30 últimos días de salario calculados sobre una base que no supere el doble del SMI, que pasan a tener un especial tratamiento en el artículo 154 PLC.

2. Las indemnizaciones por despido ocupan el mismo lugar que los anteriores y en concurrencia con ellos, mientras que en el ALC quedaban relegadas a un cuarto lugar en el artículo 90 y con los mismos límites cuantitativos.
 3. Se recuperan respecto al ALC los tradicionales créditos laborales refaccionarios, aunque su insinuación –o más propiamente, su *comunicación*– traerá problemas si se produce.
- c) Por omisión, serán CRÉDITOS ORDINARIOS todos los restantes que no tengan la calificación de subordinados.
- d) Tendrán en el concurso la consideración de CRÉDITOS SUBORDINADOS:
- 1.º Los tardíamente comunicados finalmente incluidos ⁸⁷, salvo que su existencia pudiera desprenderse de la documentación del deudor o bien constara de otro modo en los autos.
 - 2.º Los que por pacto contractual tuvieran esa consideración en relación con los demás créditos del deudor.
 - 3.º *Los correspondientes a intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios*, salvo los hipotecarios y pignoratícios hasta donde alcance la respectiva garantía.
 - 4.º Los créditos por multas y *demás sanciones pecuniarias*.
 - 5.º Los créditos titularidad de personas especialmente relacionadas con el deudor, con las excepciones señaladas ⁸⁸.
 - 6.º Los que sean consecuencia de la rescisión concursal y resulten a favor de quien en la sentencia haya sido declarado parte de mala fe en el acto impugnado.

Antes de entrar en el próximo epígrafe, conviene mencionar de modo introductorio la especial situación concursal de los créditos –devengados con anterioridad a la declaración de concurso– por salarios por los 30 últimos días calculados sobre la base que no supere el doble del SMI, del introducido artículo 154.

Tienen la consideración de créditos concursales, del propio tenor del artículo 154, aunque «deberán pagarse con anterioridad» a ellos. No tienen, desde luego, la asimilación de créditos contra la masa porque no se liquidan en concurrencia con éstos sino después. Están a caballo entre éstos y los anteriores, pareciendo una especie de créditos contra la masa de segundo nivel –u operando como tales en la liquidación–, pero en realidad se trata de créditos concursales singularmente privilegiados.

⁸⁷ La inclusión de créditos corresponde en principio a la administración judicial. También por vía impugnatoria pueden incluirse por el Juez del concurso.

⁸⁸ *Vid.* artículos 92 y 91.5.º en relación con el 90.1.º PLC.

4.5. Primera aproximación: ubicación del salario en el concurso.

A partir de aquí ya entraremos a analizar el crédito salarial, ya potencial, ya efectivo, en sede concursal, a la luz del ALC y su posterior modificación (PLC). Hasta ahora he creído oportuno recapitular en torno a la actual configuración del privilegio, sin demasiados pormenores, simplemente para su confrontación con el régimen que se avecina, si el empleador es declarado en concurso.

Las preferencias relativas *ex* artículo 32 TRET, operarían *per se* si el empleador se halla libre de procedimiento concurso aunque singularmente sea declarada su insolvencia por el orden laboral (*ex* arts. 248, 274 LPL). Pero, como se ha denotado reiteradamente, es el propio precepto el que se autoderoga, en su pretendida redacción, si hay concurso del empresario⁸⁹. Lo determinante, como también se ha mencionado, es la fecha de la declaración judicial de concurso, no la simple admisión a trámite del proceso universal. Una vez llegado este punto, opera la *vis atractiva* concursal que no persigue otro fin que la satisfacción común de todos los acreedores del deudor⁹⁰. Sentado que ésta será la única vía de los acreedores laborales, loable es que el propio proyecto excepcione a éstos de los requisitos de postulación que establece para los demás acreedores que no actúen como Administración Pública⁹¹, operando una concesión a favor de la aplicación de lo establecido en los artículos 18 y 21 LPL⁹².

El crédito por salarios o indemnizaciones puede ser potencial o efectivo. En el primer caso puede tratarse de una deuda existente de hecho, pero no accionada. Se trata, pues, de una deuda futura que afectará al empresario cuando sea declarada como tal. En otros casos, bien a través del correspondiente proceso declarativo ante la jurisdicción social (reclamación de cantidad o despido), declarada por la autoridad laboral o convenida en conciliación *inter partes*. Analicemos estas dos situaciones por su orden cronológico.

⁸⁹ Vid. DF 12.ª PLC, que se corresponde con la 14.ª anterior en el ALC.

⁹⁰ Así se indica, por ejemplo, en la nueva Ley de insolvencia alemana aprobada en 1994 y que entró en vigor cinco años más tarde (pgf. 1 *Insolvenzordnung* o *InsO*, de 5 de octubre de 1994, BGBI I, p. 2.866). Vid., *passim*, SCHMIDT, Karsten: *Fundamentos del nuevo Derecho concursal alemán* (Trad. Juana Pulgar Ezquerro), VV.AA., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Edit. Dilex, Paracuellos del Jarama, 2002, pp. 15 a 39.

⁹¹ Vid. artículos 184 y cc. ALC. Los acreedores de naturaleza privada no laborales necesitan representación por Procurador y dirección técnica por Abogado en ejercicio para realizar actos como solicitar la declaración del concurso, comparecer en el procedimiento universal, interponer recursos, plantear incidentes e impugnar actos de administración.

⁹² La defensa por Abogado en el procedimiento laboral –y en el concursal– tiene –y tendrá– carácter facultativo (*ex* art. 21.1 LPL en la redacción dada por la DA 5.ª de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita). Por su parte, el artículo 18 LPL establece que las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación indistintamente a Procurador, Graduado Social colegiado –hoy Diplomado en Relaciones Laborales– o a cualquier persona que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Vid. artículo 184.3 PLC. Vid. también, tangencialmente, artículos 17, 24.1, 24.2, 25, 26, 28.1, 28.3, 29, 30 y 34 de la LEC 1/2000.

a) Como deuda futura. La cuestionada competencia declarativa del Juez del concurso.

Los trabajadores pueden pretender reclamar al empresario la improcedencia/nulidad de su despido o cantidades no satisfechas puntualmente, mediante la correspondiente demanda, previo el intento de conciliación en los casos que sea preceptiva. En los casos en que esta conciliación ante el organismo competente terminara con avenencia nos encontraríamos ante un título que lleva aparejada ejecución (arg. *ex* arts. 68 y 235.2 LPL y 517.1 y 2.9.º LEC) y que sometido a un plazo de caducidad de 30 días (*ex* art. 67.2 LPL) convendría durante el mismo comunicarlo al concurso⁹³, puesto que en la pretendida Reforma Concursal (art. 59) sólo se habla de que la declaración interrumpe los plazos de prescripción, durante su tramitación, iniciándose nuevamente a la conclusión del mismo. Pero, declarado el concurso, ¿puede promoverse la conciliación administrativa necesaria? La respuesta no es unívoca, puesto que el artículo 7 del Texto Propyectado se refiere claramente a «acciones» como lo son las demandas, y estos actos no pueden ser considerados tales. No son siquiera actos procesales de evitación del proceso, aunque su fin sea el mismo, como ocurre con la conciliación en el juicio verbal («actos de conciliación y juicio», LPL, arts. 83 y ss.). Si nos atenemos a la respuesta positiva nos encontramos ante una pretensión ejecutiva insinuable dentro del concurso que por ser de tal naturaleza no sería pagada con cargo a la masa, sino después y por su orden prelativo establecido en la Ley concursal. La respuesta negativa, que es la que se impondría atisbando en la voluntad del prelegislador, la «demanda» sería resuelta, esto es, determinada por el Juez del concurso y pagada como crédito contra la masa si los impagos son posteriores a la declaración⁹⁴. La diferencia puede ser notable. Imaginemos que la masa activa termina con el pago de los créditos contra la masa. En este caso los ejecutantes no cobrarían, salvo la garantía prestacional a cargo del FOGASA⁹⁵.

Sea como fuere, es llano que declarado el concurso del empleador no se podrá instar acción alguna contra el mismo, quedando todas las demandas, laborales incluidas, sometidas al Juez concursal (*ex* art. 7.2.º PLC, que no admite más interpretaciones) con una clara anulación de la competencia objetiva del Juez de lo Social, debiendo éste abstenerse de conocer y prevenir a las partes que accionen su derecho ante el concurso bajo pena de nulidad radical (art. 49.1, que tampoco admite puntos de vista). Lo cierto es que el artículo 63 del Proyecto actual puede acordar a iniciativa del deudor o de la administración judicial (...) la extinción, supresión y/o modificación colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado conforme lo que disponga la Ley concursal y *sin necesidad de seguir los trámites establecidos al efecto en la legislación laboral*, aunque se prevé, afortunadamente, la apertura de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores (art. 63.2); si acordara la extinción de los contratos fijará la indemnización que corres-

⁹³ *Cfr.* artículos 3.1 y 6 PLC e *infra*, epígrafe 4.6.b).

⁹⁴ En estos casos, si hubiera convenio, estos créditos no tendrían derecho a voto. *Vid. infra*, epígrafe 5.3.a).

⁹⁵ *Vid. supra*, epígrafe 3.3 e *infra*, epígrafe 5.1.b).

ponda a cada uno de ellos de conformidad con lo establecido en la legislación laboral para el despido colectivo, esto es, a razón de 20 días de salario por año de servicio –prorrataándose por meses, en su caso– con un máximo de 12 mensualidades (*ex art. 51.8 TRET*)⁹⁶. En estos casos su pago sería directamente contra la masa (art. 63.3) o dicho de otro modo, estos créditos no entrarán en pugna con otros de igual o distinta naturaleza al no considerarse concursales⁹⁷ aunque no se harán efectivos hasta que se apruebe un convenio, se abra la liquidación o transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se haya producido uno de estos actos (art. 153.2, *i.f.*).

Fuera de estos supuestos asimilados al despido colectivo, si no se puede demandar al concursado, es llano que estas pretensiones deberán deducirse ante el Juez del concurso. En anterior caso, el que parece contemplar el artículo 63, el Juez mercantil actúa *ex officio* delimitando las cantidades que por ese concepto concreto debe responder el empresario con cargo a la masa activa en concepto de deudas de ésta, que serían pagadas, de no mediar incidentes, con cargo a los bienes y derechos no afectados con privilegio especial de llegarse a la liquidación (art. 153). Pero estas indemnizaciones ya no se postergarán en sede liquidatoria –si se devengaran posteriormente–, a los créditos salariales *ex artículos 90.1.º* (antiguo art. 90.4.º ALC) por su inclusión en el artículo 90, apartado 1.º del PLC junto con los restantes salarios en la cuantía privilegiada o preferenciada. Se pagarían todas estas deudas salariales conjuntamente o en su caso a prorrata con sus importes respectivos. Pero ni que decir tiene que todas las «acciones» propiamente dichas de los trabajadores deberán plantearse ante el concurso, aunque con su simple constancia es dable que se actuaría conforme al artículo 63 en los supuestos de indemnizaciones, produciéndose, siguiendo a FERNÁNDEZ RUIZ, en los artículos 63 (1 a 3) «la deslaboralización más absoluta...»⁹⁸.

Pues bien; tan pronto como sea posible, estos créditos potenciales deberán ser cuantificados por el Juez especial, de forma que las cuantías indemnizatorias no tendrán por qué acomodarse a la exigua suma del artículo 51 TRET, sino que podrán –como en el supuesto del art. 90.1.º PLC–, según su naturaleza, limitarse por el artículo 50 de dicha ley (extinción a voluntad del trabajador), o el 54 con las consecuencias que establecen los artículos 55 y 56. Estas indemnizaciones, declaradas por el Juez del concurso, deberán pagarse según los casos como deudas de la masa.

Otra cosa son los sueldos impagados o reclamaciones salariales no indemnizatorias. Irán a cargo de la masa, de la forma que se ha dicho, en los casos que se devenguen después de declarado el concurso. Pero los débitos anteriores, por fuerza, deberán integrarse como créditos con privilegio general *ex artículo 90.1.º PLC*. El texto proyectado, en consecuencia –como en su EM anticipa– privilegia los salarios devengados *con posterioridad* a la declaración de concurso y a las indemniza-

⁹⁶ Notablemente inferior a los 45 días de salario por año de servicio hasta el máximo de 42 mensualidades del artículo 56 ET.

⁹⁷ No obstante ello, los créditos contra la masa, en concreto su existencia, su calificación como tales o su pago son impugnables mediante el incidente concursal (regulado en el Proyecto, arts. 191 a 195) (art. 153.2 ALC).

⁹⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, *Los créditos salariales...*, cit. p. 210.

ciones *acordadas por el Juez del mismo*. Por un lado, es determinante, una vez más, la fecha del auto de declaración; por otro, existirá una discriminación negativa para aquellas indemnizaciones fijadas anteriormente a tal fecha por el órgano para algunos competente por excelencia (Juzgado de lo Social).

Esta competencia «declarativa» que pretende acomodar la Ley Orgánica para la Reforma Concursal ha sido, con la supresión del derecho de ejecución separada, lo más controvertido. Aunque más quebrantadora y cuestionable puede parecer esta competencia. Por un lado, parece cercenar principios que podríamos denominar básicos contenidos, por ejemplo, en el renombrado Libro Blanco de la Justicia ⁹⁹; ello ha sido criticado por sectores laboristas. Otros sectores vislumbran el potencial peligro que siempre supone una inminente concentración de competencias ¹⁰⁰ tan sólo justificable desde un prisma de la política legislativa en pretendida adecuación a nuestra realidad social y económica. Pero, aunque tengamos que acostumbrarnos, lo cierto es que tras una evolución progresiva y en una misma línea de nuestros órdenes jurisdiccionales ordinarios desde nuestro Estado de Derecho, las disposiciones tanto orgánicas como de competencia de la nueva Ley aparecen frente al sistema general como un cuerpo extraño, lo cual no implica, por fuerza, desestabilización, aunque no haya faltado –ni faltará– quien así lo ve. La realidad más reciente es que el Pleno del Consejo Económico y Social (CES) aprobó el pasado 7 de noviembre de 2001 el dictamen sobre el ALC. Desoyendo la oposición al Juez único de los consejeros sindicales de UGT, CC.OO. y CIG, valoró «la creación de única jurisdicción especializada así como la búsqueda de la supervivencia de la empresa a través de un Plan de Viabilidad como principio inspirador...» ¹⁰¹, introduciendo algunas sugerencias para garantizar los derechos fundamentales (?) de los trabajadores ¹⁰². Era –y es– conveniente, para aliviar tensiones en un principio y para el futuro del trabajador-acreador concursal más

⁹⁹ *Libro Blanco de la Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, CDJ, Madrid, 1997, que dispone que tanto la configuración como la estructura orgánica y la Ley de Procedimiento Laboral han permitido a este orden cumplir su función y responder adecuadamente a la petición de tutela, y añade, que la capacidad de respuesta de este orden jurisdiccional ordinario que afecta a una extensa capa social (trabajadores, empresarios y pensionistas) ha de ser ágil, inmediata y segura. Agilidad y rapidez que hoy por hoy no puede presumirse de los juicios concursales. Véase que incide el *Libro* en la importancia que tiene la especialización de los Magistrados de este orden jurisdiccional, justificándola y argumentándola en base a la complejidad tanto de la vida social como de las –múltiples– normas reguladoras. Estas –prosigue– últimas requieren que sean conocidas y aplicadas por personas que las conozcan profundamente, dejando fuera de toda duda que «hay que potenciar esta especialización» [de la edición en lengua catalana, *Llibre Blanc de la Justícia*, CGPJ, 1997]. Se recomienda una reposada lectura de la Sección 4.ª dedicada al orden jurisdiccional social y se invita a una reflexión, a la luz de estas recientes directrices inspiradoras consideradas en su globalidad. ¿Acaso son compatibles con la *vis* competencial pretendida del Juez del concurso?

¹⁰⁰ Incluso para sectores no laboristas, como la Asociación de Jueces «Francisco de Vitoria», reputa si esta gran atribución de competencias (...) «hace inevitable preguntarse si no encierran el peligro que se produzca una excesiva acumulación de poder en los titulares de unos órganos...», LA LEY, Diario de Noticias, n.º 344, del 21 al 27 de enero de 2002. «Jueces para la Democracia», LA LEY, Diario de Noticias, especial febrero 2002, p. 6, asegura que la creación de estos Juzgados de lo Mercantil «...generará una insalvable inseguridad jurídica» en la distribución de competencias entre éstos y los Juzgados de 1.ª Instancia.

¹⁰¹ Fuente: LA LEY, Diario de Noticias, n.º 335, 12 al 18 de noviembre de 2001.

¹⁰² El Secretario General de UGT, Cándido Méndez, advirtió el 30 de octubre de 2002 que el PLC contenía «mejoras técnicas» sobre la legislación actual, pero que hacía «un recorte muy drástico a derechos y garantías de los trabajadores», considerando «muy grave» que un Juez único mercantil conociera de «todas las ejecuciones, incluidas las laborales», criticando el hecho de que «se nota claramente la ausencia de manos redactoras con experiencia» en el Derecho del Trabajo (Fuente: LA LEY, Diario de Noticias, de 31 de octubre de 2002).

adelante, que estas sugerencias, junto con otras que pueden articularse, no queden en el olvido parlamentario. De momento, la lectura del PLC hace, sin caer en un falso optimismo, que veamos que las demandas nacidas desde los sectores doctrinal y profesional del mundo del Derecho del Trabajo, han dado algún fruto ¹⁰³.

Los Juzgados de lo Mercantil, previstos en la Propuesta de reforma de Ley Orgánica ¹⁰⁴, no solamente conocerán de todas las acciones sociales con influencia en el patrimonio del empresario en concurso, sino que su competencia se extiende incluso a las cuestiones prejudiciales que con la legislación actual, competen a dicho orden si están relacionadas ¹⁰⁵ (*ex art. 8 PLC, extensión de la competencia del futuro Juez de lo Mercantil*).

Vayamos ahora a analizar la suposición, perfectamente dable, que si bien no se ha producido el derecho de crédito (condena o acuerdo firmes), se encuentre en fase de gestación ante el órgano de lo social. Como norma general, a diferencia de lo que ocurrirá si lo que se llevan a término ante idénticos órganos son demandas ejecutivas (ejecuciones singulares salariales), se continuarán los «juicios declarativos» hasta la firmeza de la sentencia (*ex art. 50.1 i.p.*). Aquí de forma apriorística caben algunas consideraciones: en las acciones por despido, ¿hemos de referirnos a la firmeza de la

¹⁰³ *Ad exemplum, vid.* RÍOS SALMERÓN, B.: «El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores. ¿Réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?», *Revista de Derecho Social*, n.º 14, abril-junio 2001; MARTÍNEZ GARRIDO, L.R.: *Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal esperada*, Actualidad Laboral n.º 38, Edit. LA LEY, 15 a 21 de octubre de 2001; FERNÁNDEZ RUIZ, J.L.: *Los créditos salariales y otras cuestiones laborales*, en AA.VV., «Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal», Edit. Dilex, Paracuellos del Jarama, 2002, pp. 207 a 238; FONOLL PUEYO, J.M.: *Hacia una nueva y definitiva estructura del privilegio salarial en situaciones de insolvencia a la luz del Anteproyecto de Ley Concursal de 7 de septiembre de 2001*, Aranzadi Social n.º 22, Elcano (Navarra), marzo 2002, pp. 63 a 81; «El privilegio salarial ante la Reforma Concursal», *Revista Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)* n.º 18, Edit. Lex Nova, Valladolid, julio de 2002, pp. LN-5 a LN-10, y *Cuestiones actuales sobre el privilegio salarial*, Diario LA LEY n.º 5.369, Tribuna, 6 septiembre 2001, p. 16.

¹⁰⁴ Su artículo 2.º modifica la rúbrica del Cap. V del Tít. IV de la LOPJ 1985 («De los juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Mercantil, de lo Penal, de lo Contencioso-Administrativo, de lo Social, de Vigilancia Penitenciaria y de Menores»); se añade un nuevo artículo 86 bis en la LOPJ estableciendo que en cada Provincia y con sede en su capital habrán uno o más Juzgados de lo Mercantil, aunque su competencia territorial puede abarcar más de una Provincia, como limitarse a parte de una; añade un artículo 86 ter en la LOPJ en el que regula, conforme a lo establecido en la Ley Concursal, la competencia excluyente de tales órganos. En un rápido resumen que hace ÁLVAREZ DE TOLEDO SAAVEDRA, J.: *La creación de los juzgados de lo mercantil*, LA LEY, Diario de Noticias, especial febrero 2002, cit. p. 4, lo que caracteriza a grandes rasgos estos nuevos órganos es: 1) Que son órganos exclusivos del Poder Judicial; 2.º) Son órganos especiales; 3.º) Son más que simples «órganos de insolvencias» y su razón de ser es la imprescindible reforma de la legislación concursal.

No obstante, como ha ocurrido con otras reformas, ésta no podía ser una excepción a la triste regla de que el legislador corre más que las dotaciones presupuestarias para que sea efectiva la debida dotación de medios infraestructurales, materiales y personales al servicio del Poder Judicial para la instauración eficaz de la reforma concursal. Por ello, la comedida y prudente DT 2.ª de la Propuesta, dispone la asunción de las funciones de la futura Ley Concursal por los Juzgados de Primera Instancia de las capitales de provincia –ya sobrecargados con la convivencia de las Leyes de Enjuiciamiento de 1881 y de 2000–, Ceuta y Melilla. Sin duda se agravará aún más la situación de estos Juzgados con la consecuente repercusión en la tutela judicial, por lo que esperemos que los nuevos «Juzgados de lo mercantil», al menos, si han de funcionar, lo hagan cuanto antes.

¹⁰⁵ *Ex artículo 4 LPL. Vid.* SSTS/Social 28 febrero 1997 [RJA 1997\4220], 3 de octubre 1998 [RJA 1998\1474], STC 182/1994, 20 de junio [RTC 1994\192] y *cf.* artículo 10 LOPJ, artículo 177 TCEE y artículo 42 LEC.

sentencia que lo declare, por ejemplo, improcedente, o al ulterior auto de extinción de la relación laboral? La respuesta más práctica es que la competencia laboral termine con el auto extintorio delimitador de la deuda (indemnización más salarios de tramitación). Y si lo que se lleva a término no es propiamente una demanda, sino un intento de conciliación, parece aconsejable que se lleve a término si se inició en el servicio administrativo con anterioridad a la fecha de la declaración formal de concurso del empresario. Regresando a las demandas en trámite, la solución apuntada se reafirma puesto que ya hemos dicho que su tramitación, digamos que hasta que recaiga resolución, es sólo una norma general, ya que el propio artículo 50.1, *i.f.*, permite la acumulación de toda demanda declarativa que se esté tramitando en primera instancia si el Juez del concurso estima que su resolución tiene trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, hipótesis muy dables en demandas laborales frente a medianas y grandes empresas. Mas esta nueva sustracción de competencia a los órganos ordinarios también puede instarse por los administradores del concurso antes de emitir su informe o por cualquier parte personada –incluso por la propia empresa– antes de la finalización del plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores.

Así las cosas, la intervención de la administración judicial concursal en juicios declarativos es dual: 1) en primer término, como se ha dicho, está facultada para solicitar la acumulación de las demandas en trámite y es muy factible que el Juez único así lo acuerde; 2) en segundo lugar, si el empresario tuviere por mor de la declaración suspendidas sus facultades de administración y disposición, será la administración judicial quien sustituya a éste en el proceso ante la jurisdicción social como competencia propia, y necesitará la autorización del Juez del concurso para allanarse, transigir, llevar a acuerdos con los trabajadores, por ejemplo, en los actos de conciliación y juicio. Esta segunda intervención, dentro del declarativo social, puede provocar que se dilate excesivamente un procedimiento (traslados, autorizaciones...) que debe inspirarse, entre otros, por el principio de celeridad (*ex art. 74 LPL*).

b) Como crédito contra el empresario.

En numerosos casos los trabajadores ya habrán ganado la demanda declarativa y dispondrán de un título ejecutivo, ya sea una sentencia, complementada en su caso con un auto de extinción cuantificador de la deuda, o un acto de conciliación ya sea de naturaleza judicial o extrajudicial (administrativa). La futura Ley prohíbe que se promuevan ejecuciones y apremios contra el deudor declarado en concurso, con lo que instada la ejecución ante el órgano competente (Juzgado de lo Social de la circunscripción, de la instancia o servicios comunes) deberá inadmitir *a limine* la demanda ejecutiva y remitir a los ejecutantes al órgano mercantil. «*Declarado el concurso –la fecha de referencia será la del auto ex art. 20 PLC– no podrán iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales (...)*» (art. 54.1) y la contravención de esta disposición es sancionada con nulidad absoluta o de pleno derecho (*ex art. 54.3*). Es decir, el ejecutante salarial deberá someterse por fuerza al procedimiento concursal con las únicas excepciones en cuanto a postulación ¹⁰⁶ y las relativas

¹⁰⁶ *Vid.* artículo 184.3 PLC y *supra*, epígrafe 4.5.

al carácter privilegiado del crédito. En este punto, empero, cabe denotar, en primer lugar, que no será determinante la estricta observancia de los plazos de prescripción. En sede laboral no es de aplicación el plazo de 5 años del nuevo artículo 518 LEC, que también es de distinta naturaleza (caducidad). Los plazos en esta jurisdicción son más breves: de un año para reclamar numerario (arts. 59.2 ET y 241.2 LPL) y se reduce hasta tres meses en los procesos por despido (art. 277.2 LPL). Pero dispone claramente el artículo 59 PLC que desde la declaración del concurso y durante su tramitación, quedará interrumpido el cómputo del plazo de las acciones con trascendencia patrimonial, iniciándose nuevamente, en su caso, al momento de conclusión del concurso. Es decir, los plazos de prescripción determinados por la ley no se interrumpen mediante la comunicación de los créditos sino *ope legis* con la declaración del concurso.

Otra cuestión gira en torno a la comunicación de créditos, pues ésta debe hacerse en el plazo de un mes desde la última publicación obligatoria del auto de declaración del concurso (art. 84 en relación con el 20 PLC). Como quiera que el artículo 22 establece como obligatoria la publicación oficial en el BOE, en un diario de gran circulación de la provincia donde radique «el centro de sus principales intereses» y si tiene el domicilio o razón social en otra provincia también en un diario de gran circulación de ésta, habrá que estar a ello. Si se tratase de concurso voluntario recaerá en el deudor el deber de relacionar estos créditos debidamente identificados (art. 5). Por otro lado, el artículo 33.3 ET establece la obligación, incluso *ex officio*, que desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales *o se presume la posibilidad de su existencia*, de citar al FOGASA en su calidad de responsable legal subsidiario; en el mismo sentido, artículo 16 Real Decreto 505/1985, de Organización y funcionamiento del citado organismo¹⁰⁷. Ello hay que ponerlo en relación con el impulso oficial que genéricamente establece el Proyecto¹⁰⁸. Así la cuestión, el Proyecto subsana la omisión del texto anterior del FOGASA, en su artículo 184.1, estableciendo que *deberá ser citado como parte* cuando pueda derivarse responsabilidad del mismo, es decir, cuando existan créditos salariales.

La comunicación en tiempo y forma de los créditos es un requisito esencial: el artículo 91.1.º considera créditos subordinados, sin distinción, aquellos créditos tardíamente comunicados incluidos por la administración en la lista, así como aquellos que no habiendo sido comunicados oportunamente sean incluidos por el Juez del concurso al resolver sobre las impugnaciones que contra ella pueden presentarse. No obstante esta preocupante sanción, conforme la cual los créditos salariales que se encontraran en esta situación no sólo perderían el carácter privilegiado en una futura liquidación sino que incluso quedarían relegados a la satisfacción plena de los ordinarios, vemos que fácilmente puede atenuarse con la excepción que sienta dicho ordinal en el sentido de que no tendrán nunca esta postergación si su «existencia resultare de la documentación del deudor, constare de otro modo en el concurso que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, *teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza*».

¹⁰⁷ Vid. *supra*, 3.3, y más matizadamente, *infra*, epígrafe 5.1.b).

¹⁰⁸ Cfr. artículo 237 LOPJ.

Partiendo de la hipótesis de que haya ejecuciones salariales en trámite, éstas deberán suspenderse desde la fecha de la declaración del concurso (arg. *ex arts.* 7.3.º y 54.2 PLC) y procederá remitir a los ejecutantes a tal procedimiento. Por ejecuciones en trámite debemos entender aquellas en las que no se haya cubierto la totalidad de la cantidad por la que se despachó ejecución (arg. *ex art.* 570 LEC en relación con el art. 235 y la DA 1.ª, 1 LPL) o no haya recaído auto de insolvencia del empresario ejecutado (*ex art.* 274 LPL, principalmente). Sin embargo, en este último caso, en que la ejecución puede continuar de conocerse bienes, tanto los ejecutantes como el FOGASA deberán comparecer en el concurso insinuando sus créditos respectivos: los primeros por la cantidad pendiente de principal y los segundos por la parte legal satisfecha como garantía ¹⁰⁹.

Ha de tomarse en consideración en relación a los intereses, de mora procesal incluidos (*ex art.* 576 LEC), que su devengo queda interrumpido desde la declaración del concurso (art. 58.1 PLC) y su cuantía se integraría como crédito subordinado (*ex art.* 91 PLC, y dentro de ellos, para el pago ocupa el ordinal 3.ª). Las costas a cargo del ejecutado concursado serían créditos ordinarios ¹¹⁰.

4.6. Modificaciones legislativas y puntos de incidencia operados por la Reforma Concursal en materia laboral.

a) Aspectos más relevantes.

En principio, las DDFP 12.ª y 13.ª del PLC modifican, respectivamente, el ET y la LPL. El primero resulta alterado en sus artículos 32, 51.10 y 57 bis, que se añade; la ley adjetiva laboral se modifica en los preceptos 2.a), se añade un 3.d), se modifican los 4.1, 6, se añade el 235.5, se modifica el 246.3 y se añade el 274.5.

Lo que aquí preocupa son los artículos 32 ET y 246.3 LPL ¹¹¹. Sobre todo el primero, puesto que la vigente redacción del apartado 3 del artículo 246 LPL que establece que las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no queda-

¹⁰⁹ Vid. artículos 33.4 ET y 30 y ss. Real Decreto 505/1985.

¹¹⁰ Nótese que en sede concursal, el orden de pago de los intereses y las costas se invierte respecto lo dispuesto en la LPL (art. 266.1).

¹¹¹ Las restantes modificaciones son:

a) Del ET (DF 12.ª PLC):

- El artículo 51.10 ET quedará redactado de la siguiente forma: «*El expediente de regulación de empleo en los supuestos de cese de la actividad de la empresa en virtud de decisión judicial no adoptada en un procedimiento concursal se tramitará a los solos efectos del acceso de los trabajadores afectados a la situación legal de desempleo. Todo ello, sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 2 y 4 del presente artículo en materia de período de consultas y del derecho a la indemnización a que se refiere el apartado 8.*»
- Se añade al Cap. III del Tít. I del ET una nueva sección 5.ª, integrada por el artículo 57 bis, con el siguiente tenor: «*La modificación, suspensión y extinción colectivas de contratos de trabajo en caso de concurso se regirá por lo establecido en la Ley Concursal.*». Vid. artículos 7.1.º, 8, 49.1, 50.1 PLC.

rán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal, quedará sin efecto. Dicho de otra forma, no habrá base legal para la ejecución singular separada, al prever el PLC dicho precepto con la siguiente redacción (DF 13.^ª): «Artículo 246.3 LPL.– En caso de concurso, las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados quedarán sometidas a lo establecido en la Ley Concursal.», más si tenemos en cuenta la cláusula derogatoria que el ALC –y ahora el PLC– pretende introducir en el número 5 del artículo 32 ET (*i.f.*).

b) Puntos de incidencia que afectan o pueden afectar a los trabajadores acreedores por salarios.

Comentadas de forma sucinta las anteriores disposiciones finales, se intentará, sin ánimo de exhaustividad, un recorrido por el articulado del mismo que pueda afectar, o como mínimo incidir, en los créditos salariales en el futuro proceso universal.

- *Artículo 2.4.* La existencia de embargos por ejecuciones singulares si afectan de una manera general al patrimonio del deudor es presupuesto objetivo para la declaración del concurso.
- *Artículos 3.1 y 6.* Los trabajadores, si son acreedores por salarios, estarían legitimados para solicitar la declaración de concurso necesario, debiendo expresar en la solicitud el origen, naturaleza, importe, fecha y situación actual del crédito salarial.
- *Artículo 5.2.4.º.* En caso de concurso voluntario a solicitud del deudor deberá incluir a los trabajadores afectados en la relación de acreedores.

b) De la LPL (DF 13.^ª ALC):

- El artículo 2.a) LPL queda redactado como sigue: «Art. 2.– Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal. (...)».
- Se añade la letra d) al artículo 3 LPL: «Art. 3.– No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: (...) d) De las pretensiones cuyo conocimiento y decisión esté reservado por la Ley Concursal a la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso.»
- Se modifica el artículo 4.1 LPL con la siguiente redacción: «La competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones previas y perjudiciales no pertenecientes a dicho orden, que estén directamente relacionadas con las atribuidas al mismo, salvo lo previsto en el apartado 3 de este artículo y en la Ley Concursal.»
- La nueva redacción del artículo 6 LPL sería: «Los Juzgados de lo Social conocerán en única instancia de todos los procesos atribuidos al orden jurisdiccional social, salvo lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de esta Ley y en la Ley Concursal.»
- El ALC añade un nuevo artículo 235.5 LPL, con el siguiente tenor: «5. En caso de concurso, se estará a lo establecido en la ley concursal.» Vid. especialmente, artículos 52 y 54 PLC.
- Se añade un nuevo apartado al artículo 274 LPL (insolvencia empresarial): «5. La declaración de insolvencia del ejecutado se publicará en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.» El ALC 1996 obligaba, además, que la declaración de insolvencia fuera comunicada al Juzgado de lo Mercantil competente para la declaración del concurso, según su DA 9.^ª, 3.

- *Artículo 7.* Toda acción y ejecución social, así como toda medida cautelar, cede ante la exclusiva y excluyente jurisdicción del Juez del concurso, que se extiende también a toda cuestión prejudicial de dicho orden social directamente relacionada con el concurso ¹¹².
- *Artículo 20.1.5.º.* El auto que declare el concurso llamará a los acreedores para que comuniquen sus créditos a la administración judicial en el plazo de un mes al de la última publicación obligatoria, indicando la forma y circunstancias de las mismas y la documentación que deben aportar conforme al artículo 84.
- *Artículo 48.* Uno de los efectos de la declaración del concurso es la integración de todos los acreedores en la masa pasiva.
- *Artículos 49.1 y 50.* Declarado el concurso del empresario, no podrán promoverse nuevas demandas laborales, debiendo el Juez de lo Social abstenerse si se presentan y remitir a los trabajadores afectados ante el Juez del concurso. Sin embargo, los procesos declarativos pendientes continuarán hasta la firmeza de la sentencia ¹¹³ si la hay, aunque podrán acumularse ¹¹⁴.
- *Artículos 51 y 52.1.* Los procedimientos arbitrales que se pretendan en que sea parte el empresario quedarán sin valor durante la tramitación de su concurso, pero las que se hallen en tramitación continuarán hasta su conclusión, vinculando, como las sentencias, al Juez de lo Mercantil cuando sean acumuladas. Ello entiendo que es aplicable a las conciliaciones administrativas.
- *Artículo 54.* Declarado el concurso no podrán iniciarse ejecuciones singulares laborales, y las que se tramiten quedarán en suspenso para integrarse en el concurso como créditos concursales de la masa pasiva.
- *Artículo 58.* El devengo de intereses (*ad exemplum, ex art. 576 LEC*) se suspenderá con la declaración del concurso, sin perjuicio de lo que pueda pactarse en caso de convenio hasta el tipo legal.
- *Artículo 59.* Declarado el concurso se interrumpirán los plazos de prescripción de las acciones contra el empresario y se reanudarán a su conclusión.
- *Artículo 63.* El Juez del concurso, previa consulta no vinculante con los representantes de los trabajadores, podrá acordar a instancia del deudor o de la administración, la extinción, suspensión y modificación colectivas de los contratos de trabajo, sin sujeción a las normas ni trámites de la legislación laboral. En caso de extinción, fijará la indemnización que corres-

¹¹² El alcance internacional de su jurisdicción comprende únicamente el conocimiento de aquellas acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso (art. 10 PLC).

¹¹³ *Vid.* artículo 52 PLC.

¹¹⁴ *Vid.*, más extensamente, lo que ha sido tratado *supra*, 4.5.a).

ponda a cada uno de los trabajadores, con cargo a la masa ¹¹⁵, de conformidad con lo establecido en la legislación laboral para el despido colectivo. El PLC añade que en algunos casos deberán previamente ser oídos los representantes de los trabajadores.

- *Artículo 64.* La indemnización derivada de contratos de alta dirección, que siempre tendrá la consideración de crédito concursal y no contra la masa, podrá moderarse por el Juez del concurso con el límite establecido para el despido colectivo.
- *Artículo 65.* Convenios colectivos, que no son objeto de este trabajo.
- *Artículo 74.2.2.º.* Los créditos laborales deberán determinarse en el informe de la administración judicial.
- *Artículo 83.2.7.º.* La indemnización a los trabajadores (no directivos) ¹¹⁶ fijada por el Juez de lo Mercantil tendrá la consideración de crédito contra la masa ¹¹⁷.
- *Artículos 84 y 85.* Los trabajadores que ostenten créditos contra el empresario en concurso deberán comunicarlos a la administración judicial dentro del plazo de un mes desde la última publicación preceptiva de la declaración de concurso ¹¹⁸. Una vez comunicados corresponderá su reconocimiento a la administración judicial ¹¹⁹.
- *Artículo 88.* Clases de créditos del concurso ¹²⁰.
- *Artículo 89.1.3.º.* Consideración de créditos con privilegio especial los refaccionarios, que recaen sobre los bienes refaccionados. Silenciado un contenido similar al del artículo 32.2 del ET, el Proyecto hace especial referencia frente al Anteproyecto a dichos créditos como créditos con privilegio especial ¹²¹.
- *Artículo 90.1.º.* Consideración de créditos con privilegio general y en primer lugar entre ellos de los salariales correspondientes en la cuantía *máxima* que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo por el número de días de salario pendientes de pago, así como las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo ¹²².
- *Artículo 91.1.* Los créditos no comunicados en tiempo tendrán la consideración de subordinados, salvo que pueda inferirse su existencia de la documentación del deudor o constara de otro modo.

¹¹⁵ Cfr. *infra*, comentario al artículo 83.2.7.º PLC.

¹¹⁶ Cfr. *supra*, comentario al artículo 64 PLC.

¹¹⁷ Cfr. *supra*, comentario al artículo 63 PLC.

¹¹⁸ Vid. artículo 22 PLC.

¹¹⁹ Vid. también el comentario al artículo 91.1 PLC.

¹²⁰ Remítase el lector a lo sucintamente expuesto *supra*, epígrafe 4.4.

¹²¹ Vid. *supra*, epígrafe 5.1.c).

¹²² Vid. *supra*, epígrafe 4.5.a).

- *Artículo 93.* Estructura y contenido de la lista de acreedores.
- *Artículos 95 y 96.* Impugnación de la lista de acreedores y consecuencias de la falta de impugnación.
- *Artículo 102.* Adhesiones al convenio: deberán ser puras y simples sin modificación ni condicionamiento alguno, expresando la cuantía de los créditos y su clase.
- *Artículo 107.* Tiempo de las adhesiones: desde la admisión a trámite de la propuesta de convenio hasta la expiración del plazo para impugnación del inventario y de la lista de acreedores.
- *Artículo 117.* Derecho de asistencia de los acreedores que figuran en la lista a la Junta para la aprobación del convenio.
- *Artículo 119.* Derecho de todo acreedor a solicitar información y/o aclaraciones en la Junta sobre el informe y la actuación de la administración sobre las propuestas de convenio y sobre los escritos de evaluación emitidos.
- *Artículo 120.* Se regula la deliberación y votación en la Junta de acreedores para la aprobación de convenio.
- *Artículo 121.* No tienen derecho de voto en la Junta: los titulares de créditos subordinados, los que hubieran adquirido su crédito *inter vivos* con posterioridad a la declaración del concurso (salvo adquisiciones a título universal o *como consecuencia de una realización forsoza*).
- *Artículo 122.* La asistencia a la Junta de acreedores privilegiados no afectará al cómputo del quórum necesario para su constitución, *ni les someterán los efectos del convenio aprobado si no votan a favor*. Si lo hicieran, sí les afectará su contenido respecto a su crédito o privilegio.
- *Artículo 145.* La apertura de la liquidación produce, entre otros efectos, el vencimiento anticipado de los créditos aplazados.
- *Artículo 153.* Los créditos contra la masa (como los salariales fijados por el Juez del concurso) se pagarán previamente a los créditos concursales, a sus respectivos vencimientos, pudiéndose discutir su existencia, calificación o pago a través del incidente concursal ¹²³. Las deducciones para atender a su pago se hará con cargo a bienes y derechos no afectados al pago de créditos con privilegio especial.
- *Artículo 154.* Los créditos por salarios por los últimos 30 días calculados sobre una base diaria que no supere el doble del salario mínimo.
- *Artículos 155 y siguientes.* Los créditos dotados de privilegio especial se harán efectivos con cargo a los bienes y/o derechos afectos. El pago de créditos con privilegio general se hará después de satisfechos los créditos contra la masa, con cargo a bienes no afectados por

¹²³ El incidente concursal, que finaliza por sentencia, se regula en los artículos 191 a 195 inclusive.

privilegio especial, y por el orden establecido en el artículo 90 PLC ¹²⁴. Los créditos ordinarios se pagarán después de satisfechos los créditos contra la masa y los anteriores, siempre con cargo a bienes no afectados por créditos con privilegio especial. Ahora bien: *a*) a solicitud de la administración se podrá motivadamente disponer su pago anticipado si se estima que los anteriores quedan suficientemente cubiertos (art. 156.1, *i.f.*); *b*) podrán ser satisfechos a prorrata conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a bienes y/o derechos afectos (art. 156.2); y, *c*) la administración atenderá al pago de estos créditos sin privilegio en función de la liquidez de la masa activa, pudiendo disponer entregas de cuotas por cantidad igual o superior al 5 por 100 de su nominal respectivo (art. 156.3).

- *Artículo 167.1.* Aprobado y publicado el convenio o la apertura de la liquidación, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse en los 10 días siguientes y alegar por escrito lo que considere relevante para la calificación del concurso como culpable ¹²⁵.
- *Artículo 184.1.* El FOGASA deberá ser citado al concurso como parte cuando pueda tener responsabilidad.
- *Artículo 184.3.* Excepción de los trabajadores en relación al principio general de postulación y dirección técnica en el concurso.

5. EL FUTURO DE LOS SALARIOS FRENTE A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL EMPLEADOR

5.1. El nuevo privilegio salarial en el concurso.

a) Desaparición del privilegio procesal. La excepción ¹²⁶ del nuevo artículo 154 del Proyecto.

Donde la reforma se plantea con mayor crudeza en torno al crédito salarial, incluso como hemos visto en relación a una futura reclamación de esta índole (crédito potencial) ¹²⁷, es en la derogación de la independencia de tales créditos, incluso acciones, si el empleador se halla declarado en

¹²⁴ *Vid. supra*, comentario al artículo 90.1.º PLC.

¹²⁵ *Vid.* artículos 166 y ss., sobre la sección de calificación del concurso.

¹²⁶ En puridad, como veremos, no se trata de ninguna excepción, sino de la posibilidad de una vez comunicados los créditos privilegiados del artículo 154 PLC, de desprenderse del trámite concursal y actuar singularmente si se da una serie de supuestos.

¹²⁷ *Vid. supra*, 4.5.a).

concurso ¹²⁸. Puede decirse que la independencia del crédito salarial muere. Frente a la competencia exclusiva y excluyente del Juez del concurso (*ex art. 7 PLC*) ningún acreedor podrá promover ejecución contra el concursado, ni tampoco accionar contra el mismo. Mas conforme el artículo 54, no podrán iniciarse ejecuciones singulares judiciales ni extrajudiciales (...) quedando las mismas en suspenso sin perjuicio del tratamiento concursal que pudiera corresponder a los respectivos créditos.

El derecho de ejecución separada de los créditos laborales (hoy posible en su aspecto procesal, *ex art. 246.3 LPL* y en su aspecto preferencial o sustantivo, *ex art. 32.5 TRET*) desaparece no sólo por disponerlo expresamente la Propuesta, sino lógicamente por la nueva redacción de estos preceptos correlacionados que se propone: drásticamente se sustituye la mención de que 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» por la de «...quedan sometidas a lo establecido en la Ley concursal (en caso de concurso)» (*art. 246.3 LPL* en su redacción pretendida por la *DF 13.ª PLC*), o lo que es lo mismo, desaparece el auténtico privilegio del salario o procesal estricto ¹²⁹. Tan sólo *a sensu contrario* puede entenderse vigente la finalidad del actual precepto en cuestión, pero claro es, siempre en situaciones extraconcurso.

Hoy el ejercicio de las preferencias que la ley otorga (*ex art. 32 TRET*) es también independiente respecto a hipótesis concursales. Esta independencia tiene una doble vertiente: sustantiva pura, es decir, el ejercicio de la preferencia se delimita en los apartados 1, 2 y 3 del mismo y sustantiva-procesal según es de ver en sus apartados 4 y 5 ¹³⁰. El privilegio general (*TRET*, *art. 32*, núms. 1 y 3) y especial refaccionaria (*idem*, núm. 2) pueden ser siempre invocadas por los trabajadores con independencia de que el empresario se encuentre inmerso en suspensión de pagos o en una quiebra o separadamente en una ejecución singular ante la jurisdicción laboral, como refuerza su n.º 5. Sin embargo, lo que pretende el *ALC* –como lo hicieron las Propuestas anteriores– es derogar este privilegio dando una nueva redacción al artículo 32. Especialmente, pretende la subsistencia de iguales garantías preferenciales en hipótesis extraconcursoales manteniendo en su integridad con el mismo cardinal los apartados 1 (denominémosle preferencia absoluta general extraconcurso), 2 (preferencia especial refaccionaria) ¹³¹ y 3 (preferencia residual general extraconcurso), establece el plazo

¹²⁸ En efecto: la declaración de concurso, sea voluntario o necesario, dicho de otro modo, lo inste el propio empresario o acreedor legitimado si se dan los presupuestos objetivos y subjetivos (*PLC*, arts. 1 a 6 inclusive), es lo que determinará una u otra situación. Esto es, la fecha de la resolución motivada que declare al deudor en tal situación, pues el auto *producirá sus efectos de inmediato aunque no sea firme* (*ex art. 20.2 PLC*). A mayor abundamiento, dicho auto no está sometido a recurso suspensivo pues solamente cabrá recurso de reposición en el plazo del quinto día, pues ni el artículo 20 lo excluye de recurso ni le otorga otro distinto (*arg. ex art. 20 y 196 PLC* en relación con los 451 y ss. *LEC*).

¹²⁹ Para FERNÁNDEZ RUIZ, *Los créditos salariales...*, *op. cit.* p. 232, «el artículo 32.5 cuya supresión ahora se propone (...) rompe con el principio de unidad, colectividad y equidad que, en principio, suponen los procedimientos concursales y ha sido criticado en ese sentido por la doctrina. RÍOS SALMERÓN, «El *ALC* y los trabajadores. ¿Réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?», en *Revista de Derecho Social*, n.º 14, abril-junio de 2001, cit. p. 68, expresa, lo que a mi juicio es palmario: que los trabajadores van a echar mucho de menos el tan polémico pero a su vez utilísimo derecho de ejecución separada.

¹³⁰ En este sentido, SALINAS (con RÍOS), *La preferencia de los créditos laborales*, cit. pp. 402 y ss.

¹³¹ La efectividad de esta preferencia –o si se quiere privilegio– especial dentro del concurso pese a ser indiscutible en el Proyecto, puede generar problemas. *Vid.* en este mismo trabajo, *supra*, 3.1 e *infra*, 5.1.c).

temporal –de prescripción– para el ejercicio de tales privilegios en el número 4 (anteriormente ubicado en su núm. 6), pero su apartado último, número 5, pretende esta redacción: «Las preferencias reconocidas en los números precedentes serán de aplicación en *todos los supuestos* en los que, *no hallándose el empresario declarado en concurso* (condición necesaria de aplicabilidad), *los correspondientes créditos concurren con uno u otros sobre bienes de aquél* (del empresario deudor). *En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios.*» (art. 32.5 TRET en la redacción propuesta por la DF 12.^a PLC).

Quizá puede parecer ociosa aquí la referencia al artículo 32¹³², pero en realidad, no lo es. Bien es cierto que el derecho a la ejecución separada desaparece cuando lo hace el tenor del artículo 246.3 LPL, puesto que, actualmente, el precepto permite accionar ejecutivamente frente a créditos salariales, protegidos o no por el repetido artículo 32, pero también dentro del ejecutivo singular pueden accionarse estas preferencias, por ejemplo, mediante la tercería de mejor derecho (*ex art. 273 LPL*), o en el denominado incidente de distribución (*ex arts. 269, 270, 271 y 272 LPL*). Si declarado en concurso el empleador no pueden instarse ni proseguirse estas ejecuciones laborales por salarios, también decae la independencia de insinuar tales preferencias. Además, es dable, aconsejable diría más, si tenemos en cuenta la intangibilidad del título¹³³ (*ad ex.*, sentencia), que la declaración de preferencia se solicite en el *petitum* de la demanda, aunque conviene tener presente que tal carácter legal privilegiado –valga aquí esta redundancia– no desaparece si el título ejecutivo es un acuerdo dotado de tal fuerza¹³⁴. Pero aun en el caso anterior (que se peticione una sentencia de condena si fallan los mecanismos procesales de consenso), los demandantes deberán acudir al Juez del concurso dada su competencia exclusiva y excluyente sobre cualquier acción social con incidencia en el patrimonio del empresario concursado (*ex art. 7.2.º PLC*)¹³⁵. Lo realmente determinante –y preocupante en algunas esferas– es la desaparición del privilegio en sentido estricto, procesal o adjetivo, nacido con la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, de ejecución separada. Se trata hoy de un derecho de opción que también existe aunque solamente sea para percibir las prestaciones del FOGASA¹³⁶ cuyo óbito es más que presumible¹³⁷. Es más: toda actuación en ejecución singular

¹³² MONTERO AROCA, J.: *La ejecución dineraria en el proceso laboral*, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, *op. cit.* p. 281, en el párrafo 3 del artículo 246 LPL no se hace más que copiar literalmente el artículo 32.5, aunque los redactores del vigente texto procesal laboral no podían modificar el TRET al no existir delegación legislativa. Véase, también, respecto al –no olvidemos– vigente derecho de ejecución separada, ALTÉS TÁRREGA, *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, Valencia, 1998, cit. pp. 214 y ss.

¹³³ Entronca directamente con el derecho a la ejecución en sus propios términos (arts. 17 y 18.1 LOPJ y especialmente, 239.1 LPL) y el respeto escrupuloso del fallo (en tal sentido es significativa la STC 1/1997, 13 de enero [RTC 1997\1]). *Vid.* al respecto GALIANA MORENO, J.M.: *Tutela judicial efectiva y derecho a la ejecución de sentencias en sus propios términos*, REDT, n.º 52, 1992.

¹³⁴ Aquí son invocables los razonamientos de la STC 153/1992, de 19 de octubre [RTC 1992\153] que permite la valoración por el órgano ejecutor –ya sea el Juez de lo social o el futuro y polémico Juez del concurso– en resolución motivada, de las características peculiares de cada proceso a la hora de procurar el cumplimiento de lo establecido.

¹³⁵ Sobre la competencia declarativa del mismo, *vid. supra*, epígrafe 4.5.a).

¹³⁶ En cuanto a la intervención del FOGASA, *vid. inmediatamente infra*, b).

¹³⁷ Respecto al texto del Anteproyecto, FONOLL PUEYO, *Hacia una nueva y definitiva estructura del privilegio salarial...*, *ob. cit.*

quedaría viciada de nulidad radical si se hubiera declarado el concurso (*ex art. 54.3 en relación con los dos anteriores del mismo precepto del ALC*). Ello viene a significar que, con su propios efectos *ex nunc* manifiestamente diferentes a los de la nulidad relativa –o anulabilidad–, la nulidad radical ¹³⁸ que se pretende es apreciable *ex officio*, aunque en sede concursal, por los múltiples intereses económicos en juego y disputa, que por otro lado pueden ser cuantiosos, unidos a la existencia de privilegios concursales que se asociarán a algunos créditos, es más que presumible que se denuncie la infracción por las partes o por la administración judicial nada más cometerse.

La derogación del derecho de ejecución separada ha sido y es el privilegio auténtico del salario, por lo que su tratamiento especial en un futuro es reclamado por un amplio sector doctrinal, aunque de directrices político-sindicales marcadamente definidas. Esta prerrogativa es también la que ha suscitado mayores controversias y decisiones de nuestra jurisprudencia ¹³⁹, si bien es cierto que no en cuanto a su existencia, pues es por ministerio de ley, sino en torno a la calificación de las deudas como salariales para que el crédito lleve asociado dicho privilegio que permite hoy a sus titulares o a los legítimos o legalmente subrogados desentenderse de un procedimiento de quita, de una suspensión de pagos, de un concurso o de una quiebra y accionar por separado ¹⁴⁰. Por ello, podría considerarse más adecuado que las ejecuciones singulares salariales quedaran en suspenso por la tramitación hasta que se apruebe un convenio en sede concursal o transcurra un año desde la declaración, a la par que ocurre en el Proyecto con los apremios administrativos o a los acreedores con derecho real ¹⁴¹.

En efecto; sin duda quizá no les faltaba razón a los consejeros sindicales en sus votos particulares ante el Consejo Económico y Social previos al Anteproyecto del pasado verano de 2001, puesto que dado que el tradicional superprivilegio (*ex art. 32.1 ET*) no hallaba sitio en el nuevo régimen concursal ¹⁴², se observaba una fuerte discriminación positiva a favor de:

- 1) Las acciones de ejecución de los créditos con garantía real: la propia EM del texto proyectado no tiene reparos en reconocer que «se respeta la naturaleza real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferente...» aunque «...se procura que la *ejecución separada*

¹³⁸ Vid. artículo 240 LOPJ, en su redacción dada por las LLOO 5/1994, de 4 de diciembre y 13/1999, de 14 de mayo. Véanse también los artículos 225 a 230 de la LEC 1/2000, que no son actualmente de aplicación hasta que no se reforme la primera por disponerlo así su propia DF 17.ª, teniendo en cuenta el carácter supletorio de la Ley de 7 de enero de 2000 en materia concursal (*ex art. 182 PLC*).

¹³⁹ Lógicamente la discusión sobre la pretendida asociación/negación del carácter salarial de un crédito, determinante para otorgar a su titular el derecho de ejecución separada ha enfrentado órganos de distintos órdenes jurisdiccionales, cuales son el civil y el social. Producido el conflicto de jurisdicción (art. 31.1 LCJ) es la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, compuesta por el Presidente de dicho Alto Tribunal, dos Magistrados de las Salas del TS del orden jurisdiccional en conflicto y dos Magistrados de la Sala de lo Militar, actuando como Secretario el de Gobierno del TS (arts. 22, 39 y 40 LOPJ). La designa de estos Magistrados tiene carácter anual. Vid. DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. y VEGAS TORRES, J.: *Derecho Procesal. Introducción* (Conforme a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil), Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2.ª edición, Madrid, 2001, cit. pp. 278 y ss.

¹⁴⁰ En este sentido, vid. FONOLL PUEYO, *Problemática actual...*, cit. pp. 9 a 13.

¹⁴¹ Así, FERNÁNDEZ RUIZ, *Los créditos salariales...*, cit. p. 223, trayendo a colación en esta misma línea el voto particular al Dictamen del Consejo Económico y Social de 7 de noviembre de 2001 efectuado por los consejeros de UGT, CC.OO. y CIG.

¹⁴² Vid. más pormenorizadamente *infra*, apartado c).

de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva». Toda una gran declaración de intenciones que tememos corra el peligro de no ir más allá de ello. Dicho de otra forma, y que nadie se alarme ante la obviedad: la tradición histórica de la ejecución real demuestra que siempre ha perjudicado acreedores, incluso investidos de crédito privilegiado. Sin lugar a duda, se permite la ejecución separada dentro de tales créditos reales desde un doble prisma: en primer lugar, porque el artículo 55 PLC, referido a los mismos, actúa asazmente de forma más flexible que su antecesor (art. 54, sobre ejecuciones y apremios, que en su apartado 4 exceptúa de su aplicación a los acreedores con garantía real), ya que se les permite iniciar la ejecución cuando se apruebe un convenio cuyo contenido no les afecte o cuando transcurra un año desde la declaración del concurso sin que se hubiere producido la apertura de la liquidación¹⁴³; en segundo término, porque incluso intraconcurso una vez incardinados conforme al artículo 89 (dotados de privilegio especial), en sede liquidatoria su pago se realiza con cargo a los mismos, y pese a no ser apartados de la masa activa como ocurre con los titulares de créditos sobre buques y aeronaves (arg. *ex art.* 75.3), la realidad es que se pagarán primero con cargo a dichos bienes previamente afectos y después vendrían los créditos salariales «generalmente privilegiados» *ex artículo 90 PLC* –antes 90.1.º y 90.4.º del ALC– (arts. 154 y 155 de la Propuesta actual), además de otras prerrogativas en sede ejecutiva concursal¹⁴⁴.

- 2) En relación a los procedimientos administrativos, no debemos llevarnos a engaño al verlos relegados por los créditos salariales en la fase de liquidación, ocupando el ordinal 5.º del artículo 90 –sin embargo, en el PLC han pasado al ordinal 3.º¹⁴⁵–, porque la tajante suspensión de las ejecuciones, incluidas las laborales, se atenúa con la prohibición para aquellos procedimientos administrativos de ejecución en los que se hubiera dictado providencia de apremio con anterioridad a la fecha de la declaración del concurso (*ex art.* 54.1, pf. 2.º), permitiéndose su exacción forzosa independiente. En cambio, si son los trabajadores los que tienen un auto despachando ejecución a su favor en esta misma fecha, no les asiste ninguna posibilidad legal de ejecutar separadamente.
- 3) También, como antes se ha advertido levemente, los titulares de créditos sobre los buques y las aeronaves podrán separar estos bienes de la masa activa mediante el ejercicio, por el procedimiento correspondiente, de las acciones que tengan reconocidas en su legislación específica (*ex art.* 75.3), operando una auténtica *separatio ex iure domini*¹⁴⁶. Frente a tales acciones, la ley concursal operaría sólo como reembargante, puesto que si de estas ejecuciones separadas resultara remanente a favor del concursado se integraría en la masa activa (*art.* 75.3, *i.f.*).

¹⁴³ Afortunadamente, se ha arbitrado en el PLC la misma prerrogativa para los salarios correspondientes a los 30 últimos días, hoy protegidos por el artículo 32.1 ET.

¹⁴⁴ *Vid. infra*, el citado apartado c).

¹⁴⁵ *Vid. infra*, epígrafe 4.4 de este trabajo.

¹⁴⁶ Este derecho de reducción de la masa tan tradicional en nuestro vigente derecho concursal tiene su reflejo, aunque de forma también puntual, en ordenamientos vecinos como el alemán, cuya legislación sobre insolvencia (*InsO*), que data de 1994 y que se aplica tan sólo hace tres años, también la contempla (*Aussonderungsrecht*), como también algunos derechos de ejecución separada o *separatio ex iure crediti* (*abgesonderte Befriedigung*).

La irrupción en el texto del PLC del artículo 154, que privilegia los créditos por salarios correspondientes a los 30 últimos días calculados sobre una base salario/día que no supere el doble del SMI ¹⁴⁷ es una de las más importantes modificaciones del texto actual. «Copia» el privilegio absoluto del artículo 32.1 del ET sin otorgarle esta cualidad absoluta. Por ejemplo, los créditos contra la masa se pagarían con anterioridad. Estos créditos podrán ejecutarse separadamente –por puntual referencia al artículo precedente– si una vez dentro del concurso y puesto en trámite éste con la declaración de tal estado del empresario y actos procesales subsiguientes, se aprobara un convenio que no les vincule, se abra la fase de liquidación o transcurra un año desde la fecha de la declaración de concurso sin que se haya producido ninguno de estos dos actos. Puede decirse, que se les conserva un muy reducido derecho de separación una vez insinuados y sometidos al procedimiento concursal.

b) Inalteración de la protección prestacional del salario. El Fondo de Garantía Salarial.

Sorprendía que el texto del Anteproyecto ni siquiera mencionara al FOGASA, algo que a todas luces convenía que se observe en el *iter* parlamentario, pues la figura del organismo de garantía como tal ¹⁴⁸ es consustancial a la existencia de créditos salariales, ya potenciales o futuros –no determinados por el Juez o Autoridad competente–, ya –sobre todo éstos– determinados y ejecutables. Empero, parecía que para los doscientos treinta y un artículos de los que consta el ALC no existía esta importante –importantísima, diría yo– figura y a mayor abundamiento ninguna de las disposiciones que le seguían modificaban –como tampoco lo hacen ahora en el PLC– el artículo 33 del ET.

El referido precepto (art. 33 ET), dedicado íntegramente al FOGASA, constituye la base prestacional del salario de cuyo desarrollo se ocupa el Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, de organización y funcionamiento del mismo. En su número 3 se encuentra al requisito de su citación para que asuma sus obligaciones *pudiéndose* hacer a instancia de parte y *debiendo en su defecto* hacerse de oficio en el momento, no sólo que conste la existencia de créditos laborales, sino que basta que dicha existencia pueda presumirse ¹⁴⁹, si bien dicha asunción de responsabilidad dineraria requerirá la previa instrucción del oportuno expediente para la comprobación de la procedencia de los créditos ¹⁵⁰. Consecuentemente, *lege data*, partiendo de la hipótesis de que el texto proyectado fuera derecho positivo, debería ser citado en el momento de iniciarse el procedimiento, bien en propio auto en el caso de concurso voluntario (art. 13 PLC), o incluso, en la providencia ordenando el emplazamiento del deudor (art. 14 PLC), pues ciertamente, como afirma RAMOS TORRES, la admisión a trámite de los procedimientos concursales justifica que se le deba otorgar la oportunidad de intervenir en ellos ¹⁵¹. Mas esta intervención deberá ser inmediata, puesto que los trabajadores no cobrarían la prestación automáticamente al tener que instruirse el mentado procedimiento administrativo «para la comprobación de la preferencia de los créditos».

¹⁴⁷ En relación al cómputo, *vid.* FONOLL PUEYO, *Problemática actual...*, cit. p. 30.

¹⁴⁸ *Vid.* sucintamente *supra*, 3.3.

¹⁴⁹ La cursiva es mía.

¹⁵⁰ Art. 33.3 pf.1.º ET. *Vid.* artículos 20 y ss. Real Decreto 505/1985.

¹⁵¹ RAMOS TORRES, *La actividad procesal...*, ob cit. p. 133.

Ello se ha subsanado en el nuevo contenido del artículo 184.1 del Proyecto, que dispone que el FOGASA deberá ser citado como parte al desprendérsele responsabilidad, es decir, cuando haya en la masa pasiva salarios garantizados por dicho Organismo.

También cabe significar que se añade un apartado último en la Ley de Procedimiento Laboral en la regulación de la insolvencia empresarial, conforme al cual la declaración de insolvencia en una ejecución singular deberá publicarse en el BORME ¹⁵² (art. 274.5). Ello hará que pueda conocerse y constatarse la existencia de créditos salariales en todos los casos en que en ejecución social se haya declarado la insolvencia de persona jurídica de inscripción obligatoria, pues no verificada se habría ejecutado sobre ente sin personalidad jurídica que inviabilizaría también la tramitación del concurso ¹⁵³.

Ahora bien; la discusión puede plantearse en relación a aquellos créditos salariales prededucibles, es decir, que los fije el propio Juez mercantil. Como se pagarían como gastos de la masa y de lógica, ya estarían vencidos, entiendo que deberán liquidarse en su integridad hasta donde el activo alcance, independientemente de la responsabilidad del FOGASA. La cuestión estriba en que si la empresa no estuviera sumida en procedimiento concursal en una situación similar, los trabajadores en ejecución singular cobrarían del Fondo siguiendo como ejecutantes de esta clase por la parte no satisfecha por el organismo. Sabido es que el impropia y vulgarmente denominado en el foro «trámite de insolvencia» de la ejecución social, consistente en librar y esperar el resultado de actos de comunicación judicial averiguativos de bienes y/o derechos, puede ser –así la práctica lo ha constatado en la inmensa mayoría de los casos ¹⁵⁴– mucho más rápido que el trámite administrativo frente al FOGASA de «comprobación de la procedencia» (...) de los créditos creíblemente protegidos públicamente. Es llano que en los supuestos de que sean pagados contra la masa de forma inmediata en la fase común de concurso, el Organismo de garantía podría salir beneficiado, puesto que su «parte» sería asumida por la masa activa. Por otro lado, a la luz del ALC, era indefendible que pueda sustraerse por el Juez único la parte correspondiente al FOGASA de las indemnizaciones, pues ello *no estaría previsto por las normas del concurso* (principio de unidad legal) ¹⁵⁵.

Los otros créditos salariales (ahora *ex arts.* 154, 189.1.3.º y 90.1.º del PLC) serían normalmente pagados después de satisfechos los gastos de la masa y –a excepción de los del art. 154– abierta la fase de liquidación, un período de tiempo más que prudencial para la resolución del expediente administrativo. No asistía (en el ALC) razón alguna que eximiera al Fondo de pago una vez comprobado el origen y las cuantías garantizadas en concepto de salarios por trabajador.

¹⁵² Boletín Oficial del Registro Mercantil.

¹⁵³ En el caso de que no constara inscrita en el momento de dar publicidad a su nueva situación se practicará previamente ésta de oficio (art. 23.2 *i.f.* ALC).

¹⁵⁴ Donde más se acucia esta diferencia es en la denominada «insolvencia directa» del artículo 274.3 LPL, que dispone que declarada la insolvencia de una empresa en una ejecución singular social constituirá base suficiente para estimar su pervivencia en otras que puedan instarse contra la misma empresa, sin necesidad de reiterar los trámites de averiguación a que se refiere el artículo 248 de dicha ley.

¹⁵⁵ *Vid. supra*, epígrafe 4.2.

Como ya se ha comentado ¹⁵⁶, el pago del FOGASA conlleva la subrogación automática en los derechos y acciones de los beneficiarios hasta el importe satisfecho. Aparte de automática, esta subrogación es obligatoria por ministerio de ley (*ex art. 33.4 ET y concordantes RD 505/1985*) e intransigible por tratarse de organismo público. Ello significa –y significaría– que en los procesos concursales se convertiría en acreedor en la segunda manifestación de su intervención en el proceso: primero, al ser citado, como responsable civil subsidiario; y efectuado el pago prestacional, como acreedor ¹⁵⁷.

Es precisamente en este punto, donde su actuación, por ser vía subrogatoria, adquirirá mayor viveza dentro del concurso, puesto que se presenta la particularidad de que un organismo público no actúe como tal, sino como si de un acreedor laboral se tratara, hasta el importe determinado. Así, no tendrá la cualidad de crédito público, conforme a la cual si se proyectaran sobre la totalidad patrimonial del empresario (*v. gr.*, créditos de la Seguridad Social) que se situarían en el número 3.º del artículo 90 por detrás de los créditos salariales hasta el 50 por 100 del importe de la masa pasiva ¹⁵⁸, sino que ocuparían el lugar de éstos –los salarios o indemnizaciones, según se tratara aunque el PLC ha equiparado su prevalencia dentro de los créditos con privilegio general– por la parte proporcional que correspondiera y sin ningún tipo de limitación temporal. La limitación cuantitativa del artículo 90.1.º PLC, como la del 32.3 del ET, es irrelevante, puesto que tanto el propio ET como el Real Decreto 505/1985 establece cuantías prestacionales inferiores para el FOGASA.

c) Derogación de la aplicación del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores: Privilegio material en situaciones concursales, con recuperación in extremis del «superprivilegio», y no concursales (remisión).

Como consecuencia de la supresión de la ejecución separada nacía con el ALC otra no menos importante: la potencial desaparición del privilegio absoluto que hoy reside en el artículo 32 del ET. Para abordar el tema, primero, conviene recordar, dentro de la actual configuración del aspecto sustantivo del tantas veces citado artículo 32, que se proyecta sobre la universalidad patrimonial del empleador en sus números 1 y 3, constituyendo el primero el privilegio general absoluto y que el número 2, pese a ser especial, no sólo lo hace de modo absoluto sino que no existe límite temporal ni

¹⁵⁶ *Vid. supra*, epígrafe 3.3, al final.

¹⁵⁷ *Vid. RAMOS TORRES, La actividad procesal...*, cit. pp. 135 y ss., significando –refiriéndose, claro es, a la actual normativa– que su personación –por su citación– le permite instar cuanto a su derecho interese, aunque desde una posición procesal –la de responsable subsidiario– bastante limitada, limitación que nace del propio carácter de su actuación. En cambio, una vez subrogado, se posicionará en lugar de los trabajadores, juntamente con ellos, estando dotado de más amplias facultades. En palabras del autor, *ob. cit.*, p.135, «su continuidad como acreedor en el procedimiento sí le permite una mayor movilidad, ostentando las facultades propias de éstos, si bien partiendo de la posición que haya adoptado el trabajador respecto al crédito, determinante de la subrogación producida, con el que también podrá concurrir con la parte no satisfecha por el FGS.»

¹⁵⁸ Como apunta ALONSO LEDESMA, *La clasificación...*, cit. p. 193, «(...) como la masa pasiva, por definición, es superior a la activa, si el porcentaje se calcula sobre ella siempre se beneficiará al acreedor privilegiado en detrimento de los ordinarios sucediendo todo lo contrario si se invierten los términos.»

tope cuantitativo; y en segundo lugar, que lo único meridianamente claro a la luz del ALC es la transposición, ya sin variación sustancial, de los números 1 y 3 en el artículo 90, pero no quedaba nada claro qué ocurriría con el privilegio especial refaccionario. *Prima facie*, parecía que el prelegislador no contó con él, y, como opinó FERNÁNDEZ RUIZ ¹⁵⁹, era un contrasentido que se derogara la preferencia extraconcurso de los demás créditos salariales y éste no, aunque esté tan arraigado en la tradición jurídica española ¹⁶⁰. La cuestión se salva en el PLC por su inclusión expresa en el artículo 189.1.3.º.

Por razones sistemáticas más que teleológicas conviene distinguir entre privilegios –o preferencias– generales y especiales.

A) Dentro de los privilegios sustantivos generales del salario (hoy incluso si los trabajadores optan por la quiebra *ex* artículos 32.1 y 3 en relación con el 1.911 del Código Civil, responsabilidad patrimonial universal del deudor) que nacen del precepto sustantivo, tenemos la preferencia absoluta de los créditos correspondientes a los 30 últimos días de salario calculados sobre una base que no supere el doble del SMI. Esto es, para 2002, ascendería a un máximo de 884,40 euros (14,74 × 30 × 2) por asalariado. El reverso de esta prelación residenciada en el número 3, con criterio denominada preferencia residual, que comprende el resto de los salarios e indemnizaciones calculados sobre la base máxima del triple del SMI (arroja por día para el año en curso 44,16 euros por trabajador) carece de límite temporal, lo que no ocurre en la Propuesta que estudiamos.

En efecto. En primer lugar, ya podemos hablar de insinuación de esta preferencia similar a la del número 1 del artículo 32 del ET, aunque debe puntualizarse que el propio artículo 154 PLC los considera créditos concursales no pudiéndose hablar de ninguna preferencia de carácter absoluto; sólo que se pagarán preferentemente a éstos y una vez dentro del concurso podrán desprenderse de él accionando ejecuciones singulares en los supuestos del artículo 153, esto es, cuando se aprueba un convenio solutorio que no les afecte, se abra la fase de liquidación o transcurra un año desde la declaración en concurso del empleador sin que se produzca ninguna de estas situaciones. Tanto estos créditos anormalmente situados en el orden de pago, como los privilegiados generales salariales, que figuran en primer lugar dentro de ellos, se pagan después de satisfechos los créditos contra la masa y los bienes con privilegio especial, si bien los salarios *ex* artículo 154 tienen independencia respecto estos últimos. La desaparición del privilegio absoluto colisiona frontalmente con el cariz proteccionista del Convenio 173 OIT de 23 de junio de 1992, ratificado por nuestro país el 28 de abril de 1995 ¹⁶¹ y vigente desde el pasado 16 de mayo de 1996, que deroga el número 95 de 1949, invita a que las legislaciones nacionales atribuyan a los créditos laborales un rango superior a los demás créditos

¹⁵⁹ Ob. cit. p. 228.

¹⁶⁰ Así, según Ríos, *La preferencia...*, cit. pp. 398-399, nace de la preocupación del legislador de la tensión «salario/hipoteca» a lo largo de los trabajos parlamentarios, sin gran correlación con otras legislaciones occidentales, pero sí acorde con nuestra tradición. Se remonta al autor al Código de Trabajo de 1926 que proyectó el privilegio sobre los bienes «producidos» como soporte material de entonces. *Vid.* más ampliamente, Ríos, *Los privilegios...*, *passim*, pero especialmente pp. 355 y ss.

¹⁶¹ BOE de 21 de junio de 1995.

privilegiados (...) ¹⁶², aunque deben tenerse en cuenta estas dos consideraciones puntuales: en primer término, carente de virtualidad la Directiva 80/987/CEE del Consejo de Europa, de 20 de octubre, a finales de mayo entrará en vigor el Reglamento comunitario 2000/1346/CEE, de 29 de mayo, sobre los procedimientos de insolvencia, en que se dice que la protección del crédito salarial dentro del concurso se regulará de acuerdo con las normas generales del mismo y, en segundo lugar, el mencionado Convenio 173 OIT, pese a formar parte de nuestro ordenamiento interno (*ex art. 96.1 CE*), necesita para su aplicación un posterior desarrollo de cada país. Es de los denominados de aplicación indirecta o *not self executing*. Pero dentro del concurso, los salarios protegidos por el tantas veces repetido artículo 154, son los mismos que los que contempla el vigente artículo 32.1 del ET, pero **no tienen carácter absoluto intraconcurso**.

Paralelamente, la preferencia residual, si se trata de salarios impagados, desaparece el límite temporal del artículo 90.1.º ALC (los 6 meses anteriores a la declaración de concurso), aunque se les suma un techo cuantitativo, en conciliación con el vigente artículo 32.3 ET. Ello propiciará un beneficio para salarios menos elevados, frente a la situación anterior, al someterse a límite cuantitativo en la Propuesta de julio de 2002. Límite, el del triple del SMI, al que los salarios más humildes nunca llegan.

La suerte de los créditos salariales por indemnizaciones ha cambiado del ALC al PLC: de estar relegados a un cuarto lugar dentro de los créditos dotados de privilegio general pasan a entrar en concurrencia con los anteriores en el mismo ordinal primero del artículo 90 del PLC.

Conviene analizar la suerte en la situación actual de las indemnizaciones en un doble sentido: en cuanto a su situación extraconcursal/concursal, y en cuanto a sus límites.

- En lo que se refiere a su situación extraconcurso (*ex art. 32.3 ET*), hay créditos que les relegan, como los hipotecarios, inmobiliarios y mobiliarios, la hipoteca naval, los determinados por la Ley de Propiedad Horizontal, los derivados de seguro privado, de refacción inmobiliaria, y algunos de propiedad intelectual, por poner sencillos ejemplos, situación en la que también se hallan los salarios impagados. Tampoco está claro que unos u otros sean preferidos a los créditos de Derecho Público, pues parece que frente a la Administración sólo puede invocarse con éxito la preferencia *ex artículo 32.1*.
- Dentro del futuro concurso sin duda estos créditos serían pagados posteriormente a los salariales de los 30 últimos días, a los especialmente privilegiados (*ad ex.*, hipotecarios y prendarios, art. 89.1.1.º; refaccionarios, art. 89.1.3.º) y dentro de los ordinarios comparten rango con los créditos por salarios que no tengan privilegio especial ni lo sean por los últimos 30 días. En lo atinente a sus límites, ingresados en el artículo 32.3 ET en 1994, los créditos por indemnizaciones únicamente tienen el límite cuantitativo: se calcularán sobre la base diaria que no supere el triple del SMI, es decir, 44,16 euros por trabajador/día. En sede concursal, además de mantenerse idéntico techo cuantitativo y en relación al ALC no les afecta límite temporal alguno.

¹⁶² Vid. FERNÁNDEZ RUIZ, ob cit. p. 234, que remite al Dictamen del CES al artículo 90 del ALC.

Comparemos levemente esta preferencia salarial, denominémosle ordinaria, dentro del concurso. Anteriormente al PLC ya se denunciaban discriminaciones –totalmente justificadas según el prelegislador– en relación a créditos con garantía real y sobre buques o aeronaves en cuanto éstos pueden en determinados casos deslindarse de la *vis atractiva* universal y ejecutar singularmente –lo que también significaba, y significa, no nos engañemos, eludir la *par conditio*–¹⁶³, si los créditos con carga real (p. ej., créditos con garantía hipotecaria) entran en las especiales reglas liquidativas, serán pagados con anterioridad a los créditos con privilegio ordinario con cargo a los bienes afectos (art. 154.1 ALC) e incluso puede atender a su pago con cargo a la masa desafectando interinamente los primeros. Ello quiere decir que en caso de no poder cumplirse los pagos quedarán de nuevo automáticamente afectados (art. 154.2). Su realización se hará en pública subasta o mediante venta directa, y si quedare remanente se atendería con él al pago de los créditos con privilegio general u ordinario (art. 155). La nueva situación tras el proyecto implica que sólo los superprivilegiados –no de forma absoluta, reiteremos–, en el nuevo concurso, tienen un régimen algo similar.

B) Orillando en el privilegio absoluto especial, cuasireal del artículo 32.2 TRET, nos hallábamos con el ALC en un camino sin salida. Si en situaciones no concursales, es decir, en ejecuciones singulares operaría salvo lo que ulteriormente dispusiera la futura Ley de prelación de créditos, el precepto, que constituye la preferencia más antigua del artículo 32 en sus homónimos anteriores, privilegia de forma absoluta la preferencia para el cobro de lo obtenido en la realización de los «objetos elaborados por los trabajadores» –léase bienes en toda su extensión– mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, sin límite cuantitativo ni temporal, la singular preferencia tiene difícil cobijo en el diseño de la reforma concursal. Estos créditos refaccionarios inmobiliarios, como indicó FERNÁNDEZ RUIZ, hubieran seguido siendo un crédito general en el concurso¹⁶⁴ si el Proyecto de julio de 2002 no lo hubiera remediado. Lo cierto es que esta preferencia nace *ex* artículo 32.2 ET, la DF 12.^a ALC la mantiene, e intraconcursalmente será de aplicación por mor del nuevo artículo 189.1.3.^a del PLC en relación con el artículo 88.2 del Proyecto.

Un obstáculo incómodo para la entrada del privilegio especial¹⁶⁵ es que el apartado 2 del artículo 189 del PLC sigue estableciendo como condición que para bienes refaccionados la garantía debe estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros. Es llano que el código sustantivo laboral no establece ningún tipo de formalidad respecto a la preferencia comentada, con lo que la única vía para que pueda tener cabida ésta es que esté determinada con anterioridad y sea oponible a terceros, lo que equivale a decir que sería posible en los casos que ésta estuviera anotada en registro público que le dé estos efectos. Nos circunscribimos entonces, frente a la amplitud del soporte material del artículo 32.2 ET, a los bienes

¹⁶³ Vid. *supra*, epígrafe 5.1.a).

¹⁶⁴ FERNÁNDEZ RUIZ, *Los créditos salariales...*, ob. cit. p. 228.

¹⁶⁵ En este caso, tampoco cabría entender al trabajador, como acreedor refaccionario, de forma desequilibrada respecto al resto de acreedores, como parece entender CORDERO LOBATO, E., *El privilegio del crédito refaccionario*, Madrid, 1995, pp. 78-79.

inmuebles ¹⁶⁶ sometidos a requisitos de publicidad similar como los derechos de propiedad industrial. Pero en uno y otro caso la anotación registral puede venir inviable. Por ejemplo, partiendo de la base de que la refacción laboral puede recaer sobre inmuebles, el constructor (empresario) en la mayoría de los casos no es propietario ni poseedor del bien, con lo que sería inocua la operatividad de la preferencia.

5.2. Solución liquidativa del activo empresarial: los hipotéticos nuevos niveles preferenciales del crédito salarial en el concurso.

Como los acreedores salariales pasan de tener una opción por la insinuación concursal a un trámite ineludible para el cobro, pueden distinguirse estos seis niveles preferenciales abierta la liquidación concursal. Se trata simplemente de una mera clasificación, de modo que cada nivel o rango es preferido a los que le siguen.

- El primero lo constituyen los salarios devengados con posterioridad a la declaración del concurso y los de indemnización por extinción del contrato de trabajo acordados por el Juez mercantil. Tendrán la consideración de créditos contra la masa (*ex art. 83.2.7.º*) y consecuentemente serán satisfechos con preferencia a los créditos concursales. No estarán afectados ni por el convenio, si lo hubiera, ni entrará en juego abierta la fase de liquidación. Simplemente su importe se sustraerá de la masa activa junto con los que también tengan esa consideración conforme al artículo 83.2 y la Ley Concursal, y podrá hacerse en la fase común, sin esperar a la fase de liquidación. Su cuantificación dependerá del número de trabajadores y no tiene límite alguno, salvo los establecidos por su ley sustantiva (Ley del Estatuto de los Trabajadores) en los diferentes supuestos de despidos y contratos de trabajo.
- En segundo lugar, ya entrando en créditos devengados con anterioridad a la declaración de concurso, estarán los determinados en el artículo 154, que se corresponden con los superprivilegiados del vigente artículo 32 del ET. A partir de aquí los créditos a los que se hará referencia se consideran «concurales», incluidos éstos ¹⁶⁷.
- Los créditos salariales que se proyecten sobre bienes como los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario tienen difícil encaje práctico a la vista del Proyecto, constituyendo créditos con privilegio especial. Esta preferencia especial refaccionaria del artículo 32.2 ET, ignorada en las Propuestas de 1983 y de 1995/1996, también lo fue en el Anteproyecto de 2001. Actualmente se halla contenida o expresamente contemplada –en el ordinal tercero del art. 89.1 PLC–, lo que propiciará

¹⁶⁶ Si bien la doctrina clásica partió de la idea restrictiva del privilegio refaccionario sobre inmueble, nacida de la asimilación a hipoteca que efectúa el artículo 59 LH, *í.f.*, cierto es que desde la STS/Civil de 21 de mayo de 1987 se ha mantenido un criterio amplio (*vid.*, recientemente, STS/Civil 21 de julio de 2000), perfectamente compatible con el privilegio refaccionario laboral.

¹⁶⁷ *Vid. supra*, epígrafe 4.4 *in fine*.

–si se convierte en Derecho positivo en la tramitación parlamentaria– que en fase liquidatoria se hiciera pago de tales créditos refaccionarios: (a) bien con cargo a dichos bienes afectos, (b) bien la administración judicial, si transcurre un año desde la apertura del concurso sin haberse abierto la liquidación o esté en suspenso la ejecución, podría comunicar a sus titulares su pago con cargo a la masa sin realización de los bienes afectados, en cuyo caso se deberá satisfacer de inmediato el principal y los intereses vencidos con asunción de la obligación de atender los sucesivos de la misma forma; en caso de incumplimiento, podrán realizarse los bienes y derechos afectos; y (c) también el Juez mercantil podría autorizar la venta con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, conforme al artículo.

Si se enajenaran estos bienes se procedería como regla general en subasta conforme a la Ley 1/2000, pero la administración, oídos el concursado y los acreedores titulares del privilegio, podrá solicitar la venta directa al oferente por precio superior al mínimo que se hubiese pactado y con pago al contado. Tanto la subasta como esta segunda modalidad deberán anunciarse con los mismos requisitos y publicidad ¹⁶⁸, aunque en el caso de que se hubiera aprobado la venta directa dentro de 10 días podrá presentarse mejor postor, abriéndose la licitación (art. 154.4) ^{169, 170}.

- En un cuarto nivel, digámoslo así, situaríamos aquellos salarios correspondientes a los salarios e indemnizaciones por despido calculados sobre una base que no supere el triplo del SMI. Son créditos con privilegio general que ocupan el primer lugar, de modo que no se satisfarán los restantes niveles del artículo 90 del PLC hasta que éstos no queden satisfechos en su integridad. Indudablemente se comprenden en este apartado los derivados de salarios de tramitación, que han sufrido un serio recorte tras la última Reforma Laboral iniciada con el «urgente» Decreto-Ley 5/2002.

Estos acreedores laborales serían satisfechos una vez deducidos por pago de la masa activa los créditos contra ella, deducido el importe de los salarios *ex* artículo 154 y liquidados los acreedores con privilegio especial.

- Un quinto nivel lo podrían constituir aquellos créditos salariales no concursualmente privilegiados en los supuestos que hubiera sido el trabajador como acreedor legitimado quien hubiera solicitado la declaración de concurso necesario (arts. 2, 6, 14 y cc. PLC), limitados a la cuarta parte de su importe, cantidad que sería satisfecha en el último lugar dentro de su consideración de crédito con privilegio general (art. 90.5.º PLC).

¹⁶⁸ Téngase en cuenta que la LEC no establece publicidad oficial preceptiva en ningún caso. Por ello, sorprende el indicio del artículo 154.4 ALC de «...con la misma publicidad *que corresponda* a la subasta del bien...», pues a ningún bien o derecho le corresponde una publicidad determinada: la única es la publicación del edicto en el Tablón de Anuncios del Juzgado y facultativamente el órgano puede aprobar a instancia de parte otros medios de publicidad.

¹⁶⁹ *Vid.* artículos 650, 670 y cc. de la LEC.

¹⁷⁰ Como apunté en el original de este trabajo, con desconocimiento absoluto del contenido del Proyecto de Ley Concursal, «sería procedente que el debate de la Propuesta reconociera estos créditos, pues la situación que tenemos que positivice es bien distinta».

- Finalmente, se integrarían los restantes créditos salariales con la consideración de créditos ordinarios, satisfaciéndose a prorrata con los de igual rango concursal y con la parte de aquellos créditos con privilegio especial no cubierta con cargo a los bienes afectados. Es decir, se liquidarían una vez satisfechos los créditos contra la masa y todos los privilegiados. No obstante ello, podría anticiparse su pago si se desprendiera que los anteriores estuvieran cubiertos.

5.3. Solución conservativa: hipótesis de convenio concursal.

a) *Cuándo es posible y situación del crédito laboral.*

Regulado como solución negociada entre el deudor y los acreedores, ocupa un importante lugar en el ALC (arts. 97 a 140 inclusive). En el ordenamiento vigente, como afirma PULGAR EZQUERRA ¹⁷¹, hay dos tipos de convenios concursales judiciales: el solutorio de la quiebra (*ex art. 898.1.º CCom. 1885*) y el del procedimiento de suspensión de pagos instaurado autónomamente en 1922, constituyendo la única finalidad de este último instituto.

Sin duda es la solución prioritaria que quiere dar el prelegislador al concurso, frente a la situación actual en que aparece, excepto en el expediente de suspensión de pagos, como una mera posibilidad. Concluida la fase común de concurso con la finalidad primordial de determinar los créditos y su tipología y la del patrimonio concursal para hacer frente tanto a la solución liquidativa como a la conservativa ¹⁷². Finalizada la fase común (arts. 1-96 ALC), se posibilita esta facultad transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin impugnaciones o resueltas éstas, se entrará en sede solutoria (arts. 97 y ss.). El convenio deberá contener proposiciones de quita (rebaja de los créditos), de espera o ambas (art. 99.1 y cc.) si bien el deudor que no hubiese pedido la liquidación y que no esté afectado por alguna de las prohibiciones establecidas en el artículo 104.1 podrá presentar ante el Juez mercantil propuesta anticipada de convenio ¹⁷³ desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración si es necesario hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos (art. 103 ALC). Una de las potenciales prohibiciones para tal acto procesal es la condena por sentencia firme por delito contra los derechos de los trabajadores bien el empresario individual o alguno de los administradores o liquidadores (*ex art. 104.1.1.º*) ¹⁷⁴.

¹⁷¹ PULGAR EZQUERRA, J., *Insolvencia: conservación versus liquidación*, VV.AA., «Estudios...», ob. cit. pp. 83 y ss.

¹⁷² Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, E.M., *Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal*, VV.AA., «Estudios...», ob. cit., *passim* pp. 154-175 y principalmente, pp. 157-159.

¹⁷³ Para que sea aprobada una propuesta de este tipo será necesaria la adhesión de acreedores que titulen créditos cuya suma al menos sea la del 50 por 100 del pasivo *ordinario*.

¹⁷⁴ Tampoco podrá presentar convenio anticipado el que hubiera sido condenado por delitos contra el orden socioeconómico, por falsedad documental, contra la Hacienda Pública, contra la Seguridad Social; quien haya incumplido en alguno de los 3 últimos ejercicios las obligaciones legales en orden a la llevanza de la contabilidad, la verificación o el depósito de las cuentas anuales; si no figura inscrito en el Registro Mercantil cuando se trate de persona (*ad ex.*, el empresario

El convenio ordinario se tramitará en Junta de acreedores que será presidida por el administrador judicial o uno de ellos actuando como Secretario el que lo sea del Juzgado de lo Mercantil y la lista de asistentes a la misma se formará sobre la base del texto definitivo de la lista de acreedores. Se deliberará y votará en primer lugar la propuesta presentada por el deudor y si no fuera aceptada se procederá del mismo modo y de forma sucesiva con las presentadas por los acreedores si las hubiera. En este punto denotemos que no tendrán derecho a voto los acreedores titulares de créditos que hubieran nacido con posterioridad a la fecha de la declaración del concurso, si bien podrán ejercitar dicho derecho respecto otros créditos que no estuvieran en esta situación (art. 121) y que la asistencia a la Junta de los acreedores privilegiados, como los salariales, no afectarán al quórum necesario para la constitución ni tampoco, lo más importante, les afectará ni someterá el convenio que resulte aprobado, aunque si ejercitan su opción a voto sí les someterán sus efectos respecto de su crédito y privilegio (*ex art. 122.1 y 2 ALC*). Nótese que con la actual normativa, si los trabajadores optan por entrar en el expediente de suspensión de pagos tampoco les afecta el convenio en que desemboque el procedimiento ¹⁷⁵. Como induce la propia lógica, tampoco el importe de sus créditos se tendrá en cuenta para la aprobación del convenio en caso de que concurran a la Junta y puedan votar por el crédito o la parte de éste nacida con anterioridad a la declaración del concurso, pues ésta necesitará la mitad del *pasivo ordinario*, si bien cuando la propuesta consista en el pago íntegro de estos créditos ordinarios en el plazo no superior a 3 años o en su pago inmediato con quita inferior al 20 por 100 será suficiente que vote a favor una parte de este pasivo superior a la que vote en contra.

Con lo cual la situación de los créditos salariales podrá ser la siguiente: los créditos de esta índole nacidos con posterioridad a la declaración de concurso no tendrían derecho a voto, pero ello es inocuo para el concurso, al no afectar al quórum de aprobación y también para los trabajadores, puesto que tales créditos serían fijados por el Juez del concurso y pagados de inmediato contra la masa; respecto a los que nacieran con posterioridad se distribuirían según su razón como créditos con privilegio general en el artículo 90, y podrían voluntariamente afectarse por el convenio si ello les beneficiara. De todos modos, lo perjudicial para estos últimos es el tener que esperar al resultado del convenio solutorio o a que se dé cualquier otro presupuesto de hecho para la finalización del procedimiento y quedar liberados para instar ejecuciones singulares por la deuda insatisfecha (*ex art. 175 en relación con el 177.2 ALC*) aunque, si han cobrado del FOGASA en base al proceso universal, difícilmente éstas servirán para nada.

naviero) o entidad de inscripción obligatoria; si ha estado sometido a otro concurso de acreedores sin que a la fecha de la solicitud del que se encuentra en tramitación hayan transcurrido 3 años desde la clausura de aquél; haber realizado durante los 3 años anteriores a la solicitud del concurso disposiciones de bienes o derechos a título gratuito que exceda de las liberalidades de uso, a título oneroso a favor de las personas especialmente relacionadas con él (del art. 92) o en condiciones anormales en el mercado, hubiera pagado obligaciones no vencidas, hubiera constituido o ampliado garantías reales para asegurar obligaciones preexistentes, o hubiera realizado cualquier otro acto declarado en fraude de acreedores por sentencia aunque no fuera firme.

¹⁷⁵ *Vid.* artículo 22 LSP 1922.

b) *¿Solución «normal» del proceso universal? Invitación a una serena reflexión sobre el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores.*

La panorámica estructural del convenio cambia de forma radical: mientras con la actual normativa se plantea, aunque viable en algunos casos puntuales, como una posibilidad de evitar los desgarrantes efectos de la quiebra, el prelegislador fomenta la solución consensual como solución normal, al menos querida, del nuevo proceso cuya instauración está en curso. Sin embargo, la dilatada práctica durante más de un siglo, siquiera con unas herramientas jurídicas obsoletas y caóticas, no nos hace ser demasiado optimistas en que así sea. La solución liquidatoria será, en la mayoría de los casos, la solución «normal» del concurso, pese a la loable intención de los redactores que se anticipa en la Exposición de Motivos. Precisamente éste es también el motivo del porqué la solución convenida se ha dejado en último lugar en este trabajo.

Claro parece que tampoco –dilaciones procesales aparte– tiene por qué afectar a los acreedores salariales, puesto que el sometimiento al mismo, como acreedores privilegiados, es, como no podía ser de otro modo, facultativa, conservando su plena libertad de elección.

Lo cierto es que los trabajadores deberán más que nunca estar dotados de un asesoramiento adecuado a la nueva panorámica que se presenta. Sobre todo, porque si triunfa la fase solutoria, tendrán un amplio margen de decisión y ésta sólo afectará a sus créditos.

Inaplicable en hipotéticos concursales el artículo 245 LPL^{176, 177}, vemos que el artículo 3.5 TRET no sufre alteración alguna. El mencionado precepto sustantivo establece que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o reconocidos como indisponibles en convenio colectivo. Ni que decir tiene que el prelegislador concursal no hace mención a esta limitación, que sin duda tiene que ser puesta en relación con la realidad social y económica. Puede parecer, sin duda, que la norma choca frontalmente con la disponibilidad sobre el privilegio salarial que los trabajadores tendrían de entrar en el juego consensual en el nuevo procedimiento. ¿Acaso los privilegios *ex* artículo 90 ALC no llevan vocación de ser derechos de carácter necesario, puesto que son los únicos que pueden operar en los concursos? El problema, a mi juicio, reside en el propio artículo 3.5 ET y no en la Reforma Concursal, pues el primero se encuentra anclado en un sistema llamado a desaparecer interrelacionado con el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico. Por otro lado, si una ejecución singular se inicia preceptivamente a instancia de parte, ¿qué efectividad puede darse

¹⁷⁶ Vid. DF 15.ª ALC y el propuesto apartado 5 del artículo 235 LPL.

¹⁷⁷ El artículo 245 LPL, cuyo literal es análogo al del artículo 1.1 de la Ley de 10 de noviembre de 1942, establece: «Se prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador». Cfr. artículo 3 LGSS.

al paralelo e incompleto artículo 245 LPL, si los trabajadores no la promueven? ¹⁷⁸. Aquí sólo invitar a los lectores a un replanteamiento del tema, aunque su verificación no corresponda al objetivo principal de este estudio.

6. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Unidad legal, de disciplina, de procedimiento, órgano único especializado, *par conditio, vis atractiva* cuasiabsoluta, son ideas plasmadas en palabras que bien podrían constituir la idea central de la reforma del sistema concursal.

A lo largo de este trabajo y en la medida que lo ha permitido su extensión se ha intentado –no sé si logrado, dada la «puesta al día» que ha sufrido– poner de relieve los aspectos más acuciantes de la reforma en relación a la suerte que podrán correr los créditos salariales en un futuro más que inmediato, algunos de ellos puntuales. De forma general, se resalta, salvo puntuales excepciones, la desaparición del logrado privilegio procesal o meramente adjetivo vigente, que consiste en la independencia de sus titulares de instar ejecuciones singulares al margen de un procedimiento universal, ya sea con vocación solutoria o de drástica liquidación. En el nuevo procedimiento único, estos salarios deberán por fuerza someterse al concurso de su empresario. Incluidos los superprivilegiados en sede concursal, aunque si se dan una serie de presupuestos en la marcha del procedimiento podrán desprenderse de él con anterioridad a los créditos concursales no privilegiados especiales.

Pero esto no es todo. A diferencia de la desafortunada –dicho sea desde el punto de vista político– Propuesta de 1983, a la que le siguió la *non nata* de 1995 llamada también Propuesta ROJO aunque con matiz distinto al respecto, no se sustraía competencia declarativa alguna al órgano de lo social. Sí en cambio, ocurrió en 1995/1996 y ocurre con el texto proyectado actual. Esta *vis atractiva* absoluta –al menos para el salario– en su doble acepción –declarativa y ejecutiva– hará que los trabajadores deban estar más que nunca bien asesorados. Y sin duda, significará todo un –incómodo, presumo– reto para sus asesores, profesionales del membrado mundo del Derecho que, como era de esperar, se han puesto de uñas ante la reforma, especialmente con la sustracción de la competencia declarativa a unos órganos jurisdiccionales que incipientemente han pasado a ser tradicionales en el ejercicio de sus competencias. Vaya por delante que esta sustracción casa mal, francamente, con los principios diseñados por el Libro Blanco de la Justicia,

¹⁷⁸ Vid. los razonamientos en torno al mismo que sintética y concisamente efectúa MONTERO AROCA, *La ejecución dineraria...*, cit. pp. 267-271.

como se ha referido en alguna parte de este trabajo, pero lo cierto es que el interés económico ha prevalecido sobre un derecho orgánico constitucionalmente basado y a ello habrá que estar, nos guste o no. Creo que es ahora la oportunidad de que los operadores jurídicos aúnen esfuerzos, presenten puntos de vista y denuncien disfunciones y potenciales injusticias que no dejan estela a su paso por la teoría del Derecho. Esfuerzo que debe servir para que dichas apreciaciones no queden en el olvido en la tramitación parlamentaria. Y ello a pesar de las últimas modificaciones prudentemente calificables de positivas.

En primer lugar, si la Exposición de Motivos justifica, con un acierto encomiable, la desaparición del privilegio salarial de ejecución separada, no es menos cierto que los créditos con garantía real no sólo pueden tener estas prerrogativas dentro del concurso sino que tanto sustantiva como adjetivamente se les da un trato mucho más favorable en la solución liquidativa. A mayor abundamiento, el prelegislador parece no tener en cuenta en sede real, o cuasireal si se quiere, el tradicional privilegio especial refaccionario salarial, que tiene difícil entrada en el concurso, tanto desde el punto de vista del pretendido derecho concursal como en la connotación tangencial necesaria con el derecho y los principios hipotecarios protectores de los derechos de esta clase. Por otro lado, también a la Administración se le permite actuar separadamente cuando haya dictado providencia de apremio, aunque sustantivamente se le desproteja en relación a los salarios y a la actual normativa. Solamente la inclusión *in extremis* de los créditos del vigente artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores como las del número 2 del mismo artículo y cuerpo legal pueden dulcificar las anteriores expectativas.

Lo más sorprendente en el terreno propiamente satisfactivo, ya dentro del concurso y dejando al margen la querida solución convenida, la fecha de la declaración de éste y la de la generación de los créditos es determinante para que se les dé a ellos, pese a ser del mismo rango un tratamiento tan diferenciado: los posteriores se considerarán como créditos contra la masa y los anteriores irán relegados a las reglas de reparto particulares del concurso. Incluso puede haber algunos de ellos que tengan parte en cada sector. Sin duda, dos «varas de medir» que puede generar unas desigualdades que hoy son impensables tanto en el caótico sistema concursal actual como extraconcurso, con la única justificación del bien de la masa pasiva. A esta problemática se añadía el olvido del prelegislador del FOGASA en el Anteproyecto de septiembre de 2001, cuya intervención es consustancial a la existencia de deudas salariales *en todos los casos*. Así las cosas se podían dar en la futura praxis serias disfunciones que hubieran podido desembocar en dilatorios incidentes concursales, tanto en orden al obligado pago de la garantía como en la subrogación obligatoria del Organismo y la consiguiente parcialización del crédito. Afortunadamente, este craso olvido ha sido subsanado en el Proyecto último de julio de 2002.

Para finalizar, la derogación en situaciones concursales del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores parece que será un hecho, como también más adelante extraconcurso con la futura Ley de prelación de créditos que prevé la propia Ley Concursal proyectada. Lo que ocurre es que paradójicamente el Proyecto se aparta del Anteproyecto insertando una copia disgregada o diseminada del artículo 32 en sede concursal, como mínimo en sus límites cuantitativos.

BIBLIOGRAFÍA

El autor, además de la bibliografía referenciada expresamente en las notas a pie de página, ha consultado:

BURUAGA PUERTAS, V.: *Proyecto de Ley Concursal*, Barcelona, julio 2002.

CERDÁ ALBERO, F. y SANCHO GARGALLO, I.: *Quiebras y suspensiones de pagos: claves para la reforma concursal*, La Caixa, Barcelona, 2001.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: *Libro Blanco de la Justicia*, CGPJ, CDJ, Madrid, 1997.

DE EIZAGUIRRE BERMEJO, J.M.: *Derecho Mercantil*, 3.ª edición, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

DÍEZ-PICAZO, I.: *La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil*, Tribunales de Justicia, agosto-septiembre 2002.

GÓMEZ MARIN, F.: *Prontuario sobre cuestiones relativas a la suspensión de pagos y a la quiebra (Comentarios al anteproyecto de ley concursal de 7-9-2001)*, Edit. Comares, Granada, 2002.

MARTÍ MINGARRO, L.: *Ante la reforma de un Derecho en estado caótico*, LA LEY, Diario de Noticias, Las Rozas (Madrid), febrero 2002 (número especial).

MOLERO MANGLANO, C. (Dtor.): *Ley de procedimiento laboral*, Edit. McGraw-Hill, Madrid, 2000.

RÍOS SALMERÓN, B.: *Garantías del salario*, VV.AA., «Estudios sobre el salario», ACARL, Madrid, 1992.

RÍOS SALMERÓN, B.: *Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito salarial*, Aranzadi Social, n.º 5, junio 1996.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: *La reforma de la legislación concursal*, Escritura Pública, número 17, 2002.

SALINAS MOLINA, F.: *Comentario de ejecuciones singulares: vía jurisdiccional y vía administrativa*, Relaciones Laborales, n.º 6, 1993.