

La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal (*)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LAS RELACIONES DE LOS DERECHOS LABORAL Y MERCANTIL.—III. EL CONCURSO, LOS CRÉDITOS SALARIALES Y OTRAS CUESTIONES LABORALES. EL *ITER LEGISLATIVO*: DESDE EL PRIMER ALC DE 2000 HASTA LA LC DE 2003: 1. GENERALIDADES. 2. LOS ALC DE 2000 Y 2001. 3. EL PLC DE 2002.—IV. CUESTIONES LABORALES GENERALES Y SU IMPORTANCIA EN LA LEY CONCURSAL: 1. CUESTIONES LABORALES Y SU INCIDENCIA EN LA LC: 1.1. *La LC y los contratos de trabajo*: 1.1.1. Modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 64 LC). 1.1.1.1. *Período de consultas*. 1.1.1.2. *La Resolución del Juez del concurso y recursos contra la misma*. 1.1.1.3. *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo*. 1.1.1.4. *La extinción del contrato a instancia del trabajador vía artículo 50.1.b) del ET*. 1.2. *La extinción o suspensión de los contratos del personal de alta dirección*. 1.3. *Modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*. 1.4. *La transmisión de empresas en situaciones concursales y su escasa atención en la LC*.—V. LOS CRÉDITOS SALARIALES EN PARTICULAR Y SU INCIDENCIA EN LA LEY CONCURSAL: 1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA, SALARIALES EN PARTICULAR Y LABORALES EN GENERAL. 2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO DE LOS TRABAJADORES COMO CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL. 3. LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS LABORALES DENTRO DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL. 4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 32 ET: LA SUPRESIÓN DE LA EJECUCIÓN LABORAL SEPARADA.—VI. LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PARTICULAR, EN LA LEY CONCURSAL.—BIBLIOGRAFÍA.

(*) Me valgo, lógicamente, de los continuos trabajos de investigación que he realizado sobre el tema desde el año 1997, los cuales, naturalmente, pongo al día tras la Ley Concursal en las vertientes legislativas y bibliográfica en esta obra en homenaje al gran mercantilista y maestro don MANUEL OLIVENCIA RUIZ.

ABREVIATURAS MÁS FRECUENTEMENTE UTILIZADAS

AAVV	Autores Varios.
AC	Aranzadi Civil.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AL	Actualidad Laboral.
ALC	Anteproyecto de Ley Concursal.
AS	Actualidad Social Aranzadi.
ET	Estatuto de los Trabajadores.
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial.
LC	Ley Concursal.
LGSS	Ley General de la Seguridad Social.
LPL	Ley de Procedimiento Laboral.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDM	Revista de Derecho Mercantil.
RDP	Revista de Derecho Privado.
RdS	Revista de Derecho Social.
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo.
REfor	Registro de Economistas Forenses.
RGD	Revista General de Derecho.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
SMI	Salario Mínimo Interprofesional.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TC	Tribunal Constitucional.
TS	Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

El tema escogido para el Libro Homenaje al profesor OLIVENCIA RUIZ y que lo rotulamos como: «*La importancia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales en general, en la Ley Concursal*», queremos advertir, de entrada, que es uno de los más delicados y que ha tenido mayores vicisitudes en el «*iter legislativo*» de nuestra reforma concursal culminada con la Ley 22/2003 y la Orgánica 8/2003. Los intereses que se mueven alrededor del mundo del trabajo concretados en la cuestión concursal, sobre todo en el tema de los salarios debidos así como en general de los créditos derivados del contrato de tra-

bajo (1), demandan en fase concursal una protección acusada, ya que como se ha dicho hasta la saciedad, se trata del sustento de los trabajadores y prácticamente en la mayoría de los casos el único. Pero a la vez el tema es delicado, es *harto difícil*, en expresión de RÍOS SALMERÓN (2), como lógicamente lo es la preferencia y prelación de créditos laborales, cuestiones que debieran ser reguladas en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de la Ley Concursal (Disposición trigésima tercera de la misma).

A lo que hay que añadir, como observa el profesor OLIVENCIA (3), que la cuestión de *los privilegios salariales* no se puede estudiar únicamente desde el campo del Derecho Laboral, ya que en la misma confluyen otras disciplinas jurídicas como el Derecho Mercantil, el Fiscal, y, por supuesto, el Civil y el Procesal.

La tendencia en los últimos tiempos a la protección del salario y de las indemnizaciones derivadas del contrato de trabajo viene de la mano de un Fondo de Garantía (el nuestro se creó por la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976, y está regido por los Decretos de 6 de marzo de 1985, modificado por el Decreto 372/2001, de 6 de abril, y por el artículo 33 del ET, texto refundido de 24 de marzo de 1995 reformado, en parte, por la Ley 45/2002 de 12 de diciembre). El artículo 33 citado se refiere al pago de salarios e indemnizaciones debidos y no pagados en caso de insolvencia, quiebra, suspensión de pagos o concurso de acreedores (hay que observar que en las Disposiciones Finales de la LC nada se dice de la modificación de este artículo que a partir de 1 de septiembre de 2004 se aplica exclusivamente en caso de concurso). EL FOGASA sigue en nuestro ordenamiento laboral las líneas de las Directivas Comunitarias y en especial la de la 80/87, de 20 de octubre, la cual tiene por objeto la *aproximación* de las legislaciones de los Estados miembros de la UE, relativas a la protección de los trabajadores asalariados *en caso de insolvencia del empresario*.

(1) Creo que la frase: «*créditos derivados del contrato de trabajo*», sin duda solucionarían los problemas de la no generalización de la Ley Concursal sobre todo en cuanto a las indemnizaciones. En ese sentido: GARRIDO, J. M.^a, en «La graduación de los créditos», AA.VV., *La reforma de la Legislación Concursal*, dir. por ROJO, A., pág. 233, Madrid, 2003.

(2) RÍOS SALMERÓN, B., en «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», en *AL*, núm. 21, n. 380, mayo de 2003.

(3) OLIVENCIA RUIZ, M., en su magnífica y sentida recensión al libro de RÍOS SALMERÓN, B., «Los privilegios del crédito salarial», hecha en *REDT*, abril-junio, págs. 185 y sigs., y en concreto la 186, 1984. El propio RÍOS SALMERÓN, B., en «Los privilegios del crédito salarial. El nuevo artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores», dentro de *Alteraciones en el contenido de las prestaciones y de las condiciones de trabajo. Cuadernos de Derecho Judicial*, págs. 293 y sigs., Madrid, 1998. Separata que es la que manejé en su día y he vuelto a recordar.

En la LC 22/2003 hay solamente dos referencias al FOGASA: una dentro de las operaciones de liquidación y reglas supletorias legales (art. 149.2.1), y la segunda dentro de: «*Normas Generales Procesales del sistema de recursos*» (art. 184.1). El primer precepto se refiere a: *la enajenación del conjunto de establecimientos, explotaciones y otras unidades productivas o de servicios pertenecientes al concursado*, enajenación como un todo de una unidad económica entendida como un conjunto de medios organizados (las frases son expresivas, como se ve). Pues bien, en ese caso, el artículo 149.2.1 LC dice que hay que entender que existe *una sucesión empresarial* a efectos laborales (art. 44 del ET tras su reforma por la Ley 9 de julio de 2001, cuestión a la que volveremos), y esto es lo importante, ya que el Juez puede acordar que el adquirente no se subrogue en la parte de la cuantía de los salarios e indemnizaciones pendientes de pago «*anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA de conformidad con el artículo 33 del ET*» (vid. apartados 1.1. y 2.1. y 2 de ese artículo sobre los límites del pago de dicho Fondo).

La segunda alusión al FOGASA del artículo 184.1 LC, señala que es obligatorio que el mismo sea citado como parte si del proceso pudiera derivarse de modo claro alguna responsabilidad para el pago de salarios o indemnizaciones de los trabajadores. Se salva con ello una omisión inconcebible en el «*iter legislativo*» de la Ley en cuanto a la protección de los trabajadores en el concurso.

Como se ha dicho hasta la saciedad, la protección de los trabajadores tiene claras connotaciones políticas y sociales, lo cual se ha traducido, sin duda alguna, en innegables privilegios en los procedimientos concursales vía artículo 32 del ET de los que no gozan otros acreedores, y que en algunos sectores se ha criticado por considerar que rompe el clásico principio concursal de la *par conditio creditorum*. Esta protección generalmente en la normativa de los diferentes países, se justifica por *la debilidad económica del trabajador* aunque también se ha dicho —CANTLIE— que, hoy día con los sindicatos, la posición de los trabajadores: «*puede ser más fuerte que la de los administradores*» (4).

Todo ello, resumimos, resalta la importancia y delicadeza del tema que exponemos y, además, que esa vertiente doble: laboral y mercantil es una

(4) CANTLIE, S. J., «Preferred Priority in Bankruptcy», en *Current Developments in International and Comparative Insolvency Law*, Oxford, 1984. Sobre el tema de justificación de los privilegios salariales, vid. *in extenso*, GARRIDO, J. M.^a, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, págs. 396 y sigs., sobre todo. Junto a la debilidad económica del trabajador como fundamento de los privilegios laborales en procedimientos concursales, añade el profesor GARRIDO lo que es una de las notas fundamentales que caracterizan a nuestro contrato de trabajo: la *dependencia*. En el mismo sentido: ALTES TARREGA, J. A., *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

muestra más, la más moderna claro, de la aproximación de ambos derechos, tema al que dedico las siguientes líneas.

II. LAS RELACIONES DE LOS DERECHOS LABORAL Y MERCANTIL

Indudablemente en el extenso «*iter legislativo*» de la reforma concursal —prácticamente desde el Anteproyecto de 1983 a la LC de 2003, por citar, los digamos, últimos pasos— lo que yo venía diciendo hace varios años (5) de que las relaciones entre los ordenamientos mercantil y laboral se iban aproximando de modo extenso sobre todo dentro de una acusada economía social (6), sufrió un serio revés en el orden concursal con los ALC, y me hizo preguntarme: ¿Derecho Mercantil *versus* Derecho Laboral? Esto, porque como diré en el apartado siguiente, esos textos fueron en el orden de garantías del salario y los créditos laborales en general, enormemente regresivos y en el mundo sindical saltó la señal de alarma.

En este concreto tema se difuminaba esa relación indudable a lo largo de los tiempos entre ambos ordenamientos y que ya señalara el maestro GARRIGUES hace mucho (7).

También en el mismo sentido se pronunciaron desde el campo mercantil MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., y desde el laboral BORRAJO DACRUZ, E. por todos (8).

Hay temas en estas conexiones que en el concurso resaltan, como veremos, en la primacía del Derecho Mercantil, como, por ejemplo, la exclusividad de los Jueces de lo Mercantil para conocer del concurso de modo *excluyente*, incluso de las: «*acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectiva de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección...*» (art. 8.2.º LC). Todo ello en los albores de la, «por fin»,

(5) «Historia y actualidad de las relaciones: Derecho Mercantil-Derecho Laboral», en *AL*, vol. I, págs. 873 y sigs. y 937 y sigs., 1988.

(6) Sobre la *economía social* puede consultarse una magnífica monografía de CANO LÓPEZ, A., CES, *Colección Estudios*, sobre todo las págs. 193 y sigs., Madrid, 2002.

(7) GARRIGUES, J., «Hacia un nuevo Derecho Mercantil», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 6, págs. 220 y sigs., antes en: «Auxiliares del empresario», *RDP*, págs. 97 y sigs., 1942: «¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?», págs. 7 y sigs., y en concreto, la 28, *RDM*, núm. 72, págs. 269 y sigs., 1959.

(8) MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., «Los auxiliares del empresario», en *RDM*, núm. 72, págs. 269 y sigs., 1959. BORRAJO DACRUZ, E., *Los auxiliares del empresario en el Código de Comercio*, núm. 63, págs. 7 y sigs., 1957, y en su libro *Altos cargos*, Madrid, 1984. También GÓMEZ SEGADE, J. A., «Derecho de los socios, participación de los trabajadores en la empresa y su incidencia en el Derecho Mercantil (Reflexiones sobre la sentencia del TC de 1 de marzo de 1979)», en *Estudios homenaje a Polo Díez*, A., págs. 337 y sigs., Madrid, 1980.

reforma concursal, hizo pensar si la competencia exclusiva y excluyente de los Juzgados de lo Mercantil no iba contra el principio de *especialidad* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aunque aquella para conocer de cuantas cuestiones se suscitan en materia concursal en los términos previstos en su Ley reguladora y las materias en las que la jurisdicción del Juez del concurso es *exclusiva y excluyente*, la señala de modo inequívoco la Ley 8/2003, de 9 de julio, Ley Orgánica para la reforma concursal modificando la 6/1985, de 1 de julio (en concreto el art. 2.º núms. 7.º, 1 y 2).

Pero además del tema de la competencia jurisdiccional, en la LC hay otros en que las relaciones entre Derecho Mercantil y Derecho Laboral son patentes y con soluciones bien diversas sobre la aplicación de uno u otro con primacía del Mercantil en el aludido tema de la Ley Orgánica 8/2003, sobre la competencia del Juez del concurso. Hay otros aspectos laborales, como la vuelta prácticamente *al superprivilegio*, aunque no igual que antes de la LC (*superhipoteca* le llaman algunos autores) del artículo 32.1 del ET al ser considerados los salarios por los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso *como crédito contra la masa* (art. 84.2.1.º LC), los temas de la extinción, suspensión y modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo en aquellos contratos de trabajo en los que el empresario sea el concursado (art. 64 LC), la transmisión de la empresa en procedimientos concursales, etc., lo cual constituye una muestra más de lo que BORRAJO DACRUZ, E. (9) ya calificó en 1957 como *laboralización del Derecho Mercantil*, justo lo contrario de la *deslaboralización*, frase que se acuñó como hemos visto a la vista del primer ALC del año 2000 (10).

La importancia e incidencia de los créditos salariales y de las cuestiones laborales, en general, en la LC es, por todo lo dicho, evidente y al tema dedicamos los puntos que siguen precedidos de un recorrido en el camino legislativo de la que parecía inacabada reforma concursal. El giro de 180 grados dado por la LC 22/2003 a los ALC de 2000 y 2001 y al PLC de 2002 ya me permite contestar a la pregunta: *¿Derecho Mercantil versus Derecho Laboral?*, claro que en el sentido negativo porque la LC ha consagrado prácticamente todas las garantías establecidas por la normativa laboral y que se perdían de modo notabilísimo en el ALC del año 2000.

(9) BORRAJO DACRUZ, E., «Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo. Derecho especial y Derecho nuevo», en *RDM*, núm. 66, págs. 384 y sigs., 1957.

(10) MARTÍNEZ GARRIDO, L. R., «ALC. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable», en *AL*, núm. 38, octubre de 2001, núms. 755 y sigs., afirmaba que el ALC del año 2000 en el orden laboral: «*hace necesaria una llamada a remediar lo que todavía es un conato de norma susceptible de ser mejorada en trámite parlamentario*».

III. EL CONCURSO, LOS CRÉDITOS SALARIALES Y OTRAS CUESTIONES LABORALES. EL «*ITER LEGISLATIVO*»: DESDE EL PRIMER ALC DE 2000 HASTA LA LC DE 2003

1. GENERALIDADES

Vamos a referirnos exclusivamente al camino de la reforma concursal desde el primer ALC del año 2000 hasta la LC de 9 de julio de 2003, remitiéndome a otras publicaciones más sobre el anterior ALC de 1983 y la Propuesta Rojo, A. de 1995 (11). Todo ello sin dejar de señalar que la primera reforma en los procedimientos concursales —y en concreto en la quiebra— fue la de ...1897 con la de los artículos 870 a 873 del Código de Comercio.

Posteriormente en 1957 hubo otros intentos de reforma de nuestro Derecho concursal que tampoco cuajaron (12). Como tampoco lo hicieron los ya aludidos ALC de 1983 y la Propuesta Rojo de 1995. Vayamos, también brevemente a reseñar el concreto «*iter legislativo*» a partir de los ALC de nuestra Ley Concursal que, tras la publicación del primer ALC del año 2000, como antes he apuntado, ya hubo una señal de alarma sobre todo en el mundo sindical.

2. LOS ALC DE 2000 Y 2001

En especial por la supresión de la ejecución laboral separada (art. 32.5 ET), las garantías de los créditos salariales se disminuían de modo notabilísimo —recalco— en el ALC de 2000, lo que se corroboraba prácticamente en su totalidad en el de 7 de septiembre de 2001.

(11) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., Sobre la Propuesta Rojo, A., vid., «Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro Derecho Concursal», en *RDM*, núm. 225, julio-septiembre, págs. 1119 y sigs., 1997, y la bibliografía allí citada. En cuanto al ALC de 1983 en la misma publicación y en *Estudios sobre el ALC de 2001*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVARDE, R., ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 207 y sigs., Madrid, 2002. Por supuesto, sobre el Proyecto Rojo hay varias aportaciones aparte de la mía que las menciono en el trabajo citado. Fue un gran trabajo el del citado profesor.

(12) Vid. por todos, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G., «Las reformas y proyectos del Derecho Concursal español», en *Estudios Homenaje al profesor Duque, F. J.*, vol. II, págs. 1643 y sigs., Valladolid, 1998, donde recuerda lo que hoy prácticamente es el contenido *in extenso* del artículo 64 LC, refiriéndose al ALC de 1983 al señalar la posibilidad que se otorgaba a los trabajadores de: «proponer fórmulas con el fin de lograr el mantenimiento eficiente de la empresa». Finalidad de muchos ordenamientos como el alemán, con su Ley —*Insolvenzordnung, InsC*— de 5 de octubre de 1994, que entró en vigor en 1999, y entre las normativas más modernas, la Ley de 27 de abril de 2000, mejicana, sobre concursos mercantiles que atribuye a esta legislación por esa finalidad el carácter de *pública*.

Y es que la ejecución laboral *separada* es dentro del artículo 32.5 del ET la garantía, digamos principal, de los créditos salariales al poder ejercitar los trabajadores sus acciones sin que se *suspendan* las mismas por la tramitación de un procedimiento concursal (es el llamado *privilegio procesal del salario*). Pero además, el orden de prelación de los créditos salariales y la pérdida del llamado *superprivilegiado* (art. 32.1 ET) dieron lugar a las protestas sindicales (13).

Por otro lado, la atribución a los Jueces especiales mercantiles del sometimiento a los mismos de *todas las acciones laborales* con trascendencia patrimonial para el concursado, fue uno de los temas más discutidos y criticados, ya que en la mayoría de los ordenamientos de nuestro entorno, aunque se tramite un procedimiento concursal, al Juez de lo social no se le excluye de *las que son sus propias competencias* (en Francia, por ejemplo, a tenor de la Ley 25 de enero de 1985, o en Alemania en la *Insolvenzordnung*, de 3 de octubre de 1994, con entrada en vigor en 1999).

3. EL PLC DE 2002

De lo que antecede, se puede sacar la conclusión general de que en el «*iter legislativo*» de la reforma concursal, vía los ALC de 2000 y 2001, las reducciones en las garantías salariales del artículo 32 y en otras cuestiones laborales, fueron notorias para el mundo del trabajo, *pero se remediaron, en*

(13) En este orden de cosas, vid. los informes de UGT de octubre del año 2001, y el de CC.OO., de 24 de septiembre de ese año. Estos dos informes pueden verse en su totalidad en el *Anexo Documental* de la obra AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*, Dilex, S. L., págs. 722 y sigs., para el primero, y 753 y sigs. para el de CC.OO., Madrid, 2003. También la doctrina laboralista se alarmó ante la notable reducción de garantías salariales y laborales en caso de concurso. Así, por ejemplo, RÍOS SALMERÓN, B., se preguntaba si no estábamos ante una reforma concursal *contra los trabajadores* y más expresivamente así: «¿Requiem por el artículo 32.1 del ET?», en «El ALC y los trabajadores. ¿Requiem por el artículo 32.1?», en *RDS*, núm. 14. abril-junio, págs. 57 y sigs., 2001. Otras opiniones consideraban que el denominador común de la reforma se concretaba en *derogar* las garantías que para los trabajadores establece la normativa laboral cuando la empresa se encuentra en un procedimiento concursal. Así, entre otros, ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*, Aranzadi, 2002, y GUALDA ALCALÁ, J. y LILLO PÉREZ, E., «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *RL*, II, págs. 1151 y sigs., y sobre todo la 1157, 2002. La propia ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., en «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», en *AL*, III, núm. 32, 2002, sobre todo págs. 673 y sigs. Un artículo interesante en punto a la supresión de la ejecución separada laboral como garantía salarial recogida en el artículo 32.5 ET, fue el de MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, M., «El privilegio procesal de ejecución separada un privilegio en eminente peligro de extinción», en *AJA*, págs. 1 y sigs., núm. 369, 2001.

parte, en el PLC aprobado por el Gobierno el 25 de junio de 2002, aunque quedaba en las aspiraciones de los trabajadores en el tema mucho camino que recorrer. En un orden positivo hay que resaltar cambios importantes en la cuestión estrictamente laboral, pero dentro del concurso de la: *modificación, suspensión o extinciones colectivas de las relaciones de trabajo* (art. 63 del PLC, hoy art. 64 que lo estudiamos *in extenso* en epígrafe posterior). Pero se seguían olvidando textos tan fundamentales como el Reglamento 1346/2000 del Consejo de la UE sobre procedimientos de insolvencia, y el importante Convenio número 173 de la Organización Internacional de Trabajo ratificado por España en 1995 y que entró en vigor en 1996, ya que el mismo impone a las legislaciones nacionales *atribuir a los créditos laborales un rango superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y a los de la Seguridad Social* (14). El PLC, en esta materia de créditos salariales, tuvo notables mejoras para los trabajadores como, por ejemplo, la concretada en su artículo 90.1 —hoy 91.1 de la LC— al no limitar temporalmente el crédito privilegiado general de los salarios pendientes de pago frente a los ALC que habían concretado el pago del crédito a los seis meses de salarios debidos y anteriores a la declaración del concurso en el caso de que el concursado fuera el empleador, frase que también suprimió el PLC. El crédito salarial quedó pues sin límite temporal, pero eso sí, con el cuantitativo del resultado de multiplicar el triple del SMI por *los salarios pendientes de pago*. Tras la aprobación del PLC por el Gobierno, vino la discusión parlamentaria en el Congreso y Senado con *cambios profundos* en la cuestión que nos ocupa y tan importantes para el mundo del trabajo, que hizo decir a la profesora PULGAR EZQUERRA, J., en conferencia pronunciada en la Universidad del País Vasco en abril de 2003, que: «*los trabajadores iban a estar mejor dentro del concurso que extraconcurso*». Lo que reiteró en *Actualidad Jurídica Aranzadi* (15). En efecto, tras la discusión parlamentaria se produjo un cambio de sentido enorme hasta la aprobación definitiva el 27 de junio de 2003 del PLC, debiendo señalarse que, tanto las Enmiendas del Congreso de los Diputados como las del Senado, fueron muy interesantes la mayoría y numerosas. Modestamente, me tomo la licencia de

(14) Sobre el Convenio núm. 173 de la OIT, puede verse: BRETIN HERRERO, C., *La protección económica de los trabajadores*, Dykinson, págs. 41 y sigs., sobre todo, Madrid, 2003. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (con MERCADER UGUINA, J. R.), «Convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español», en *RL*, II, 1995).

(15) PULGAR EZQUERRA, J., en «La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», en *AJA*, núm. 578, de 22 de mayo de 2003, págs. 1 y sigs., donde junto a la delimitación y comprobación del presupuesto objetivo en la apertura del concurso, destaca el tratamiento de los trabajadores como uno de los temas donde más modificaciones introdujo en su día la Comisión del Congreso.

expresar mi satisfacción personal por haber contribuido algo a ese giro de 180 grados tras el revuelo levantado por los ALC de 2000 y 2001. Aunque pensé (16), que tanto las consideraciones que hice a los mismos como al PLC de 2002, podrían resultar inútiles tras el paso del último texto por el Congreso y el Senado, la verdad es que muchas de las sugerencias realizadas en las diferentes investigaciones en el tema desde el año 2001, se han canalizado en la LC tal como veremos a continuación en su estudio pormenorizado.

IV. CUESTIONES LABORALES GENERALES Y SU IMPORTANCIA EN LA LEY CONCURSAL

Vamos a sintetizar los diversos epígrafes que comprende este apartado IV, así:

1. CUESTIONES LABORALES GENERALES Y SU INCIDENCIA EN LA LC

1.1. *La LC y el contrato de trabajo*

El artículo 64 LC tras sucesivas modificaciones durante la reforma, regula los efectos que la declaración del concurso puede producir sobre los contratos de trabajo una vez presentada la solicitud de declaración del mismo al Juez. Quizá ha sido el artículo más modificado tras la discusión parlamentaria. Pero antes de ver esos efectos hay que señalar que el artículo 44 de la LC dice que la declaración del concurso: «*no interrumpirá la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniere ejerciendo el deudor*» (apartado 1.º) si bien este artículo en el apartado 4.º 1, como excepción a lo anterior, establece que el Juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los trabajadores —de sus representantes—, puede acordar mediante auto: «*el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular, así como el cese o la suspensión total o parcial si ejerciera una actividad empresarial*».

La regulación del tema de los contratos de trabajo está en la LC en los artículos 64, 65 (éste sobre el personal de alta dirección) y el 66. Los vamos a ver separadamente.

En primer lugar, el artículo 64 recoge las siguientes situaciones laborales dentro del concurso y derivadas del contrato de trabajo:

(16) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., en *Estudios sobre el ALC de 2001*, cit., págs. 216 y sigs., sobre todo tras las conferencias pronunciadas en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Almería.

1.1.1. Modificación, suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 64 LC)

En la rotulación de este artículo 64 LC se comprenden pues, aquellas situaciones laborales que se pueden dar en el concurso y que se derivan de un contrato de trabajo.

Hay que observar, en primer lugar, que la declaración del concurso no supone que se extinga *automáticamente* el contrato de trabajo, ya que, como se ha dicho, continúa en vigor, dado lo que permite el artículo 44.4.^º1 citado de la LC: es decir, la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor (17). Eso sí, todas las cuestiones a las que se refiere este artículo 64 pertenecientes al orden social, se tramitarán ante el Juez de lo Mercantil (art. 64.1.^º1 en relación con el 8.2 de la propia LC). Como ha observado recientemente RÍOS SALMERÓN, B. (18) en realidad lo que le corresponde al Juez del concurso —de lo Mercantil— son los *expedientes* de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales una vez que se ha presentado ante el mismo la solicitud de declaración del concurso, expresión, en efecto, que parece más correcta que la de «*acciones sociales*» que emplea, por ejemplo, el artículo 8.2.^º refiriéndose a la competencia del Juez Mercantil en materia de suspensión y extinción del contrato de trabajo así como en la de modificaciones de las condiciones del mismo, ya que en estos casos estamos ante *expedientes* sujetos a la Resolución de la Autoridad Laboral con el consiguiente recurso en la vía contencioso administrativa. Ahora bien, si se interpreta que esas circunstancias se tramitan ante el Juez del concurso con evidente sustracción a la autoridad administrativa laboral, no parece fuera de lugar la expresión: *acciones sociales* (por cierto que tras el paso del PLC por el Congreso y el Senado se dio en el definitivo texto de nuestra reforma concursal intervención en estas cuestiones esencialmente derivadas de la relación laboral, a la autoridad del orden administrativo social al igual que a los representantes de los trabajadores los grandes ausentes de los ALC y del PLC).

El artículo 64 LC se refiere a modificaciones *sustanciales* del contrato de trabajo tipificadas en: *suspensiones, extinciones y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo* pero con el calificativo referido naturalmente a las últimas. Son situaciones, las de suspensión y extinción, de carácter colectivo, y así lo expresa el propio artículo 64.1 LC. Cabe quizá preguntarse

(17) Vid., en ese mismo sentido, RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal...*, cit. núm. 365, advirtiendo que si bien el contrato de trabajo continúa en vigor, está sometido a un régimen jurídico distinto que configura «*un derecho del trabajo en la insolvencia declarada*».

(18) RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal*, cit., núm. 366 y, antes, en la nota 19.

si a tenor del artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores existen *suspensiones colectivas* acordadas a iniciativa del empresario en la vía laboral y por el Juez en la concursal. Ciertamente que la LC emplea el singular *colectiva* y aunque en la práctica la figura de la suspensión colectiva apenas se da porque normalmente no es solución para el remedio de los males de la empresa, hay que tener en cuenta lo que la LC dispone en el apartado 2.º del mismo precepto, ya que se refiere al plural *colectivas*, con lo que hay que entender que el Juez tiene la posibilidad de decretar la medida de *suspensión del contrato de trabajo* durante el concurso, cualquiera que sea el número de trabajadores afectados por la misma.

1.1.1.1. Período de consultas

La decisión judicial para tomar las medidas a las que se refiere el artículo 64.1 LC, va precedida, en primer lugar, de un período de consultas entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores remediando la LC, lo que habían olvidado los ALC y el PLC, en cierto modo, porque éste ya hablaba de dichos representantes en el artículo 63.2.1.º Con ello, se dijo en relación con los ALC de 2000 y 2001, que se eliminaba la configuración de: «*cualquier instancia negociadora*» (19). Además, la Administración concursal debe emitir un informe salvo —añadido en el Senado al art. 64.3. LC *in fine*— que se estime que la demora en la adopción de las medidas citadas *puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa*, ya que, en ese caso, basta la acreditación de esta circunstancia para realizar la petición al Juez en cualquier momento procesal desde la declaración del concurso.

Se trata de un período de consultas cuya duración no puede ser superior a treinta días naturales o quince, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten en el último caso con menos de cincuenta trabajadores. Si las empresas afectadas cuentan con más de cincuenta trabajadores, *deben acompañar un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo*. Como se podrá apreciar, los expedientes se modulan en función del tamaño de las empresas, es decir, según tengan más o menos de cincuenta trabajadores.

(19) GUALDA ALCALÁ, J., y LILLO PÉREZ, E., «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *Relaciones Laborales, Documentos e Informes*, II, 2001, págs. 1151 y sigs., y en concreto la 1157. También vid., ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., *Conservación de empresas*, cit., la cual consideraba en el estudio de los ALC que la *ausencia negociadora* de los representantes de los trabajadores no tenía justificación posible en caso de concurso, pág. 58. La misma autora en: *La proyectada reforma*, cit., págs. 679 y sigs.

La que nos parece innecesaria es la remisión en la negociación durante el período de consultas de la LC, a que la misma debe ser hecha con buena fe. En toda negociación (en los contratos lo recuerda el art. 1.258 del Código Civil) y más en las laborales, debe presidir la buena fe aunque sea cuestión distinta que luego las partes se olviden de este histórico e inconcreto principio de nuestro ordenamiento jurídico.

Tras el período de consultas o en el momento en que las partes consigan un acuerdo, la Administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al Juez el resultado del primero y las cláusulas del acuerdo en el segundo. Recibida la comunicación, el Juez debe recabar un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas, informe *inexplicablemente* omitido en los ALC e incluso en el PLC ya que, como hemos apuntado, las medidas del artículo 64.1 son extraconcurso totalmente competencia —sus expedientes, en materia de suspensiones y extinciones colectivas de los contratos de trabajo— de la Autoridad Laboral (si en esta fase del concurso ésta estima necesario oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de emitir el informe, el art. 64.6.2.º de la LC le faculta para ello). El informe debe emitirse en el plazo de quince días —nada dice la LC de si naturales o laborales por lo que ante la no concreción de la Ley habrá que entender que son días naturales— aunque si se emite *fuera de plazo*, puede ser tenido en cuenta por el Juez (lo que se añadió tras aprobarse una Enmienda en el Senado). Como observa RÍOS SALMERÓN (20), se ha logrado introducir en la LC un trámite de interés del que precisa: «*que posee, cuando menos, el valor inherente a los informes de la Inspección de Trabajo*». Por eso decía antes, que, *inexplicablemente*, se había omitido en los ALC e incluso en el PLC, este trámite del informe de la Autoridad Laboral.

1.1.1.2. La Resolución del Juez del concurso y recursos contra la misma

A partir de la conclusión de los trámites que hemos visto en el epígrafe anterior y en el plazo máximo de cinco días, el Juez del concurso debe resolver sobre las medidas propuestas, aceptando, en caso de existir, el acuerdo alcanzado entre la administración concursal y los representantes de los trabajadores a no ser que aprecie en el mismo: dolo, fraude, coacción o abuso de derecho (art. 64.7.º1.º). Si el Juez acuerda la suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, el Auto tiene las mismas consecuencias que la Resolución de la Autoridad Laboral: «*a efectos del acceso de los trabajadores a la situación legal de desempleo*».

(20) La Ley Concursal y los trabajadores..., cit., núm. 368.

Si se alcanza por las partes un acuerdo, parece que el Juez debe aceptarlo a no ser que en su conclusión estime que concurren las circunstancias antes mencionadas (art. 64.7.1.º LC). La LC solamente dice que en caso de existir acuerdo, el Juez lo aceptará (si ha existido en su conclusión: dolo, fraude, coacción o abuso de derecho, determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral). De lo anterior se deduce que el Juez no tiene, en caso de alcanzarse un acuerdo normal entre las partes, facultades para examinar el mismo (por lo menos no las explicita la LC) y lo debe aceptar sin más, es decir, tal como se le comunica por la administración concursal y los representantes de los trabajadores, pudiéndose pensar, por ejemplo, en una *extinción de los contratos de trabajo con el carácter colectivo* que denomina el artículo 64.1. LC y que, en la vía laboral, a efectos de indemnización y a tenor del artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores, tiene el límite de: «20 días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de doce mensualidades». Pues bien, tal como está redactada la LC en este punto, parece que el Juez no tendría que poner inconveniente a la superación del máximo legal en la indemnización a los trabajadores en el caso de extinción colectiva de sus contratos una vez presentada ante el mismo la solicitud de declaración de concurso. Pero obsérvese que el propio artículo 64.7.1.º *in fine* del apartado, se refiere a algo que estimo hay que tener en cuenta y es que dice: «*en este caso y en el de no existir acuerdo, el Juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral*». ¿Puede aplicarse aquí la analogía para el supuesto de haber acuerdo y vincular la aceptación del Juez a las normas laborales? La cuestión la verdad es que no la veo muy clara (21).

Contra el Auto del Juez del concurso (art. 64.8 LC), cabe interponer el recurso de suplicación que prevén los artículos 188 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral, Texto Refundido de 7 de abril de 1995, lo cual implica menos *deslaboralización* de los órganos jurisdiccionales sociales. Pero es que, además, los artículos 64.8 y 197.7 LC, permiten la interposición de los: «*demás recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral*» y, por tales, habrá que entender el de casación para la unificación de doctrina ante el TS (art. 216 y sigs. LPL) y el de queja cuya tramitación es conforme al mismo Recurso en la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 494 y 495 y que también se interpone ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (art. 187 LPL). Estos recursos, lo que es lógico, se tramitarán ante los órganos jurisdiccionales del

(21) RÍOS SALMERÓN, B., *La LC y los trabajadores...*, cit., núm. 368, el cual califica la hipótesis de acordar una mayor indemnización que la legal laboral, como excepcional.

(22) En la frase: *los demás recursos*, podría caber también el de *revisión* ante la misma Sala de lo Social del TS, según el artículo 243 LPL. En ese sentido: RÍOS SALMERÓN, B., *La LC y los trabajadores*, cit., núm. 369.

orden social sin que ninguno de ellos tenga efectos *suspensivos* sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales (22).

Respecto a las acciones que los trabajadores pueden ejercitar contra el Auto del Juez del concurso en materias que *estrictamente* se refieran a la relación jurídica individual con el empleador, se sustanciarán por el procedimiento *del incidente concursal* (art. 192 y sigs. sobre el mismo, LC) y, por tanto, ante el Juez del concurso (23) cuya sentencia es recurrible en suplicación sin que la LC haya señalado un plazo para interponerlo (24).

La demanda deberá formularse por lo establecido en el artículo 437 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que en el Título VIII regula los juicios verbales. A pesar de esa remisión, CORDÓN MORENO, F. (25) opina que en el incidente concursal, en este caso laboral, estamos ante una mezcla del juicio ordinario y del verbal.

Conexo con el artículo 64 LC, hay una cuestión que es la de las *costas judiciales* a las que se refiere el artículo 196.2 LC, que se remite a los artículos 394 a 398 inclusive de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, además, señala que las mismas *serán inmediatamente exigibles* una vez firme la sentencia y con independencia del estado en que se encuentre el concurso. Pero, como advierte ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., hay que tener en cuenta que la Ley de 10 de enero de 1996 confiere a los trabajadores: el beneficio de la justicia gratuita cuando actúan ante los órganos jurisdiccionales sociales (26). O sea, que se produce una doble posición al reclamar los trabajadores tanto en acciones individuales como de carácter colectivo del artículo 64.1.º y 8.º, ya que por un lado no tendrán justicia gratuita cuando ejerciten las acciones ante los Jueces Mercantiles si sus pretensiones son íntegramente desestimadas, con lo cual se echa por tierra el principio de *gratuidad del proceso social* uno de sus principios básicos. Ahora bien, cuando el trabajador recurra el Auto del Juez del concurso en Suplicación, entonces tendrá el beneficio de justicia gratuita. Lo cual no deja, cuando menos, de ser paradójico si se tiene en cuenta lo que ese beneficio en el caso de los trabajadores persigue. Ya en su informe de octubre de 2001, la UGT había señalado este enorme perjuicio a los trabajadores pero, por como se ve, no se ha subsanado.

(23) Sobre el incidente concursal puede verse: CORDÓN MORENO, F., «Las normas procesales en el PLC y, en especial, el incidente concursal. Apuntes críticos», en *AJA*, núm. 562, 16 de enero de 2003, y en: «Los aspectos procesales del concurso», en *Derecho Concursal*, cit., págs. 577 y sigs., y en especial las 601 y sigs., Madrid, 2003.

(24) Competencia de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en incidentes que resuelvan acciones sociales. Ante el silencio del texto de la LC, acaso pudiera pensarse en la remisión al plazo de cinco días del artículo 192.1 de la misma. Esto, claro, respecto al recurso de suplicación contra el Auto del Juez, pero esto ya se contiene en la LPL. La LC debería haber subsanado esta omisión.

(25) CORDÓN MORENO, F., *Los aspectos procesales*, cit., pág. 602.

(26) ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., *Conservación de empresas*, cit., pág. 74.

1.1.1.3. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo

El artículo 64.9 LC se refiere al supuesto de modificación sustancial de carácter colectivo de las condiciones de trabajo, realizadas en el contexto del concurso vedando entonces la indemnización que para esos supuestos señala el artículo 41 del ET en su apartado 3.2.º, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial al rescindir él mismo el contrato de trabajo y que se cifra en veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de nueve mensualidades. Pues bien, el artículo 64.9 LC *ordena la suspensión de dicha rescisión durante* la tramitación del concurso con el límite máximo de un año desde que se hubiese dictado el Auto judicial que autorizó la modificación.

Pero hay que hacer una observación, en primer lugar, al artículo 64.9. Éste se remite a las modificaciones sustanciales que enumera el artículo 41 del ET (jornada de trabajo, horario, régimen a turnos, sistemas de remuneración, trabajo, rendimiento y funciones) y además a las que sean de carácter colectivo. Por tal, hay que entender las reconocidas a los trabajadores en virtud de: *acuerdo, pacto colectivo o bien que se disfruten con ese carácter por una decisión unilateral del empresario*, pero a tenor del artículo 64.8.2.º LC, también caben las modificaciones sustanciales a título individual, a mi juicio, ya que de esa forma se producen (art. 41.2.2.º del ET) y de ellas nada dice el artículo 64.9.1.º LC.

Creo que no hubiera estado de más, por otro lado, el que el apartado 10 del artículo 64 LC se hubiera referido en cuanto a las acciones individuales interpuestas al amparo del artículo 50.1 del ET, también al apartado *a)* de este precepto que posibilita la rescisión del contrato de trabajo por voluntad del trabajador cuando las modificaciones redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. Son incumplimientos graves contractuales del empleador y si el artículo 62.1 de la misma LC posibilita, a pesar de la declaración del concurso, la facultad de resolución de los contratos por incumplimiento de cualquiera de las partes, hay que entender que cabe extender el supuesto al artículo 50.1.a) del ET porque de otro modo y en relación con el apartado 4.º del artículo 62 LC citado (27), el trabajador quedaría en peor situación que el acreedor que no hubiera cumplido sus obligaciones.

(27) El apartado 4.º del artículo 62 LC dice que: en todo caso, el crédito comprenderá —se refiere al del acreedor— el resarcimiento de daños y perjuicios, lo que encuentra el mismo tratamiento en vía concursal para los trabajadores. Claro que éstos, extraconcurso, a tenor del artículo 50.2 del ET, si prospera la rescisión de su contrato de trabajo tienen derecho a una indemnización de cuarenta y cinco días por año de servicio con el tope de cuarenta y dos mensualidades, es decir, como si de despido improcedente se tratara. Vid., sobre el tema, ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., *Conservación*, cit., pág. 60.

Pero la LC en el artículo 64.9.2, tras la discusión parlamentaria, se refiere al tema de la movilidad geográfica de los trabajadores recogida en el artículo 40 del ET y fuente de problemas siempre. Estamos en la movilidad geográfica ante el traslado colectivo de trabajadores que no hayan sido contratados en empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes (las de montaje, por ejemplo) lo cual conlleva, el cambio de residencia. Requiere, a tenor del citado artículo 40.1 ET, que el empresario justifique las razones económicas, técnicas, organizativas, o de producción que justifiquen el traslado para, por ejemplo, favorecer la posición competitiva de la empresa en el mercado o responder mejor a la demanda.

En los casos a los que nos referimos a continuación del artículo 64.9.2.º de la LC, *también queda en suspenso* la indemnización que prevé el artículo 40.1.4.º, si se opta por la misma y no por el traslado y que es de veinte días por año de servicio con el tope de doce mensualidades. Pero la LC subordina la suspensión, a que la movilidad geográfica sea a un centro de trabajo *situado en la misma provincia que el centro de origen y a menos de sesenta kilómetros de éste*, con la salvedad de que el tiempo mínimo de desplazamiento de ida y vuelta supere el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de viaje. Como en los supuestos del artículo 41 ET, la LC dice que el plazo de suspensión de la movilidad geográfica no puede prolongarse por un período superior a doce meses a contar desde la fecha en que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación. (Se refiere a la suspensión del ejercicio de la acción de *rescisión* del contrato de trabajo.)

1.1.1.4. La extinción del contrato a instancia del trabajador, vía artículo 50.1.b) del ET

Las acciones individuales a las que se refiere el artículo 64.10, son las que se contemplan en el artículo 50.1.b) del ET, y así lo dice expresamente el primer precepto. El artículo 50.1.b) considera justa causa para que el trabajador: *«pueda solicitar la extinción de su contrato de trabajo»*: *«la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado»*. Naturalmente que es una acción individual que se puede interponer una vez presentada la solicitud del concurso —de su declaración— ante el Juez de lo Mercantil, pero, sin embargo, el artículo 64.10.1 LC, a los efectos de su tramitación, considera que estamos ante *«tendrán la consideración dice»* extinciones de carácter *colectivo* y, por tanto, deben seguir el procedimiento previsto en ese precepto (28). No hay que olvidar en cuanto a la indemnización —como antes

(28) Tales acciones, pues, se convierten en *colectivas*. Vid., RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal...*, cit., núm. 374.

se ha dicho— que el artículo 50.2 del ET, en las extinciones por voluntad del trabajador dice que éste tiene derecho a la señalada *para el caso de despido improcedente*, con lo cual el *quantum* de la misma, si se produce un número grande de contratos a extinguir, puede influir de modo importante en la empresa declarada en concurso (de todos modos serán créditos con privilegio general a tenor del art. 91.1.º de la LC).

Pero la extinción para que las acciones ejercitadas al amparo del artículo 50.1.b) del ET de tipo individual se conviertan en colectivas, es necesario que *afecten* a un número de trabajadores que desde la declaración del concurso supere los límites siguientes:

1. Empresas que cuenten con una plantilla de hasta cien trabajadores, diez trabajadores.
2. Empresas que cuenten con una plantilla de cien a trescientos trabajadores, el 10 por 100 de los mismos.
3. Las empresas que cuenten con una plantilla de más de trescientos, el 25 por 100 de los trabajadores.

1.2. *La extinción o suspensión de los contratos del personal de alta dirección*

Se confiere a la Administración concursal en el artículo 65.1, el que por propia iniciativa o a instancia del deudor, pueda extinguir o suspender los contratos de éste con el personal de alta dirección. Este personal, al que se refiere el artículo 65 LC, está regido por el Decreto de 1382/1985, de 1 de agosto, que lo encuadra dentro de las relaciones laborales de carácter especial. Son trabajadores no excluidos en el artículo 1.3.c) del ET, de 24 de marzo de 1995, que se refiere en la exclusión a aquellas personas cuya actividad se limita pura y simplemente al mero desempeño del cargo de consejero o miembro de los órganos de administración en las empresas que revistan la forma de sociedad. Pues bien, el artículo 2.1.a) considera relación laboral, si bien de carácter especial —me refiero al ET— la del personal de alta dirección no incluido en ese artículo 1.3.c) al que acabamos de referirnos.

Las dos situaciones que recoge la LC sobre este personal se tipifican en el artículo 65 así:

- a) *Suspensión del contrato*: el alto directivo —frase que emplea la LC— puede pedir, en caso de suspensión de su contrato con un preaviso de un mes, que el mismo se *extinga* con la indemnización que vemos a continuación.
- b) *Extinción del contrato*: en este supuesto, el Juez del concurso —art. 65.3 LC— puede *moderar* la indemnización que le corresponda quedando sin efecto la *pactada* en el contrato (llamados normal-

mente *contratos blindados*) muy superior a la legal. El límite es la indemnización que para el despido colectivo señala el artículo 51.8 del ET, es decir, de veinte días por año de servicio con un máximo de doce mensualidades, como antes ha quedado apuntado. Se ha calificado a la norma del artículo 65 de *excesivo rigor* para el personal de alta dirección (entre otros, por RÍOS SALMERÓN ya desde su trabajo: *El ALC...*, cit.), e incluso se ha llegado a dudar de si los privilegios salariales se extienden a estos trabajadores considerando su fuerza ante el empresario al ser el *alter ego* del mismo (29).

Ahora bien, volviendo a la LC, el artículo 65 no se refiere a las garantías en el concurso de los salarios dejados de percibir por este personal de alta dirección y aunque la protección de esas retribuciones ya encontraron su sede —protección negada con contumacia durante mucho tiempo— en el FOGASA, hay que recordar la expresa remisión que el artículo 15.1 del Decreto 1382/85, de 1 de agosto, hace al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. Son, sin duda, remuneraciones elevadas las percibidas por estos trabajadores —porque lo son claro— y esto es lo que ha influido en las limitaciones a las indemnizaciones del artículo 65 LC, lo cual para RÍOS SALMERÓN, B. (30) es de un rigor excesivo para los altos cargos. La finalidad de esas limitaciones es el no obstaculizar cuantitativamente los créditos de los demás trabajadores, bien con privilegio especial o general o contra la masa, estos últimos en el artículo 84.2.1.º de la LC, tanto en salarios como en indemnizaciones.

El apartado 4.º del artículo 65 faculta a la administración concursal para solicitar del Juez del concurso que el pago del crédito se: «*aplaze hasta que sea firme la sentencia de calificación*». El fundamento de ese aplazamiento del pago del crédito es en orden a una posible responsabilidad que el alto directivo pueda tener si el concurso se califica como *culpable*, ya que el artículo 172.2 señala en la LC que, entre otros pronunciamientos, la sentencia que lo declare así determinará las personas afectadas por la calificación y si alguna de ellas lo fuera: «*como administrador o liquidador de hecho de la persona jurídica deudora*», motivará la atribución de esa condición. Pero no es la única referencia a la responsabilidad del *administrador de hecho* en contraposición a los administradores de derecho que encontramos en la LC, ya que el artículo 154.1, a la hora de calificar el concurso como culpable en el caso de concursado persona jurídica, alude al caso de que en la generación

(29) Lo que hace que se le llame también apoderado general.

(30) RÍOS SALMERÓN, B., *El ALC y los trabajadores*, 2001. GARRIDO, J. M.ª, *Tratado...*, cit., sobre todo la pág. 400. IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección (Real Decreto 1382/85, de 1 de agosto)*, Civitas, 2.ª ed., pág., en concreto, 134, Madrid, 1994. SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, págs. 49 y 50, Bilbao, 1990.

o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o si los tuviere, la de sus representantes legales o de los administradores o liquidadores de hecho y de derecho. Todavía más, el artículo 48.3 LC al tratar de los efectos sobre *el deudor persona jurídica*, dice que desde la declaración del concurso el Juez puede ordenar el embargo de los bienes o derechos de los administradores o liquidadores de hecho o de derecho.

Por tanto, la referencia al administrador fáctico es constante en la LC, pero no comparto que la definición de la figura la hubiera de haber hecho una ley de tal magnitud como es la LC (31) porque la misma debe venir de la representación en el derecho de sociedades en su Parte General y, a tal efecto, no estaría de más recordar el *non nato* Código de Sociedades Mercantiles de 2002, que se ha quedado en Propuesta y que dedicaba el Título VIII a la representación de la sociedad.

En la LC nos encontramos con varias referencias a la responsabilidad de *los administradores de hecho* junto a la de los de derecho o liquidadores, en su caso. Los primeros recuerdan *al factor notorio*, figura que consagró la autoridad de URÍA, R. y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., sobre todo para los casos frecuentes de que el empresario individual no se haya inscrito en el Registro Mercantil (32).

(31) Opinión de LATORRE CHINER, N., en su novedosa e interesante monografía: «El administrador de hecho en las sociedades de capital», en *Estudios de Derecho Mercantil*, núm. 14, dirs. por EMBID IRUJO, J. M., Comares, pág. 49, 2003.

(32) Se discute si la responsabilidad concursal es o no compatible con la responsabilidad civil de los administradores que se encuentra en la LSA, modificada por la Ley de 17 de julio de 2003. No parece descabellado a la vista del artículo 48.2 LC, sostener la compatibilidad, ya que los administradores concursales pueden ejercitar todas las acciones derivadas del concurso sin perjuicio de acciones de responsabilidad contra ellos derivadas de otras leyes. Las dudas mayores se encuentran en relación con el artículo 262.5 de la LSA, respecto a la responsabilidad de los administradores en caso de disolución de la sociedad, artículo reformado por la LC en su Disposición Final Vigésima, núm. 6. En contra de esta compatibilidad, ALONSO UREBA, vid., «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital (el art. 172.3 LC y sus relaciones con las acciones sociales de responsabilidad)», en *Derecho Concursal*, dirs. por GARCÍA VILLAVARDE, R., el propio ALONSO UREBA, A. y PULGAR EZQUERRA, J., págs. 506 y sigs., y, en especial, la 558 y sigs., Madrid, 2003. ALCOVER GARAU, G., *Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal*, en la misma publicación, págs. 488 y sigs., y la 498 y sigs., en especial. El mismo ALCOVER GARAU, G., en «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales, "ex" artículo 262.5 y los procedimientos concursales», en *RDS*, núm. 8, págs. 265 y sigs., 1997. LLEBOT MAJO, J. O., «La responsabilidad concursal de los administradores», en *RGD*, págs. 7559 y sigs., junio de 1999. QUIJANO GONZÁLEZ, J., «La responsabilidad de los administradores por la no disolución de la sociedad y las causas de exoneración», en *RDS*, núm. 19, págs. 73 y sigs., 2002-2. En extenso: SÁNCHEZ CALERO, F., en *Administradores*, Tomo IV de *Comentarios a la LSA*, dirs., por el mismo, en particular las págs. 236 y sigs., Edersa, 1994. POLO SÁNCHEZ, E., «Los administradores y el Consejo de Administración de la sociedad anónima», Tomo VI del *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirs. por

La LC, por otro lado, en sus antecedentes, se refirió en el ALC de 2001 al concepto de administrador de hecho, basado en *el poder efectivo del mismo en cuanto a la gestión* (en esos términos el actual art. 164.1, así como el 172.2 y 3 LC).

Por todo lo que antecede, la cautela del artículo 65.4 es lógica en la propia LC, de lo que hemos apuntado antes: el que los administradores concursales pidan del Juez del concurso el aplazamiento del pago del crédito de la indemnización tanto en caso de suspensión del contrato del alto directivo seguido de la petición de extinción por él mismo, como en el de extinción directa (art. 65.1.2 y 3 LC). Esto, hasta que sea firme la sentencia de calificación del concurso por si hay responsabilidad en el concurso que haya sido declarado como culpable, tanto de los administradores miembros de un Consejo de Administración formalmente constituido, como de los *administradores fácticos* (33).

1.3. *Modificación de las condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo*

El artículo 66 de la LC vincula más que el PLC de 2002 a la legislación laboral en el tema de la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos a los que se refiere el Título III del Estatuto de los Trabajadores, rotulado como: «*De la negociación colectiva y de los convenios colectivos*», y que comprende los artículos 82 a 92 de dicho texto legal modificados parcialmente por la Ley 11/1994, de 19 de mayo. Se constriñe la modificación de las condiciones establecidas en un convenio colectivo, por tanto entre empresarios y trabajadores, a las materias en que aquélla sea admisible precisamente con arreglo a la legislación laboral (34).

Finalmente, el artículo 66 LC pide que el acuerdo sea con audiencia de los representantes legales de los trabajadores, aunque no se dice si en

URÍA, R.; MENÉNDEZ, A., y OLIVENCIA, M., Madrid, 1992. RUIZ MUÑOZ, M., «Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (art. 105 LSRL). Análisis contractual representativo», en *RDM*, abril-junio, págs. 469 y sigs., 2002.

(33) De *feliz* califica LATORRE CHINER, N., *El administrador de hecho...*, cit., pág. 157, esta equiparación al compás de la evolución que en varios sectores de nuestro ordenamiento se está produciendo y que en la última década 1990-2000 comenzó con la LSA, de 22 de diciembre de 1989, y en la actualidad se configura en la llamada Ley de Transparencia, de 17 de julio de 2003.

(34) Materias que son las recogidas por las normas generales de los artículos 82 a 92 del ET en relación con el 41.2 del mismo texto legal y, entre otras, las relativas a horarios, régimen de turnos de trabajo, sistemas de remuneración, funciones, etc., a las que en el estudio del artículo 64 LC, hemos hecho referencia.

ese acuerdo estamos ante una opinión que vincula o no al Juez del concurso (35).

Tampoco dice el artículo 66 LC quiénes están legitimados para pedir la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos, pero parece ser que son: la administración concursal y el empresario. En un texto legal plagado de legitimaciones no deja de ser curiosa la omisión.

1.4. *La transmisión de empresas en situaciones concursales y su escasa atención en la LC*

Como observaba el Dictamen del Consejo de Estado, de 21 de marzo de 2002, se ha perdido en la LC una buena ocasión para aplicar la Directiva 2001/23, relativa a la transmisión de empresas en procedimientos de insolvencia (en nuestro caso en el de concurso) y, sobre todo, para arbitrar un tratamiento completo en punto de la posibilidad de modificación de acuerdos colectivos de las condiciones de trabajo y a la no asunción de deudas laborales precedentes (36). Además no hay que olvidar en este orden de cosas, el Reglamento comunitario 1346/2000, de 29 de mayo de ese año sobre procedimientos de insolvencia (37). Precisamente una de las cuestiones que surgió a raíz de la reforma del Derecho Concursal fue el de la primacía del Derecho Mercantil sobre el Laboral y si no era *una reforma contra los trabajadores* y ello, porque en los ALC de 2000 y 2001, se atribuía a los Jueces Mercantiles prácticamente el conocimiento de todas las acciones laborales que pudieran tener transcendencia patrimonial para el concursado, lo cual se mitigó de modo evidente tanto en el PLC de 2002 como en la LC.

Pero la Directiva 2001/23 (art. 5.4) previene los abusos de los procedimientos de insolvencia y ordena a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias con el fin de no privar a los trabajadores de los derechos

(35) Se pregunta VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, Dijusa, pág. 604, Madrid, 2003, hasta qué punto es preceptivo el contenido del acuerdo de los representantes de los trabajadores.

(36) Sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresas individuales, con ese mismo título, vid. el excelente trabajo de RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y BRAVO FERRER, M., en *RL*, II, núms. 11 y 12, 2002, págs. 160 y sigs. Recuerdan los autores que los Estados miembros pueden introducir excepciones a la regla general del mantenimiento de las condiciones de trabajo en el caso de transmisión de empresas en crisis aunque con cautela.

(37) Vid. sobre este Reglamento, VIGUERA RUBIO, J. M.^a, «Una iniciativa para la adopción de un Reglamento sobre procedimientos concursales», en *RDBB*, núm. 76, octubre-diciembre, págs. 189 y sigs., 1999.

que les asisten en caso de transmisión de empresas (38). Lo cierto es que la reforma de la Ley 12/2001, de 9 de julio, del artículo 44 del ET, no abordó de forma específica la cuestión de la subrogación de los derechos y obligaciones en caso de transmisión de una empresa en estado de insolvencia, quizá pensando que sería el futuro texto concursal el que lo hiciera (39).

Hay que decir, que la tan criticada desconexión entre derecho laboral y derecho concursal tampoco ha encontrado una solución satisfactoria tras la LC de 2003 en el tema de la sucesión empresarial de empresas en situación de insolvencia en concordancia con las Directivas 98/50 que modificó la 77/187 y la más reciente 2001/23, relativas precisamente —sobre todo la primera— a todas las transmisiones de empresas vinculadas a un procedimiento concursal que conlleve la liquidación de los bienes del transmitente de la empresa. Todo ello con el fin de evitar que los trabajadores en esos supuestos vean afectadas sus garantías derivadas del contrato de trabajo, o lo que es lo mismo, que los trabajadores mantuvieran en caso de traspaso de empresa —también cuando éste se limite a un centro de actividad o parte del mismo— sus derechos.

Ante el silencio en el tema de la Ley 12/2001, de 9 de julio, en el orden estrictamente laboral, cara a la aplicación del artículo 44 del ET en caso de transmisión de empresas en procedimientos concursales en temas tales como *la asunción de las deudas laborales anteriores a la transmisión*, había que haber aprovechado la reforma concursal para subsanar tal «*laguna legal*».

(38) En un orden general sobre la transmisión de la empresa y sus efectos, puede verse: CAMPS RUIZ, L. M., *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993. Aparte del trabajo citado de RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERRER BRAVO, M., *El mantenimiento*, cit., y en el estudio de la Ley 12/2001 española de reforma, entre otras materias, del artículo 44 del ET —y sin olvidar los Tratados Generales de Derecho del Trabajo—, vid. VALDÉS DAL RÉ, F., «Las garantías colectivas en la transmisión de empresas», en *RL*, II, núms. 11 y 12, págs. 199 y sigs., 2002. ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial: Conservación frente a liquidación*, Consejo Económico Social, Madrid, 2001. DEL REY GUANTER, S., «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales», en *Temas Laborales*, núm. 61, 2001. MONEREO PÉREZ, J. L., «La transformación del Derecho Concursal y cambio de titularidad de la empresa en crisis, reflexiones jurídicas-críticas», en *RDS*, núm. 3, 1998. MORENO GENE, J., *El régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003. SEMPERE NAVARRO, A., «Sobre los aspectos colectivos en la transmisión de empresas», en: *AS*, núm. 7, 2002.

(39) Decían en el año 2002, RODRÍGUEZ PIÑERO, M., y FERRER BRAVO, M., en *El mantenimiento*, cit., pág. 188, que precisamente ante la omisión de la Ley laboral —se refieren a la 12/2001 aludida— la nueva Ley Concursal debería tratar la cuestión de la suerte de los contratos de trabajo en la transmisión de las empresas en crisis teniendo en cuenta los problemas genéricos: «*del propio concurso sobre la protección de los derechos de los trabajadores*». Pero, como vemos en el texto, se perdió esa oportunidad que ya el informe del Consejo de Estado, en 21 de marzo de 2002, lo había denunciado todavía sin el PLC aprobado.

De todos modos, dentro del Capítulo II, Sección 2.^a, «*De las operaciones de liquidación*», el artículo 149.1.1.^a dice: si no se aprueba un plan de liquidación hay que acudir a algunas reglas laborales supletorias como las de: *la enajenación como un todo del conjunto de los establecimientos y cualesquiera otras unidades productivas o servicios pertenecientes al deudor*. La enajenación debe hacerse por subasta, pero si ésta quedare desierta, el Juez puede acordar la enajenación directa. En todo caso —art. 149.1.1.^a-2.^o— las resoluciones que adopte el Juez del concurso deben dictarse previa audiencia, por un plazo de quince días, de los representantes de los trabajadores, lo cual es lógico para poner el precepto en relación con el artículo 148.3 de la propia LC cuando establece que el plan de liquidación debe someterse a informe de esos representantes para que puedan formular observaciones o propuestas de modificación (con estas medidas el cambio del PLC a la LC en la cuestión es trascendental para el mundo del trabajo). Son medidas tendentes a intentar conservar la empresa que está en concurso ya que, como observa PULGAR EZQUERRA, J. (40), se pretende: *una liquidación del establecimiento como un todo*, sin duda para evitar: *«la destrucción del valor empresarial»*.

Tenemos que señalar, por otro lado, que *el cesionario y los representantes de los trabajadores* pueden suscribir acuerdos para la modificación de las condiciones colectivas de trabajo y esto con el fin de asegurar la viabilidad futura de la actividad y el mantenimiento del empleo (41).

Son interesantes, cuando menos, las reglas contenidas en el artículo 149 LC en orden a la enajenación de la empresa o parte de la misma. Pero no hay que olvidar que el artículo 100.2 LC, dentro del contenido de la propuesta de convenio, alude a que también se pueden incluir en la misma: *«proposiciones de enajenación bien del conjunto de bienes o derechos del concursado afectos a su actividad empresarial o profesional o de determinadas unidades productivas a favor de una persona natural o jurídica determinada»*. Pero, añade el precepto citado, que las proposiciones incluirán *necesariamente* que

(40) PULGAR EZQUERRA, J., «Las soluciones del concurso de acreedores: el convenio y la liquidación», en *Derecho Concursal*, cit., pág. 475 sobre todo. También RÍOS SALMERÓN, B., *La Ley Concursal y los trabajadores*, cit., núm. 385, recalcando que el artículo 149.2.1.^o acerca más a la transmisión de la empresa con los créditos salariales en el concurso, ya que el Juez del mismo puede acordar que el adquirente: *«no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación, que sea asumida por el FOGASA»*. Es decir, lo que exceda de multiplicar el duplo del SMI por el número de días pendientes de pago y con el máximo de ciento veinte días. En cuanto a las indemnizaciones, ya se señaló que el tope es el correspondiente a doce mensualidades sin que el salario base del cálculo pueda exceder tampoco del duplo del SMI con la excepción de las rescisiones del contrato de trabajo a tenor del artículo 50 ET, rescisiones a voluntad del trabajador, ya que entonces son 25 días por año de servicio.

(41) Como se ve, la asunción de esta obligación por el *cesionario* es facultativa tras la venta del establecimiento.

el adquirente asume el compromiso de la *continuidad* de la actividad profesional o empresarial. En este caso, además, deben ser oídos los representantes de los trabajadores. Es paradójico que el mismo artículo 100.3 excepcione el que en la propuesta se incluyan cesiones de bienes y derechos a los acreedores para el pago de sus créditos ni en cualquier forma de *liquidación global del patrimonio del concursado* para satisfacer sus deudas, con lo cual hay que pensar que no estamos ante una cesión global del activo y del pasivo (42).

V. LOS CRÉDITOS SALARIALES EN PARTICULAR Y SU INCIDENCIA EN LA LEY CONCURSAL

Los créditos privilegiados entre los que se encuentran los salariales, son: «la *pedra de toque*» de cualquier Ley Concursal. La «*poda drástica*» que menciona como una de las finalidades de la reforma la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 en relación con los citados créditos, se ha hecho pero sin que el calificativo la haya acompañado. Vamos a ver a continuación las diferentes clases de créditos tanto laborales como salariales en particular y su incidencia dentro de la LC:

1. LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA, SALARIALES EN PARTICULAR Y LABORALES EN GENERAL

En este tema hay que partir de la distinción dentro de la determinación de la masa pasiva y que hace el artículo 84.1 LC así: *créditos contra el deudor común* y *créditos contra la masa*. La definición de los primeros es simplista en la LC, ya que dice que son aquéllos: «*que no tienen la consideración de créditos contra la masa*», o sea, los no enumerados en los once epígrafes con tal carácter en el artículo 84.2.º de los cuales nos interesan en concreto para nuestro estudio, los apartados 1.º y 5.º

Hay que decir que, en general, la graduación de los créditos es una materia ciertamente compleja y muy importante, afirmando GARRIDO que es: «*la mayor de todas las que se contemplan en una Ley Concursal*» (43).

(42) En este sentido, NOVAL PATO, J., «Cesión global del activo y del pasivo en las sociedades de capital», en *Cuadernos Mercantiles*, dirs. por FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., núm. 31, 2003, en especial págs. 68 y sigs., considerando que la solución continuista no puede equipararse a la *cesión global del activo y del pasivo* porque normalmente la operación no supone la transmisión de la totalidad del pasivo. La transmisión global la contempla, como se ve, nuestra LC en dos fases: la del convenio y dentro de las reglas supletorias de la liquidación. Recuerda, la Ley francesa 85/98 que regula en sede concursal, con precisión, el tema de la cesión de empresas.

(43) GARRIDO, J. M.^a, «La graduación de créditos», en *La reforma de la legislación concursal*, AA.VV., dirs. por ROJO, A., pág. 225, Madrid, 2003. Antes en: *Tratado...*, cit.,

Respecto a los créditos salariales (uno de los temas más polémicos desde el inicio de la reforma por considerarse que son *excesivos* y rompen la *par conditio creditorum*, todo ello a pesar del Convenio número 173 de la Organización Internacional de Trabajo, de 23 de junio de 1992, ratificado por España en 1995, que señala que: las legislaciones *deben atribuir a los créditos laborales un rango superior a los demás créditos y, en particular, a los del Estado y los de la Seguridad Social*), volvemos al artículo 84.2.1.º y 5.º en relación con los créditos contra la masa (deudas de la masa).

a) *Artículo 84.2.1.º Créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso*

El artículo 84.2.1.º recuerda al tradicionalmente llamado crédito *superprivilegiado* salarial del artículo 32.1 ET (algunos lo llaman *superhipoteca*) que extraconcurso, seguirá igual, es decir, siendo su preferencia absoluta frente a cualquier otro crédito aunque esté garantizado por prenda o hipoteca. En sede concursal, tras la discusión parlamentaria, el crédito contra la masa salarial del apartado 1.º del artículo 84.2 LC queda concretado al generado por el no pago de los salarios por los últimos treinta días de trabajo *anteriores a la declaración del concurso* y en cuantía que no supere el doble del SMI. El cambio es fundamental en relación con la subsanación de la omisión de este crédito en los ALC y PLC por la Ley Concursal en este artículo 84.2.1.º que le coloca, además, en primer lugar de preferencia entre los créditos contra la masa, naturalmente desde el ángulo laboral, pero tropieza con la diferencia entre el artículo 32.1 del ET y el 84.2.1 LC, de que, extraconcurso, en el orden laboral, seguirá *el superprivilegio* (44) porque la reforma de ese artículo del ET lo ha dejado igual, pero no así en el orden concursal, ya que no se menciona la preferencia en relación con los créditos con garantía real. Por otro lado, su pago a tenor del artículo 154 LC, eso sí, se hará inmediatamente, pero teniendo preferencia sobre él los créditos con privilegio

págs. 396 y sigs., Madrid, 2000. También vid. su trabajo en el homenaje al profesor MENÉNDEZ, A., *El sentido y los excesos de la tutela del crédito en la quiebra*, vol. III, págs. 3575 y sigs., 1996. ALONSO LEDESMA, C., que ha venido dedicando gran atención a este importante tema: «Algunas consideraciones sobre el tratamiento de los acreedores en la reforma del Derecho Concursal español. A propósito de la Propuesta del ALC de diciembre de 1995», en: *Estudios de Derecho Mercantil, homenaje al profesor Duque Domínguez, J.*, vol. II, págs. 1583 y sigs. y, en especial, la 1591. Valladolid, 1998. Posteriormente, tras otros trabajos sobre los ALC y el PLC, en: *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*.

(44) Observa BELTRÁN SÁNCHEZ, E., en: *Deudas de la masa*, págs. 60 y sigs., Bolonia, 1986, que al calificarlo como deuda de la masa, en cierto modo se le confiere el carácter de *superprivilegio*.

especial que enumera en seis apartados el artículo 90 LC y el primero, precisamente, se refiere en orden de prelación de pago a: los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal o con prenda sin desplazamiento sobre los bienes hipotecados o pignorados.

De todos modos, creo que el giro dado a este privilegio salarial en el concurso tras la discusión parlamentaria, ha sido muy beneficioso para el mundo del trabajo, ya que al considerarlo como *deuda de la masa* y satisfacerse inmediatamente a su vencimiento, prácticamente sigue conservando este privilegio un carácter muy favorable, por esos últimos treinta días de trabajo debidos anteriores a la declaración del concurso.

La prioridad de los créditos con *garantía real*, se opina por algunos que no es un mero privilegio, sino que constituyen verdaderas garantías reales, pero esto en el orden de preferencia no es nuevo. Lógicamente, la satisfacción del mundo del trabajo hubiera sido completa si este crédito se hubiera conservado como en vía extraconcursal y colocado en el número 1.º del artículo 90 LC, concretando, además, específicamente su preferencia al crédito garantizado con garantía total.

Además, el artículo 154.3 LC precisa que el crédito será pagado con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

Respecto al crédito en sí, en el orden temporal se concreta a los últimos treinta días de trabajo, es decir, han de corresponder a un tiempo que sea anterior a la declaración del concurso hecha por un Auto del Juez del mismo. El límite cuantitativo es el doble del SMI, por el cual hay que entender el vigente en el momento de la declaración de apertura del concurso y no en el momento del devengo, porque el trabajador no tiene ninguna culpa en un cobro no puntual. También entendemos que la frase *pago inmediato*, aún conexionándola con la espera al vencimiento del crédito, quiere significar la mayor preferencia del que comentamos sobre los demás del mismo artículo 84.2 LC.

b) *Artículo 84.2.5.º Los créditos laborales surgidos tras declaración del concurso*

Tras la declaración del concurso se pueden generar diversos créditos laborales como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor. Estos créditos laborales comprenden las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, acordada por el Juez del concurso, así como los recargos por las prestaciones por incumplimiento en materia de salud laboral. Todo ello, hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. Estimamos que estos

créditos se generan no por *la mera continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado*, sino por la declaración concursal a la que se refiere el artículo 84.2.5.º LC. Son deudas que aparecen, pues, *tras la declaración del concurso*.

Hay que aplaudir la fórmula general de indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo sin remitirse a ninguna, en concreto, de las que formula nuestro ordenamiento laboral vigente.

2. EL CRÉDITO REFACCIONARIO DE LOS TRABAJADORES COMO CRÉDITO CON PRIVILEGIO ESPECIAL

El artículo 90.1.3.º señala como crédito *con privilegio especial*, el refaccionario sobre los bienes refaccionados: *«incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado»*. Este crédito encuentra su sede laboral en el artículo 32.2 del ET, donde tiene preferencia sobre cualquier otro, mientras que en la LC, el artículo 90.1 coloca al crédito refaccionario con privilegio especial, en el tercer lugar en orden de preferencia tras los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento y los que tienen la garantía de la anticresis sobre los frutos del inmueble gravado.

En la discusión en el Congreso se propuso, dado el excesivo número de créditos privilegiados en nuestro Derecho, el suprimir el refaccionario. Pero no prosperó la enmienda número 28 del Grupo Parlamentario Mixto. Son créditos los refaccionarios que se incorporan a una actividad productiva que desarrollan los trabajadores aunque el crédito no actúa sobre los bienes del empresario deudor, sino solamente sobre los objetos elaborados por ellos (45).

La LC en el artículo 90.1.3.º acoge de modo decidido el crédito refaccionario de los trabajadores como créditos con privilegio especial, tal como pedíamos ante la inconcreción del ALC de septiembre de 2001 (46). Quizá hubiera sido oportuno en la LC el extender la protección del crédito tanto a los bienes muebles como a los inmuebles, aunque la extensión es doctrina generalizada (47).

(45) Entre otros, ALONSO OLEA, M., con edición, la 21.ª, realizada por CASAS BAHAMONDE, E., Madrid, 2003. MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SANUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 9.ª ed., págs. 614 y sigs., Madrid, 2000. RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*, págs. 355 y sigs., Madrid, 1984.

(46) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., «Los créditos salariales», cit., en *Estudios*, cit., pág. 320, Madrid, 2002.

(47) CASAS BAHAMONDE, E., *Curso del Derecho del Trabajo*, 21.ª ed., 2003, en los términos que hemos apuntado antes. RÍOS SALMERÓN, B., «Garantías del salario», en *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, dir. por BORRAJO DACRUZ, E., vol. I, pág. 313, Madrid, 1994, Edersa.

Lo que sí seguimos opinando es que no se extiende el crédito a *las reparaciones en el seno de la empresa*, como ya sostuvimos hace algún tiempo (48).

Finalmente queremos hacer notar que para que los créditos con privilegio especial que contempla el artículo 90.1 en sus cinco apartados puedan ser calificados como tales es necesario que las respectivas garantías consten en un asiento de un Registro Público, lo cual el mismo artículo 90.2 excluye para los hipotecarios y precisamente para los refaccionarios de los trabajadores.

3. LOS CRÉDITOS SALARIALES Y LOS LABORALES DENTRO DE LOS CRÉDITOS CON PRIVILEGIO GENERAL

El artículo 91 LC introdujo importantes modificaciones en relación con esta materia muy favorables para los trabajadores. La primera, por ejemplo, la de que *los créditos por salarios* que no tengan reconocido un privilegio especial y en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI por *el número de salarios pendientes de pago*, es un crédito con privilegio general colocado en el primer lugar de preferencia del artículo 91.1.º LC. Es decir que, el crédito no tiene límite de días o meses de salarios no pagados, sino que *se extiende a los pendientes de pago*, frente a los seis meses anteriores a la declaración del concurso del ALC de 2001. Como advierte GARRIDO (49), se ha pasado de una delimitación temporal de la protección a una material que protege todos los créditos salariales aunque con la limitación del triple del SMI a la hora de la multiplicación *por el número de días de salario pendientes de pago* (50). También se consideran en el artículo 91.1 créditos con privilegio general, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos con el límite antedicho. El texto se completa de modo notable en la LC con la extensión de los créditos con ese carácter de privilegio general, a las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional así a los recargos por incumplimiento de las obligaciones en «*materia de salud laboral*» devengados con anterioridad a la declaración del concurso.

(48) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., «Los procedimientos de quiebras y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales», en *RDM*, núm. 225, pág. 1138, 1997. También, GULLÓN BALLESTEROS, A., «Las garantías del crédito salarial», en la *RDP*, págs. 398 y sigs., 1980.

(49) GARRIDO, J. M.ª, *La graduación*, cit., pág. 233.

(50) El límite a la protección lo introdujo la Ley 11/1994 en el aspecto cuantitativo, tanto para los salarios como para las indemnizaciones. Ello, en cuanto al módulo diario para calcularlas. La STS de 19 de diciembre de 2000, en ejecución separada laboral admitió que se podía superar en estos casos el límite del artículo 32.3, naturalmente hablando en vía laboral exclusivamente. Fue ponente de la interesante y novedosa sentencia, el Magistrado don AURELIO DESDENTADO BONETE.

Con esta extensión, se salvan las incomprensibles omisiones en los ALC y PLC que aludían solamente a los créditos derivados de la responsabilidad civil extracontractual, olvidándose de una muy importante totalmente contractual derivada del propio contrato de trabajo, cual es para el empresario la de accidente de trabajo y enfermedad profesional. Cuestiones que en su día denunciarnos (51).

Finalmente, en este apartado de los créditos con privilegio general hay que referirse a las cantidades correspondientes a los créditos de la Seguridad Social en cumplimiento de una obligación legal que el artículo 90.2.º coloca en segundo lugar de preferencia en los créditos con privilegio general referidos a: «*las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de seguridad social debidas en cumplimiento de una obligación legal*». Se ha pasado de lo que el artículo 75.4 PLC decía respecto a estas cantidades, es decir, que se podían separar de la masa, a que constituyan un crédito con privilegio general detrás del de los salarios pendientes de pago. Esto es congruente con lo que sucede en la mayoría de los Países con los créditos públicos y, en especial, con los de la Hacienda Pública y la Seguridad Social que van dejando de ser superprivilegiados y ello para evitar los efectos negativos sobre los créditos de los acreedores ordinarios. La medida, además, reduce la discrecionalidad de la Administración (52) en caso de crisis económica con la consiguiente viabilidad de la empresa insolvente.

El crédito, en concreto (art. 91.2.º) son las retenciones —sus cantidades— de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal. La consideración de *depósito* de estas cantidades que el Reglamento de Recaudación de los Recursos de la Seguridad Social (art. 60.2) y el artículo 96.5 del Decreto 1684/1990, de 20 de diciembre, otorgaban a estas cantidades (retenciones que en la nómina mensual hacen los empresarios a sus trabajadores) es lo que hizo en primer término al legislador separar de composición de la masa activa del concurso a las mismas. Tras la discusión de la reforma concursal en el Congreso de los Diputados, estas retenciones quedaron dentro del artículo 91.2.º como créditos con privilegio general (53).

(51) FERNÁNDEZ RUIZ, J. L., *Los créditos salariales en el PLC*, Refor, pág. 146, octubre de 2002. También RÍOS SALMERÓN, B., *El ALC y los trabajadores*, pág. 68, RDS, núm. 14, abril-junio de 2001.

(52) Términos en los que se expresaba el informe del Consejo del Poder Judicial sobre el ALC de 2001, de 6 de noviembre, y que puede verse en el Anexo de la publicación: *Derecho Concursal*, cit., Madrid, 2003. Por su parte, ALONSO LEDESMA, C., ya en el año 2002: *La clasificación*, cit., sobre todo págs. 191 y sigs., aludía a la no justificación hoy día de estos créditos públicos privilegiados como la de que el Estado esté necesitado de una tutela semejante, mermando además estos créditos totalmente las expectativas del resto de los acreedores, a su juicio.

(53) Esto es acertado a juicio de CORDÓN MORENO, F., en *Los aspectos procesales del concurso*, cit., en especial pág. 587, ya que la consideración de depósito se contiene en

4. LA NUEVA REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 32 ET: LA SUPRESIÓN DE LA EJECUCIÓN LABORAL SEPARADA

La Disposición Final decimocuarta de la LC, modifica el artículo 32 del ET relativo a: «*las garantías salariales*», siendo lo más llamativo y perjudicial para los trabajadores, como antes ha quedado apuntado, la supresión de la ejecución laboral separada (art. 32.5 ET), es decir, el que: «*las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo, no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal*».

Por tanto, el llamado «*privilegio de autonomía procesal laboral*», se suprime (54), y ha sido un utilísimo instrumento para que los trabajadores cobren sus créditos salariales en los *procedimientos de ejecución colectiva*, aparte de que salvaba la lentitud de esos procedimientos (55).

Pero en el orden concursal, tras la discusión de la reforma en el Senado, los intereses de los trabajadores se vieron reforzados en su protección en esta vía al establecer el artículo 55.1.2.º, que: «*podrán continuarse las ejecuciones laborales en las que se hubieren embargado bienes del deudor concursado, todo ello con anterioridad a la fecha de declaración del concurso, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor*».

El artículo 32.4 del ET ahora será el 5.º, señalando que las preferencias de los apartados anteriores de dicho precepto serán de aplicación en todos los supuestos en los que no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél.

VI. LOS CRÉDITOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN PARTICULAR, EN LA LEY CONCURSAL

Los créditos de la Seguridad Social no son estrictamente laborales, por supuesto, pero derivan normalmente del contrato de trabajo surgiendo en caso de incumplimiento de la obligación de cotizar por parte del empleador. Antes, nos hemos referido al crédito por retenciones de cantidades debidas por el concursado a la Seguridad Social (art. 91.2 LC, que lo cataloga como crédito con privilegio general) y, en síntesis apretada, estimamos oportuno, por lo

normas reglamentarias de carácter por tanto administrativo. Pero no deja de ser un crédito a favor de la Seguridad Social, eso sí, sin una cobertura legal.

(54) Expresión de ALTES TARREGA, J., *Suspensión de pagos y quiebra e insolvencias punibles*, AA.VV., pág. 414, Valencia, 2000. RÍOS SALMERÓN, B., *El alce...*, cit., pág. 68.

(55) ALAMEDA CASTILLO, M.ª T., *Conservación*, cit., pág. 70.

que antecede, terminar este estudio con referencia a los Créditos de la Seguridad Social en general.

Este crédito público, cuyo contenido será objeto enseguida de atención, ha tenido tradicionalmente un carácter privilegiado excesivo, con una protección cada vez más discutida por el ámbito de la misma (56). Sin embargo, en los últimos años, respecto de los créditos públicos se ha comprobado una disminución notable de sus privilegios dentro de los procedimientos concursales sobre todo, de los de Hacienda y de los de la Seguridad Social. Si se quiere precisar el posible fundamento y justificación de tales privilegios, éstos se basan en que las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social son la principal fuente de financiación para la protección social tipificada en el pago de las prestaciones contributivas (estamos ante una auténtica *redistribución de la renta*). De ahí que se diga que estos créditos, tanto concursales como extraconcursoales, son créditos del *patrimonio* de la Seguridad Social y no de sus organismos gestores o, en su caso, colaboradores con la excepción, que se verá luego, de la Tesorería General de la Seguridad Social (art. 81 de la Ley General de la Seguridad Social de 24 de junio de 1994) que es el órgano recaudador del sistema y por ello, como señala DESDENTADO BONETE, A. (57): *el gestor de los privilegios y el beneficiario directo de los mismos*.

Extraconcurso, los créditos de la Seguridad Social tienen el mismo orden de preferencia que los mencionados en el artículo 1924.1 del Código Civil y en el apartado 2.º E del mismo precepto.

Sin embargo, en este momento nos interesan los créditos de la Seguridad Social en caso de concurso a los que se refiere el artículo 22 LGSS, tras su modificación por la Disposición Final Decimosexta de la LC y, sobre todo, el apartado 2.º del mismo.

A tenor de la LC, los créditos de la Seguridad Social en su orden de prelación al que se refiere la Disposición Final Decimosexta, apartado 1.º en la modificación del artículo 22 de la LGSS, son los relativos a estos extremos: *cuotas y conceptos de recaudación conjunta y, en su caso, los recargos*

(56) ALONSO LEDESMA, C., *Delimitación de la masa pasiva*, pág. 383, donde señala que estos créditos merman totalmente las expectativas de los acreedores, ya que consumen la totalidad del patrimonio del deudor. Advierte, por otro lado, que han desaparecido en Países como Portugal, Dinamarca y Reino Unido. En el mismo sentido: GARRIDO, J. M.ª, *Tratado de preferencias*, cit., pág. 480. Para una completa información sobre *el iter legislativo* de estos créditos y sus privilegios, vid. el interesante trabajo de MÍNGUEZ BENAVENTE, J. R., «La preferencia de los créditos de la Seguridad Social», en AA.VV., «Análisis de diversas cuestiones sobre el Pacto de Toledo», en MTAS (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), págs. 407 y sigs., Madrid, 1997.

(57) «Los privilegios de los créditos de la Seguridad Social», en *Preferencia de créditos*. (Separata), *Manuales de formación continuada*, núm. 2, págs. 449 y sigs., Madrid, 1999. Un trabajo sobre el tema de indudable interés y de imprescindible consulta, a nuestro juicio.

e intereses que sobre aquéllos procedan. Por tanto, en principio, la delimitación del privilegio parece ofrecer claridad en cuanto a las cuotas y no tanto en lo que debe entenderse por *recaudación conjunta* que desglosa el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social (Decreto 1637/1995 con modificaciones posteriores en 1997 y 1998 y desarrollo por Orden Ministerial de 26 de mayo de 1999), en su artículo 4.2 de la manera siguiente: cuotas del FOGASA, de Formación Profesional y las de Desempleo. Pero como se ha observado, estas últimas no se pueden considerar como de recaudación conjunta con las de la Seguridad Social por cuanto responden a recursos para financiar una concreta prestación que no paga la TGSS sino el Instituto Nacional de Empleo (58). Estos créditos son a los que se refiere el artículo 91.4.º LC. Por otro lado, conviene señalar que el artículo 3.4.4.º de la LC, dentro de los presupuestos objetivos para la declaración del concurso, señala en materia de Seguridad Social el incumplimiento del pago de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta en los tres meses anteriores a la solicitud del concurso.

Los *demás créditos de la Seguridad Social* a tenor de la Disposición Final Decimosexta 1, quedarán *asimismo* sometidos a lo establecido en la Ley Concursal. Se trata en este caso de créditos de la Seguridad Social exclusivamente (un alquiler debido de un arrendamiento de un edificio propiedad de la misma, por ejemplo), es decir, que le correspondan al Sistema. Entre otros conceptos de *los demás créditos de la Seguridad Social* se pueden citar las aportaciones de cualquier modalidad que deban hacerse a favor de la Seguridad Social, los capitales coste de renta que deben ingresar las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, el importe de sanciones e infracciones en materia de Seguridad Social, las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas cuando no se recauden conjuntamente con las cuotas, etc. (59).

(58) Vid. DESDENTADO BONETE, A., *Los privilegios*, cit., pág. 457 en particular. Este autor señala que, efectivamente, hay otras exacciones de recaudación conjunta como pueden ser las aportaciones del Estado, pero éstas no forman parte del crédito concursal. Sí, dentro del concepto de *cuotas*, las relativas a accidentes de trabajo, ya que las primas que se pagan por esta contingencia, equivalen al de las cuotas. También RIVERO LAMAS, J., «Aspectos laborales de la reforma de la Legislación concursal» en: la *Revista Proyecto Social, Revista de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2003.

(59) Estimo que aunque el tema es opinable, el privilegio puede alcanzar al ejemplo que cito que, en el fondo, no es más que una renta de un bien inmueble que forma parte del patrimonio de la Seguridad Social, aunque no forme parte de la recaudación, hay que advertir que el privilegio no tiene nada que ver con la recaudación en vía ejecutiva de la TGSS. En el mismo sentido, DESDENTADO BONETE, A., *Los privilegios*, cit., págs. 465 y sigs. Una exhaustiva enumeración de lo que se consideran restantes créditos de la Seguridad Social, lo recoge este autor en las págs. 464 y 465.

Tanto unos como otros créditos en vía concursal (art. 91.4.º LC), se pueden ejercer para el conjunto de los mismos, es decir, los de la Seguridad Social y para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública, respectivamente, hasta el 50 por 100 de su importe (60).

Por otro lado, el artículo 24 del TRLGSS (Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), se modifica también por la Disposición Final Decimosexta, número 2, de la LC respecto a la posibilidad de transacciones judiciales o extrajudiciales sobre los Derechos de la Seguridad Social que, en principio, no son posibles como tampoco el someter a arbitraje contiendas que surjan sobre los mismos (la excepción habrá de acordarse mediante Decreto acordado por el Consejo de Ministros previa Audiencia del Consejo de Estado). Sin embargo, el apartado 2.º de este número 2 de la Disposición Final Decimosexta de la LC, permite a la TGSS, el suscribir o adherirse a los convenios o acuerdos que prevé la propia LC, eso sí, sometiendo sus créditos a condiciones que no pueden ser más favorables para el deudor que las convenidas con el resto de los acreedores.

El artículo 208.1 de la LGSS en su apartado *a)* se modifica, considerando *situación legal de desempleo*, la que proviene de un expediente de regulación de empleo tras el oportuno expediente o en virtud de resolución judicial adoptados en el seno de un procedimiento concursal. Por otra parte, el número 2 del mismo apartado 1.º del citado artículo 208 LGSS, estima que es también *situación legal de desempleo*, la que proviene de un expediente de regulación de empleo o de resolución judicial adoptadas en el seno de un procedimiento concursal que lleve a la suspensión de la relación laboral que une al trabajador con la empresa.

También queremos aludir a una cuestión que en orden a los beneficiarios de las prestaciones de la Seguridad Social pudiera darse cuando el empleador está en concurso. Como hemos visto, los créditos de la Seguridad Social que no gocen del privilegio especial del artículo 90.1 LC ni del de carácter general del 91.2.º cantidades correspondientes a retenciones a la Seguridad Social por el concursado en cumplimiento de una disposición legal, son créditos con privilegio general (art. 91.4.º LC). La consideración de que el mismo artículo 91.1.º gradúe como créditos con privilegio general y en el primer orden de prelación a: *«las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral y devengados con anterioridad a la declaración de concurso»*, nos sugiere algunas breves consideraciones.

(60) GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Reflexiones sobre el depósito virtual del artículo 96.5 del Reglamento General de Recaudación a la luz de la STS, de 5 de julio de 2000, ante el inquietante silencio sobre tal norma», en *AJA*, núm. 511, págs. 1 y sigs., de 6 de di-

Evidentemente, las prestaciones de la Seguridad Social tienen un titular del privilegio que es el trabajador asegurado, bien beneficiario directo o indirecto (61). Entonces, caben algunas situaciones que la propia dinámica del aseguramiento en materia de Seguridad Social conlleva. En efecto, vayamos de nuevo al artículo 91.4.º y, en concreto, a las contingencias protegidas de accidente de trabajo y enfermedad profesional (añadido de última hora en el Senado). El artículo 121.2 de la LGSS, en relación con el 126.2 de la misma y, en orden a las prestaciones de los beneficiarios, señala que en el caso de incumplimiento de las obligaciones de afiliación, altas y bajas y cotización por parte del empresario, la responsabilidad será del mismo y los créditos correspondientes tienen la consideración de privilegiados a tenor del artículo 32 ET ya visto. Puede suceder (en virtud del clásico y fundamental principio protector de la Seguridad Social, «*la automaticidad de las prestaciones*»), que sea la Entidad Gestora —el Instituto Nacional de la Seguridad Social—, o colaboradora —una Mutua—, las que anticipen la prestación. Si se trata de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, está claro que el crédito se traslada a la Mutua aseguradora de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (art. 126.3 LGSS o Entidad Gestora). Ambas entidades, gestora y colaboradora, en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, se *subrogan* en los derechos y acciones de los *beneficiarios* de las diversas prestaciones por esas contingencias protegidas en el sistema de la Seguridad Social.

Pero pudiera pensarse en que si la empresa es insolvente y la Entidad colaboradora es una Mutua que está en período de liquidación si también la LC se aplicaría en estos casos para graduar el crédito concreto del trabajador vía artículo 91.1. Cuando hay *anticipo directo de las prestaciones*, no hay problema, pero, sin embargo, puede ocurrir que la Mutua *esté en insolvencia*. Pues bien, había que recordar en este momento que las Mutuas son Asociaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de Trabajo sin ánimo de lucro, por lo que nuestra opinión es que en caso de liquidación están legitimadas como deudoras para pedir la declaración del concurso a través de los *liquidadores* (art. 3.1 LC).

La solución, en este caso, puede venir de la propia LC, al considerar el crédito del beneficiario a la prestación dentro de los comprendidos en el artículo 22 LGSS modificado por la Disposición Final Decimosexta 1 cuando

ciembre de 2001. Con esta medida, dice, desaparece todo atisbo del clásico principio del Derecho Concursal: *par conditio creditorum*.

(61) Vid. ampliamente: DESDENTADO BONETE, A., *Los privilegios*, cit., en especial págs. 471 y sigs. La distinción entre beneficiarios directos o indirectos de las prestaciones no tiene dificultad, ya que derivan los segundos normalmente de la muerte del trabajador y son, entre otras, las de viudedad y orfandad, mientras que los primeros se dan cuando el contrato de trabajo está en vigor o bien —como en el caso del desempleo— cuando se ha extinguido, con los derechos a la protección consiguiente.

habla: «*de los demás créditos de la Seguridad Social*» que gozan de la misma preferencia que los del apartado 2.º E del artículo 1.924 del Código Civil, pero que aquí habría, dentro del concurso, que encuadrar el crédito por estas indemnizaciones en el artículo 91.1.º Si la prestación se ha anticipado al *beneficiario*, la Tesorería General de la misma, podría ejercitar, como sostiene DESDENTADO BONETE, A. (62), el privilegio del crédito por efecto de la subrogación (esto, sin olvidar la posición de la Caja Única de la Seguridad Social en el concurso a tenor del art. 24.2.º de la LGSS modificado por la Disposición Final decimosexta de la LC 2.2.º).

Por otro lado, el artículo 91.1 LC considera créditos con privilegio general los de los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral *devengados con anterioridad a la declaración del concurso*. En caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, el supuesto se encuadra normalmente dentro del llamado recargo por falta de medidas de seguridad (según la gravedad de la falta, supone un recargo de un 30 a un 50 por 100 de la prestación económica). Este recargo, en su pago, es a cuenta exclusiva del empresario y no puede ser objeto de seguro alguno (art. 123.2 LGSS). Lo mismo que los créditos por salarios, o las indemnizaciones correspondientes a la extinción del contrato de trabajo, el crédito por recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral tienen en el concurso el carácter de créditos privilegiados generales pero han debido ser devengados con anterioridad a la declaración del concurso (art. 91.1 de la misma). Como en este supuesto no existe anticipo de la Entidad Gestora o Colaboradora, si el recargo se declara en vía administrativa, el privilegio lo hará valer la TGSS a través de la vía de la recaudación ejecutiva.

BIBLIOGRAFÍA (63)

ALAMEDA CASTILLO, M.^a T.: *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial (conservación frente a liquidación de empresas en crisis)*, CES, Madrid, 2001.

— *Conservación de empresas en crisis y contrato de trabajo*. Monografías Aranzadi, Madrid, 2002.

(62) Vid.: *Los privilegios*, cit., pág. 474, delimitando los supuestos de que la responsabilidad del empresario o de la Mutua, se establezca por una Resolución Administrativa o, en su caso, por una sentencia: «*en cuyo caso el crédito opera con normalidad en caso de concurrencia con otros créditos aunque se haya producido la anticipación de la prestación por la entidad gestora o colaboradora competente*».

(63) Por supuesto, además, he manejado los Manuales Generales de Derecho del Trabajo en el tema y los diversos comentarios al artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores.

- «La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales», en *AL*, III, núm. 32, págs. 659 y sigs., 2002.
- ALCOVER GARAU, G.: «La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales “ex” artículo 262.5, y los procedimientos concursales», en *RdS*, núm. 8, págs. 265 y sigs., 1997.
- «Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 487 y sigs., Madrid, 2003.
- ALONSO LEDESMA, C.: «Algunas consideraciones sobre la reforma del Derecho Concursal español», en *Estudios homenaje al profesor Duque Domínguez, J.*, vol. II, págs. 1584 y sigs., Valladolid, 1998.
- «Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., págs. 357 y sigs., Madrid, 2003.
- ALONSO UREBA, A.: «La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R., él mismo, y PULGAR EZQUERRA, J., págs. 506 y sigs., Dilex, S. L., Madrid, 2003.
- ALTES TÁRREGA, J. A.: *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, E.: *Las deudas de la masa*, Bolonia, 1986.
- «Masa de la quiebra», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, págs. 4197 y sigs., 1996.
- «Hipoteca, ejecución separada y reintegración de la masa», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, pág. 3487, nota 20, sobre todo, Civitas, Madrid, 1996.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «Los auxiliares del comerciante en el Código de Comercio», en *RDM*, núm. 63, págs. 7 y sigs., 1957.
- «Problemas comunes al Derecho Mercantil y al Derecho del Trabajo», en *RDM*, núm. 66, págs. 348 y sigs., 1957.
- *Altos cargos*, Edersa, Madrid, 1984.
- BRETÍN HERRERO, C.: *La protección económica de los trabajadores*, Dikynson, págs. 41 y sigs., sobre todo, Madrid, 2003.
- CAMPS RUIZ, L. M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- CANO LÓPEZ, A.: *Teoría jurídica de la economía social*, CES, Madrid, 2002.
- CANTLE, S. J.: «Preferred Priority in Bankruptcy», en *Current Developments in International and Comparative Insolvency*, Oxford, 1984.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.: «La nueva Ley Concursal en el marco de la armonización del Derecho europeo. El principio de universalidad y la clasificación de los créditos en el concurso», en *Aranzadi Civil*, núm. 33, págs. 885 y sigs., septiembre de 2003.
- CERDA ALBERO, F. (con SANCHEZ GARGALLO, I.): «Quiebras y suspensiones de pagos claves para la reforma concursal». La Caixa, *Colección de Estudios Económicos*, núm. 25, Barcelona, 2001.

- CONDE MARTÍN DE HIJAS, V. (en colaboración con FERNÁNDEZ VEGA, M.^a T.): *Créditos laborales. Problemática de sus relaciones*, págs. 15 y sigs., sobre todo, Madrid, 1992.
- «Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores», en *Colección de Abogados Jóvenes*, s/a, núm. 1.
- DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: Anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del ET», en *Temas Laborales*, núm. 61, 2001.
- DESDENTADO AROCA, E.: «El conflicto entre el crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios. Doctrina Registral frente a Jurisprudencia», en *RL*, IV, págs. 49 y sigs., 1999.
- DESDENTADO BONETE, A.: «Preferencia de créditos», en *Manuales de formación continuada*, núm. 2, págs. 449 y sigs., Madrid, 1999.
- DÍEZ PICAZO, L.: «Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores», en *Jornadas sobre la reforma del Derecho Concursal español*, págs. 302 y sigs., Madrid, 1982.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. (con MERCADER UGUINA, J. M.): «El convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en nuestro ordenamiento español», en *RL*, II, 1995.
- FERNÁNDEZ RUIZ, J. L.: «Historia y actualidad de las relaciones: Derecho Mercantil-Derecho Laboral», en *AL*, págs. 873 y sigs., y 937 y sigs., vol. I, 1988.
- «Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro derecho concursal», en *RDM*, núm. 225, julio-septiembre, págs. 1119 y sigs., 1997.
- «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales», en *Estudios sobre el ALC de 2001*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 207 y sigs., Madrid, 2002.
- *Los créditos salariales en el PLC, Jornadas del Refor*, págs. 137 y sigs., Madrid, 2002.
- «Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAYERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 409 y sigs., Madrid, 2003.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Aspectos laborales de la nueva regulación concursal», en *Derecho de los Negocios*, págs. 83 y sigs., septiembre de 2003.
- GARCÍA VILLAYERDE, R.: «El ALC español de 2000: las bases de una reforma esperada», en *AJA*, núm. 491 de 21 de junio de 2001.
- «El presupuesto subjetivo de la apertura del concurso», en *Estudios sobre el ALC de 2001*, AA.VV., dirs. por el mismo, ALONSO UREBA, A., y PULGAR EZQUERRA, J., Dilex, S. L., págs. 41 y sigs., Madrid, 2003.
- GARRIDO, J. M.^º: «El sentido y los excesos de la tutela del crédito en la quiebra», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, págs. 3575 y sigs., Civitas, Madrid, 1996.
- *Tratado de preferencias de los créditos*, Civitas, págs. 396 y sigs., sobre todo, Madrid, 2000.
- *La graduación de los créditos en la reforma del Derecho Concursal*, Pons, AA.VV., dirs. por ROJO, A., págs. 225 y sigs., Madrid, 2003.

- GARRIGUES, J.: «Auxiliares del comerciante», en *RDP*, págs. 97 y sigs., 1930.
- «Hacia un nuevo Derecho Mercantil», en la *Revista del Instituto de Estudios Políticos*, núm. 6, págs. 197 y sigs., 1942 (con puesta al día en 1971, Tecnos).
- «¿Qué es y qué debe ser el Derecho Mercantil?», en *RDM*, núm. 71, págs. 7 y sigs., 1959.
- *Curso de Derecho Mercantil*, 8.^a ed., revisada y puesta al día por SÁNCHEZ CALERO, F., vol. II, sobre todo, págs. 401 y sigs., Madrid, 1983.
- GIL SUÁREZ, L.: «Los créditos laborales y los procesos concursales», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia del Trabajo*, págs. 127 y sigs., 1983.
- GOERLICH PESET, J. M.^a: «Los despidos colectivos», en *Comentarios al ET*, AA.VV., dirs., por BORRAJO DACRUZ, E., vol. II, «El despido», págs. 82 y sigs., Edersa, Madrid, 1994.
- GÓMEZ SEGADE, J. A.: «Derecho de los socios, participación de los trabajadores en la empresa y su incidencia en el Derecho Mercantil (Reflexiones sobre la STC de 1 de marzo de 1979)», en *Estudios en homenaje al profesor Polo Díez, A.*, págs. 337 y sigs., Madrid, 1980.
- GUALDA ALCALÁ, F. J. (con LILLO PÉREZ, E.): «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», en *RL*, II, págs. 115 y sigs., 2001.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «Reflexiones sobre el despido virtual del artículo 96.5 del Reglamento General de Recaudación, a la luz de la STS de 5 de julio de 2000, ante el inquietante silencio de tal norma en el ALC», en *AJA*, núm. 511, págs. 1 y sigs., de 6 de diciembre de 2001.
- GULLÓN BALLESTEROS, A.: «Las garantías del crédito salarial», en *RDP*, págs. 398 y sigs., 1980.
- IGLESIAS CABERO, M.: *La relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, 2.^a ed., Civitas, 1994.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.: «Las reformas y proyectos de reforma del Derecho Concursal español», en *Estudios homenaje al profesor Duque Domínguez, F. J.*, vol. II, págs. 1643 y sigs., Valladolid, 1998.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.: «Sobre los privilegios del salario y, en particular, del superprivilegio del artículo 32.1 del ET», en AA.VV., *Asociación de Cajas de Ahorros*, págs. 13 y sigs., Madrid, 1981.
- MARTÍN VALVERDE, A. (con RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., y GARCÍA MURCIA, J.): *Derecho del Trabajo*, 9.^a ed., Madrid, 2000.
- MARTÍNEZ GARRIDO, L.: «Anteproyecto de Ley Concursal. Señal de alarma ante una reforma legal indispensable», en *AL*, III, núm. 38, págs. 755 y sigs., 2001.
- MAZUELOS FERNÁNDEZ-FIGUEROA, A.: «El ALC de 2001», en *AJA*, núm. 509, 22 de diciembre de 2001.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A.: «Los auxiliares del empresario», en *RDM*, núm. 72, págs. 269 y sigs., 1959.
- «Breves reflexiones sobre la reforma del Derecho Concursal», en *Estudios en homenaje a José María Chico Ortiz y otros*, págs. 1315 y sigs., Madrid, 1995.
- MÍNGUEZ BENAVENTE, J. R.: «La preferencia de los créditos de la Seguridad Social», en *Análisis de diversas cuestiones sociales sobre el Pacto de Toledo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, págs. 407 y sigs., Madrid, 1997.

- MONEREO PÉREZ, J. L.: «Las transformaciones del derecho concursal y el cambio de la titularidad de la empresa en crisis, reflexiones jurídico críticas», en *RDS*, núm. 3, 1998.
- MORENO GENE, J.: *El régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresas*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- OLIVENCIA RUIZ, M.: «Los privilegios de los créditos salariales», en *REDT*, núm. 18 (en recensión al libro de RÍOS SALMERÓN, B. sobre ese título), abril-junio, págs. 185 y sigs., 1984.
- «El derecho concursal: modernas tendencias de reforma», en AA.VV., coordinados por él mismo: *La reforma de la legislación mercantil*, Civitas, págs. 319 y sigs., Madrid, 1982.
- «Los anteproyectos de la Ley y la reforma concursal en España», en *Crisi d'impresa e procedure concursali in Italia e in Europa. Prospettive di riforma*, AA.VV., dirs. por RAGUSA MAGGIORE, págs. 503 y sigs., Cedam, Milán, 2002.
- PRADOS DE REYES, F. J.: «Despidos colectivos e insolvencia del empresario», en *AL*, III, 1997.
- PULGAR EZQUERRA, J.: «La propuesta de reforma del derecho concursal español de 12 de diciembre de 1995», en *RDS*, núm. 6, págs. 461 y sigs., 1996.
- «El presupuesto objetivo y las soluciones al concurso en el ALC español de 2001», en *AJA*, núm. 501, noviembre de 2001.
- «El PLC de 2002: Una aproximación crítica», en *AJA*, núm. 550 de 24 de octubre de 2002.
- «La aprobación de la reforma concursal en el Pleno del Congreso: ¿cambio de sentido de la reforma?», en *AJA*, núm. 578, de 22 de mayo de 2003.
- «Las soluciones al concurso de acreedores. El convenio y la liquidación», en *Derecho Concursal*, AA.VV., dirs. por GARCÍA VILLAVEVERDE, R.; ALONSO UREBA, A., y por ella misma, págs. 435 y sigs., Dilex, S. L., Madrid, 2003.
- RÍOS SALMERÓN, B.: *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984.
- «Garantías del salario», en *La reforma del ET*, AA.VV., dirs. por BORRAJO DÁCRUZ, E., Tomo I, vol. I, págs. 297 y sigs., Madrid, 1994.
- «Los privilegios del crédito salarial. El nuevo artículo 32 ET», en *Alteraciones en el contenido de las prestaciones de trabajo (separata de Cuadernos de Derecho Judicial)*, págs. 293 y sigs., Madrid, 1998.
- «El ALC y los trabajadores, ¿réquiem por el artículo 32 de su Estatuto?», en *RDS*, núm. 14, págs. 57 y sigs., 2001.
- «La reforma del derecho concursal y los trabajadores», en *RDS*, núm. 19, págs. 207 y sigs., 2002.
- «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado por el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de 3 de abril de 2003», en *AL*, núm. 21. Sección Doctrina, XX, mayo, 2003.
- RIVERO LAMAS, J.: «Aspectos laborales de la reforma de la Legislación Concursal», en: *Revista Proyecto Social, Revista de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2003.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresas. Aspectos individuales», en *RL*, núms. 11 y 12, págs. 645 y sigs. y, sobre todo, las 656 y sigs., 2002.

- SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao, 1990.
- SEMPERE NAVARRO, A.: «Sobre los aspectos colectivos de la transmisión de empresas», en *AS*, núm. 7, 2002.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C.: *Comentarios a la Ley Concursal (Ley 22/2003 de 9 de julio)*, Dijusa, Madrid, 2003.
- VIDA SORIA, J.: «Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, organizativas y de producción», en *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, AA.VV., dirs. por BORRAJO DACRUZ, E., Edersa, vol. II, págs. 7 y sigs., Madrid, 1994.
- VIGUERA RUBIO, J. M.ª: «Una iniciativa para la adopción de un Reglamento sobre procedimientos concursales», en *RDBB*, núm. 76, octubre-diciembre, págs. 189 y sigs., 1999.

JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ
Catedrático de Derecho Mercantil
de la Universidad del País Vasco