

Los privilegios en el concurso

Autor: Abel Benito Veiga Copo
Profesor Propio de Derecho Mercantil

I. Introducción

La nueva Ley Concursal (22/2003 de 9 de julio), lejos de hacer tabla rasa con la clasificación de créditos que de una u otra manera han imperado pero también desesperado a tirios y troyanos por su obsolescencia, irracionalidad e incluso manifiesta injusticia, ha redefinido y vertebrado una nueva calificación de los mismos que se asienta, de un lado, en los ya conocidos hasta ahora como créditos contra la masa y, de otro, en los créditos concursales, verdadera médula que delimita y compone toda la masa pasiva de acreedores del concurso. A su vez entre estos últimos la clasificación se desglosa entre créditos privilegiados, ordinarios y subordinados, categoría ésta que por muy novedosa que queramos verla no es extraña en nuestro ordenamiento.

Es una constante en importantes sectores doctrinales ver en los privilegios una excepción cuando no una perversión de la *par condicio creditorum*, así como los causantes del empobrecimiento o devaluación del patrimonio concursal. No ignoramos la relevancia de estas críticas que a la postre abogan por una nueva redimensión del valor de la paridad. Decir sin más, que el privilegio es el enemigo del derecho –*Das Vorrecht ist der Feind des Rechts*–, puede llegar a constituir una abe-

rración². No ocultamos al mismo tiempo que la clave de un más correcto sistema concursal pasa por una drástica reducción y a la vez racionalización de los privilegios, en realidad, del selvático y esclerotizado sistema de privilegios existente, pero culpar a éstos de todos los males excede de una mínima congruencia³. Es obvio que una ley concursal no debe ser un pozo de deseos con cuya ayuda se pueda acabar con los problemas económicos, pues no cabe duda que la crisis económica del deudor constituye un evento dañoso para todos y cada uno de sus acreedores, y por ello deben compartir, si bien en grados distintos, la pesada losa del sacrificio que deriva del concurso del deudor común; una buena ley concursal debe producir, como efecto, tanto una mayor prontitud en el tratamiento de las insolvencias materiales que pueden ser encauzadas a través de soluciones económicas viables, *saneamiento*, ayudando a que acreedores y deudores cooperen ante el problema de la insolvencia (lo cual en ocasiones, más de las deseadas, es hartamente imposible), como a una rápida y efectiva, en la medida de lo posible, *liquidación* del patrimonio del concursado⁴.

El que algunos privilegios –muchos en realidad– sean hoy, a la luz del momento socioeconómico que nos ha tocado vivir, obsoletos, irracionales, dispersos y confusos ante las necesidades del tráfico económico, amén de haber desaparecido prácticamente, en todo o en parte, las causas que en su día justificaron la creación de los mismos como preferencias en el cobro, no ha de impedirnos ver con anteojeras y negar la vigencia e incluso la *justicia* de algunos de ellos que no hacen más que velar por una satisfacción preferente de los créditos y, por tanto, por una discriminación racional entre créditos privilegiados y créditos ordinarios⁵. Es cierto que si se reducen cuantitativa y cualitativamente el número y trascendencia de los créditos preferentes, ello redundará o debería al menos redundar, por un lado, en una mejora de la

² La cita es de JAEGER, *Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts*, 8ª ed., Berlin-Leipzig, 1932, p. 64. En un sentido análogo HENCKEL, “Reform des Insolvenzrechts”, ZVP (97), 1984-4, pp. 369 ss., p. 373, “Die Vorrechte sollen entfallen”. En Austria todavía se llega más lejos pues la reforma concursal de 1982 y en pro del principio de paridad suprimió los privilegios en busca de un concurso sin clases *Klassenloser Konkurs*, vid. HOLZHAMMER, *Österreichischen Insolvenzrecht. Konkurs und Ausgleich*, 2ª ed., Wien-N. York, 1983, p. 37. Sobre los *Klassenloser Konkurs* también HABSCHIED, “Öffentlich-rechtliche Forderungen, insbesondere Steuerforderungen im Konkurs”, KTS, 1996-2, pp. 201 ss., p. 202. Más recientemente McCORMACK, “The Priority of Secured Credit: an Anglo-American Perspective”, JBL, 2003, July, pp. 389, p. 392; WHITE, “Work and Play in Revising Art. 9”, (1994), 80, *Va. L.R.*, pp. 2089 y ss., p. 2091.

³ Se ha llegado incluso a proponer en el caso de *security interest priority* de limitar su derecho de ejecución a sólo una fracción de la *collateral*. Vid. SCHWARTZ, “Priority contracts and priority in Bankruptcy”, *Cornell L. R.*, 1997 (82), pp. 1396 ss., p. 1397; BEBCHUK/FRIED, “The Uneasy Case for the priority of secured claims in Bankruptcy”, *Yale L.J.* (105), 1996, pp. 857 ss., p. 909-911 propone como regla una *fixed-fraction* del 75 %. HUDSON, “The case against secured lending”, IRLE, 1995, p. 45, para quien si bien se discute la fracción se decanta por situarla alrededor del 80%. Vid. MILMAN, “The 10 Per Cent Fund”, *Insolv. L.*, 1999, pp. 47 y ss. También McCORMACK, “The Priority of Secured Credit”, cit., p. 391.

⁴ Sobre esta reflexión vid. en profundidad SCHMIDT, “Fundamentos del nuevo derecho concursal alemán”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, [GARCÍA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR(Dirs.)], Madrid, 2002, p. 22. Como bien señala BORK, *Insolvenzordnung*, 7ª ed., München, 2002, p. X.

⁵ Baste una mera lectura del primer párrafo de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal en la que se aseveran los defectos de que adolecía la legislación en vigor hasta el presente: “arcaísmo, inadecuación a la rea-

situación de los acreedores ordinarios y, por otro, permite la creación de una nueva categoría, que no lo es tanto, de acreedores subordinados, pese a la asistemática y un tanto irracional regulación que se ha hecho en la Ley de los acreedores subordinados, en los que el automatismo legal llega a ser incongruente e ilógico en algunos supuestos para los que no se tiene en cuenta la voluntad e intencionalidad del acreedor⁶. En cierto sentido, en la Ley Concursal va a primar el principio de proporcionalidad frente a la deliberada y exageradora primacía que hasta el presente habían gozado la maraña anárquica e, incluso, *hobbessiana*, de las causas de preferencia, con lo que la posición del acreedor ordinario deja de ser tan frágil y vulnerable ante el monstruo devorador de los privilegios. Cuanto menores sean los privilegios mayor peso, eficacia e importancia ganarán los que subsistan, con la claridad, sencillez y celeridad que significará para el desarrollo del procedimiento concursal.

La hipertrofia de los mismos no ha de conducirnos a su **erradicación** sino a su **racionalización**, pues no olvidemos que, una entre las diferentes lógicas que puede tener un privilegio es la de reducir los costes de transacción en la contratación de las garantías. **Amputación** sí, pero con mesura, sistematizando pero sin **desvirtuar** la escala de valores que se encuentra en la base del sistema de privilegios⁷. Como bien se ha dicho, la “*pedra de toque*” de cualquier Ley Concursal es el tratamiento jurídico de los créditos privilegiados⁸. He aquí donde radica el *talón de Aquiles* de una buena Ley Concursal. Y esta ha de ser indefectiblemente un tratamiento de choque medido y calculado, racional y razonado, justo y equitativo. Y es que, en definitiva, una de las notas que caracteriza al privilegio es su carácter legal y tasado, amén de contar en ocasiones con un auténtico arsenal normativo para su tutela preferencial⁹. El legislador ha tomado en sus manos la *navaja de Ockham* y ha podado de entre la maraña de créditos privilegiados, aquellas preferencias y adherencias un tanto extrañas y oportunistas que sólo han provocado enturbiar la

alidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad de tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones, que las normas reguladoras de las instituciones concursales no alcanzan a reprimir eficazmente.”

⁶ Ya en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 12 de diciembre de 1995 se preveía esta posibilidad, y los denominaba “legalmente postergados” en su artículo 126, acreedores sin derecho de voto, y que quedan, a pesar de ello, afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios. Estos acreedores subordinados no tienen derecho de voto en la junta (artículo 122 de la Ley Concursal).

⁷ Metafóricamente señala GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, p. 380, “La tarea de sistematizar los privilegios guarda cierta similitud con la de verter el mar en un vaso de agua”.

⁸ En este sentido, ROJO, “La reforma del derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, (ROJO(Dir.)), Madrid, 2003, pp. 87-130, p. 124; en parecidos términos GARRIDO, “La graduación de créditos”, en *La reforma de la legislación concursal*, (ROJO(Dir.)), Madrid, 2003, pp. 225-245, p. 225 si bien lo refiere a la graduación de créditos, que viene a ser el corazón y el alma de un sistema que se percibe precisamente en las opciones adoptadas a la hora de configurar una escala jerárquica de créditos.

⁹ Sobre el carácter tasado del privilegio ver entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, II, 4ª ed., Madrid, 1993, p. 752; GULLÓN, “Comentario al art. 1925 CC”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XXIV, Madrid, 1984, pp. 680; CASTILLO MARTÍNEZ, “Prelación de créditos”, RGD, 1993, p. 1285.

ratio y la claridad de estos privilegios. Ha podado pero no ha prensado y calibrado demasiado lo que queda, por lo que aún escurre una concepción de los privilegios no muy destilada. A la larga se ha comprometido la razonabilidad de los privilegios, su razón de ser y, en cierta medida, también la razonabilidad de los resultados.

Hay que tener en cuenta a su vez, que la Ley Concursal ha optado en cuanto a su terminología por adoptar los mismos términos que en su día hizo el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, a tenor del cual, todas las causas de preferencia son denominados “privilegios”, mas sin una racionalidad clara, puesto que una garantía real no es un privilegio; el privilegio en puridad, es una causa de preferencia de origen legal, la garantía, lo es de origen negocial¹⁰. No cabe duda que la causa originaria de los privilegios es la ley, una ley que no tiene por qué determinar ni aún especificar la causa del privilegio, ya que tanto la existencia como la inexistencia de la causa del crédito no determina en absoluto la legitimidad o ilegitimidad del privilegio¹¹. El privilegio como causa de preferencia de origen legal que es, se distingue ante todo, porque en él está precisado el elemento que justifica, ante los ojos del legislador, la atribución de un derecho de preferencia, esto es, lleva insito la causa del crédito pero también lleva insito un determinado fin que el privilegio busca alcanzar¹². La fundamentación de los privilegios legales se da por sentada a pesar de la vacuidad e indeterminación del concepto de interés público¹³. Y es esta causa del crédito la que hipotéticamente funciona como catalizador a la hora de determinar cuál es y, qué tipo de preferencia se amolda mejor a un crédito determinado, mas también cuales serán los sujetos beneficiados por los privilegios, así como sobre qué bienes u objetos se plasmará la preferencia. Es el legislador quién finalmente tiene la facultad de decidir el tipo de preferencia que desee para cada crédito en particular.

II. Los créditos privilegiados

El artículo 89.1 de la Ley señala que los créditos incluidos en la lista de acreedores se clasificarán a efectos del procedimiento concursal, en privilegiados, ordinarios y subordinados. Siendo los primeros además susceptibles de desglosarse en créditos con privilegio especial, esto es, aquellos que recaen sobre unos bienes o derechos determinados y específicos del deudor y, créditos con privilegio general, a saber, aque-

¹⁰ Critica este hecho también GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 228-229; VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002, pp. 44 y ss.

¹¹ Vid. entre otros PRATIS, “Della tutela dei diritti”, *Commentario al c.c. magistrati e docenti*, Torino, 1976, p. 121. Asimismo se ha dicho por ejemplo que la ley sigue al determinar los privilegios *una ragione intuitiva di equità*, LUZZATI, *Dei privilegi e delle ipoteche*, I, Torino, 1884, p. 131 [non vidi, cita de GARRIDO, *Tratado*, cit., p. 382].

¹² Cfr. GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, cit., p. 377.

¹³ Hay quien sostiene que el Estado goza de numerosos medios e instrumentos de control, pero que carece de incentivos para usarlos si no tiene una preferencia, un privilegio, puesto que en el caso por ejemplo de los privilegios tributarios, le sería más fácil repartir la pérdida entre todos los contribuyentes. No obstante es la preferencia la que desincentiva las medidas de control sobre el deudor, ya que la posición de la Hacienda y del Estado resulta en todo caso reforzada. Vid. sobre todo CANTLIE, “Preferred Priority in Bankruptcy”, en *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, (ZIEGEL(Dir.)), Oxford, 1994, pp. 413 y ss., pp. 438 y ss.

llos que se ejercen sobre la totalidad del patrimonio del deudor concursado. La ley parte en suma de una distinción nítida entre causas de preferencia especiales y generales, que también proyecta a la hora de graduar dichos créditos, estableciendo el artículos 155 y 156, relativos al pago de los créditos, la prevalencia de las causas de preferencia o privilegio especiales sobre las causas de preferencia generales.

II.1. Los privilegios especiales

II.1.1. *Créditos garantizados con hipoteca y prenda*

En la enumeración que realiza el artículo 90 de los créditos con privilegio especial, destaca sobremanera la inclusión de prácticamente todo el espectro de garantías reales que conoce nuestro ordenamiento e incluso nuestra práctica. Es cierto que quizás la Ley Concursal ha perdido una buena ocasión para desterrar algunas garantías tan obsoletas como desconocidas en la praxis, mas también lo es, que quizás no es cometido de esta Ley tamaña injerencia en el derecho patrimonial. En el párrafo 1 punto 1º del artículo 90 la Ley señala como créditos privilegiados los garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignorados. Una mínima crítica a este elenco de garantías viene por la permanencia todavía de las hipotecas legales, así como las hipotecas legales tácitas que explícitamente sí se reconocen en el párrafo 2 *in fine* del citado artículo¹⁴. Amén de ser un mero residuo histórico pocos son las razones que puede esgrimirse a favor de la pervivencia de estas garantías, que cuando menos, no deberían de haber gozado de semejante tratamiento prelativo pues su justificación como tales preferencias carecen de una congruente racionalidad.

Incluye además la Ley como privilegios especiales dos tipos especiales de prenda, la que se constituye sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta, ya sean acciones u obligaciones, o cualesquiera otro tipo de valores, que al no exigir que sean negociables, abre el abanico a todo instrumento financiero que sirva como garantía prendaria. Es cierto que en la práctica crediticia una de las garantías más dinámicas y de mayor cuantía en cuanto activos viene constituida por la prenda de acciones y especialmente si estas están admitidas a negociación bursátil; una prenda que tiene unas peculiaridades constitutivas específicas y que en buena medida se atemperan en función de sí cotizan o no esas acciones¹⁵.

¹⁴ Crítica este hecho también GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 229 quien no ve su cabida en un sistema moderno de garantías reales.

¹⁵ Sobre todos estos extremos tanto constitutivos como de funcionamiento del sistema me remito a VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002. Vid. además SALINAS ADELANTADO, *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Valencia, 1996, pp. 176 y ss.; MEJÍAS GÓMEZ, *Prenda de acciones*, Elcano, 2002; sobre la posibilidad de constituir prendas rotatorias o sustitutivas de valores y prendas sobre valores internacionales me remito nuevamente a VEIGA COPO, “La prenda internacional de valores”, *Aranzadi Civil Mercantil*, 2001, nº 32, pp. 1 y ss.; *idem.*, “Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, *RDBB*, 2001, nº 82, pp. 33 y ss., especialmente p. 51 cuando se proyecta sobre una cartera de valores.

II.1.2.- Prenda de créditos

Asimismo la Ley acoge y reconoce en sede legislativa por vez primera la prenda de créditos, cual privilegio especial para el que no exige siquiera la forma pública que preconiza el artículo 1865 CC, bastando con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. A nuestro juicio esta es una inclusión tan correcta como necesaria, si bien la principal crítica que se ha hecho a la prenda de créditos viene por aquellos que se oponen a que se instaure una forma de garantía real sin ninguna medida de publicidad¹⁶.

En cierto modo a medida que las necesidades del tráfico han demandado nuevas figuras, el catálogo de garantías reales ha ido ampliándose y perdiendo rigidez en aras de facilitar crédito allí donde las tradicionales figuras de garantía carecían de eficacia¹⁷. Este hecho, unido a la libertad contractual de garantizar las obligaciones con créditos activos, ha ido forzando las normas de derecho común, que sólo regulaban una prenda corpórea.¹⁸

La admisión de un crédito como objeto de un derecho real de garantía no vulnera la restrictiva exigencia del desplazamiento posesorio del artículo 1863 CC, cuya finalidad es tanto velar por la efectividad de la garantía, como llevar a cabo una función de publicidad. Situados en un plano meramente causal, este desplazamiento pretende crear un estado de hecho tal, que obstaculice la posibilidad de una disposición material por parte del constituyente de la garantía. La prenda de créditos es una cesión limitada del derecho de crédito, porque el fin perseguido por las partes es asegurar al acreedor pignoraticio-cesionario el cumplimiento de la obligación de su deudor (pignorante u otra persona), afectando específicamente el derecho de crédito que éste ostenta frente a un tercero. Las prendas de créditos no son sino el efecto propio de los contratos de cesión de créditos en garantía¹⁹. El acreedor garantizado adquiere con la cesión, en realidad, un derecho de crédito que está *intrínsecamente limitado*, en cuanto que la permanencia del derecho en la esfera jurídica del cesionario dura hasta el momento en el cual la garantía deja su razón de ser, es decir, hasta en tanto no se extinga por cualquier causa la deuda garantizada.²⁰

II.1.3. La anticresis

La Ley Concursal, dentro del bloque de las garantías reales, recoge los créditos garantizados con anticresis sobre los frutos del inmueble gravado (art. 90.1.2º). El origen de este privilegio arranca con la Propuesta de 1995 y tanto en aquella ocasión

¹⁶ Vid. sobre todo GARRIDO, "La graduación de créditos", cit., p. 229.

¹⁷ Sobre la prenda de créditos ya tuvimos ocasión de pronunciamos en profundidad en, VEIGA COPO, "Prenda de créditos y negocios fiduciarios –venta en garantía-", RDBB, nº 89, 2003, pp. 57-126.

¹⁸ LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, III-2º, Barcelona, 1991, p. 307, [existe nueva edición en Dikynson, revisada por LUNA SERRANO, Madrid, 2001, p. 212].

¹⁹ Conforme PANTALEÓN, "Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal", Ed. J, nº 8, 1998, pp. 177 y ss., p. 183. Muy crítico con esta construcción teórica de la prenda de créditos como una cesión de créditos limitada, se muestra GARRIDO, *Tratado*, cit., p. 350.

²⁰ Vid. más ampliamente MANCINI, *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, Milano, 1968, p. 152.

como ahora en la Ley Concursal, surgen importantes dudas cuando no incongruencias entre el cariz de este privilegio tal y como está redactado, y su regulación en el artículo 1884 del CC. En efecto, el artículo 1884 CC confiere a su titular un derecho de realización del inmueble sobre el que recae, pero nada dice entorno a los frutos, cuestión a la que sí se circunscribe ahora el privilegio: “*los frutos del inmueble gravado*”. La duda por tanto es si el acreedor anticrético ejercita el derecho de realización que le brinda el artículo del Código Civil o se somete al concurso con el privilegio que únicamente está limitado y por tanto garantizado, a los frutos del inmueble gravado. Hubiere sido deseable una mayor clarificación así como una más correcta coordinación²¹.

II.1.4. El crédito refaccionario

También se incluye dentro del abanico de las garantías reales al crédito refaccionario. Un privilegio que la Ley Concursal a diferencia de la norma civil hace depender en su eficacia de la inscripción registral, lo que asimila notablemente esta figura a la hipoteca, lo cual sí se producía con relación a los refaccionarios sobre el buque que se anotan en el Registro Mercantil, gravamen en suma de idéntica naturaleza que la hipoteca y que necesita pues la inscripción²². No estamos ante el vigente y existente, hasta el momento, privilegio refaccionario, ya que ahora se exige para su validez su inscripción en el registro pertinente. Estamos ante una garantía real de origen legal²³. El privilegio se extiende únicamente a los créditos por refacción, en sentido amplio, que figuren inscritos, de tal modo que se cercena el ámbito operativo objetivo del mismo ya que lo lógico es que afecte a los bienes inmuebles, lo cual no significa que pueda extenderse igualmente a los créditos refaccionarios sobre bienes muebles siempre que figuren inscritos en el Registro de Bienes Muebles²⁴. Lo que ya no se comprende demasiado bien, es la oportunidad del privilegio salarial refaccionario, que parece a todas luces incluso un añadido superfluo, que contribuye más a complicar las dificultades interpretativas que se suscitan con el artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. No se comprende en definitiva, este injerto en sede de créditos preferentes en el que el privilegio refaccionario tiene una existencia meramente registral²⁵.

²¹ Como bien señala ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación”, en Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal, (GARCÍA VILLAVARDE, et.al. (Dirs.)), Madrid, 2003, pp. 357-408, la doctrina civilista ha venido interpretando, de forma unánime, que el acreedor anticrético es un acreedor privilegiado respecto de la finca dada en anticresis que debe figurar incluido en el mismo rango que los hipotecarios y refaccionarios inscritos (art. 1923.3 CC).

²² Sobre esta figura véase en mayor profundidad ALONSO LEDESMA, *Los privilegios marítimos*, Madrid, 1995, p. 476.

²³ Conforme GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 230.

²⁴ Es interesante el artículo de EIRANOVA, “El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario”, La Ley, nº 5521, 11 de abril de 2002, p. 1 y ss., donde se denuncian los excesos a que lleva la extensión de este privilegio a todo tipo de créditos que se vinculen con la construcción.

²⁵ Conforme, GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 230; ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., p. 375.

II.1.5. *Créditos por cuotas de arrendamientos financieros o plazos de compraventa con precio aplazado*

Por último la Ley reconoce un privilegio especial a los créditos por cuotas de arrendamientos financieros o plazos de compraventa con precio aplazado de bienes muebles o inmuebles, a favor de los arrendadores vendedores y, en su caso, de los financiadores, sobre los bienes arrendados con reserva de dominio, con prohibición de disponer o con condición resolutoria en caso de falta de pago. La Ley reconoce, en suma, una variada gama de figuras que utilizan la propiedad con fines de garantía, sin ser tampoco negocios fiduciarios. Se equiparan estas modalidades a las garantías reales confiriéndosele el privilegio siempre que se constituyan conforme a sus postulados, requisitos y formalidades específicos. Da la sensación sin embargo de ser este apartado una suerte de cajón de sastre sin demasiado orden ni concierto. Parece claro o, así se desprende del dictado del artículo que, una vez declarado el concurso, el acreedor no puede recuperar el bien vendido a plazos, arrendado o con reserva de dominio, debiendo insinuar su crédito en el concurso y cobrarse con el importe de lo obtenido por la realización del bien o, en su caso, y si ha menester, es decir, si los administradores del concurso así lo estiman se mantendrá vigente el contrato en los términos fijados en la Ley. Es criticable la inclusión en este elenco de privilegios, el del arrendamiento financiero, pues a parte de que no tiene una configuración de garantía ni siquiera de *pseudogarantía*, la incongruencia se puede producir porque el acreedor arrendador tiene dos coberturas, la que dimana de gozar de un crédito al que se le reconoce como causa de preferencia especial sobre el bien arrendado, y la que dimana de reconocérsele la posibilidad de reivindicar el bien²⁶.

Pensemos además en el supuesto de que el comprador en la reserva de dominio como el arrendatario en el leasing hubiesen incumplido su contrato y por tanto el vendedor o el arrendador financiero, antes de que se declare el concurso, hubiesen emprendido ya las acciones pertinentes para recuperar la posesión de los bienes entregados.

II.2. *Privilegios generales*

II.2.1. *Los privilegios fiscales*

Hoy en día es un secreto a voces que desde diferentes enfoques dogmático-prácticos se han trivializado, e incluso exigido, la supresión de los privilegios de que tradicionalmente se han revestido las arcas públicas y muy especialmente, la Hacienda²⁷. Podemos afirmar que la cuestión de la existencia y justificación de los privilegios

²⁶ Vid. muy crítico GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., 230 quien habla metafóricamente de ese doble sombrero que puede usar a su antojo el arrendador: el de propietario, y el sombrero de acreedor preferente.

²⁷ Rotundo se muestra HENCKEL, “Reform des Insolvenzrechts”, cit., p. 374: “Das Fiskusvorrecht sollte schon nach der Begründung zum Entwurf einer deutschen Gemeinschuldordnung von 1873 entfallen. Es behrt einer innerer Rechtfertigung”.

venía siendo intensamente debatida en nuestra doctrina, como también lo era en la foránea donde se ha procedido a una reducción importante o incluso eliminación de estos privilegios. Respecto a este privilegio y, en estos momentos, en el que la presión fiscal es mayor en correlación con una menor evasión, así como son mejores y mayores los medios de control y supervisión, seguir confiando sin más, en semejante privilegio, provoca una enorme trasgresión del procedimiento concursal. No hay que ser demasiado ilusos para apercibirse de que en ocasiones el interés recaudatorio no sólo no se identifica con el interés general, sino que pueden existir situaciones incluso en las que el interés de los entes públicos vaya directamente en contra de ese interés²⁸. De un lado porque este privilegio es un enorme monstruo que ahoga toda expectativa de cobro por parte de otros acreedores, dañando la totalidad del patrimonio del deudor que apenas subsiste y pudiendo llegar incluso a desencadenar auténticas quiebre-cillas de otros empresarios en cadena (efecto dominó), con lo que se provoca en definitiva un innecesario riesgo sistémico; téngase en cuenta además, que se produce una reducción importante de la discrecionalidad de la Administración Pública en la solución de las crisis económicas, en la medida en que la renuncia al privilegio deja de ser condición necesaria para la viabilidad de la empresa insolvente.

Se hace difícil justificar la existencia de los privilegios fiscales en la condición de acreedor involuntario de los entes públicos, ya que éstos se encuentran en óptimas condiciones para prever sus ingresos con precisión y disponer en consecuencia de medios de control de los deudores que son inaccesibles e inalcanzables para la mayoría de los acreedores.

La Ley concursal al atribuir a estos créditos el carácter de privilegiados no es que cometa un craso error, sino que esto sucede al tratar de blindarlos, es decir, al aumentar su cuantía, con una redacción confusa y ambigua. Si leemos el apartado cuarto del artículo 91 de la Ley se dice textualmente *“los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2 de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”*. Afortunadamente algo se trastoca en la redacción dada por la Ley Concursal de la anterior propuesta en el Anteproyecto en el artículo 89.

El peligro a nuestro juicio es, por un lado, la extensión del espectro de los privilegios, pues a pesar de predicar una reducción drástica o una poda de los privilegios, *parece que la navaja de Ockham se oxidó al llegar aquí*, por lo que ahora da la impresión de que esta política de mesura y prudencia en el establecimiento de los privilegios, sólo se dilata, es decir, no es que se invistan de privilegio los créditos tributarios y las cuotas de la Seguridad Social, que por cierto no es ninguna novedad, es que en

²⁸ Como en su día señaló MACLACHLAN, *Bankruptcy*, St. Paul, Minn., 1956, p. 153 es una triste paradoja que el Estado se aproveche de la quiebra para embolsarse las cantidades debidas a costa de los ya suficientemente dañados acreedores del quebrado.

cambio ahora, también gozarán del carácter privilegiado *los demás de Derecho público...* si bien se elimina la coletilla y *demás de recaudación conjunta* que existía en la redacción del Proyecto. Mayor ambigüedad imposible como también lo es este dislate. Resultan por consiguiente privilegiados hasta el 50% de su importe todos los créditos que puedan ser calificados de públicos y no sólo los tributarios o de la Seguridad Social sino cualquiera que resulte a favor del Estado o de sus distintas administraciones públicas. Al final más de lo mismo y aunque se consiguió rebajar los porcentajes pretendidos inicialmente se amplió paralelamente el número de créditos a los que se les reconoce el carácter privilegiado.

Por otra parte éste era un buen momento para dilucidar entre otras cosas, si el privilegio se extiende tan sólo al importe del tributo o por el contrario se extiende también a los distintos recargos. A nadie se le escapa, que el crédito tributario se vea incrementado considerablemente por la adición de recargos de apremio o de mora, por poner sólo dos ejemplos. Hasta el presente más o menos ha sido pacífico entre los tributaristas entender que el privilegio abarcaba también a los recargos de apremio (art. 127 LGT) así como a los intereses de demora²⁹.

De un modo casi subrepticio en el propio art. 91 de la Ley se hace mención a *... los créditos tributarios... que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1º del artículo 90*, refiriéndose éste a *los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria...* y en el párrafo 2 del artículo 90 *in fine* se habla explícitamente de la hipoteca legal tácita, con lo que en la ley concursal gozan de privilegio especial las hipotecas legales tácitas sobre determinados bienes, o sobre afectión de otros, etc., con lo que la poda de privilegios tan anunciada y proclamada no tiene apenas sitio en sede tributaria, perjudicando en suma al resto de acreedores privilegiados. Nos referimos que duda cabe al privilegio del art. 73 de la LGT (art. 78 de la nueva LGT de 2003), conceptualizado por la mayoría de la doctrina por ser una hipoteca legal tácita, si bien en realidad puede analizarse como un privilegio inmobiliario, que llega incluso a imponerse a las garantías reales inscritas³⁰. No cabe duda que la hipoteca legal tácita es un instituto cuyos efectos interfieren en el régimen general de la responsabilidad patrimonial y alteran los principios registrales. Los acreedores protegidos por este privilegio son: el Estado, CCAA, Provincias, Municipios y entes supramunicipales. La hipoteca legal tácita despliega sus efectos en relación con los titulares actuales de los bienes o derechos sobre los mismos, al ser una garantía real. Para este tipo de hipote-

²⁹ Entre otros SÁNCHEZ SOCÍAS/TORRES FERNÁNDEZ, *La Hacienda Pública frente a las quiebras y las suspensiones de pagos*, Madrid, 1992, p. 149 si bien sólo extiende la cobertura del privilegio hasta la apertura del procedimiento.

³⁰ Vid. FALCÓN Y TELLA, voz "Hipoteca legal tácita (derecho financiero y tributario)", EJB, II, Madrid, 1995, p. 3317, una hipoteca que comprende dos anualidades y recae sobre bienes inscribibles. GUILARTE GUTIÉRREZ, "Los créditos privilegiados en el nuevo sistema concursal", *Lex Nova la Revista*, Noviembre-Diciembre, 2001, p. 5 propone la supresión del privilegio general recogido en el vigente art. 71 de la Ley General Tributaria, compensando su supresión a través de un reforzamiento de los privilegios especiales del art. 89.1.1 y que referidos a concretos bienes, alteraría en mucha menor medida el cabal funcionamiento del proceso concursal.

ca, el adquirente de un bien responde con el bien de las cuotas del año en que adquiere y del anterior. Si esta persona transmite su derecho, el *accipiens* sólo responderá de las cuotas del año de su adquisición y el inmediato anterior.

II.3.2.- El privilegio del acreedor instante

Uno de los privilegios que introduce, o como algunos señalan, rescuita, la Ley concursal y que al menos, a primera vista, puede suscitar cierta reticencia es el del acreedor instante. Ya en el Anteproyecto de 1995 se le asignaba un privilegio general sobre la mitad del importe del crédito a aquel acreedor que hubiera instado la declaración judicial de concurso y no fuera subordinado. En la nueva Ley se reduce ese privilegio a la cuarta parte de su importe (art. 91.6) que cuando menos a *priori* parece más sensato. La *ratio* justificativa se centra, en la evitación de pérdidas de valor patrimonial y sobre todo de los créditos ordinarios debido a las asimetrías informativas que ineludiblemente van a sufrir unos acreedores respecto de otros, con independencia del motivo o causa de esa asimetría. Sólo el deudor debe ser, aunque en ocasiones ni tan siquiera, quién conozca a la perfección el estado de sus cuentas, de sus finanzas, sabiendo a cuántos acreedores ha dejado de pagar sus créditos; más difícil es que un acreedor conozca de un modo seguro y fiable la verdadera situación del patrimonio del deudor, ignorando si ha pagado o no a otros acreedores.

Parece que este privilegio está motivado como incentivo para que aquél acreedor que conoce la realidad financiera del deudor, o, cree conocer, con el hipotético riesgo que entraña, inste la declaración del concurso que beneficiaría al resto de acreedores³¹. Ahora bien, ¿qué acreedor está en la mejor posición para conocer las entrañas patrimoniales y financieras de su deudor y desvelar por tanto la situación de insolvencia que aqueja al deudor? No se nos ocurren otros mejores que las entidades de créditos -quienes ya se asegurarán por la cuenta que les trae, de proveerse de buenos privilegios especiales-, la Hacienda y la Seguridad Social, cuyos créditos son los primeros a los que no puede hacer frente el deudor y hace que salten las alarmas, aunque la realidad nos enseñe que no siempre es así pues falla el control y la supervisión. No es menos cierto que a estos últimos acreedores poco les puede reportar el privilegio del acreedor instante de último rango prelativo respecto del que ya tienen.

No cabe duda que en el fondo late cierta obsesión por declarar el concurso en tiempo oportuno. El problema del desfase temporal, *timig problem*, de llegar al concurso sin que el patrimonio del deudor esté completamente vacío, ha sido una constante y una preocupación por parte de quienes se han ocupado del derecho de la insolvencia³². Como en su día se decía en la Propuesta de 1995 el concurso de acreedores debe ser un instrumento técnico para poder curar enfermos, y no para enterrar cadáveres.

³¹ Vid. más detenidamente GARRIDO, "El privilegio del acreedor instante de la quiebra", RDM, 1992, pp. 799 y ss.; id. "La graduación de créditos", cit., p. 238. Muy crítica ALONSO LEDESMA, "Delimitación de la masa pasiva", cit., p. 387.

³² Vid. en este sentido las certeras y sugestivas críticas de ROJO, "La reforma del derecho concursal español", cit., pp. 113-114.

Nuestra Ley concursal no define, aunque sí hace referencia a la insolvencia inminente (artículo 2.3) que sí define el derecho alemán –*Drohende Zahlungsunfähigkeit*– lo que en la práctica puede propiciar un anticipo excesivo en el momento de la apertura del concurso voluntario³³. Sólo el deudor es quién mejor debe conocer su propio patrimonio, siendo él quien mejor puede revelar tal información a un coste óptimo en el momento en que se produce la insolvencia. Otra cuestión es que sea proclive o no a transmitir esta información y no intente huir hacia adelante. Por otra parte los síntomas que perciben la mayoría de los acreedores salvo algunos muy especializados, se exteriorizan en el momento en que el deudor cesa en los pagos corrientes, como a trabajadores, proveedores y suministradores, etc., es decir, cuando la escasez sale a la luz. Ello nos lleva además al espinoso tema de las prevenciones de las crisis económicas, las cuáles deben acogerse con todo tipo de cautelas, que hacen que el momento de apertura de un concurso en situaciones de pre-crisis (inminentes) deba supeditarse exclusivamente a supuestos de concursos voluntarios ante el que la inminencia de la insolvencia es objetiva y ampara un adelanto en la apertura del procedimiento. El peligro es dejar la instancia al libre albedrío de insensatos acreedores lanzados a una carrera desenfrenada para instar el concurso y que, careciendo de privilegios específicos, pretendan acaparar el del acreedor instante. Lo que nos es más difícil creer es que acreedor estaría dispuesto a realizar investigaciones para obtener dicha información, encargando por ejemplo a expertos informes sobre la solvencia del deudor. Obviamente y a primera vista, los costes excederían con creces a los beneficios que cuando menos se concreta en un privilegio por la cuarta parte del crédito, por lo que difícilmente se le asegura la íntegra recepción de lo adeudado. Por ello es más factible creer que el acreedor sopesará sino le conviene más intentar extraconcursalmente el cobro de su crédito en un claro intento de anteponer su interés particular a la realización del interés común evitando así el inmiscuirse en una acción colectiva³⁴.

Si se asignara al instante un privilegio mejor, como por ejemplo un privilegio singular sobre la totalidad del crédito, nada perderían estos acreedores respecto a su crédito, no interesándoles la vía extraconcursal. Ahora bien, la vía para cometer excesos quedaría abierta. Ante la mínima sospecha de insolvencia y en un afán de mejorar su posición crediticia robusteciéndola con semejante privilegio se abrirían por todos sitios posibles instancias de declaración de concurso. Esto no es más que llevar a sus últimas consecuencias el fenómeno del *forum shopping* actuando los acreedores en

³³ Vid. las acertadas reflexiones de PULGAR EZQUERRA, “Insolvencia: conservación *versus* liquidación”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, [GARCÍA VILLAVARDE /ALONSO UREBA/PULGAR(Dirs.)], Madrid, 2002, p. 73; el parágrafo 18 de la InsO define la *drohende Zahlungsunfähigkeit* como: “se considera que existe incapacidad de pago inminente cuando el deudor no está en situación de satisfacer las obligaciones de pago a su vencimiento”.

³⁴ Resultan paradójicas las palabras de BAIRD, “Loss Distribution, Forum Shopping and Bankruptcy”, cit., p. 818, “en un mundo donde los trabajadores gozan de una especial prioridad sólo en la quiebra, los acreedores se esforzarán por resolver sus diferencias fuera del concurso”. Ese mundo parece bastante lejano en función de las distintas leyes concursales.

aquel escenario en el cual sus créditos puedan obtener un mayor valor³⁵. De este modo se despilfarran recursos por un lado, y se destruye por otro, valor, en perjuicio de los demás acreedores, ya que al solicitar el concurso antes de que surja propiamente la situación de insolvencia se destruyen parte de los activos inmateriales existentes en el patrimonio del deudor –reputación, honor, oportunidades de negocio, clientela, etc.-³⁶ Quizás para evitar esta desmesura se atenúa el riesgo con la imposición de costas al solicitante en supuestos en que el juez desestime la solicitud de apertura. Es posible en suma, que con este privilegio se llegue a producir una sensación de vaciamiento de la masa del concurso, puesto que si bien la cuantía del privilegio se limita respecto del crédito del solicitante, no lo hace respecto de la masa activa del concurso. Habrá supuestos en los que este privilegio represente una parte mínima de la masa activa, pero otros, en los que sin embargo signifiquen un vaciamiento patrimonial de la masa del concurso en perjuicio no tanto de los acreedores que gozan de privilegio especial o general, cuanto en relación con los acreedores ordinarios, respecto de los que el acreedor instante del concurso mejora su posición, situándose por delante de éstos en la graduación respecto de la cuarta parte del importe de su crédito³⁷.

La Ley Concursal contempla en su artículo 19.2 el supuesto en que hubiera varios acreedores personados y se acumulasen sus solicitudes de concurso, estableciéndose que el deudor “deberá consignar las cantidades adeudadas a todos ellos, en las mismas condiciones expresadas”. Es más, admitida la facultad de desistimiento del acreedor instante del concurso que no se ratifica en su solicitud, si el juez considera que concurre el presupuesto objetivo para la declaración de concurso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2 y de las actuaciones resulte la existencia de otros posibles acreedores, antes de dictarse el auto que resuelva sobre la solicitud, se les concederá un plazo de cinco días para que formulen las alegaciones que les conviniesen (artículo 19.3). Si nos damos cuenta, esta solución no se aparta mucho de la situación que se producía en la suspensión de pagos, en el que el desistimiento tenía carácter bilateral, pues había de ser comunicado a las demás partes afectadas por el proceso de cara a que éstos tuvieran la oportunidad de seguir adelante en concurso postulando su continuación. Situación que se corresponde con lo que prescribe el artículo 176.1.5 que, en relación a las causas de conclusión del concurso, establece que la misma tendrá lugar “en cualquier estado del procedimiento, una vez terminada la fase común del concurso, cuando quede firme la resolución que acepte el desistimiento o la renuncia de la totalidad de los acreedores reconocidos”.

³⁵ BAIRD, “Loss Distribution, Forum Shopping and Bankruptcy”, *cit.*, p. 825 ejemplifica los costes del *forum shopping* por ejemplo en el caso de una misma jurisdicción en el que existen dos ciudades diferentes y que es más costosa para las partes el que el litigio se resuelva en una o en la otra, o el caso de acreedores laborales y acreedores bancarios su tratamiento diferirá si en una ciudad el tribunal es más *pro-labor* o *anti-labor*.

³⁶ Vid. en particular BERMEJO, *cit.*, p. 270 ss.

³⁷ Vid. en idéntico sentido PULGAR EZQUERRA, “El presupuesto objetivo de apertura del concurso de acreedores”, *cit.*, p. 127.

Sí merece un pequeño comentario el hecho de que quien inste el concurso sea el asegurador de créditos por aquellos de los que sea titular en virtud de la cesión realizada por los asegurados de los créditos que tuvieren contra el deudor una vez pagada la indemnización (artículo 72.3 de la LCS). No obstante este privilegio parece que devendría posible si la cesión de créditos se hubiere llevado a cabo antes de los seis meses anteriores a la solicitud del concurso, ya que el artículo 3.2 de la Ley establece que carece de legitimación para instar el concurso el acreedor que, dentro de ese periodo de tiempo, adquiriere el crédito después de su vencimiento. Sin embargo, lo que en realidad es más probable que quiera decir la norma es que estamos ante una cesión legal obligatoria que opera análogamente a una subrogación legal. No obstante, hay que dejar claro que el privilegio se limita objetivamente respecto del crédito del acreedor que insta el procedimiento, una limitación que es doble: por un lado cualitativa, ya que la limitación implica que el privilegio recaerá sobre aquellos acreedores que no tengan carácter de subordinados, con lo que se trata de evitar que aquellas personas que tengan una relación más estrecha con el deudor, a saber, cónyuges, parientes, ascendientes, descendientes, etc., así como socios o insiders, en el caso que sea persona jurídica, se beneficien de este privilegio al tener a su alcance cierta información privilegiada sobre la situación patrimonial del concursado. De otro lado la limitación es cuantitativa, ya que el privilegio sólo recae sobre la cuarta parte de su importe.

II.3.3.- *Los privilegios salariales*

Respecto a los créditos laborales su tratamiento estaba abocado en el *iter legislativo* tal y como se sucedían los hechos, a cierta tensión no exenta de polémica. Se ha cambiado, acertadamente, el criterio de delimitación respecto a los créditos salariales. Ha sido en la última fase de elaboración de la Ley en donde sí se han tenido en cuenta, cómo no podía ser de otro modo, las legítimas pretensiones y derechos de los trabajadores. No obstante sí es preciso señalar que en primer lugar se produce una atracción de jurisdicción y competencia ante el Juez del concurso –*superjuez*– que ha de conocer cuestiones laborales, acciones sociales y cuestiones prejudiciales sociales. Hasta el momento presente, de entre los créditos privilegiados de índole laboral que destacaban por encima de todos antes de la entrada en vigor de la Ley Concursal, está el que confiere el art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional (2404 pesetas x 2 diarias a finales de 2001) “*gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado con prenda o hipoteca*”. Si nos damos cuenta este privilegio pasa por encima de toda causa de preferencia de origen convencional como una hipoteca o una prenda. No en vano se le calificaba de superprivilegio cuando no de superhipoteca. Extraconcurso, este crédito es preferente a cualquier otro, aun cuando estuviere garantizado con prenda o hipoteca. Mas en el concurso, y a pesar que en el *iter legislativo* pasó por muchas y confusas vicisitudes, finalmente el artículo 84.2.1º al considerarlo como crédito contra la masa, le ha

situado en el óptimo nivel que todo acreedor puede desear. Pero la prelación que establecía tanto el Anteproyecto de Ley como también el Proyecto no contemplaba en modo alguno la supervivencia de semejante privilegio (en sede de clasificación de créditos), al establecer un catálogo excluyente y exclusivo de los mismos. Ni se incluye en el art. 90 de los privilegios especiales ni en el 91 de los generales, en los que sí se incluyen los créditos *salariales 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 obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso.* (El cálculo de ese mínimo legal sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional: 7212 pesetas diarias a reserva del salario mínimo para el 2002). Esto, parece, que en principio, venía a significar que los salarios de los seis meses anteriores a la declaración del concurso del empleador no gozan de preferencia sobre cualquier otro crédito aunque esté garantizado con garantía real, es más cuando el art. 90 hace un guiño a las hipotecas legales hay que entender también las tácitas que van por delante del salario y de las indemnizaciones. Ahora bien, debido a las fortísimas críticas desde amplios sectores, el Proyecto de Ley, en lo que era una de las grandes novedades respecto a los privilegios redactados en el Anteproyecto, había añadido un nuevo artículo respecto al que cambia el dictado del art. 154 pasando éste a ser el 155 y así correlativamente hasta el final, en el que al regular el pago de los acreedores, se intercala entre el pago de créditos contra la masa y el pago de créditos con privilegio especial, el pago de créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo, con lo que por esta vía un tanto indirecta se salvaba el artículo 32.1 del Estatuto de los Trabajadores, y se salvaba asimismo el superprivilegio. Fue esta una rocambolesca argucia que intentaba colmar los anhelos y las críticas de los trabajadores pero que por su confusión y su no se sabe bien a qué razones dogmáticas, respondía su emplazamiento un tanto malabar. En el Anteproyecto el pago de los créditos que gocen de privilegio especial se anteponía a los privilegiados genéricos con lo que nos encontramos con que el superprivilegio de la normativa laboral no tenía cabida en el concurso sino para supuestos extraconcursoales³⁸. Incluso el Proyecto de Ley Concursal en su Disposición Final Duodécima (antes en el Anteproyecto era la Decimocuarta) modifica el art. 32 del ET alterando levemente el articulado del 32.1. pero haciéndolo valer eso sí, con privilegio preferencial sobre una garantía real únicamente en procedimientos ajenos al concursal (vid. la redacción del apartado 5 del art. 32 del Estatuto conforme a la redacción de la Ley

³⁸ Vid. FERNÁNDEZ RUÍZ, "Los créditos salariales y otras cuestiones laborales", *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, [GARCÍA VILLAVARDE /ALONSO UREBA/PULGAR(Dirs.)], Madrid, 2002, p. 206 ss., p. 226.

Concursal en su Disposición Final Decimocuarta). Esta Disposición finalmente, modifica el artículo 32 del Estatuto relativo a las garantías salariales. Este nuevo texto debe precisarse que regirá cuando la Ley Concursal entre en vigor en septiembre de 2004. Lo más destacable de esta modificación es la supresión del privilegio de autonomía procesal laboral. Es cierto que con las preferencias que la nueva ley concede a los créditos salariales y laborales en general, en algunos supuestos prácticamente absolutas, la supresión no parece tan drástica y dañina como a priori en la fase del Anteproyecto y el Proyecto se vaticinaban. No obstante no hay que olvidar, que es un utilísimo instrumento para que los trabajadores cobren sus créditos salariales en los aún existentes hasta la entrada en vigor de la Ley Concursal, procedimientos de ejecución colectiva, salvándose la lentitud de los procedimientos concursales actuales³⁹.

Por tanto en el Anteproyecto de ley concursal se asignaban a los créditos salariales únicamente privilegios generales, uno por salarios y demás retribuciones derivadas de relaciones laborales correspondientes a los seis meses anteriores a la declaración del concurso, y un segundo privilegio por las indemnizaciones correspondientes a despidos devengadas igualmente en los seis meses anteriores a la declaración concursal y calculadas sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional (art. 90.1 y 90.4 respectivamente del Anteproyecto). Este aparente repliegue preferencial significa que su satisfacción en el concurso se posterga a la de los privilegios especiales, y una vez satisfechos éstos, se satisfacen los generales por el estricto orden que establece el artículo 90, lo cual significa que los créditos por salarios se pagarán por delante de cualquier otro crédito con privilegio general y que los créditos por indemnizaciones por despido sólo se pagarán una vez satisfechos los créditos por trabajo personal no dependiente y por derechos de autor y los créditos por responsabilidad extracontractual. Afortunadamente, algo se había ganado en la redacción del Proyecto de Ley Concursal de 23 de julio de 2002 y ambos créditos salariales se unifican en un mismo apartado con lo que se evita la distorsión a la hora de proceder al pago de los créditos, de modo que tanto los créditos por salario que no tengan reconocido privilegio especial como las indemnizaciones por despido ocupan el primer escalón dentro de los privilegios generales. Cuando menos se ha dado un paso más y se habla por primera vez de créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial lo que en la redacción del Anteproyecto se obviaba, y ha supuesto además la adición en el art. 90.3 de la Ley, que regula los privilegios especiales y en concreto los refaccionarios de la siguiente apostilla “...*incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado*”.

³⁹ En el mismo sentido, ALAMEDA CASTILLA, Conservación de empresas en crisis, Pamplona, 2002, p. 70; RÍOS SALMERÓN, “El Anteproyecto de Ley Concursal y los trabajadores. ¿Requiem por el artículo 32 del ET?”, Revista de Derecho Social, 2001, nº 14, pp. 57 y ss.; FERNÁNDEZ RUÍZ, “Los créditos salariales y otras cuestiones laborales”, cit., p. 430

Finalmente en el redactado final de la Ley Concursal, ha considerado en su artículo 84.2.1º como *créditos contra la masa* –con las implicaciones tan favorables que esto conlleva para este tipo de acreedores–, los debidos 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. Créditos que por tanto se pagarán antes que los concursales, para lo cual, los administradores deducirán de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacerlos.

Además en la Ley Concursal, y por si cupiese duda alguna, ocupan el primer lugar de preferencia de los créditos contra la masa, con lo que se robustece todavía más su carácter de crédito súper privilegiado⁴⁰.

A su vez el apartado 5º del artículo 84.2 de la Ley también considera como créditos contra la masa a los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor *tras* la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe el convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. Es cierto que se puede criticar que en el caso de las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo acordada por el juez del concurso puede considerárseles como una tergiversación de los mismos, puesto que los créditos que traen su origen en una relación contractual antecedente deben tener la consideración de créditos concursales, lo cuál mal que mal, siempre es preferible que sean contra la masa.

Por lo que atañe en sí a los créditos laborales con privilegio general, la Ley dispensa en el artículo 91.1º un tratamiento muy favorable para el trabajador, sobre todo si se compara con las versiones del Proyecto, para los créditos 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 obligaciones en materia de salud laboral devengados con anterioridad a la declaración del concurso*. Se gana en el primer supuesto en la no limitación restrictiva al tiempo, es decir, en la versión del Anteproyecto por ejemplo, la cuantía de multiplicar el triple del salario tenía como tope el plazo de seis meses, dado lo cual la ventaja ahora es más grande para todo aquel trabajador que supere ese umbral temporal de los seis meses, pudiendo acogerse a este privilegio. Sólo tendrán la limitación de la cuantía señalada⁴¹.

⁴⁰ Conforme, FERNÁNDEZ RUÍZ, “Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal”, en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, cit., p. 421.

⁴¹ En el mismo sentido GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 233; FERNÁNDEZ RUÍZ, “Los créditos salariales y otras cuestiones laborales en la Ley Concursal”, cit., p. 424.

II.3.4.- Privilegios por créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra

Entre los privilegios más novedosos, ha de destacarse el privilegio general que se otorga sobre “los créditos por trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso. Este privilegio engloba en realidad dos créditos diferentes que no obstante, tienen como eje vertebrador común, el que sus titulares sufren una situación de debilidad respecto a la otra parte de la relación contractual, que provoca la existencia y consistencia de esta preferencia. El primer privilegio, el de los créditos por trabajo personal no dependiente, que guarda sus concomitancias con el artículo 913.1 c) del Código de Comercio en el que se regula el establecimiento de la prelación y se hace referencia a los acreedores por trabajo personal por los seis últimos meses anteriores a la quiebra, parece que responde a una vaga idea de parasubordinación de aquellos que se encuentran en una situación de subordinación, principalmente por ejemplo, respecto a un empresario que incurre en situación de insolvencia⁴². Es cierto que los empresarios colaboradores de un empresario insolvente, son empresarios independientes, pero que, de ipso, su situación y su dependencia del principal está más próxima a la de un trabajador asalariado. Es discutible además si la racionalidad de este privilegio ha de circunscribirse única y exclusivamente a este tipo de acreedores, o por el contrario, si es susceptible de extenderse también a otros muchos créditos derivados del trabajo personal no dependiente, aunque no se dé esa relación de *parasubordinación*, con lo que subjetivamente el ámbito de actuación de este privilegio se amplía notablemente⁴³.

El segundo tipo de los privilegios tutelados por este artículo es el del propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual. Se ampara en este caso la presumible debilidad en que puede llegar a encontrarse el creador de una obra intelectual frente a la empresa que explota los derechos de propiedad intelectual. Un privilegio que entronca con el derogado “privilegio” que se reconocía en el artículo 54 de la Ley de Propiedad Intelectual por la ambigua remisión de dicho artículo a la preferencia de los créditos laborales.

Este privilegio no obstante tiene una doble delimitación. Por un lado material, dada la interpretación restrictiva que en todo caso hemos de hacer de la medida que preside la extensión de un privilegio, por lo que éste sólo ha de cubrir las cantidades a favor del autor derivadas de la cesión de los derechos de explotación de su obra, sin deber extenderse a otros conceptos como las indemnizaciones que se le adeuden

⁴² GARRIDO, “La graduación de créditos”, cit., p. 234; ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., p. 380.

⁴³ Vid. en este punto ALONSO LEDESMA, “Delimitación de la masa pasiva”, cit., p. 380, quien no ve obstáculo alguno a que profesionales que prestan su trabajo personal de asesoramiento, como son auditores, consultores, asesores varios, se vean protegidos por este singular privilegio.

por infracción de sus derechos o por las remuneraciones que se le deban en otros conceptos⁴⁴. Temporalmente, por que el propio artículo en que se consagra este privilegio, así lo hace escuetamente, seis meses.

II.3.5.- Los créditos por responsabilidad civil extracontractual

Una de las grandes novedades que la Ley Concursal aporta en el ámbito de la masa pasiva de los acreedores, es el reconocimiento de un privilegio a favor de acreedores que lo son de forma involuntaria. Esto es, estos acreedores no han tenido ni la ocasión ni tampoco la oportunidad de elegir a su contraparte negocialmente, es más, son acreedores muy a su pesar en el sentido, de que devienen acreedores por causa de los daños que ha ocasionado el comportamiento conductual negligente o culposo del deudor. No es del todo una novedad, pues este privilegio sí se reconocía para un ámbito muy acotado, el del privilegio marítimo que gozaban los acreedores por daños a las personas o a las cosas causados por el buque. Sí es más discutible no ya el acierto o no de este reconocimiento que prácticamente es unánime en la doctrina, sino el rango de prelación que la Ley atribuye a estos acreedores. Ocupan en la Ley el penúltimo escalón prelativo, con lo que la tutela real y efectiva sobre estos créditos se reduce notablemente. Es cierto que en ocasiones este acreedor, será un tercero víctima o perjudicado, por lo que si su deudor es además un asegurado de un concreto seguro de responsabilidad civil, gozará de la acción directa del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que le inmunizará frente a la oponibilidad de excepciones del asegurador frente al asegurado. Ahora bien para aquellos casos en que no haya seguro del que pueda reclamarse la indemnización, la verdad es que semejante privilegio no vale de mucho. Sí es cierto que el propio artículo 91.5 en el que se reconoce este privilegio prevé la posibilidad de que no obstante, los daños personales no asegurados se tramitarán en concurrencia con los créditos públicos. Algo que por lo demás no parece que venga a mejorar mucho la especial situación de estos acreedores. No olvidemos finalmente que, como bien se ha señalado, con esta distinción se está haciendo resucitar indirectamente el privilegio a favor de los aseguradores en virtud del derecho de subrogación que les asiste, lo cual es contrario a las propias líneas generales que inspiran esta reforma concursal⁴⁵.

Una vez que la entidad aseguradora paga al tercero perjudicado, podrá repetir contra el asegurado (ahora concursado con los límites que esto conlleva para la aseguradora) por el hecho de haber tenido que pagar una indemnización a un tercero indebidamente si tenemos en cuenta los parámetros del contrato de seguro, un tercero al que no ha podido oponer las excepciones que sí hubiera podido esgrimir fren-

⁴⁴ En este sentido GARRIDO, *Tratado de preferencias*, cit., p. 411; GIL RODRÍGUEZ, "Comentario al artículo 54", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (BERCOVITZ (Dir.)), Madrid, 1989, pp. 832 y ss., p. 887. También ALONSO LEDESMA, "Delimitación de la masa pasiva", cit., p. 382.

⁴⁵ Cfr. GARRIDO, "La graduación", cit., p. 237.

te al asegurado⁴⁶. La acción directa que la víctima que plantea ante la aseguradora dimana de un derecho propio de la víctima que se impermeabiliza de los derechos que quepa exigir en la relación asegurador-asegurado. Un derecho que obviamente no deriva del contrato del que como es lógico no es parte el perjudicado, sino de un hecho, una actuación o una conducta del asegurado que, si como sucede con el dolo, se encuentra excluido de cobertura, la aseguradora debe igualmente indemnizar a la víctima con reserva del derecho de repetición que puede ejercitar para recobrar por la vía de regreso el importe de lo que anticipadamente abonó. Como bien se ha dicho, ese es su *riesgo de empresa*: que en el regreso el asegurado demandado resulte insolvente, lo que no va a ser, desde luego, algo infrecuente⁴⁷.

⁴⁶ Como bien ha señalado CALZADA CONDE, *El seguro voluntario de responsabilidad civil*, Madrid, 1983, p. 413, el derecho repetición del art. 76 no hace más que confirmar que “la cuestión de cobertura o relación interna asegurado-asegurador no afectará, en su caso, a la relación externa asegurador-tercero”.

⁴⁷ Así YZQUIERDO TOLSADA, *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Madrid, 1997, p. 210.