

ASPECTOS LABORALES DE LA NUEVA LEY CONCURSAL*

ANA DE LA PUEBLA PINILLA**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES: 1. El expediente judicial de regulación de empleo. 2. Tratamiento concursal de las acciones individuales de resolución del contrato de trabajo. a) *Modificación sustancial de condiciones de trabajo y resolución del contrato por los trabajadores afectados.* b) *Impago o retraso en el abono de salarios y derecho a la resolución judicial del contrato de trabajo.* 3. Suspensión y extinción de los contratos de alta dirección durante el procedimiento concursal. 4. Convenio colectivo y procedimiento concursal.- III. LOS CRÉDITOS LABORALES Y EL CONCURSO: 1. Clasificación y privilegios de los créditos laborales. 2. La eliminación del privilegio de ejecución separada.

I. INTRODUCCIÓN

Los procesos concursales tienen por finalidad satisfacer a la generalidad de acreedores en una situación de crisis patrimonial grave. Se trata de establecer un sistema de pago coordinado que permita ponderar la posición de los distintos acreedores y distribuir las cargas de la insuficiencia patrimonial del deudor, evitando los efectos negativos que podrían derivarse de una satisfacción individualizada.

De esta forma, el concurso cumple dos funciones básicas. Por una parte, la conservación del patrimonio del deudor, cuando esa conservación pueda

* Algunas de las reflexiones que se recogen en este trabajo proceden del «Comentario al art. 64 de la Ley Concursal» que elaboré para los Comentarios a la Ley Concursal dirigidos por R. Bercovitz, así como de los diversos estudios que sobre la materia he tenido la oportunidad de realizar con los Magistrados de la Sala IV de Tribunal Supremo, Aurelio Desdentado y Bartolomé Ríos.

** Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

proporcionar a la larga una satisfacción completa y, por otra, la ordenación del cobro siguiendo criterios de jerarquía e igualdad, evitando el oportunismo.

Los trabajadores han mostrado, tradicionalmente, una resistencia al concurso. Esa tendencia a huir del concurso se ha manifestado en una triple dirección: contractual –para que el concurso no influya en sus contratos–, crediticia –para que sus créditos se paguen en primer lugar– y jurisdiccional –para que, pese al concurso, puedan seguir acudiendo a su juez natural¹. Tradicionalmente, nuestro ordenamiento ha atendido esa tendencia:

Por una parte, con anterioridad a la nueva ley concursal, la declaración de quiebra o insolvencia de la empresa no afectaba de forma directa y automática a las relaciones laborales. Indudablemente, la situación de crisis económica de la empresa puede determinar alteraciones en las relaciones laborales pero estas alteraciones quedaban sometidas a las reglas laborales de carácter general, que no se veían modificadas por el concurso. Así, las decisiones sobre traslados, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones o extinciones contractuales quedaban sometidas a las previsiones contempladas en los arts. 40, 41, 47 y 51 ET, respectivamente. Únicamente existían algunas reglas especiales como la prevista en el art. 51.10 ET, conforme a la cual se establecía la necesidad de tramitar, a efectos de las prestaciones por desempleo, un expediente de regulación de empleo en aquellos supuestos en los que los síndicos declaren la no continuidad de la actividad empresarial o aquellos en los que el cese se produce por decisión judicial.

Por otra parte, los créditos laborales disfrutaban del denominado privilegio de ejecución separada (art. 32.5 ET) que permitía la reclamación y ejecución de las deudas de los trabajadores ante el juez de lo social, sin que éstos se vieran obligados a entrar en el concurso con los demás acreedores. De este modo, los créditos de los trabajadores se satisfacían antes y al margen del resto de los acreedores. A ese privilegio se añadía el reconocimiento de preferencias para el cobro de los créditos laborales. En este sentido, el art. 32.1 ET diferencia tres tipos de preferencias: a) preferencia general extraordinaria o superprivilegio: para los salarios de los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional. Estos créditos gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca. b) preferencia especial refaccionaria: los créditos

¹ Vid., B. RÍOS SALMERÓN, «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», *Actualidad Laboral*, 2003/2, p. 363.

salariales gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, y c) preferencia general ordinaria: los demás créditos salariales, no protegidos por el superprivilegio o por la preferencia especial refaccionaria, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago gozan de preferencia sobre otros créditos, excepto los créditos con derecho real en los supuestos en los que estos, con arreglo a la ley, sean preferentes.

Finalmente, todas las controversias laborales suscitadas durante las situaciones concursales se mantenían bajo la competencia del juez natural, esto es, el juez social.

Esta ordenación de los efectos de la quiebra sobre las relaciones laborales en la empresa se ha venido cumpliendo hasta el inicio del procedimiento de reforma legislativa que ha desembocado en la aprobación de la Ley concursal 22/2003, de 9 de julio. Desde sus primeras versiones, la reforma de la legislación concursal incorporó entre sus objetivos la integración del tratamiento de las relaciones laborales en el concurso. Ese objetivo ha sobrevivido al largo y trabajoso proceso de reforma y se encuentra hoy plasmado en diversos preceptos de la Ley concursal, principalmente en el art. 8.º LC, que atribuye al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones sociales que tengan por objeto la modificación, extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, y en el art. 64 LC, que fija el procedimiento a seguir ante el juez del concurso para proceder a dichas medidas colectivas. Pero desde las iniciales propuestas hasta el texto definitivo de la Ley concursal, el tratamiento de las relaciones laborales ha sido sometido a un importante, y necesario, proceso de depuración que ha permitido la recuperación de algunos de los principios que inspiran la legislación laboral en materia de modificaciones, suspensiones y extinciones de los contratos de trabajo o en relación con el tratamiento de los créditos laborales en supuestos de crisis empresariales y su aplicación en el ámbito del proceso concursal.

Un breve recorrido por ese proceso de elaboración de la legislación concursal en los aspectos que afectan a las relaciones laborales, pone de manifiesto cómo el giro o cambio radical que anunciaban las primeras propuestas legales ha quedado moderado, y suavizados sus rigores iniciales².

² En este sentido se ha dicho, gráfica y acertadamente, que la tramitación de la norma concursal ha supuesto, en materia laboral, el paso de un giro radical a un giro moderado (A. DESDENTADO BONETE, «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2003, pp. 31-33).

Así, en el Anteproyecto de Ley concursal de 2000 los prejuicios mercantiles sobre el sistema de garantías del salario y sobre los efectos que sobre el patrimonio del empresario podían generar las decisiones empresariales y judiciales sobre la continuidad de las relaciones laborales, incidieron de forma decisiva en la definición del modelo³.

La propuesta contemplada en el Anteproyecto partía de la supuesta insensibilidad del juez social para conocer de los problemas concursales y atribuía plenas competencias (declarativas, ejecutivas y cautelares de carácter social) al juez del concurso. De este modo, el juez mercantil se convertía en una suerte de juez hércules con capacidad y competencia para conocer de cualquier asunto social.

En segundo lugar, el Anteproyecto procedía a una auténtica poda de privilegios respecto a los créditos laborales. La Exposición de Motivos justificaba expresamente esta decisión en la finalidad de «evitar que el concurso se consuma en el pago de los créditos laborales». Con ello se producía una degradación de las garantías crediticias tradicionales que resultaba manifiestamente contraria a lo establecido en los Convenios 95 y 173 OIT⁴. En relación con el tratamiento de los créditos laborales, el Anteproyecto pretendía además eliminar la anarquía de las ejecuciones separadas que creaban una distribución aleatoria y arbitraria de los costes de las situaciones de insuficiencia patrimonial y, en sintonía con esa pretensión, eliminaba el privilegio de ejecución separada.

Finalmente, el Anteproyecto incorporaba una normativa específica aplicable al desenvolvimiento de las relaciones laborales en empresas declaradas en situación de concurso. De este modo, las extinciones, modificaciones y suspensiones colectivas quedaban en manos del juez mercantil y sometidas a una normativa, distinta a la prevista en los preceptos correspondientes del Estatuto de los Trabajadores, expresamente contemplada en la Ley Concursal. Entre las peculiaridades de ese «derecho del trabajo para situaciones de insolvencia» estaba la de suspensión de la vigencia de los convenios colectivos.

³. Vid un análisis de la incidencia del Anteproyecto de Ley Concursal sobre las relaciones laborales en B. RÍOS SALMERÓN, «El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el art. 32 de su Estatuto?», *Revista de Derecho Social*, nº 14, 2001, pp. 57-75; F. J. GUALDA ALCALÁ y E. LILLO PÉREZ, «La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales», *Relaciones Laborales*, nº 22, 2001. También, sobre el proceso de elaboración que condujo a la Ley 22/2003, M.A. FALGUERA BARÓ y D. BARTOMEUS PLAZA, «El proyecto de Ley concursal desde la insoportable levedad del Derecho del Trabajo», *Revista de Derecho Social*, nº 19, 2002, pp. 225-249.

⁴. Como advertía B. RÍOS SALMERÓN, «El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores: ¿réquiem por el art. 32 de su Estatuto?», cit., p. 67.

El texto finalmente aprobado en la Ley 22/2003, de 9 de julio, modifica sensiblemente la propuesta del Anteproyecto en el sentido de moderar el tratamiento de los aspectos laborales.

Así, se reequilibra la distribución de competencias entre el juez social y el juez mercantil. Este, aunque conserva las competencias que el Anteproyecto le atribuía en acciones ejecutivas, ve mermada su jurisdicción respecto a las acciones declarativas. Al respecto, se le atribuye la competencia para conocer de las acciones de modificación, suspensión y extinción de los contratos de trabajo, pero sólo cuando estas decisiones presentan carácter colectivo, así como de las acciones de extinción y suspensión de los contratos de alta dirección. Además, si bien es cierto que la Ley Concursal contempla, en sus arts. 64 y 65, normas específicas para la tramitación judicial de estas medidas laborales, la aplicación supletoria de la legislación laboral y de los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral queda garantizada a través de la remisión prevista en los arts. 8.2º y 64.11 LC. Por su parte, el art. 66 LC remite de nuevo a los requisitos previstos en la legislación laboral a efectos de modificar el contenido de los convenios colectivos, cuya vigencia y eficacia queda garantizada durante la tramitación del concurso.

Por lo que se refiere al tratamiento de los créditos laborales, la Ley Concursal sustituye la poda de privilegios por una degradación relativa del régimen de privilegios salariales: los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores al concurso se califican como créditos contra la masa –lo que supone que se cobran los primeros- (art. 84 LC); los créditos refaccionarios se califican como créditos con privilegio especial –pero en tercer lugar, tras los créditos con garantías reales- (art. 90 LC); se reconoce privilegio general al resto de los créditos salariales y laborales, así como a los de Seguridad Social (art. 91 LC) y el resto tienen la consideración de créditos ordinarios. En esta misma materia, desaparece definitivamente el privilegio de la ejecución separada, salvo alguna excepción como la contemplada en el art. 55.1 LC.

II. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES

1. El expediente judicial de regulación de empleo

Como acaba de indicarse, la Ley 22/2003 atribuye al juez mercantil la competencia para conocer de las modificaciones, suspensiones y extinciones de carácter colectivo y las relativas a los altos cargos. Esta atribución de com-

petencias va acompañada del diseño de un procedimiento específico, que se desarrolla ante el juez mercantil, para la adopción de estas decisiones.

El procedimiento diseñado en el art 64 LC presenta un neto carácter judicial y como tal queda sometido a los principios que rigen el ejercicio de la función jurisdiccional⁵. El procedimiento se pone en marcha por la iniciativa de la administración concursal, del empresario deudor o de los representantes de los trabajadores, que son los sujetos legitimados para solicitar al juez de lo mercantil la adopción de medidas colectivas. Son estos quienes aportan al procedimiento la documentación necesaria para justificar las medidas que se solicitan. A partir de ese momento, es el juez mercantil quien impulsa el desarrollo del procedimiento convocando a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas durante el cual pueden llegar a un acuerdo o compromiso sobre la propuesta inicial, solicitando de la Administración laboral la emisión del informe pertinente y, finalmente, resolviendo mediante Auto sobre la petición planteada.

La tramitación de este procedimiento se asemeja en algunos aspectos al previsto en la normativa laboral para los expedientes de regulación de empleo. Se ha dicho que la norma concursal ha modulado la legislación laboral para adaptarla al procedimiento concursal incorporando novedades de carácter más adjetivo que sustantivo⁶. Que esto es así se comprueba cuando se advierte que se han trasladado al marco concursal buena parte de las garantías causales y procedimentales previstas en la normativa laboral para estos supuestos. De hecho, la cláusula de cierre del sistema se contiene en el art. 64.11 LC que establece que «en todo lo no previsto en este artículo se aplicará la legislación laboral», remitiendo expresamente a la normativa laboral como criterio interpretativo del procedimiento regulado en este precepto⁷. Esta re-

⁵ Un análisis más detallado del procedimiento previsto en el art. 64 LC puede consultarse en I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y J.R. MERCADER UGUINA, «Modificación de condiciones de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2003, pp. 77-97, A. DE LA PUEBLA PINILLA, «Comentario al artículo 64», en AA.VV. (Dir. R. Bercovitz) *Comentarios a la Ley Concursal*, Vol. I, Tecnos, 2004, pp. 720-762, B. RÍOS SALMERÓN y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «El expediente judicial de regulación de empleo: el art. 64 de la Ley Concursal», en AA.VV. (Dir. E. Borrajo), *Nueva sociedad y Derecho del Trabajo, La Ley*, 2004, pp. 69-99 y I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, «Los efectos de la declaración del concurso sobre los contratos de trabajo y los convenios colectivos», en AA.VV. (Coord. I. García-Perrote), *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, 2004, pp. 217-253.

⁶ M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La Ley Concursal y el contrato de trabajo: aspectos generales», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2003, p. 19.

⁷ Remisión que se recoge también en el art. 8.2º LC cuando se señala que «en el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral».

misión resulta, en muchos casos, imprescindible. La exégesis del art. 64 LC reclama, en numerosos aspectos, el recurso a los conceptos, criterios y pautas de actuación diseñadas en la normativa laboral y por la doctrina y jurisprudencia que se han pronunciado en la materia.

Por una parte, la propia calificación del supuesto de hecho que determina la competencia del juez de concurso. En este sentido, el art. 8.2º LC atribuye al juez mercantil la competencia para conocer de «las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado», y el art. 64. 1 LC diseña el procedimiento a seguir sin delimitar el concepto de «colectivo» aplicado a estas vicisitudes de la relación laboral. Esta omisión, probablemente voluntaria, remite necesariamente a la norma laboral para extraer de la misma la distinción entre individual y colectivo⁸. El recurso al Estatuto de los Trabajadores es también necesario para dotar de contenido preciso a las referencias que hace la Ley concursal a los «representantes de los trabajado-

⁸ La distinción entre individual y colectivo no tiene un sentido unívoco en el Estatuto de los Trabajadores. Así, por lo que se refiere a las extinciones, el 51 ET delimita su carácter colectivo en función del número de trabajadores afectados y por referencia al lapso temporal en que la medida es adoptada. De esta forma, se consideran despidos colectivos aquellos que, en un periodo de noventa días, afecten a un número de trabajadores de, al menos, diez -en empresas de ocupen menos de cien trabajadores-, el diez por ciento del número de trabajadores de la empresa -en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores- o treinta trabajadores - en empresas que ocupen trescientos o más trabajadores-. Asimismo, se considera despido colectivo la extinción de los contratos de trabajo que afecten a la totalidad de la plantilla de la empresa, siempre que el número de trabajadores afectados sea superior a cinco, cuando aquél se produzca como consecuencia de la cesación total de la actividad empresarial. Las decisiones extintivas que afecten a un número de trabajadores inferior a los señalados se consideran despidos individuales y se tramitan como tales. Los mismos umbrales numéricos se utilizan en el art. 40 ET para diferenciar entre traslados individuales y colectivos, considerando, además, traslado colectivo el que afecte a la totalidad del centro de trabajo, siempre que éste ocupe a más de cinco trabajadores. Por su parte, el art. 41 ET delimita los conceptos de modificación individual y colectiva atendiendo, no ya al número de trabajadores afectados por la modificación, sino al carácter de la fuente reguladora de la condición de trabajo que pretende modificarse. Así, si la condición afectada ha sido reconocida individualmente (mediante contrato de trabajo o por decisión unilateral del empresario), su modificación, aunque afecte a una pluralidad o colectivo de trabajadores, tendrá carácter individual. Por el contrario, si la condición de trabajo se regula en una fuente colectiva (acuerdo, convenio o decisión unilateral del empresario de efectos colectivos), su modificación será colectiva, con independencia del número de trabajadores afectados. Finalmente, por lo que se refiere a la suspensión de los contratos de trabajo, el art. 47 ET no contempla la distinción entre suspensiones individuales y colectivas y establece un único régimen de suspensión de los contratos, sin diferenciar en atención al número de trabajadores afectados o a otras circunstancias.

res», concepto que, en la norma laboral, remite a dos tipos de representaciones: la unitaria y la sindical. De nuevo, serán los criterios aplicativos manejados en el ámbito laboral los que deban resolver las dudas que la participación de los representantes pueda suscitar⁹. En fin, también será imprescindible la remisión a la norma laboral para dotar de contenido el periodo de consultas a que se refiere el art. 64.5 LC o para delimitar el alcance de la decisión judicial sobre las medidas colectivas propuestas.

Entre las peculiaridades destacables del procedimiento judicial diseñado en el art. 64 LC, cabe mencionar que dicho procedimiento da un tratamiento unitario a todas las decisiones colectivas, tanto aquellas que persiguen la modificación de condiciones laborales como aquellas dirigidas a suspender o extinguir los contratos. Cualquiera de estas medidas debe someterse al procedimiento ante el juez de concurso conforme al art. 64 LC. Sin embargo, en el ámbito laboral, estas decisiones reciben un tratamiento diferenciado. Así, la modificación de los contratos puede decidirse directamente por el empresario, sin perjuicio de su posterior revisión judicial, en tanto que las suspensiones y extinciones requieren acuerdo con los representantes de los trabajadores o autorización administrativa, contra la que cabe recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En el procedimiento judicial regulado en el art. 64 LC es el juez quien asume esas competencias de modo que se judicializa una

⁹. La intervención de los representantes de los trabajadores está prevista en distintos pasajes de la Ley concursal. Así, en el expediente judicial de regulación de empleo contemplado en el art. 64 LC se menciona a los representantes de los trabajadores como sujetos legitimados para solicitar y participar en la tramitación del expediente. En este caso, la finalidad de la norma es, al igual que en el ámbito de los expedientes de regulación de empleo del art. 51 ET o en el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 ET, garantizar que en el proceso de adopción de medidas colectivas están debidamente representados los intereses de los trabajadores. Partiendo de estas premisas, la atribución de capacidad para solicitar al juez del concurso la adopción de medidas colectivas a los representantes legales de los trabajadores que efectúa el art. 64.2 LC debe entenderse dirigida tanto a los representantes sindicales como a los unitarios, tal y como ocurre en la regulación laboral de los expedientes de regulación de empleo. Por su parte, el art. 64.5 señala que el juez debe convocar al periodo de consultas a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. En este caso, los representantes con derecho a participar en la negociación serán aquellos que presentaron la solicitud de tramitación del expediente y, en caso de que dicha solicitud fuera presentada por el empresario deudor o por la administración concursal, deberá interpretarse, como se hace en el marco de los expedientes del art. 51 ET, que serán las propias representaciones quienes decidan cuál de ellas ha de negociar y, si no hay acuerdo, la decisión puede adoptarse por la asamblea de los trabajadores Vid., al respecto, A. DESDENTADO BONETE y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «La intervención de los representantes de los trabajadores en el proceso concursal», *Tribuna Social*, n° 166, 2004, pp. 9-17.

decisión empresarial y se sustituye a la autoridad laboral por la figura del juez concursal. Contra la decisión del juez del concurso cabe, además, recurso ante el juez social. Ello supone una doble paradoja: por una parte se judicializa el proceso en supuestos no previstos en la norma laboral, cuando se trata de modificación de condiciones de trabajo, y por otra, se conduce a la jurisdicción social –por la vía del recurso– lo que antes estaba ubicado en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El procedimiento para la modificación sustancial, suspensión o extinción colectivas en una empresa sometida a concurso se inicia con la presentación de la solicitud correspondiente por parte de alguno de los sujetos legitimados para ello. El art. 64.2 LC atribuye dicha legitimación a la administración concursal, al propio deudor o a los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales.

El reconocimiento de legitimación para solicitar el expediente a la administración concursal se explica por las facultades que ostenta la administración concursal desde la declaración del concurso (art. 40 LC) ya sean éstas de “intervención” de las decisiones del empresario deudor (en caso de concurso voluntario) o de gestión y administración del patrimonio en sustitución del empresario (en caso de concurso necesario). Por su parte, la posibilidad de que el propio empresario deudor solicite el inicio del procedimiento se explica, a pesar de la limitación de sus facultades que deriva del concurso, por el carácter meramente instrumental que dicha solicitud presenta¹⁰. Por lo que se refiere a los representantes legales de los trabajadores debe entenderse, de acuerdo con lo previsto en las normas laborales y lo señalado anteriormente, que la legitimación se reconoce tanto a los representantes unitarios como los sindicales.

En cuanto al contenido de la solicitud, el art. 64.4 LC prevé que «la solicitud deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar». La redacción no es muy clara, pero parece que lo que en definitiva se pide es que la parte solicitante diga y acredite las causas motivadoras de las medidas pretendidas, así como los objetivos cuyo alcance se busca para asegurar la viabilidad de la empresa y del empleo. A la solicitud se acompañarán los documentos necesarios. En caso de que las medidas solicitadas afecten a empresas de más de cincuenta trabajadores, la solicitud debe ir acompañada de un plan que contemple la incidencia de las medidas propuestas en la viabilidad futura de la

¹⁰. J. CRUZ VILLALÓN, «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en situaciones concursales», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2003, p. 121.

empresa y del empleo (art. 64.5 LC). También la normativa laboral impone, para la tramitación de los expedientes de regulación de empleo, una exigencia similar al establecer que “en todo caso, en las empresas de cincuenta o más trabajadores, se deberá acompañar a la documentación iniciadora del expediente un plan que contemple medidas dirigidas a atenuar las consecuencias del expediente de regulación de empleo para los trabajadores afectados y para posibilitar la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial” (art. 51.4 ET).

Una vez recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas durante el cual las partes han de negociar de buena fe con vistas a alcanzar un acuerdo (arts. 64.5 y 64.6 LC). Las consultas deben desarrollarse durante un periodo cuya duración no puede superar treinta días naturales, o quince en caso de empresas que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, tanto si las medidas a adoptar consisten en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, como si se trata de suspensiones o despidos colectivos¹¹. Estos plazos son máximos e improrrogables de modo que, una vez transcurridos, o antes si se hubiera alcanzado un acuerdo, continúa el procedimiento (art. 64.6.II LC). Con ello se garantiza la celeridad en la adopción de las medidas colectivas que resulten oportunas.

La finalidad del periodo de consultas es obtener un acuerdo sobre las medidas colectivas solicitadas al juez del concurso. Para que el acuerdo entre las partes sea válido, es preciso que den su conformidad la mayoría de los miembros del Comité o Comités de Empresa, o de los delegados de personal o, en su caso, de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos. Concluido el plazo previsto para el periodo de consultas, o antes si se hubiera alcanzado un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores deben comunicar al juez del concurso el resultado de la negociación. Una vez recibida dicha comunicación, el juez recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o sobre el acuerdo alcanzado. Dicho informe deberá ser emitido en el plazo de quince días y, para su elaboración, la Autoridad Laboral podrá oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores. La soli-

¹¹ El Estatuto de los Trabajadores fija un periodo de quince días cuando las medidas colectivas a adoptar consisten en el traslado, modificaciones o suspensiones de los contratos de trabajo (arts. 40, 41 y 47 ET). En el caso de despidos colectivos, se establece un plazo de quince o treinta días en función de si la plantilla de la empresa supera o no el número de cincuenta trabajadores (art. 51.4 ET). En la normativa laboral estos plazos tienen carácter de mínimo en la medida en que se permite que las partes prolonguen dicho plazo con la finalidad de alcanzar un acuerdo.

cidad del informe es un trámite obligado pero su contenido no vincula al juez del concurso.

Una vez cumplidos los trámites ordenados, el juez dictará auto en el plazo de cinco días. El contenido del Auto difiere en función de cómo haya finalizado el periodo de consultas. Si acabó con acuerdo, el Auto lo asumirá, salvo que aprecie en su conclusión fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En caso contrario, o cuando se aprecie alguno de los vicios señalados, el juez del concurso «determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral» (art. 64.7 LC). Esta remisión a la legislación laboral determina que la resolución judicial ha de ser congruente con la solicitud y que su contenido, estimatorio o no, dependerá de que la prueba practicada muestre razonablemente que las medidas solicitadas son necesarias para los fines perseguidos, es decir, y según la letra del art. 64.4: para la viabilidad futura de la empresa y del empleo, en su caso; pues el expediente podría encaminarse únicamente a la extinción de los contratos, vistas las circunstancias del negocio.

En cuanto al contenido de la parte dispositiva del Auto judicial, se plantean algunos problemas. En los expedientes tramitados conforme al art. 51 ET, se entiende que la resolución administrativa que resuelve el expediente no tiene necesariamente que identificar a los trabajadores cuyos contratos quedan afectados por la autorización de despido de modo que, en estos casos, es el empresario quien, una vez concedida la autorización, procede a la selección de los trabajadores y a su despido. En el expediente judicial regulado en el art. 64 LC las cosas pueden ser de otra manera de modo que ya la solicitud, y luego el auto judicial, indicarán quiénes son las personas afectadas y cuáles las indemnizaciones que, en su caso, hayan de percibir. Lo que, además, tendrá eficacia inmediata, sin el añadido de una posterior decisión de los administradores¹².

Contra el Auto judicial cabe interponer recurso de suplicación y los demás previstos en la LPL. El conocimiento de estos recursos es competencia del orden social de la jurisdicción (art. 64.8 LC). Este precepto amplía la competencia del orden social de la jurisdicción al atribuirle el conocimiento de la impugnación del Auto judicial, frente al modelo del Estatuto de los Trabajadores en el que la impugnación de la decisión administrativa sobre expedientes de regulación de empleo se tramita ante el orden contencioso-administrativo. Estarán legitimados para impugnar el Auto los sujetos que participaron en la fase de instancia, es decir, la ad-

¹² Vid., sobre los motivos que apoyan esta interpretación, B. RÍOS SALMERÓN y A. DE LA PUEBLA PINILLA, «El procedimiento concursal y los contratos de trabajo», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, nº 1, 2004, p. 117.

ministración concursal y los representantes de los trabajadores, sin perjuicio de otros posibles sujetos que representen intereses colectivos (FOGASA, representantes de acreedores...). En cuanto a los motivos de recurso, la impugnación del Auto judicial ha de fundarse en los motivos propios de un recurso de suplicación (191 LPL) y luego por los propios del recurso de unificación de doctrina (art. 222 LPL en relación con el art. 205 de la misma Ley).

Junto a esta acción colectiva, el art. 64.8 LC reconoce también a los trabajadores el derecho a impugnar el Auto en cuestiones que se refieran exclusivamente a su relación jurídica individual, ante el juez del concurso a través del procedimiento del incidente concursal. Importantes problemas plantean estas acciones individuales a que se refiere el art. 64.8 LC¹³. Cuál sea el contenido y la pretensión de este tipo de impugnaciones es una cuestión íntimamente vinculada con el carácter y contenido de Auto judicial que pone fin al expediente. Pero si se entiende, como se sostenía anteriormente, que el Auto es directamente ejecutivo, el contenido de la impugnación individual ha de ser el propio Auto en la medida en que afecte al trabajador, bien porque se discrepe de la antigüedad, el salario, la categoría profesional... atribuidas al trabajador, bien porque se le incluya entre los afectados por la decisión de traslado, modificación, suspensión o extinción.

El art. 64 LC incorpora la regulación de dos aspectos más vinculados también con el expediente judicial de modificación, suspensión o extinción colectivas. Se trata, por una parte, de las acciones rescisorias que se reconocen al trabajador ante la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y ante la decisión de traslado (art. 64.9 LC) y, por otra, del tratamiento de las resoluciones contractuales solicitadas por los trabajadores por impago o retraso en el abono de los salarios (art. 64.10 LC).

2. Tratamiento concursal de las acciones individuales de resolución del contrato de trabajo

a. Modificación sustancial de condiciones de trabajo y resolución del contrato por los trabajadores afectados

Conforme a la normativa laboral, cuando se adopta una decisión de modificación sustancial que afecte a la jornada de trabajo, al horario o al régimen de trabajo a turnos, el trabajador tendrá derecho, si resulta perjudicado por la mo-

¹³. Vid., al respecto, G. MOLINER TAMBORERO, «Las competencias del juez mercantil y del orden social de la jurisdicción tras la reforma concursal», en AA.VV. (Coord. I. García-Perrote), *La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Lex Nova, 2004, pp. 72-77.

dificación sustancial de estas condiciones de trabajo, a rescindir su contrato percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses (arts. 41.3 y 41.4 ET). El mismo derecho se reconoce al trabajador cuando se decide su traslado a otro centro de trabajo de la misma empresa que exija cambios de residencia. En este último caso, el derecho del trabajador no está condicionado a la acreditación de un perjuicio y la indemnización es de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades (arts. 40.1 y 40.2 ET). En ambos casos, la regulación legal permite entender que el efecto extintivo se produce por voluntad del trabajador, de forma directa e inmediata, sin necesidad de solicitar la resolución contractual al juez de lo social, sin perjuicio, por supuesto, de las eventuales reclamaciones que puedan producirse para percibir la indemnización prevista legalmente.

Sobre este régimen incide el art. 64.9 LC cuando las decisiones de modificación sustancial o traslado de carácter colectivo se producen en el marco del proceso concursal. En concreto, la LC establece la suspensión del derecho a la rescisión indemnizada del contrato “durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiese dictado el auto que autorizó dicha modificación”. Sin duda, lo que se pretende con esta suspensión es evitar que la adopción de medidas colectivas de modificación sustancial o de movilidad geográfica implique un gravamen económico para el patrimonio de la empresa en virtud de peticiones de rescisión contractual de los trabajadores que generan indemnizaciones a pagar por el empresario¹⁴. En cualquier caso, el art. 64.9 LC condiciona la decisión del juez de lo social al establecer la suspensión del derecho a ejercer tales acciones. Y ello porque el trabajador que pretenda ejercer su derecho habrá de esperar hasta que finalice la tramitación del concurso o, si este no hubiera finalizado, podrá ejercerla cuando hayan transcurrido doce meses desde que se dictó el Auto por el que se autorizó el traslado o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Si la solicitud de rescisión del contrato se efectúa antes de que hayan transcurrido los plazos señalados, la administración concursal o el empresario deudor podrán, y deberán, rechazar dicha solicitud. En caso de que se interponga demanda solicitando la resolución indemnizada, el juez de lo social deberá desestimar la pretensión por improcedente si no ha finalizado la tramitación del concurso o no han transcurrido los doce meses a que se refiere el art. 64.9 LC.

¹⁴. Vid en este sentido S. DEL REY GUANTER y M. LUQUE PARRA, «Proyecto de Ley concursal y relación laboral», *Relaciones Laborales*, nº 22, 2002, p. 46.

b. Impago o retraso en el abono de salarios y derecho a la resolución judicial del contrato de trabajo

En cuanto a las acciones individuales de rescisión del contrato de trabajo fundadas en el art. 50.1.b) ET (impago o retraso de salarios), el art. 64.10 LC les da la consideración de despidos colectivos y atribuye la competencia para su conocimiento al juez de concurso cuando dichas acciones superen determinados umbrales numéricos. La finalidad del art. 64.10 LC es la de dar un tratamiento uniforme y homogéneo a estas resoluciones, reconduciéndolas desde la lógica del incumplimiento contractual —que obliga a valorar de forma objetiva el incumplimiento empresarial, sin atender a las circunstancias económicas que pueden ser la causa del incumplimiento— a la del concurso —que atiende a la situación de crisis económica empresarial—. A la vez, se persigue evitar que un número elevado de rescisiones contractuales a las que se reconoce una indemnización equivalente a la del despido improcedente pueda poner en peligro la viabilidad de la empresa y del empleo¹⁵.

La asimilación de este tipo de acciones individuales al despido colectivo y la remisión al procedimiento previsto en el art. 64 LC supone, básicamente, el desarrollo de un periodo de consultas y una resolución del juez del concurso en la que, en su caso, se acepta el acuerdo alcanzado durante el periodo de consultas o, a falta de acuerdo, se decide lo que proceda. La negociación entre los representantes de los trabajadores y la administración concursal durante este periodo de consultas no puede girar en torno al incumplimiento empresarial alegado por el trabajador porque la existencia de dicho incumplimiento o su gravedad no pueden ser objeto de negociación (al menos, sin que participe directamente cada trabajador afectado). La calificación de estas acciones de resolución contractual como extinciones colectivas supone someter la decisión a la lógica de las medidas colectivas adoptadas en la empresa declarada en situación de concurso, de modo que los sujetos negociadores deberán valorar la adecuación de la extinción de los contratos con la situación económica de la empresa y los efectos que dicha extinción produce sobre su viabilidad futura. El posible acuerdo con el que finaliza el periodo de consultas decidirá sobre las medidas a adoptar, pudiendo, en su caso, establecer medidas alternativas a las extinciones solicitadas. En caso de no alcanzarse un acuerdo, corresponde la decisión al juez del concurso que deberá valorar la solicitud de extinción colectiva en los

¹⁵. En este sentido B. RÍOS SALMERÓN, «La Ley Concursal y los trabajadores. Notas de urgencia al texto legal aprobado en el Congreso de los Diputados en sesión plenaria de abril de 2003», cit., p. 374.

términos señalados. De este modo, el enjuiciamiento que éste debe efectuar no puede referirse a la existencia de un incumplimiento empresarial sino a la adecuación de la extinción con la situación económica de la empresa y sus efectos sobre la viabilidad de ésta. El principio de congruencia que informa todo proceso judicial supone que, también en este supuesto, la decisión judicial deberá limitarse a aceptar, total o parcialmente, o a rechazar la propuesta de extinción de los contratos sin posibilidad de sustituir esa medida por otras distintas. Finalmente, en caso de decidirse la extinción, y aunque la Ley Concursal no lo señale expresamente, la indemnización procedente será, no la prevista en el art. 50 ET, sino la que corresponde a los despidos económicos¹⁶. Así se deduce de su asimilación a los despidos colectivos y así debe ser si se quiere evitar que el éxito de estas acciones de resolución presentadas por una pluralidad de trabajadores grave en exceso el patrimonio del empresario deudor.

3. Suspensión y extinción de los contratos de alta dirección durante el procedimiento concursal

La Ley Concursal establece algunas normas específicas sobre los efectos de la declaración del concurso en los contratos del personal de alta dirección. En principio, y al igual que ocurre con el resto de los contratos de trabajo, a las relaciones laborales especiales de alta dirección se les aplica la regla general conforme a la cual la declaración del concurso no afecta, por sí sola, a la vigencia de los contratos de trabajo.

Sin embargo, y siguiendo el paralelismo con las relaciones laborales de carácter ordinario, que, como ya se ha analizado, pueden verse afectadas en su contenido y en su vigencia durante el procedimiento concursal, también la relación laboral de los altos cargos puede sufrir alteraciones durante el concurso. En este sentido, el art. 65 LC prevé reglas específicas que afectan a la continuidad de estas relaciones laborales de carácter especial.

En dicho precepto se prevé la posibilidad de que la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del empresario deudor, decida la suspensión o extinción de los contratos de alta dirección (art. 65.1 LC).

Si se decide la extinción, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato (art. 65.3 LC). El propio precepto fija un límite a la facul-

¹⁶ También J. CRUZ VILLALÓN, «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., p. 117.

tad de moderación judicial estableciendo que la indemnización tendrá como límite la establecida en la legislación laboral para el despido colectivo.

Si la administración concursal decide la suspensión de los contratos de alta dirección, se reconoce al alto cargo la posibilidad de extinguir su contrato (art. 65.2 LC). En este caso, se impone un deber de preaviso de un mes y se reconoce el derecho del alto directivo a percibir la indemnización en los términos y con los límites que la propia LC fija cuando la decisión extintiva la adopta la administración concursal¹⁷.

La indemnización reconocida al alto cargo por extinción de su contrato debe calificarse, conforme a lo previsto en el art. 84.2.5º LC como crédito contra la masa. Por ello, para proceder a su pago, la administración concursal debe deducir de la masa activa, antes de proceder al pago de los créditos concursales, los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos indemnizatorios de los altos cargo (art. 154 LC), con la excepción de los bienes y derechos afectos al pago de créditos con privilegio especial.

No obstante, el art. 65.4 LC prevé expresamente que, a petición de la administración judicial, el juez podrá declarar el aplazamiento del pago de estas indemnizaciones hasta que sea firme la sentencia de calificación. La razón de este aplazamiento se encuentra en el art. 172.2.3ª LC que establece que la sentencia que califique el concurso como culpable contendrá la pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieren como acreedores concursales o de la masa. La especial posición que los altos cargos pueden tener en la organización empresarial y sus facultades de decisión sobre la propia empresa puede determinar su implicación en el concurso de modo que, cuando dicha implicación haya podido producirse, parece razonable posponer el pago de la indemnización hasta que se califique el concurso y, en su caso, se declare la pérdida de derechos de los implicados.

4. Convenio colectivo y procedimiento concursal

La declaración judicial de apertura del concurso no afecta a la vigencia y eficacia del convenio colectivo que resulte aplicable en la empresa sometida a

¹⁷ Elemento común a las extinciones contempladas en el art. 65 LC es la facultad de moderación de la indemnización que se atribuye al juez del concurso. Sin duda, esta facultad se justifica por la elevada cuantía de las indemnizaciones pactadas habitualmente entre la empresa y los altos cargos, que puede incidir negativamente en el interés del concurso. En este sentido, vid J. CRUZ VILLALÓN, «Despidos y suspensiones del contrato de trabajo en las situaciones concursales», cit., p. 141.

concurso. De este modo, el convenio, que puede ser específico para la empresa declarada en situación de concurso o de ámbito superior, continuará surtiendo plenos efectos como norma reguladora de las relaciones laborales en la empresa hasta la finalización de su vigencia.

Sin embargo, esto no significa la absoluta inamovilidad e inmodificabilidad del convenio. Por el contrario, algunas de las decisiones laborales que pueden adoptarse durante la tramitación del concurso pueden afectar al contenido del convenio colectivo haciendo inaplicables algunas de sus previsiones respecto a los trabajadores de la empresa sometida al procedimiento concursal. Así ocurre cuando se acude al procedimiento contemplado en el art. 64 LC para modificar sustancialmente condiciones de trabajo que estén previstas y reguladas en convenio. Pero esta posibilidad no es exclusiva del procedimiento concursal.

En efecto, también en situaciones no concursales está prevista la posibilidad de que se modifiquen determinadas condiciones de trabajo previstas y reguladas en convenio colectivo. En la normativa laboral, esta posibilidad supone una excepción a la eficacia *erga omnes* que el art. 82.3 ET atribuye a los convenios colectivos estatutarios, esto es a los negociados conforme al Título III del ET, cuando señala que “los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante el tiempo de su vigencia”. Es el art. 41.2 ET el que fija las condiciones en que puede afectarse la eficacia personal general del convenio a través de las modificación de condiciones laborales en él previstas. Al respecto, este precepto establece, en primer lugar, que la modificación sólo podrá realizarse mediante acuerdo con los representantes de los trabajadores y, en segundo lugar, que la modificación sólo podrá afectar a condiciones laborales referidas a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento. Por el contrario, cuando las condiciones de trabajo que quieren modificarse están recogidas en pactos o acuerdos colectivos no estatutarios, no son aplicables tales condiciones, de modo que puede procederse a la modificación de cualquier condición laboral y por decisión del empresario, sin necesidad de acuerdo con los representantes de los trabajadores¹⁸.

Este esquema es, básicamente, el que reproduce el artículo 66 LC, aunque la situación de concurso en que se encuentra la empresa y, en particular, las especialidades del expediente de modificación de condiciones laborales previsto en el art. 64 LC, exige algunas aclaraciones.

¹⁸ Vid ampliamente, sobre el procedimiento para la adopción de estos acuerdos de empresa y sobre las materias a que pueden afectar, F. ELORZA GUERRERO, *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, CES, 2000, pp. 99 y ss.

En primer lugar, por lo que se refiere al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, debe advertirse que el art. 66 LC, en perfecta sintonía con el art. 41.2 ET, lo exige cuando se trate de modificar condiciones de trabajo previstas en “convenios regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores”. Sin embargo, los arts. 8.2 LC y 86 ter LOPJ requieren acuerdo “cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos”, sin diferenciar entre convenios estatutarios y otro tipo de convenios, pactos o acuerdos. No parece que la intención del legislador concursal haya sido la de establecer requisitos más exigentes que los previstos en la normativa laboral para la modificación de condiciones de trabajo, de modo que estos preceptos han de ser interpretados a la luz del primero¹⁹.

Por otra parte, por lo que se refiere a las materias que pueden modificarse, la referencia del art. 66 LC a “aquellas materias en las que sea admisible con arreglo a la legislación laboral”, deja claro que las únicas condiciones laborales, de las previstas en convenio colectivo estatutario, que pueden resultar modificadas por el procedimiento contemplado en el art. 64 LC son las referidas a horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento.

Finalmente, nada prevé el art. 66 LC sobre el acuerdo. En el ámbito laboral, puesto que se trata de un acuerdo que afecta a la eficacia personal de un convenio colectivo, se exige que durante el periodo de negociación que debe preceder a toda modificación sustancial de carácter colectivo (art. 41 ET) se cumplan los requisitos de legitimación y de mayorías para la adopción de acuerdos previstas en los arts. 87 a 89 ET. En el ámbito del concurso, dicho acuerdo debe alcanzarse, con los mismos requisitos de legitimación y mayorías, en el marco de la negociación entre administración concursal y representantes de los trabajadores previsto en el expediente judicial regulado en el art. 64 LC. El acuerdo es imprescindible para que el juez del concurso autorice la modificación sustancial colectiva, de modo que, en su defecto, el juez no puede incluir en el Auto que pone fin al expediente judicial dicha modificación.

III. LOS CRÉDITOS LABORALES Y EL CONCURSO

Otro de los aspectos que ha sufrido importantes alteraciones como consecuencia de las novedades incorporadas en la Ley concursal es el relativo a la

¹⁹. En este sentido, I. GARCÍA-PERROTE y J. MERCADER UGUINA, «Modificación de las condiciones de trabajo, convenios colectivos y crisis empresariales», cit., p. 93.

posición de los créditos laborales en el concurso. Ya se ha dicho que el sistema de preferencias y privilegios contemplado en el art. 32 ET ha resultado muy afectado por la norma concursal que, al respecto, ha procedido a una importante degradación del sistema de preferencias y a la eliminación de privilegio de la ejecución separada. Esta afirmación se corrobora porque, aunque aparentemente los créditos laborales no han sufrido muchos recortes en el reconocimiento de preferencias, en la práctica el sistema de cobro previsto en la norma concursal supone un importante perjuicio para la prioridad de los trabajadores en la satisfacción de sus créditos. De este modo, el trabajador sufre una sensible pérdida en su nivel de protección²⁰.

1. Clasificación y privilegios de los créditos laborales

Por lo que se refiere a la clasificación de los créditos, la Ley concursal diferencia entre créditos contra la masa y créditos que integran la masa pasiva. Los créditos contra la masa –tradicionalmente denominados deudas de la masa– no integran la masa pasiva, sino que son prededucibles, se satisfacen con cargo a la masa activa a medida que se van devengando. Se trata de créditos que, por su naturaleza o su origen, hay que atender cuanto antes y con absoluta prioridad acudiendo a los bienes que integran el patrimonio del deudor. Estos créditos tienen una preferencia práctica que les permite satisfacerse con antelación a las deudas concursales.

Entre los créditos contra la masa se incluyen, en primer lugar, “los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo anteriores a la declaración del concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional” (art. 84.2.1º LC). Se recoge así el superprivilegio que ofrece el art. 32 ET en los mismos términos y con los mismos límites previstos en el precepto laboral. No obstante, a pesar de las similitudes con el superprivilegio reconocido en el art. 32 ET, el tratamiento que estas deudas salariales recibe en la Ley concursal difiere en un aspecto importante respecto al superprivilegio reconocido en el art. 32.1 ET. Este precepto laboral da prioridad absoluta a estos créditos sobre cualesquiera otros, incluso los garantizados con hipoteca o cualquier otra garantía real. Sin embargo, esta preferencia desaparece en el régimen concursal. Por una parte, el art. 84.2.1º LC, omite la referencia expresa a que estos créditos son preferentes sobre cualesquiera otros, aunque estén garantizados por prenda o hipoteca. Por otra, el art. 154.3 LC, al regular el

²⁰. Vid. B. RÍOS SALMERÓN, «Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2003, p. 165.

pago de los créditos contra la masa, señala que “las deducciones para atender el pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial. En caso de resultar insuficientes, lo obtenido se distribuirá entre todos los acreedores de la masa por el orden de sus vencimientos”. De esta forma, como ya se ha señalado, el crédito con privilegio especial prevalece sobre el crédito contra la masa de modo que, para el procedimiento concursal, desaparece la prioridad sobre la hipoteca y las otras garantías reales que el art. 32.1 ET atribuye a los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo.

Dentro de los créditos concursales se diferencian varias categorías (art. 89 LC): a) créditos privilegiados, entre los que, a su vez, se diferencia entre créditos con privilegio especial -que lo son en la medida en que afectan a determinados bienes o derechos- y créditos con privilegio general -que se caracterizan porque el privilegio afecta a la totalidad del patrimonio del deudor-. En apariencia, el privilegio de carácter general es mayor que el privilegio especial pero, en realidad, el privilegio especial es mucho más enérgico que el general puesto que, respecto del bien o derecho sobre el que recae, prevalece el especial sobre el general; b) créditos ordinarios, son todos aquellos que no hayan sido calificados por la ley concursal como privilegiados ni como subordinados y c) créditos subordinados, categoría de nueva creación en la Ley concursal. La posición de los créditos subordinados se caracteriza por su extrema debilidad y por las pocas probabilidades de ser atendidos.

La Ley concursal incluye entre los créditos con privilegio especial los créditos de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado (art. 90.1.3º LC). Como regla general, para que los créditos sean calificados como privilegiados especiales en el procedimiento concursal, se exige que “la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros”. Sin embargo, los créditos refaccionarios de los trabajadores están expresamente excluidos de esta exigencia (art. 90.2 LC). El crédito refaccionario laboral grava los objetos elaborados por los trabajadores. El privilegio especial supone una preferencia para su cobro en los términos recogidos en el art. 155 LC, según el cual “el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva”. La preferencia está limitada al bien objeto de su satisfacción pero es, sin duda, la preferencia más fuerte en el sistema previsto en la Ley concursal porque prevalece no sólo ante el privilegio general sino también ante las deudas de la masa puesto que, conforme al art. 154.3 LC, las deducciones para pagar los créditos contra la masa se harán

con cargo a bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.

A pesar de que la lista de privilegios especiales está ordenada en numerales, dicha lista no determina un orden de preferencia para satisfacer los créditos ya que el principio fundamental para resolver los conflictos entre las preferencias especiales es el de ordenación temporal. De este modo, si son más de uno los créditos especialmente privilegiados que gravitan sobre un bien o derecho, el orden de pago es la prioridad temporal según el cumplimiento de “los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros” (art. 155.3 LC). Dado que tales exigencias no se aplican a los créditos refaccionarios de los trabajadores, debe entenderse que la refacción laboral privilegia en especial sobre ciertos bienes del empresario, sin que la ley imponga ningún requisito para que una vez nacido el crédito salarial resulte oponible a terceros pero los créditos con privilegio especial que sean oponibles con anterioridad a dicho nacimiento del crédito salarial deberán ser pagados con preferencia. Con ello, el privilegio laboral refaccionario pierde la preferencia absoluta que le atribuía el art. 32.2 ET, conforme al cual se concedía preferencia a estos créditos sobre cualesquiera otros.

Entre los créditos con privilegio general, se incluyen “los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, las indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, las indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las medidas en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración de concurso” (art. 91.1º LC). También pueden ser créditos con privilegio general los créditos de naturaleza laboral hasta el 25% de su importe, si es el trabajador quien ha instado la declaración del concurso (art. 91.6º). Estos créditos ocupan el último lugar en el orden de pago de los créditos dotados de privilegio general y son, por tanto, los últimos que se pagan.

La Ley concursal recoge el privilegio previsto en el art. 32.3 ET también ahora con alguna matización. Así, el art. 91 LC se refiere a las indemnizaciones derivadas de la “extinción de los contratos” a diferencia del precepto laboral que se refiere a las “indemnizaciones por despido” aunque éste ya había sido interpretado por la doctrina judicial laboral en sentido amplio para incluir, como hace expresamente la Ley concursal, cualquier indemnización derivada

de la finalización del contrato de trabajo. En este sentido, se benefician del privilegio general todas las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación del contrato: despidos improcedentes, expedientes de regulación de empleo, extinciones por causas objetivas y resoluciones de contrato por voluntad del trabajador.

2. La eliminación del privilegio de ejecución separada

Por otra parte, como ya se ha señalado, la Ley concursal elimina la garantía de ejecución separada. Este privilegio había sido objeto de críticas a partir de dos observaciones²¹. Por una parte, porque la ejecución separada favorecía a aquellos trabajadores que, por contar con mayor y mejor información sobre la marcha de la empresa, podían anticiparse al resto de los trabajadores reclamando la satisfacción de sus créditos. Las asimetrías informativas podían, de este modo, jugar a favor de los trabajadores directivos en perjuicio de otros grupos de trabajadores más alejados de los núcleos de decisión en la empresa. Por otra parte, se venía poniendo en duda el cumplimiento de la función primordial del privilegio de ejecución separada: garantizar la percepción de salarios de subsistencia por los trabajadores. Las críticas derivan de la apreciación de que no todos los créditos laborales se mueven en el nivel de subsistencia vital, como es el caso de las indemnizaciones que se acumulan a las prestaciones por desempleo y, además, de que dicha garantía queda suficientemente cubierta con a través del FOGASA.

Sin embargo, lo cierto es que la ejecución separada garantizaba, mejor que cualquier otra medida, el cobro de los créditos laborales. Ahora los trabajadores intervienen en el concurso con los demás acreedores y con un régimen de garantías sensiblemente mermado respecto al previsto en el art. 32 ET. Además, si bien es cierto que el FOGASA asegura que los trabajadores perciban sus salarios, no puede dejar de señalarse que, además del retraso que eso determina, esta solución conduce a una socialización del riesgo que dispersa la responsabilidad del empresario deudor.

²¹ Vid., al respecto, A. DESDENTADO BONETE, «La reforma concursal y el proceso social. Una primera aproximación», cit., pp. 46-47.