

FORMACION DE LA MASA PASIVA. RECONOCIMIENTO Y CLASIFICACION DE CREDITOS EN LA REFORMA CONCURSAL CON ESPECIAL CONSIDERACION DE LOS CREDITOS SALARIALES

Prof. Dr. D. Emilio González Bilbao

Profesor de Derecho Concursal
Universidad de Deusto

Sumario: Objetivo del presente trabajo. 1. Reflexión sobre los bienes tutelados en el derecho concursal actual. 1.1. Evolución histórica. 1.2. Finalidad del concurso: óptima satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa. 2. Comunicación y reconocimiento de créditos. 2.1. Situación vigente. 2.2. Regulación del Proyecto de Ley. 2.3. Evaluación crítica. 3. Clasificación de créditos. 3.1. Créditos contra la masa. 3.2. Créditos concursales. a. Acreedores con privilegio especial. b. Acreedores con privilegio general. c. Créditos subordinados. 4. Especial consideración de créditos salariales. 4.1. Contextualización. a. Función social del salario. b. Universalidad / Derechos de ejecución separada. c. ¿Derecho absoluto de los trabajadores sobre determinados bienes? d. ¿Han de existir límites cuantitativos al privilegio salarial? e. Régimen de los créditos de alta dirección. f. ¿Se puede evitar el nacimiento de los créditos salariales? 4.2. Regulación anterior a la reforma. 4.2.1. Super-privilegio. 4.2.2. Derecho de Separación. 4.2.3. Privilegio general salarial. 4.3. Convenios internacionales informadores del privilegio salarial en casos de insolvencia. 4.4. La nueva situación en la Reforma Concursal. 4.4.1. Créditos contra la masa. 4.4.2. Crédito refaccionario. 4.4.3. Crédito privilegiado general. 5. Conclusiones. 1.^a. Acceso universal del crédito al concurso. 2.^a. Sujeción y limitaciones de los acreedores con privilegio especial. 3.^a. Postergación de los acreedores vinculados con el deudor. 4.^a. Crítica al trato preferencial de los acreedores públicos. 5.^a. Conveniencia de limitar temporalmente el privilegio salarial. 6.^a. Propuesta satisfactoria en el caos de la vigente regulación.

Objetivo del presente trabajo

En el momento pre-legislativo actual, sólo se puede presentar un avance sobre los temas apuntados en el título. No podemos olvidar la necesaria comparación con la situación concursal vigente y otras normas comunitarias que incidirán en la nueva regulación. Pero antes de

entrar en el análisis de los contenidos pre-legislativos parece conveniente trascender al plano del pensamiento, de lo que son y para lo que sirven las cosas, y en nuestro caso, de los bienes jurídicos tutelados en la proyectada reforma concursal. Sin esta reflexión previa y aplicada en los temas de este artículo, nos veríamos privados de las conclusiones que se expresan al final del trabajo.

Con estas premisas nos adentraremos en el futuro acceso universal de los acreedores al concurso mediante *la comunicación y reconocimiento de créditos*, la ordenación de los mismos a través de la antigua junta de graduación, hoy *clasificación de los créditos*, mucho más sencilla. Y por último, se realizará una especial consideración sobre los créditos salariales, su situación vigente, y la futura reforma proyectada.

1. Reflexión sobre los bienes tutelados en el Derecho Concursal actual

Conviene centrar esta materia con la evolución de los bienes que son objeto de tutela por esta área del Derecho. Así llegaremos a identificar los fines del Proyecto de Ley concursal y cómo se traducen en la fisonomía del concurso y en su articulado al amparo de la repetida expresión «*en interés del concurso*», en base al cual se exigen sacrificios a los acreedores y se ordena el proceso concursal.

1.1. Evolución histórica

Antes del Derecho Romano, se seguía una ejecución personal contra el deudor. Así, se le entregaba en esclavitud a sus acreedores para que, con su trabajo, pudiera satisfacer las deudas que había dejado impagadas. Ya en el Derecho Romano se formulan las primeras instituciones dirigidas a realizar una ejecución no de tipo personal, sino centrada en el patrimonio, siendo, por tanto, una ejecución real sobre los bienes del deudor. Así nacen instituciones como la *bonorum venditio*, *cessio bonorum* o *missio in possessionem*, propias de esa época¹.

Ya en nuestro ordenamiento jurídico, se recoge, en la Codificación, un principio que es el principal —y muchas veces único— interés tutelado por el Derecho Concursal, cual es *la satisfacción de los acreedores*. Con este fin, el ordenamiento jurídico disciplina una serie de normas procesales y sustantivas tendentes a concretar y satisfacer dicho interés de cobro de los acreedores. Pues bien, puede suceder que

¹ D'ORS, Alvaro, *Derecho privado romano*, EUNSA, Pamplona, 1977, págs. 152 y ss.

aún con idéntico interés a satisfacer (pago a los acreedores) se dicten opciones distintas que por su formulación diferente consigan equilibrar también otros intereses hasta ahora olvidados. La satisfacción de los acreedores puede lograrse de diferentes maneras. Nuestro pre-legislador dispone una opción conciliadora de los intereses que concurren en el procedimiento. El interés de los acreedores se ha de proteger en coordinación otros elementos como el interés del deudor y otros implicados.

Con el paso del tiempo, los intereses tutelados evolucionan y también la sociedad cambia en su dinámica económica y de mercado². En concreto, en los años ochenta se detecta un aumento del interés social como elemento a tutelar por el Derecho Concursal. A resultas de esto, el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 propuso un único procedimiento concursal con tres soluciones: una primera y mejor solución de convenio —la más dulce, cómoda y buena para una situación de crisis temporal—, una segunda solución de gestión controlada en la que se pudiera ofrecer un cauce de salvamento a las empresas a través del control de su gestión y reorganización, y por último, como es obvio, la solución liquidatoria, considerada la más lesiva para los acreedores.

Por tanto, en esa época —los años ochenta— aparece un elemento social a proteger, que se concreta en esa continuidad de la empresa en funcionamiento a través de su reorganización. Pensemos en la época de la reindustrialización y declive de importantes empresas de sectores de actividad como la siderurgia, sector naviero o minería que se ubican en determinados territorios, donde se causa un efecto social importante por el perjuicio que supone para todo el tejido empresarial de la zona. A través de la tutela a la empresa como unidad de producción, se fomenta el empleo y se intenta a conseguir mantener la riqueza social que la empresa representa.

Pues bien, esta línea de protección del interés social que apareció en España en 1983 también se sigue en otros países de la Unión Europea. En concreto, en Francia, la Ley de 1985 establece una jerarquía de intereses tutelados por el Derecho Concursal, que es la siguiente: en primer lugar; la conservación de la empresa, en segundo el empleo y, por último, y por este orden jerárquico; la satisfacción a los acreedores.

² GIRÓN TENA, José, «Los institutos concursales en el anteproyecto de Ley Concursal: Sus funciones y relaciones», en *La Ley*, 1984-2, 1227 y ss. Cita este autor que «conviene recordar que los institutos jurídicos mercantiles y, entre ellos, los concursales, se han ido produciendo, en una conformación histórica de siglos, en interrelación entre evolución de la estructura socio-económica y necesidades que presenta y en fases de autorregulación por los propios comerciantes y, más tarde, a partir del siglo XIX y de la estatalización general del Derecho, por el Estado.»

Significa esto que el legislador señala a los acreedores que se esperen, que aguanten su crédito y que luego se verá si se les puede pagar, una vez se resuelvan los problemas relativos al empleo y al mantenimiento de la empresa³. Este planteamiento responde a una época determinada en la que predomina una tendencia a la protección social y se plasma en los ordenamientos jurídicos de esas fechas.

Por ello, se ha de valorar, también, el momento actual para considerar los elementos tutelados en nuestra reforma concursal. La sociedad ha evolucionado en el tiempo, mucho más la nuestra por la arcaicidad de sus normas. Pero fundamentalmente, en estos últimos años, se ha producido una aceleración de la actividad económica y de las formas de consumo que modula los intereses que la sociedad quiere tutelar. Quizá el empleo y la protección social del Estado de Derecho no sea el mayor interés en este momento, aunque sin duda nuestra Constitución recoge una serie de principios protectores de esta función.

1.2. *Finalidad del concurso: óptima satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa*

El pre-legislador no es explícito respecto a la finalidad de la reforma concursal. Se contiene en la Exposición de Motivos una única mención expresa y no razonada de los objetos o bienes jurídicos tutelados. En concreto, en el apartado II, párrafo cuarto, se menciona —al hilo de otra afirmación— *que la satisfacción de los acreedores es la finalidad esencial del concurso*. La mención de esencia permite considerar otros intereses a tutelar. La elección de los fines a tutelar por el Derecho Concursal impregna toda la normativa positiva al respecto y se traduce en diferentes medidas en relación a los diversos apartados y operaciones inherentes a todo proceso concursal.

En mi opinión, la finalidad de la reforma concursal se podría completar y matizar con el siguiente desarrollo: *su finalidad es la óptima satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa, bien mediante la solución de convenio cuando la empresa fuera viable, o de liquidación en bloque de la misma, en otro caso*. Y para tratar de acreditar la veracidad de este interés tutelado hemos de

³ BELTRÁN, Emilio, «El nuevo derecho concursal francés (la Ley de 25 de enero de 1985 relativa al “redressement” y la liquidación judicial de la empresa)», en *La Ley*, 1985-2, págs. 1113 y ss, quien señala «... tender a conservar la empresa y mantener el empleo como intereses dignos de mayor tutela que el de los acreedores. El pago a los acreedores —móvil hasta hoy de los procedimientos concursales— cede el paso a la conservación de la empresa y a la protección de los trabajadores.»

considerar las normas que dicta el legislador en esta labor de composición de la empresa en crisis y de los diversos intereses que concurren.

Veamos algunos rasgos que conforman la *fisonomía del concurso* y nos llevan a ratificar esta conclusión.

- Administración eficiente:*** que se traduce en una rápida y profesional gestión del concurso mediante la designación de un órgano colegiado que acoge en su seno a profesionales complementarios del mundo del Derecho y de la auditoría junto a la representación de acreedores, quienes pierden su papel preponderante de la quiebra. La rápida gestión se traduce en plazos de cumplimiento de sus tareas y sujetos a penalidad, lo que indudablemente ayudará a la celeridad del procedimiento
- Acceso universal y protección de todos los acreedores en el concurso:*** la formación de la masa pasiva se verifica con todos los acreedores conocidos y no sólo con aquellos que insinúan su crédito y lo comunican a los órganos concursales. Se obliga a la administración judicial a incluir a todos aquellos que resulten de la documentación del deudor. Es una medida de protección al crédito porque en el futuro en el pasivo estarán todos los acreedores, como se verá al tratar la comunicación de créditos.
- Facilitar la reorganización de las empresas mediante su realización como un todo de los establecimientos y explotaciones:*** se trata de la regla general de liquidación e informadora del concurso. Esta regla legal es supletoria cuando la administración judicial cuente con un plan de liquidación que, evidentemente, sea mejor que el criterio legal o cuando se estime más conveniente para los intereses del concurso. Por tanto, se fomenta una venta en bloque del establecimiento del deudor, con su maquinaria, mercaderías, fondo de comercio, cartera de clientes y con sus empleados. Normalmente esta compra interesará a empresas de la competencia y del sector de actividad de que se trate. Esta regla general legal de liquidación tiende a la continuidad de la empresa, su unidad cuando se pueda y la inclusión en la misma de los activos laborales.
- Protección del patrimonio del deudor, mediante la sujeción de acreedores con privilegio especial al concurso:*** y sometidos a medidas especiales *en interés del concurso*, evitando así, distorsiones que afecten a la *buena gestión del concurso*. Este tipo de acreedores, conocidos como *ex iure crediti* y algunos *ex iure domini*, es decir, aquellos que disponen de un derecho real sobre

determinados bienes o que tienen bienes de su propiedad en posesión del deudor en aquellos casos de reserva de dominio o arrendamiento financiero, todos ellos inscritos debidamente en los registros correspondientes, tenían la posibilidad de separar los bienes afectos del activo del deudor, y se mantenían al margen del proceso de la quiebra, bien mediante la separación de su bien o por el especial rango de su crédito. Sin embargo, en el Proyecto de Ley se disponen normas limitativas que afectan a estos acreedores con privilegio especial, quienes son acreedores concursales. Y entre estas medidas, se establece la *suspensión del inicio de un procedimiento de ejecución o del ya iniciado durante el plazo de un año* como máximo. Esta suspensión garantiza una buena gestión del concurso e impide una despatrimonialización inoportuna del deudor. Además, el Proyecto de Ley reconoce derechos al deudor en estas relaciones contractuales que dan origen a los privilegios especiales. En concreto, se permite a la administración judicial optar entre el *rescate del bien afecto o su realización*, así como una *rehabilitación de los contratos en determinados casos y condiciones*. Esta medida disciplina a los acreedores con privilegio especial a la buena gestión del concurso y, en definitiva, a favor de la protección del crédito globalmente considerado, con los consiguientes sacrificios para estos acreedores privilegiados especiales.

- ***Fomento de la solución de Convenio, pero con acceso restrictivo:*** Se promueve el convenio como solución a la crisis, pero las exigencias de control crean un cauce de muy difícil acceso. El plan de viabilidad del deudor, la evaluación de la propuesta por la administración, la apuesta firme de acreedores y terceros que aporten financiación con la perspectiva de que sus nuevos créditos tengan la consideración de subordinados, permite augurar un uso muy limitado de esta vía. Pero el Proyecto es coherente. Si hay convenio, que sea serio y con recursos⁴.
- ***Generalización de la liquidación, dado el extremo presupuesto objetivo:*** la insolvencia es el presupuesto objetivo en el que se encuentra el deudor cuando no puede cumplir sus obligaciones. Los datos externos que se apuntan para valorar una situación de crisis, permitirá que las empresas lleguen al concurso en fase de insolvencia importante y por tanto camino de la liquidación obli-

⁴ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CONTABILIDAD Y ADMINISTRACIÓN DE EMPRESAS, *Predicción de la insolvencia empresarial*, coordinada por D. Antonio CALVO-FLORES SEGURA y D. Domingo GARCÍA PÉREZ DE LEMA, Madrid, 1997.

gatoria. Por un lado, por lo extremo del presupuesto objetivo y por otro lo restrictivo de la solución de convenio, parece que el concurso va a convertirse en un procedimiento rápido de enterramiento de cadáveres empresariales. Con esta perspectiva han de considerarse, también, las normas relativas a la responsabilidad personal de los administradores que se concretan en el concurso culpable.

—**Principio de continuidad de la empresa y vigencia de los contratos para preservar el empleo:** se mantienen los contratos vigentes con obligaciones recíprocas a pesar de la apertura del concurso, y en particular los contratos laborales. Cabe la rehabilitación de algunas operaciones de interés para la continuidad de la empresa. Y además, se tendrán por no puestas la cláusulas que establezcan la facultad de resolución la extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes (art. 60). La no aparición de los créditos salariales es una medida preservativa para los acreedores ordinarios y el mantenimiento de la unidad de empresa.

—**Responsabilidad concursal por el déficit de pago a los acreedores:** se incorpora una nueva responsabilidad para los administradores de las personas jurídicas. Además del ejercicio de todas las acciones de responsabilidad frente a los administradores que puede iniciar la Administración judicial, se concreta con ocasión de la calificación culpable del concurso la posibilidad de extender a los administradores de hecho o de Derecho, y a quienes hubieran tenido esta condición en los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso, a pagar total o parcialmente el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa. Se abren así nuevas vías sustitutivas a la *retroacción* vigente como fórmula para atraer bienes al concurso.

A mi entender, el Proyecto presenta *una opción conciliadora y tuitiva de todos los intereses concurrentes —interés de los acreedores en conjunto, del deudor, de la composición de la empresa y de otros implicados—*. sigue una línea tradicional, pero con fórmulas distintas que fomenta la composición de la empresa cuando sea posible tanto en vía de convenio como de liquidación, protegiendo la buena gestión del concurso por la Administración judicial y arbi-trando sacrificios a los acreedores más privilegiados; todo ello en interés del concurso.

Con esta perspectiva, trataremos de identificar las medidas que adopta el legislador y que resultan de los fines presentados.

2. Comunicación y reconocimiento de créditos

En este apartado, trataremos la situación actual y las novedades que incorpora la regulación del Proyecto de Ley, para hacer, finalmente, una valoración crítica de las mismas.

2.1. *Situación vigente*

Los diversos procesos concursales en España delimitan distintas formas de reconocer a los créditos. Todas ellas, exigen un acto de insinuación o un acto voluntario del acreedor de comunicar su crédito al órgano concursal correspondiente. Esto significa que en el pasivo de una quiebra o de un procedimiento concursal no están todos los acreedores ni todo el pasivo, sino solamente aquellos que han presentado su crédito al órgano concursal correspondiente y han atendido o realizado la insinuación. Por ello, ante un pasivo real de mil, luego pudiera existir solamente setecientos de pasivo reconocido en el procedimiento concursal.

En la quita y espera civil, se toma como base el listado presentado por el deudor para formular el reconocimiento de créditos y en la suspensión de pagos, el informe del interventor sirve de base para el Auto de aprobación por el Juzgado de la lista definitiva de acreedores, que podría ser objeto de impugnación en su caso, si existe disconformidad.

Existen diferencias entre los procedimientos pensados para situaciones de insolvencia grave y aquellos otros pensados inicialmente para situaciones de iliquidez. En aquellos, el deudor con una insolvencia definitiva y con una situación patrimonial deficitaria respecto a las obligaciones comprometidas, el Código de Comercio regula, para el procedimiento de quiebra, y el Código Civil para el procedimiento de concurso vigente, que será la Junta de Acreedores el órgano que decida el reconocimiento de los créditos. Significa esto que se pone al deudor grave en manos de los acreedores, quienes se reúnen en una Junta para decidir el reconocimiento. En el futuro, se profesionaliza la tutela judicial y serán los expertos quienes señalan la cuantía y clasificación de cada crédito, sin perjuicio de la revisión judicial posterior en caso de oposición.

Necesidad de insinuación y comunicación

En la práctica, en todos los países de la Unión Europea se sigue el sistema tradicional de la insinuación y comunicación del acreedor al órgano concursal. De ahí resulta el término de «acreedor concurrente», entendiéndose como tal a aquél que se ha insinuado y comunicado su cré-

dito al órgano concursal. Sólo éstos serán convocados a las posteriores juntas de acreedores y al seguimiento del procedimiento concursal.

Acreedores morosos

Aquellos acreedores que no hayan realizado este acto voluntario de interés y de diligencia para la defensa de su crédito, serán obviados y olvidados en el procedimiento, y serán calificados como acreedores morosos. El acreedor moroso puede solicitar posteriormente, en determinada fase, el reconocimiento de su crédito, pero en este caso tiene una penalización y una sanción que se establece por Ley, consistente en la pérdida del privilegio que tuviere y, por otro lado, el reconocimiento se realizará a su costa⁵.

Hasta aquí, la situación vigente. A partir de ahora, señalaremos aquellos otros aspectos de la reforma concursal.

2.2. Regulación del Proyecto de Ley

El trámite de comunicación y reconocimiento de créditos tiene dos características fundamentales en el Proyecto de Ley. Por un lado, se inicia de manera automática y sin comunicación personal a los acreedores. Y por otro, se tutela el acceso universal de los acreedores al proceso concursal, con la obligación judicial de los administradores de incorporar al proceso a aquellos que obren en la documentación del deudor. Veamos esta secuencia:

- Inicio del plazo de comunicación*: se concede un plazo de un mes tras la última publicación oficial que prevé el artículo 22 en relación al 20.1.5.º, que consiste en la publicación en el Boletín Oficial del Estado y en un diario donde se sitúe el domicilio o el centro principal de los intereses del deudor.
- Un mes de plazo*: tras dicha comunicación comienza el plazo de un mes para que los acreedores acudan y realicen por escrito la comunicación de su crédito a la administración judicial.
- Decisión de inclusión o exclusión*: A continuación, y dentro del plazo correspondiente, los administradores judiciales tendrán que tomar la decisión de incluir y excluir a los acreedores. Para incluir a un acreedor, tendrán que identificar los datos que se men-

⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, «La quiebra: efectos sobre los créditos; la masa pasiva y el reconocimiento de créditos», en *Suspensión de pagos, quiebras e insolvencias punibles*, Juan HERNÁNDEZ MARTÍ (coordinador), Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, Vol. I, págs. 667-738.

cionan en el artículo 93.2 del Proyecto y, caso de excluir, deberán señalar las causas o motivos que la justifiquen.

- Inclusión obligatoria de los acreedores cuyos datos consten al deudor*: el artículo 85.1 prevé un sistema automático tomar una decisión por la administración judicial sobre todos los acreedores conocidos en el proceso concursal. Así, señala el texto que los administradores judiciales deberán tomar una decisión tanto de los acreedores que hayan comunicado expresamente su crédito como de aquellos otros que resultaren de los libros y documentos del deudor o constaren en el concurso.
- Impugnación a través del incidente concursal*: aquellos acreedores que no estén de acuerdo con su exclusión o reconocimiento por la administración judicial podrán realizar una impugnación a través del correspondiente incidente concursal que es la nueva pieza procesal rápida de solución de conflictos en el procedimiento del concurso.

Y la valoración de esta medida ha de conectarse con los bienes tutelados en el proceso concursal. Así, se favorece la protección del crédito a través del acceso universal de los acreedores al concurso. De igual manera, en el futuro no estarán sólo los acreedores que se insinúen en la masa, sino todos aquellos acreedores que sean conocidos o pudieran serlo, acorde a la documentación del deudor. Y esta medida resulta coherente con el principio informador del Derecho Concursal de la *pars conditio creditorum*, en el sentido de que exista un concurso o pluralidad de acreedores y que todos ellos estén protegidos a resultas del procedimiento concursal. Por tanto, se pasa del ejercicio de acciones individuales contra el patrimonio del deudor a una acción colectiva, universal y en la que se engloban todos los acreedores del deudor *ex officio* y por imperio de la Ley⁶. Entendemos que es una medida proteccionista de transparencia en el mercado y marcando una línea a seguir de futuro por otras legislaciones concursales.

2.3. Evaluación crítica

Nuestro legislador tiene que atemperar su proyectada reforma a la normativa comunitaria y en concreto al reciente Reglamento CE 1346/00, de 29 de mayo, sobre procedimientos de insolvencia que entró en vigor

⁶ DÍEZ ARGAL, «La quiebra: formación de la masa pasiva. Graduación de los créditos. Realización de la masa activa. Calificación de la quiebra.», AA.VV., *Derecho Concursal*, pág. 455 y ss.; GARRIDO, «El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra», *Estudios Menéndez III*, pág. 3576 y ss.

el 31 de mayo de 2002. Esta regulación comunitaria responde a diversas finalidades que el mismo Reglamento explica. No vamos a ser exhaustivos en este apartado ni en sus trabajos preparatorios⁷, pero simplemente señalar que el Reglamento persigue una coordinación de los diferentes procedimientos nacionales, de tal manera que pudiera existir un procedimiento principal en aquel país en el que tuviera el centro principal de sus intereses el deudor y, por otro lado, se sigan otros procedimientos secundarios en aquellos lugares en los que tenga establecimiento y bienes el deudor. También se establecen medidas de protección de determinados acreedores, como los que gozan de derecho real, y cuyo derecho de cobro sobre el bien afecto se garantiza vía Reglamento comunitario. Esta regulación debe ser respetada por todos.

Pero en lo que a la comunicación de créditos se refiere, merece destacarse el mandato que el Reglamento comunitario ordena a los liquidadores, en nuestro caso, administradores concursales (hoy comisario, síndico o interventor) para que en aquellos procedimientos de insolvencia y de liquidación se informe a los acreedores con domicilio en otro Estado miembro del inicio del procedimiento concursal y los plazos que tienen para insinuar y comunicar su crédito. El Reglamento, en su artículo 40, indica que los liquidadores o el Juez del procedimiento concursal correspondiente, *deberá notificar de manera individualizada y personal a los acreedores con domicilio en otros Estados miembros del inicio del procedimiento concursal y de los plazos para la comunicación de su crédito y condiciones*. Y para ello, además, deberán utilizar un formulario que el propio Reglamento regula y que debe contener la mención «invitación al reconocimiento de crédito» (*invitation to lodge a claim*) en la lengua de todos los Estados miembros de la Unión Europea. De esta manera, el acreedor podrá comunicar y acompañar la documentación que soporte su crédito ante el órgano concursal correspondiente por escrito e incluyendo la mención de reconocimiento de crédito (*lodgement of claim*) en alguna de las lenguas del Estado donde se siga el procedimiento principal de insolvencia.

En definitiva, que el Reglamento (CE) 1346/00 ordena la comunicación individual y personalizada a los acreedores con residencia en

⁷ VALENS, J.L., «Le Droit européen de la Faillite: premiers commentaires de la convention relative aux procédures d'insolvabilité». *Recueil Dalloz Sirey*, 1995, 40.º, Cahier-Chronique, p. 307 y ss. También, BALZ, Manfred, «The European Union Convention on Insolvency Proceeding», Vol. 70, n.º 4, *The American Bankruptcy Law Journal*, 1996. p. 485 y ss.; CANDELARIO MACIAS, I., en «L'armonizzazione del Diritto Concorsuale nell' ambito dell' UE», n.º 2, *Rivista di Diritto Fallimentare e della società commerciali*, marzo-abril, 1999. 25 p.

otro Estado miembro, mientras que para los nacionales no se prevé ninguna medida de este tipo. No sería extraño pensar que el Tribunal garante de la Constitución ordene la comunicación individualizada también a los acreedores nacionales no sólo vía publicación. No obstante, esta falta de comunicación individualizada se corrige con la obligatoria incorporación de los acreedores *ex officio* por la administración judicial.

3. Clasificación de créditos

Se recoge en los artículos 83 en relación al 88 una primera distinción básica entre créditos contra la masa y créditos concursales. Unos son prededucibles y cobran antes del reparto y los otros están sometidos a la ley del dividendo, conforme a la *pars conditio creditorum*. Por su parte, el artículo 88 establece entre los concursales una división entre privilegiados por un lado, con una subdivisión entre especiales y generales, y los créditos legalmente postergados o subordinados por otro. Todos los demás no citados en los dos bloques anteriores constituyen el grupo de los acreedores ordinarios.

3.1. *Créditos contra la masa*

La tutela que el Derecho Concursal ofrece a los acreedores en garantía de la defensa colectiva de su crédito conlleva la integración en la masa de todos aquellos que fueren acreedores al momento del inicio del procedimiento concursal. Por tanto, siempre existe un antes y un después en el listado de acreedores. Los previos, acreedores anteriores al inicio del procedimiento concursal, se verán sometidos a la ley del dividendo y ordenados para su posterior pago en función de los criterios que el legislador previene. Sin embargo, hay otros acreedores que contratan y asumen sus compromisos con la masa, siendo conocedores del procedimiento del concurso que ya existe. Estos nuevos acreedores no hubieran convenido más compromisos con el deudor de saberse sometidos a la ley del dividendo, por lo que se convierten en créditos contra la masa al margen de los concursales. También se han incluido en este grupo aquellos gastos de administración y costas judiciales necesarias para el inicio y gestión del proceso concursal, comprendiéndose aquí también gastos y retribución de la administración, así como alimentos que se vea obligado el deudor a proporcionar y otras actuaciones que se desarrollen durante el procedimiento del concurso y que tengan por finalidad la protección del activo y la mejor gestión del concurso. En concreto, nos referimos en este punto a aquellos gastos oca-

sionados por la continuidad del ejercicio de la actividad, así como las obligaciones contraídas durante el procedimiento, y, por otro lado, aquellos actos en los cuales el órgano concursal o el Juez autorizan situaciones tales como la rehabilitación de contratos, rescisiones concursales o extinción colectiva de contratos de trabajo acordadas por el Juez del concurso. De igual manera, en el Dictamen de la Comisión publicado con fecha 1 de abril de 2003, se añade en la lista de acreedores contra la masa al superprivilegio de los trabajadores, conforme veremos más adelante.

Por último, también se encuentran entre los créditos contra la masa los créditos nacidos por Ley y los derivados de la responsabilidad extracontractual tras la apertura del concurso. En este punto, hemos de diferenciar entre acreedores que voluntariamente han concertado diversas operaciones civiles y mercantiles con el deudor frente a aquellos otros que sean acreedores «incidentales», cuyo derecho de crédito deriva de un acto extracontractual o de un acto delictivo o cuasi-delictivo del deudor. Para quienes no han concertado ninguna operación voluntariamente con el deudor, parece lógico que no estén sometidos a la ley del dividendo y se incluyan dentro de los acreedores contra la masa.

En cuanto al orden de pago de los créditos contra la masa, se indica en el Proyecto que estos acreedores serán pagados deduciendo de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer su crédito. Respecto al momento, el propio artículo 153.2 indica que se satisfarán a sus respectivos vencimientos. El apartado 3 señala que se realizará contra bienes que no se encuentren afectos al pago de los créditos privilegiados especiales. Se evita así una posible colisión entre los acreedores con privilegio especial y aquellos otros acreedores contra la masa en supuestos de contar con bienes suficientes para todos ellos. Cuando sólo existieren bienes afectos, se sigue el principio de la inmodificabilidad del crédito con derecho real respecto del bien afecto, que se tutela por el Reglamento CE antes citado.

3.2. *Créditos concursales*

Hay tres grupos, mediante una división en la que se especifica el contenido de los créditos privilegiados y de los legalmente subordinados, para remitir al grupo de los acreedores ordinarios a todos los demás que no se encuentren incluidos entre los primeros y los últimos acreedores⁸.

⁸ CASTILLO MARTÍNEZ, «Prelación de créditos», *R.G.D.*, 1993, págs. 1279 y ss.

a. En los *acreedores con privilegio especial* nos encontramos a muchos de los acreedores que anteriormente tenían la condición de *ex iure domini* y a todos los *ex iure crediti*, bien unos por contar con una reserva de dominio con una titularidad registrada o un derecho real frente a un bien afecto los otros. Todos ellos gozan, conforme a la actual regulación, de un derecho de separación.

Por el contrario, en la futura *regulación se somete a los créditos con privilegio especial a determinadas limitaciones que no soportaban anteriormente*. Estas limitaciones se concretan, fundamentalmente, en una suspensión del inicio o de la continuación del procedimiento de ejecución de su bien afecto; supone una cesión a favor de la buena gestión del proceso concursal y la mejor realización de los bienes del deudor. Esta suspensión es vital para conseguir no perturbar el diseño de estrategias de solución colectiva o de realización colectiva de los bienes del deudor. No es dable que al de tres meses de concurso, se produzca la enajenación forzosa del principal del activo. Esta situación distorsionaría el resto de líneas de solución, venta en bloque o negociación con posibles compradores. Puede decirse lo mismo respecto a la maquinaria u otros elementos patrimoniales del deudor.

Existe una sujeción de los derechos de los acreedores con privilegio especial a la buena gestión del concurso; lo que antes no ocurría y que ha de *conectarse con la satisfacción de todos los acreedores a través de la continuidad de la empresa deudora* y sin interferencias como las ejecuciones individuales o la retirada de bienes por estar en situaciones de *leasing* o con reserva de dominio. A esta medida de suspensión de las ejecuciones individuales se añaden otras en las que se confieren determinados derechos al deudor y a la administración judicial en su nombre para ejercer en relación a estos contratos de acreedores con privilegio especial. Estamos en la posibilidad de la opción de cumplimiento o realización que estipula el artículo 154.2 respecto de los créditos por los cuales la administración concursal puede adoptar la decisión de continuar el cumplimiento de las obligaciones, garantizando para ello al acreedor el cobro de sus créditos e incorporándolos dentro de la masa activa, por puro interés empresarial, con el fin de la mejor realización de la empresa. Lo mismo respecto de la rehabilitación de contratos o de la posible subrogación del adquirente de manera forzosa en la carga que tenía el deudor. Por tanto, derivado de la *pars conditio creditorum* se establecen estas limitaciones para la protección del crédito en su conjunto.

También se incluyen en este grupo a los *créditos refaccionarios*, relativos a los trabajos de reparación, conservación o fabricación que go-

zan de la protección especial respecto a las obras realizadas. Tres razones motivan esta inclusión de los créditos refaccionarios. Tradicionalmente, la doctrina viene apoyando su condición de privilegio especial, por cuanto supone una mejora para el activo del deudor y, en definitiva, para el resto de los acreedores, habiéndose integrado la reparación o conservación en el propio bien del deudor. En segundo lugar, porque de otro modo se trataría de un enriquecimiento injusto y, por último por razones de política económica y de fomento de la actividad constructiva como beneficio para la sociedad en general.

En relación a los créditos refaccionarios y como se verá posteriormente, se ratifica aquí el derecho de separación vigente del artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores con el debate ya zanjado de si entre los «*objetos elaborados*» se incorporan *los inmuebles «lugar de trabajo»* o solamente aquellos que hayan sido objeto de construcción por los trabajadores.

b. Veamos a continuación los *créditos con privilegio general* entre los que se encuentran los créditos salariales e indemnizaciones por despido, créditos públicos⁹ y el privilegio del acreedor instante del concurso, quien privilegia un 25% de la cuantía de su crédito.

Los créditos salariales cumplen una función social básica, por cuanto constituyen la única forma de ingresos de la mayoría de las personas y tienen un trato privilegiado muy similar al del actual régimen vigente. De igual manera, se ordena un privilegio general respecto de los salarios con una limitación del triple del salario mínimo interprofesional y las indemnizaciones por despido. En este apartado, señalar que no existe límite temporal alguno respecto de los salarios pendientes de cobro por los trabajadores.

De igual manera, el derecho de separación que se contenía anteriormente en el artículo 32.2 del Estatuto de los Trabajadores sigue vigente como crédito refaccionario dentro del grupo que dispone de un privilegio especial para afectar a determinados bienes a su derecho de cobro. En el caso de los trabajadores se refieren estos bienes que han sido elaborados por los trabajadores y que sean propiedad o estén en poder del empresario.

Los créditos públicos (Hacienda y Seguridad Social): se les concede un privilegio general de hasta el 50 % de la cuantía de su crédito. Existe una justificación lógica del interés público en la defensa de los

⁹ SAGRERA TIZÓN, «De la prelación de créditos en los procesos concursales (créditos a favor de la Hacienda Pública, de los trabajadores y de la Seguridad Social)», *R.G.D.*, 1992, pág. 11787 y ss.

ingresos colectivos respecto de las cuotas de seguridad social y tributarios, pero que necesita atemperarse. Cuando se diseña una reforma concursal ha de valorarse la conveniencia de limitar los privilegios que se otorguen a los créditos públicos, en beneficio también de los acreedores privados, es decir, acreedores de mercado¹⁰. Por ello, en los últimos ante-proyectos de Ley y propuesta de reforma de Ley Concursal se han considerado diversas limitaciones al privilegio de estos créditos. En concreto, en la *propuesta del profesor ROJO, de diciembre de 1995*, se establecía que los créditos tenían la consideración de privilegiados *hasta el 10% del pasivo* para todos los créditos públicos. La propuesta de la *Comisión General de Codificación, de mayo de 2001*, sigue esa misma línea y estableció *hasta un 10% del pasivo* el límite de los créditos públicos. Sin embargo, y ya en fase de influencias de los poderes económicos sociales y políticos, se modificó el privilegio de los créditos públicos hasta el 50% de la cuantía de su crédito. Estos créditos sufren, además, una limitación como consecuencia de la privación del derecho de ejecución separada¹¹ que ahora se continúa en el proceso del concurso.

Privilegio del acreedor instante el concurso: resulta una sorpresa para los conocedores del derecho comparado esta medida de privilegiar al acreedor que ha instado el procedimiento de concurso con carácter necesario para el deudor. Así, en este caso se concede un privilegio al acreedor instante de una cuarta parte de su importe, excepto que si tuviere el carácter de subordinado. En la propuesta de reforma concursal del profesor ROJO se extendía el privilegio del acreedor instante hasta la mitad de su cuantía. El legislador promueve y estimula fórmulas indirectas de anticipación temporal del inicio del procedimiento del concurso, de tal manera que el deudor no llegue en una situación de grave insolvencia al proceso concursal¹².

c. **Créditos subordinados**: los cuales se pagarán después de los ordinarios y son postergados aquellos acreedores que se encuentren especialmente vinculados con el deudor por relación de parentesco o societaria, así como aquellos otros derivados de sanciones (intereses, multas), y por falta de diligencia para el caso de los acreedores moro-

¹⁰ BOADA, «Los créditos de la Hacienda Pública en los procedimientos concursales», C.D.C., 15, 1994, pág. 243 y ss.

¹¹ GÓMEZ CABRERA, *La concurrencia del crédito tributario: aspectos sustantivos y procedimentales*, Pamplona, 2000.

¹² GARRIDO, José María, «El privilegio del acreedor instante de la quiebra», en *Revista de Derecho Mercantil (RDM)*, núm. 206, Oct.-Dic. 1992, págs. 799 y ss.

sos. También se incluyen aquellos cuyo pago se haya diferido su posición al pago por pacto contractual; es el caso de los créditos participativos (pensados en su día para ofrecer ayudas a empresas en situación de reconversión) y que constituyen fondos propios, de modo que pasaban a un último lugar en el recobro del préstamo en caso de insolvencia¹³.

Llama especialmente la atención la regulación y postergación de las personas vinculadas con el deudor. Define la norma así a aquellas personas especialmente relacionadas con el deudor, que en el caso de las personas físicas se refiere a su familia más próxima, y en el caso de las personas jurídicas a los directores y socios o accionistas con determinados porcentajes de capital social.

Se plantean dudas sobre la posible constitucionalidad de esta medida. Así, se dictan presunciones *iuris et de iure* a fin de que dichas personas de proximidad y vinculación familiar o empresarial deben situarse en la cola de los acreedores y se les discrimina y perjudica su derecho de crédito desde esa posición. A nuestro entender, deberían rechazarse estos criterios de postergación, y tener acogida dentro de las acciones rescisorias, caso de existencia de perjuicio para la masa activa o para la masa pasiva en cuanto a la *pars conditio creditorum* de los acreedores. Por ello se podría precisar algo más el régimen de las acciones para perseguir actos perjudiciales contra el deudor.

Por último, también se regulan en este grupo de créditos subordinados aquellos acreedores que han actuado de mala fe y que han sido objeto de rescisión concursal aquellas operaciones concertadas por el deudor y que causan un perjuicio para la masa patrimonial del deudor en perjuicio de acreedores.

4. Especial consideración de créditos salariales

Es una materia especialmente sensible para las fuerzas sociales como sindicatos y otros grupos sociales. Para tratar la materia, se va a realizar una breve contextualización respecto a los créditos salariales. Seguidamente, se mostrará el régimen vigente derivado del Estatuto de los Trabajadores (artículo 32 ET). Y, finalmente, la nueva regulación, muy similar a la tradicional tal y como se ha citado anteriormente.

¹³ FLORES CABALLERO, Manuel y RIVERO MENÉNDEZ, José Angel, *Algunas reflexiones en torno a los préstamos participativos*, Tapia, marzo-abril de 1999, págs. 65-67.

4.1. Contextualización

a. FUNCIÓN SOCIAL DEL SALARIO

El salario es la única remuneración para muchas personas, que realizan su esfuerzo y actividad profesional y laboral en una empresa. La mayoría de las personas tienen como única fuente de ingresos su salario. Además, los trabajadores se encuentran desprotegidos frente a la empresa, al no contar con información respecto de su funcionamiento y de su situación financiera. De igual manera, los créditos salariales carecen de garantías reales, por lo que parece evidente una necesaria protección de dichos créditos de su salario y las indemnizaciones correspondientes. Esta función social ha sido tutelada por convenios internacionales, como el de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador.

Derivados de dicha función social, existen mecanismos de protección institucional de los créditos salariales a través del Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que se encarga del abono a los trabajadores del importe de los salarios pendientes de pago en situaciones de insolvencia, si bien con límites en lo que a los módulos salariales mínimos se refiere¹⁴.

La protección del salario justifica el privilegio del crédito salarial dentro del procedimiento de concurso. Parece innegable la necesidad de proteger y privilegiar créditos salariales.

B. UNIVERSALIDAD / DERECHOS DE EJECUCIÓN SEPARADA

Ante la insolvencia de un deudor, el ordenamiento jurídico dicta normas para establecer un procedimiento universal donde acudan todos los acreedores, a fin de hacer efectivos, en la medida de lo posible, sus créditos. Esta finalidad de protección universal del Derecho Concursal exige un procedimiento en el que concurren todos los acreedores. Sin embargo, en ocasiones, los acreedores gozan de un privilegio especial de tal magnitud que se permite la ejecución separada de sus derechos de crédito al margen del procedimiento colectivo universal¹⁵. Tal circunstancia produce situaciones de incomunicación, a causa de las cua-

¹⁴ GONZÁLEZ-PALENCIA LAGUNILLA, Luis, «La intervención procesal del Fogasa, en los casos de empresas sujetas a procedimiento concursal. Las deudas de la masa», en *Revista Jurídica de Andalucía*, núm. 2, 1991, Reseña de C.F.H. *La Ley*, 1992-1, págs. 1126 y ss.

¹⁵ MANRIQUE LÓPEZ, Fernando, «Aspectos laborales de los procedimientos concursales», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. II, 2.ª época, abril-junio 1996.

les se están ejecutando bienes en otros Juzgados al margen del procedimiento universal, lo cual impide una visión global del procedimiento de crisis. *¿Deberían mantenerse estos privilegios de ejecución separada o, por el contrario, mantenerse una perspectiva global de la crisis a través de un único proceso, con un solo Juez, que permita ordenar las soluciones más adecuadas a la crisis del deudor? Veremos cómo responde la Reforma Concursal a estos planteamientos reflexivos que hemos venido realizando.*

C. *¿DERECHO ABSOLUTO DE LOS TRABAJADORES SOBRE DETERMINADOS BIENES?*

Si bien parece incuestionable la necesidad de conceder privilegio al crédito salarial, también ha de medirse el privilegio con respecto a otros acreedores que lo ostentan. Al carecer los trabajadores de garantías reales sobre bienes afectos en el derecho de cobro de sus créditos, parece que sí incorporan de su trabajo determinados bienes que son aquellos que produce la propia empresa y que han sido elaborados por los trabajadores. *¿Se puede establecer una cierta identificación entre el tiempo de trabajo de los trabajadores y los bienes que resulten de la fabricación de la propia empresa? ¿Sería posible afectar esas horas de trabajo de elaboración de aquellos objetos y productos de la empresa y vincularlos a la satisfacción del derecho de crédito de los trabajadores?*

D. *¿HAN DE EXISTIR LÍMITES CUANTITATIVOS AL PRIVILEGIO SALARIAL?*

Parece que se cumple la tutela de la función social del salario cuando el módulo protegido o la cuantía de protección privilegiada es la mínima de subsistencia según criterios que se establezcan por Ley. Pero sería gravoso para los demás acreedores que se privilegiasen los créditos salariales en toda su cuantía y que aquellos salarios muy altos gozaran de una protección privilegiada absoluta o cuasi-absoluta frente a los demás acreedores. Por ello, parece que ha de establecerse una escala de cuantías y de privilegios que permitan tutelar al trabajador y que no generen un privilegio absoluto que impida a otros acreedores acceder al cobro de sus créditos.

E. *RÉGIMEN DE LOS CRÉDITOS DE ALTA DIRECCIÓN (¿HAN DE MANTENER SU ESTATUS?)*

Los créditos de alta dirección acogen supuestos especiales en su relación laboral y comprenden actividades cualificadas con remunera-

ciones mucho más altas que las de los trabajadores en general. Además, suelen ser contratos blindados que tienen pactadas indemnizaciones muy altas para el supuesto de extinción de dichos contratos por la empresa¹⁶. ¿Se debería diferenciar entre los trabajadores asalariados y aquellos trabajadores de alta dirección, o se deberían mantener los vínculos contractuales con éstos y satisfacer las indemnizaciones pactadas? Podría ocurrir también que las altas indemnizaciones para supuestos de extinción del contrato fueran moduladas y adaptadas al régimen general dispuesto para los trabajadores.

F. ¿SE PUEDE EVITAR EL NACIMIENTO DE LOS CRÉDITOS SALARIALES?

A veces, el cataclismo de una empresa no es tal, sino que se confunde con el cataclismo del empresario. En ocasiones, una organización empresarial puede ser rentable en manos de un empresario audaz, esforzado y trabajador, con recursos financieros. Por el contrario, cuando una empresa se encuentra en manos de un empresario fallido no tiene otra viabilidad que la insolvencia. Por ello, se ha de identificar la empresa como unidad empresarial compuesta de recursos humanos y medios técnicos, materiales y de mercado, capaz de continuar su actividad al margen del empresario que la llevó a la crisis. De esta manera, siempre que fuera factible la continuidad de la empresa, se podrán encontrar empresarios que quieran hacerse cargo de la misma sin asumir el pasivo, pero recibiendo fondo comercial, clientes, trabajadores, mercado y, en definitiva, factores que pudieran ser capaces de continuar con esa organización empresarial. Si esto ocurriera, los contratos de trabajo no se extinguirían. Tampoco aparecerían los créditos salariales ni las indemnizaciones por despido, ni se daría la extinción colectiva de contratos de trabajo. Por ello, quizá la mejor solución para evitar la aparición de los créditos salariales sea la continuidad de la empresa como medida obligatoria, siempre que sea factible. Esta opción nos evitaría tener que organizar los privilegios absolutos, las limitaciones y la universalidad del cauce de ejecución, respecto de los créditos salariales, al no llegar a nacer. Téngase en cuenta no sólo el efecto externo

¹⁶ VAL TENA, Angel Luis de, *El trabajo de alta dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 2002, 197 págs.; ANTRAS BADÍA, José María, «Comentario a la normativa reguladora de la relación laboral especial de personal de alta dirección», en *Revista de Catalunya* (RJC), núm. 1, 1986, págs. 127 y ss.; ALONSO GARCÍA, Ricardo, «De nuevo sobre el Derecho comunitario, el personal de alta dirección y el Fondo de Garantía Salarial», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* (REDT), núm. 57, Ene.-Feb. 1993, págs. 43 y ss.; TOSI, Paolo, «Reflexiones sobre la alta dirección», en *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 2, Feb. 1986, págs.179 y ss.

del nacimiento de estos créditos y el aumento significativo de créditos con privilegio especial, sino también el conflicto emocional y personal de la pérdida del puesto de trabajo para el empleado¹⁷.

4.2. *Regulación anterior a la reforma*

Se presentan a continuación los derechos de los créditos salariales antes de la reforma. Por ello, veremos la disposición de los privilegios antes y después de la misma. Este contenido se relaciona con las disposiciones del convenio de la OIT sobre la materia.

Se establecen diversas jerarquías de privilegios para los créditos de los trabajadores. Se combinan soluciones de satisfacción superprivilegiada, pero muy limitada cuantitativamente, con otras más consistentes, aunque peor situadas. Junto a ello, se permite una afección de determinados bienes al cobro de los créditos salariales. Y por último, se establece una ventaja muy relevante en cuanto a la ejecución de los créditos salariales e indemnizaciones ante los Tribunales de lo social, al margen del procedimiento concursal. Para más información al respecto¹⁸.

El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores establece tres fórmulas de protección referidas a un súper-privilegio absoluto de los acreedores concursales, aunque limitado en cuantía y duración, seguido de un derecho de separación que afecta a determinados bienes a la satisfacción de los acreedores salariales y, por último, un privilegio general, también con límites cuantitativos. El resto, es decir, las cuantías no cubiertas por estos privilegios, serán créditos ordinarios¹⁹. Veamos brevemente estas modalidades de privilegios de los créditos salariales:

4.2.1. SÚPER-PRIVILEGIO (ARTÍCULO 32.1 ET)

Se ha valorado de manera distinta por la doctrina el uso de este término, que con la reforma se asemeja más al significado del Derecho

¹⁷ ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, «La estabilidad de la relación de trabajo en los casos de quiebra del empresario», *Revista de Política Social* núm. 70, abril-junio 1996, págs. 31-47.

¹⁸ RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Madrid, 1984.; PÉREZ PÉREZ, «Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial», R.D.P., 1981, pág. 3 y ss.; GARCÍA DE HARO, *El salario como crédito privilegiado*, Pamplona, 1960.

¹⁹ DE ANGEL YÁGÜEZ, Ricardo de, y ZORRILLA RUIZ, Manuel M.^a, «El privilegio de los llamados créditos salariales», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 23, 1985; ARCOCHA BASTERRA, Ignacio, «Los privilegios del crédito salarial y las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo», *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, núm. 28, pág. 43 y ss., 1986.

Alemán²⁰. Se dispone un derecho salarial protegido y limitado en cuantía y en duración, y que tiene una preferencia sobre cualquier otro crédito, incluso aunque esté garantizado por prenda o hipoteca. En concreto, se señala así este privilegio para los salarios de los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional, como decimos, por delante de cualquier otro acreedor, incluso aquellos que se encuentren garantizados con prenda o hipoteca.

4.2.2. DERECHO DE SEPARACIÓN (SOBRE LOS EFECTOS ELABORADOS POR LOS TRABAJADORES)

Mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, los créditos salariales gozan sobre estos objetos de preferencia absoluta sobre cualquier otro crédito. Estos bienes quedan afectos al pago de los créditos salariales. Más adelante analizaremos la polémica suscitada en torno a si es posible extender a los bienes inmuebles y en qué casos podemos hablar de objetos elaborados por los trabajadores.

4.2.3. PRIVILEGIO GENERAL SALARIAL

Sigue en el orden a los acreedores con derecho real. Se regula en el art. 32.3 del ET, según el cual, tendrán la condición de créditos singularmente privilegiados (en cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago) y gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto sobre los créditos con derecho real. Y respecto a las indemnizaciones por despido, la cantidad correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere también el triple del salario mínimo interprofesional.

Además de estos derechos, se dispone de privilegios de ejecución separada sin paralización de las ejecuciones (art. 32.5 ET) en la vía de lo social.

²⁰ RÍOS SALMERÓN, Bartolomé, en la obra *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984, pág. 331, señala lo siguiente: «El término “superprivilegio” está consagrado en la doctrina francesa; es de común utilización en la nuestra; y de él se ha hecho eco ya la jurisprudencia como es de ver en TD/Sala de conflictos, de 28 de enero de 1983.

En la literatura alemana se ha llegado a utilizar la alocución “Superbevorrechtigte Konkursforderung”, con la que se alude al crédito contra el quebrado, *que al ser elevado a crédito contra la masa, puede tenerse por “superprivilegiado”*.

En la doctrina anglosajona se ha utilizado la voz “super-priority”, aunque esta vez para referir el elevado rango de las garantías reales.»

4.3. *Convenios internacionales informadores del privilegio salarial en casos de insolvencia*

De igual manera, hemos de considerar las normas internacionales suscritas por España sobre la materia. Nos referimos al Convenio de la OIT (Organización Internacional del Trabajo) sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, dictado con ocasión de la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en Ginebra el 3 de julio de 1992 y que entró en vigor en España el 6 de mayo de 1996. Así, en la parte II de dicho Convenio se disponen normas de protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, en caso de insolvencia del empleador²¹.

El Convenio de la OIT de 1992 dispone que los privilegios salariales **deberán cubrir al menos a tres bloques de partidas:**

- Los *salarios pendientes de pago* por un período determinado *que no deberá ser inferior a tres meses*, precedentes a la insolvencia o terminación de la relación de trabajos;
- Las sumas adeudadas en concepto de *otras ausencias retribuidas*, también en un período que no deberá ser inferior a tres meses; y
- Las indemnizaciones por fin de servicios con motivo de *la terminación de la relación de trabajo*, así como aquellas sumas adeudadas en concepto de vacaciones.

Es propio del Convenio avanzar limitaciones que pueden establecerse por la legislación nacional del alcance del privilegio de los créditos laborales y, en concreto, se pueden limitar a un *monto prescrito, que no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable*. Recordamos, en este momento, el doble del mínimo del salario interprofesional protegido con super-privilegio y el triple del salario interprofesional como limitación de cuantía, referido al concepto de mínimo social aceptable.

Por último, el artículo 8 del Convenio OIT obliga a la legislación nacional *a atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio mayor que otros créditos*. En concreto señala que deberá establecerse un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular, a los del Estado y la Seguridad Social.

Por tanto, hemos de considerar la conveniencia de que exista un crédito superior no al de todos los créditos privilegiados, sino al de la mayoría.

²¹ GIMÉNEZ CHORNET, Eduardo, «Los Convenios de la OIT ratificados por España», en *Revista Española de Derecho del Trabajo* (REDT), núm. 66, Jul.-Ago. 1994, págs. 581 a 606.

4.4. *La nueva situación en la reforma Concursal*

Compararemos los derechos que se señalan en el Proyecto de Ley con los actualmente vigentes, para mostrar el equilibrio que se sigue en una y otra regulación. En particular, se establecen la siguiente clasificación de los créditos laborales:

4.4.1. CRÉDITOS CONTRA LA MASA

- **Indemnizaciones por extinción colectiva durante el proceso del concurso:** tienen la consideración de créditos contra la masa, lo cual parece lógico, ya que es el propio juez del concurso quien acuerda esta extinción de los contratos de trabajo. Art. 83.2.5.º *in fine* de la nueva regulación.
- **Consideración del antiguo súper-privilegio como crédito contra la masa:** el antiguo súper-privilegio pasa a ser considerado crédito contra la masa. Se sigue una línea terminológica similar al Derecho alemán. La posición del conocido como crédito súper-privilegiado del artículo 32.1.º del Estatuto de los Trabajadores pasa a una teórica mejor posición que en la anterior regulación. Antes se situaba el primero de los acreedores concursales. Ahora aparece entre los prededucibles: que perciben su créditos antes que los acreedores concursales. Art. 83.2.1.º nueva legislación concursal.

El problema se suscita cuando entran en *colisión directa un acreedor superprivilegiado y un acreedor con garantía real de prenda o hipoteca*. Así, en los borradores del Proyecto de Ley Concursal se había venido manteniendo una consideración del superprivilegio como un crédito concursal, pero con un privilegio de anticipación frente a los acreedores concursales, y, por tanto, también frente a los acreedores con derecho real en el caso de que no hubiera más bienes para hacer efectivo el derecho de crédito salarial súper-privilegiado, según el artículo 154 del PLC. Así, se preveía que el súper-privilegio no entraría en colisión con los bienes afectos y con privilegio especial cuando hubiere otros bienes disponibles. Pero en el caso de concurrencia e inexistencia de otros bienes libres, al margen de los sujetos a derecho real, en este caso, primaría el súper-privilegio, como había ocurrido antes de la reforma.

Sin embargo, en el texto del Dictamen de la Comisión del Congreso de los Diputados se ha considerado el súper-privilegio como un crédito contra la masa. Se rompe así el principio de Derecho Concursal de considerar acreedores concursales a aquellos que están sometidos a la solu-

ción global a la crisis, por ser acreedores anteriores al momento de la declaración del concurso. Así, los diferenciamos de aquellos otros acreedores *ex post*, que son quienes han contratado o generado su crédito con posterioridad al inicio del procedimiento de concurso o se tratan de gastos necesarios para el desarrollo del concurso. Pues bien, se produce un pase del súper-privilegio en su consideración como acreedor concursal a crédito contra la masa.

Esta aparente ventaja o mejora resulta relevante respecto de los otros acreedores contra la masa, pero no lo es respecto de los acreedores con Derecho real. Así, el orden de pago de los acreedores contra la masa, se hará *con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial (art. 153.3 - PLC)*. Y, en caso de resultar insuficiente lo obtenido para el pago de estos acreedores contra la masa, se distribuirá *entre todos los acreedores de la masa por orden de sus vencimientos*.

Por ello, *los acreedores con privilegio especial no ven modificado su derecho directo de realización sobre el bien por estar éste afecto al cobro de sus créditos*. Hasta el producto de la venta de dicho bien satisfarán su crédito los acreedores con derecho real o con bienes sujetos a financiación de bienes muebles a plazos o arrendamiento financiero.

Se salva así a los acreedores con privilegio especial, que tienen bienes afectos a la satisfacción de sus créditos, de verse obligados a participar en el cobro con otros acreedores que no sean ellos mismos. Por tanto, *el bien afecto por un derecho real no puede ser modificado en esa relación directa de cobro que dispone sobre el bien afecto*.

Esta regulación resulta derivada del *Reglamento Comunitario CE 1346/00, de 29 de mayo de 2000*, sobre los procedimientos de insolvencia, y que entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este Reglamento CE dicta normas de protección e información para los acreedores y, a su vez, dispone de un régimen mínimo de respeto y tutela hacia los acreedores con derecho real. Dispone, así, la inmodificabilidad de los derechos reales (*rights in rem*). Por ello, la anterior regulación a la Reforma Concursal entraría en conflicto directo con el Reglamento Comunitario que, en su artículo 5.2, regula el tratamiento de los derechos reales de terceros. Entre estos derechos se señala el derecho a realizar o hacer realizar el bien, y a ser pagado con el producto o rendimientos de dicho bien.

4.4.2. CRÉDITO REFACCIONARIO (ART. 89.1.3.º)

El tenor literal del art. 89.1.3.º de la nueva regulación es muy similar respecto del señalado en el art. 32.2.º ET.

Los créditos refaccionarios sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado.

En este punto existe polémica respecto a la extensión y condiciones de *ejercicio de este derecho refaccionario* o derecho de separación²². A nuestro entender, hemos de identificar el objeto sobre el cual puede recaer el derecho de separación, derivado de actividades de elaboración de los trabajadores; en concreto, actividades industriales de tipo extractivo, de tipo productivo, de pesca, agrarias, creativas en sus manifestaciones intelectual e industrial, contrato de trabajo, buques, aeronaves, edificaciones, así como energía en general. Los sujetos beneficiados por este derecho de separación son los trabajadores que elaboran estas materias. Sin embargo, este concepto alude a cualquier otro empleado y, por tanto, a todos aquellos que se denominan «colaboradores invisibles» que trabajan en el seno de la empresa y aportan su actividad.

Por último, se suscitaba la duda sobre la posición disyuntiva de que sean propiedad del empresario «o» se encuentren en posesión del mismo, y que el legislador hubiera querido utilizar una conjunción copulativa, señalando que fueran propiedad y además estuvieran en posesión del empresario. Este breve comentario nos lleva a analizar tres posiciones: en primer lugar aquellos bienes que son propiedad y se encuentran en posesión del empresario, sobre los cuales no habría duda del derecho de separación de dichos bienes. En segundo lugar, aquellos objetos que son propiedad pero no están en posesión, en los que se vería claramente afectado el derecho de separación de los trabajadores y, por último, aquellos bienes que están en posesión del empresario pero no son de su propiedad porque los ha vendido. En este punto, y en línea del Derecho Civil, hemos de señalar que el adquirente tendría un título, pero no se habría producido la *traditio*, por lo cual no habría consumado aún su contrato de compraventa, con lo que se verían afectos a este derecho los bienes vendidos que estuvieran también en posesión del empresario.

También existió una gran discusión sobre *la posibilidad de extender este derecho a los bienes inmuebles por parte de los trabajadores*. La jurisprudencia indicó que esto sólo era posible en el ámbito de las

²² MACHADO PLAZAS, José, «El privilegio salarial refaccionario [comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 17 de noviembre de 1997]», en *Revista General de Derecho* (RGD), núm. 648, Sep. 1998, págs. 11097 a 11103; MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, María Dolores, «Crédito refaccionario. Preferencia de un crédito hipotecario sobre otros de mejor rango por ser refaccionario», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 52, Ene.-Mar. 2000, págs. 29 a 41; EIRANOVA ENCÍAS, Emilio, «El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario», en *La Ley*, 2002-3, base de datos plus.

empresas de construcción respecto de los edificios que realizaban. Sin embargo, hubo cierta polémica por una Sentencia del TSJ el País Vasco en la que se concedía el derecho de los trabajadores a la separación, en base al artículo 32.2 ET y respecto del inmueble que vienen utilizando para las actividades de la empresa. Es decir, la extensión sobre el inmueble-lugar de trabajo del derecho de separación por parte de los trabajadores. Finalmente, la Sentencia del TS en Recurso de Casación para la unificación de doctrina, muestra su disconformidad con la Sentencia del TSJ del País Vasco antes mencionada, indicando que el Estatuto de los Trabajadores silencia toda prioridad de los créditos salariales sobre el inmueble-lugar de trabajo y que, por tanto, no puede extenderse a este inmueble el derecho de separación mencionado. Y para argumentar esta solución se citaba la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976, cuyo artículo 1.1.b) establecía una preferencia sobre todos los demás créditos y respecto a los inmuebles a los que se incorporaba el trabajo de los trabajadores en el supuesto de inmuebles objeto de construcción, y en el n.º 2 de dicho artículo se ampliaba una acción respecto a los inmuebles como lugar de trabajo y se postergaba esos inmuebles respecto de los acreedores hipotecarios o pignoraticios. Lo mismo respecto a situaciones de reparación de bienes ajenos²³.

Por tanto, ni siquiera en esa antigua Ley eran prioritarios los créditos salariales respecto a los inmuebles-lugar de trabajo, cuando concurrían con créditos hipotecarios. El artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores, en su n.º 2, reproduce el anterior apartado a) del artículo 32.1 de la Ley de Relaciones Laborales, aunque, evidentemente, no se refería al inmueble-lugar de trabajo, puesto que a este lugar dedicaba su mencionado n.º 2, ya desaparecido del mismo precepto, que es el vigente. Por tanto, al silenciar toda prioridad de créditos salariales respecto al inmueble-lugar de trabajo, no puede extenderse sobre ellos este derecho de los trabajadores.

4.4.3. CRÉDITO PRIVILEGIADO GENERAL

Este punto sigue la misma regulación que ya existía en el artículo 32.3.º del ET, que supera considerablemente el régimen de limitaciones

²³ GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, «Las garantías del crédito salarial», en *R.D.P.*, marzo 1980, pág. 399 y ss. En la página 400 señala el autor que:

«Ha sido una polémica que pudiéramos llamar tradicional la de si los objetos preparados por los trabajadores están afectos al privilegio salarial. Creemos que está ahora superada con la exigencia legal de que los objetos han de ser propiedad del empresario. El objeto que se repara de un tercero no la cumple, evidentemente.»

recomendadas a establecer por la legislación nacional respecto del Convenio de la OIT.

Art. 90.1.º PLC: «Son créditos con privilegio general:

1.º Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, así como las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos en cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, y las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso.»

En el Convenio se establecen unos períodos de tres meses que, en conjunto, suponen seis meses, más las cuantías respecto de indemnizaciones por despido. De hecho, la propuesta del Profesor ROJO establecía una limitación de salarios al año anterior al inicio del procedimiento concursal o de la extinción del contrato de trabajo. Con las mismas características sigue el Anteproyecto de reforma concursal de mayo de 2001 de la Comisión General de Codificación, que disponía un período de seis meses de salarios por los seis meses anteriores al inicio del procedimiento concursal o la extinción del contrato de trabajo, limitando también las indemnizaciones por despidos producidos a los seis meses anteriores al inicio del procedimiento concursal.

Sin embargo, vemos de nuevo cómo en fase de influencias por las diferentes instituciones del Estado se han incorporado diversas medidas tendentes a mantener la situación anterior y a no establecer límites temporales a la percepción de salario con el privilegio general que se establece en su favor, lo que también se ha comentado en el caso de modificación producida por la inclusión del super-privilegio en el artículo 154 del Proyecto.

4.4.4. VALORACIÓN GLOBAL DE LA NUEVA REGULACIÓN

El nuevo régimen de privilegios en el ámbito concursal sigue una línea muy similar a la regulación anterior a la reforma. Se mantiene el derecho refaccionario sobre los bienes derivados de la actividad de los trabajadores y se mantiene también el privilegio general salarial con los mismos límites ya establecidos anteriormente. El único cambio se produce respecto del superprivilegio, que se desplaza al grupo de los créditos contra la masa. Dentro de los acreedores contra la masa, tienen

una inmejorable posición por cuanto sus vencimientos son anteriores al inicio del concurso, cuando la mayoría de los acreedores contra la masa son gastos originados con posterioridad al inicio del concurso o por gastos necesarios para el desarrollo del procedimiento judicial.

Sin embargo, el superprivilegio pierde en concurrencia con el acreedor con derecho real, como es el acreedor hipotecario. Estos bienes, especialmente afectos a la satisfacción del crédito con privilegio especial, no entran en el reparto para los acreedores contra la masa, salvo que existiere sobrante del producto de su venta. Se mejora a estos acreedores con derecho real en situación concursal, pero se les supedita al concurso mediante la paralización de sus acciones de ejecución. Y todo ello deriva de una regulación comunitaria que dicta normas supranacionales de obligado cumplimiento.

Todas estas normas de clasificación se aplican únicamente en situación concursal. En caso de concurrencia de acreedores sin procedimiento de concurso, se aplica el régimen contenido en el art. 32 del Estatuto de los Trabajadores, cuyo texto se acompaña más adelante.

En el momento de la redacción de este artículo está pendiente de aprobación por el Congreso el texto recibido del Senado, y las presentes consideraciones se refieren al dictamen de la Comisión publicado en el *B.O.C.G.* el 1 de abril de 2003.

5. Conclusiones

Se analizan a continuación algunas cuestiones ya presentadas y hemos de conectarlas con los fines y bienes objeto de tutela en la Reforma Concursal.

- a) **Acceso universal del crédito al concurso:** consecuencia de la obligación que se impone a la administración judicial de incluir obligatoriamente a todos los acreedores que resulten de la documentación del deudor, se modifica sustancialmente la formación de la masa pasiva, pudiendo darse el caso de algún acreedor que, dado su crédito por olvidado, recibiera un cheque de la administración judicial anunciándole que percibía un resultado positivo como consecuencia de la gestión del procedimiento de concurso. Esta es una medida novedosa, con una función tuitiva protectora del crédito y de su incorporación al proceso del concurso, donde se quieren dar las garantías de una celeridad y buena realización a favor de los acreedores cuando no sea posible una solución de convenio.

- b) **Sujeción y limitaciones de los acreedores con privilegio especial:** a estos acreedores, conocidos antes como *ex iure domini* o *ex iure crediti*, se les imponen por Ley una serie de cesiones que han de realizar a favor de los demás acreedores para facilitar la buena gestión del proceso concursal. Se trata de impedir que una ejecución en mal momento perjudique los bienes de la masa afectos a la actividad económica y lesione cualquier opción de rentabilidad de la empresa para su enajenación como unidad productiva viva. Esas limitaciones se refieren a la suspensión de la ejecución de los créditos con privilegio especial, así como a la facultad de la administración judicial de optar por el pago de las deudas existentes frente al acreedor con derecho real o la realización del bien, así como otros derechos de rehabilitación o subrogación del adquirente en la posición jurídica del deudor, o lo que es lo mismo, la venta con carga para su subrogación por el nuevo adquirente.
- c) **Postergación de los acreedores vinculados con el deudor:** no nos parece ajustado el sistema presentado por el legislador, ya que es discriminatorio y podría resultar inconstitucional, por ese motivo. Hubiera sido más deseable establecer un sistema abierto de acciones rescisorias en el cual también se pudieran afectar estos bienes cuando realmente se hubiera producido un perjuicio para la masa activa o un desequilibrio en relación a la masa pasiva, perjudicando la *pars conditio creditorum*.
- d) **Crítica al trato preferencial de los acreedores públicos:** a fin de establecerse limitaciones más severas a los acreedores públicos para dejar respiro a los diferentes grupos de acreedores y que pudieran disponer de una más equilibrada participación en el reparto y pago de su crédito.
- e) **Conveniencia de limitar temporalmente el privilegio salarial:** conviene establecer limitaciones temporales respecto a los créditos salariales, por cuanto si bien no podemos desconocer la función social que cumple el salario, ésta debe ser moderada y atenuada por el interés común de los demás acreedores. Y por ello, habrían de limitarse situaciones en las cuales se ha producido un abandono o dejación por parte de los trabajadores en connivencia respecto a la reclamación de sus créditos y por ello debiera de establecerse un límite temporal, y dentro de los parámetros establecidos por el Convenio de la OIT.
- f) **Propuesta satisfactoria en el caos de la vigente regulación:** parece una propuesta correcta, especialmente aquella que ha realizado la Comisión General de Codificación, que ha sido des-

virtuada, en alguna medida, por la influencia de los sectores institucionales en cuanto al ranking de los acreedores y establecimiento de posiciones ventajosas para trabajadores y acreedores públicos. No obstante, y en especial el Proyecto de Ley Concursal, contiene una tutela equilibrada de los intereses a proteger en el Derecho Concursal, especialmente *de la protección del crédito* a través de una primera solución de convenio con control de las exigencias mínimas para un feliz convenio. Y por otro lado, el criterio legal de la ejecución de bienes no aisladamente, sino como una realización en bloque y fuera del peligro de las actuaciones individuales que suponían hasta ahora los derechos *ex iure domini* y *ex iure crediti*.