

Area de Estudios Jurídicos Sociolaborales

ESTUDIOS DE LA FUNDACIÓN

2010
FEBRERO
21

Los problemas laborales de la aplicación de la Ley Concursal

Análisis para una reforma
legislativa

FRANCISCO JOSÉ GUALDA ALCALÁ
Director del Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Estudios de la Fundación. ISSN: 1989-4732

Los problemas laborales de la aplicación de la Ley Concursal

Análisis para una reforma legislativa

FRANCISCO JOSÉ GUALDA ALCALÁ
Director del Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

SUMARIO:

I. MEJORAS EN LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCURSO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES.

II. LA MEJORA DE LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO, Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR FALTA DE PAGO O RETRASOS EN EL PAGO DE SALARIO.

III. MEJORAS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTE LA FALTA DE PAGO DE SALARIO, O RETRASOS CONTINUADOS EN SU ABONO.

IV. MEJORAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS A LOS TRA

V. MEJORAS EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS CRÉDITOS LABORALES.

VI. MEJORAS EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

VII. LA MEJORA EN EL DESEMPEÑO DE LA FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES.

Presentación

El punto de partida para efectuar un análisis de las dificultades que presenta el ejercicio de los derechos laborales de la empresa en concurso, tras la entrada en vigor de la ley 22/2003, de 9 de julio, ha de ser el documento suscrito por la representación de los sindicatos más representativos a nivel nacional, CC.OO. y UGT, del mes de marzo de 2009, en el que se recogen las principales disfunciones que presenta la ley concursal en la relaciones laborales, y la desprotección que en muchas ocasiones, tanto por la regulación legal, como sobre todo por la interpretación judicial de determinados preceptos, genera a los trabajadores de la empresa en concurso, tanto en el cobro de salario, como en la cuestión decisiva relativa a la extinción de los contratos. Las líneas propuestas en relación con las cuales debería articularse la reforma concursal se concretaban en el reconocimiento de la legitimación del sindicato para intervenir en el proceso concursal, la intervención de los representantes en la designación de administradores, las competencias para acordar la modificación, suspensión y extinción colectivas de los contratos de trabajo, el tratamiento del concurso de los grupos de empresas a efectos de extinción de contratos, y la ejecución de los créditos laborales.

Notable inseguridad jurídica, retrasos considerables en resolver la situación de los trabajadores, que se ven inmersos en lo que se ha llamado un verdadero laberinto procesal, con cruce de jurisdicciones en la dinámica de la extinción de los contratos de trabajo, y enormes demoras en la adopción de las decisiones que son decisivas en el sustento de las necesidades personales y familiares del trabajador, cuando no limitaciones en el acceso a la protección por desempleo o la búsqueda de un nuevo empleo cuando el proyecto empresarial se considera viable, además de una práctica ineficiencia del sistema concursal para garantizar el pago de los salarios e indemnizaciones a favor de los trabajadores, sin que tampoco se ofrezcan resultados en orden a asegurar el pretendido objetivo de garantizar la pervivencia de la empresa.

Por otra parte, la reducción de la conflictividad social que lleva aparejada la declaración del concurso es un elemento decisivo en la búsqueda de soluciones para asegurar la pervivencia de la actividad económica, una mayor participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones relevantes permite dar protagonismo al colectivo que sin duda tiene un interés objetivo de mayor entidad en asegurar el mantenimiento de la integridad de la empresa y su propia viabilidad.

Son razones todas ellas que justifican, a la vista de la experiencia adquirida en estos años, la reforma de la ley concursal a fin de hacer más efectiva la tutela de los derechos laborales, de asegurar de forma más eficaz la pervivencia de la empresa, y una más justa distribución de los costes del concurso.

MEJORAS EN LA INTERVENCIÓN PROCESAL DE LOS TRABAJADORES EN EL CONCURSO PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS E INDIVIDUALES.

La intervención del sindicato y los representantes de los trabajadores en el proceso concursal: Todo el conjunto de acciones que se pueden ejercitar en el ámbito de la jurisdicción social que tienen un componente colectivo se articular a través del proceso de conflicto colectivo. Pero en la ley concursal no se toma en cuenta esta particularidad de la dinámica de las relaciones laborales que trasciende a las cuestiones procesales, y se impide que los representantes colectivos de los trabajadores puedan ejercer el derecho a la tutela judicial de los derechos laborales que tienen esa di-

mención. El concurso en si es un acto de trascendencia colectiva en el que se adoptan decisiones que van más allá del interés de un concreto trabajador que sea acreedor, por lo que hay que reconocer la legitimación de las organizaciones sindicales con carácter general, lo que por otra parte facilita la resolución del conflicto laboral presente en todos los casos de crisis de empresa. De esta forma, *los sindicatos más representativos, y los sindicatos con presencia al menos del 10% de representantes en la empresa, tendrán legitimación para intervenir en el concurso como partes, a fin de intervenir en cualesquiera trámites, incidentes y recursos, y en todas las piezas del concurso en las que estuvieran personados, en la medida que pueda afectar directa o indirectamente a la efectividad de los derechos laborales, o a la continuidad de la empresa, pudiendo promover actuaciones por si mismos, incluyendo las acciones relativas a la declaración u oposición del concurso, la impugnación de la lista de acreedores, las operaciones de liquidación, y la defensa de los créditos de los trabajadores en el concurso, sin perjuicio de las acciones individuales que puedan ejercitar los propios trabajadores. Igualmente podrán participar en el período de consultas con ocasión de la adopción de modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo, cuando dicho período se sustancie con la representación sindical.*

La intervención de los representantes de los trabajadores en la fase previa a la declaración del concurso. La declaración del concurso no puede hacer sin una verdadera fase contradictoria cuando es el empresario el que solicita dicha declaración, y al menos, sin que los representantes de los trabajadores afectados por dicha declaración puedan tener oportunidad de conocer dicha pretensión y en su caso, formular oposición a la misma. Y con más rotundidad dicha intervención debe garantizarse cuando se promueva un concurso necesario, de modo que junto al deudor, la representación de los trabajadores será notificada y emplazada a fin de articular la defensa que procesa, apoyando u oponiéndose a la declaración del concurso. Esto es si cabe más evidente ante la posibilidad de acuerdos y estrategias comunes entre el acreedor solicitante y el deudor para enervar la solicitud mediante el pago de las cantidades adeudadas, que puede comprometer el patrimonio empresarial, las preferencias de los créditos laborales y la propia continuidad de la empresa. Por ello es preciso garantizar que *de la solicitud de concurso voluntario o necesario se le dará traslado a la representación legal y sindical de los trabajadores en la empresa, a fin de que puedan personarse en el procedimiento y ejercitar las acciones que procedan, y en particular, puedan oponerse o no a dicha declaración.*

La intervención de los representantes de los trabajadores en la designación de los Administradores concursales. La composición profesionalizada de los administradores concursales no puede olvidar que los trabajadores representan un interés cualificado en el mantenimiento de viabilidad de la empresa y la continuidad de las relaciones laborales. Para ello han de disponer de un mecanismo específico para intervenir en la designación de los profesionales que van a asumir un protagonismo directo en todo un conjunto de decisiones empresariales que afectan a su continuidad, al reconocimiento de créditos, al ejercicio de acciones de reintegración, a la exigencia de responsabilidad, a la liquidación y venta del patrimonio empresarial, e incluso a la vigencia de los contratos laborales. La declaración de concurso implica un régimen de intervención o sustitución de la administración de la empresa en el que los intereses que han de verse reflejados en ese control de la gestión empresarial no se pueden limitar a los particulares que puedan tener determinados grupos de acreedores, fundamentalmente proveedores y entidades financieras, sino que igualmente los intereses sociales deben verse reflejados en ese espacio de decisión empresarial sometido a un régimen de intervención. Ello se puede articular, en primer lugar, *reconociendo derecho de audiencia a la representación legal o sindical antes de la designación de los Administradores concursales*, lo que además no implica una demora procesal si ya son parte

del procedimiento desde la solicitud de concurso. Y *en determinados casos cualificados, que los representantes de los trabajadores tengan derecho a designar un representante en el órgano de administración social. Tales casos serían determinados por el volumen de plantilla afectada (100 o más trabajadores) o en todo caso por el importe del pasivo del concurso que determine que se tramite como ordinario, y por la posible afección que el concurso pueda suponer para la continuidad de las relaciones laborales, al ser previsibles medidas de suspensión, modificación o extinción colectivas de los derechos laborales.*

El reconocimiento pleno del beneficio de justicia gratuita de los trabajadores en el proceso concursal. Se hace preciso clarificar con mayor detalle el alcance de la previsión que establece la Ley de asistencia jurídica gratuita, cuando reconoce el beneficio de justicia gratuita en materia concursal, a fin de especificar el alcance que tiene dicha medida, para descartar la aplicación que hacen determinados juzgados de lo mercantil, que en ocasiones la limitan exclusivamente al ámbito del incidente concursal laboral. Así se debería de reconocer la previsión de que *los trabajadores gozarán del beneficio de justicia gratuita, y no serán condenados al pago de las costas, en cualquier actuación en la que intervengan en el proceso concursal, y en todas sus fases y recursos, incluyendo la declaración de concurso o su oposición, la impugnación de la lista de acreedores, el ejercicio de acciones de reintegración, y en las piezas de calificación del concurso, y ejercicio de responsabilidad frente a los administradores de la empresa o los administradores concursales.*

LA MEJORA DE LOS MECANISMOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO, Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO POR FALTA DE PAGO O RETRASOS EN EL PAGO DE SALARIO.

La competencia para decidir la extinción, modificación y suspensión colectiva de los contratos de trabajo: La decisión ha de ser adoptada por la Autoridad Laboral y no por el órgano judicial mercantil, preservando las competencias tanto en el caso de que la empresa haya sido declarada en concurso como en situación económica adversa que aun no haya determinado esa declaración. A) El concurso exige ponderar todo un conjunto de factores entre los que se encuentran elementos que trascienden a la mera calificación jurídica: la determinación de las circunstancias que afectan a la situación económica, técnica, organizativa o productiva de la empresa, las distintas opciones que se pueden manejar en orden a asegurar su viabilidad, todo lo cual exige valorar una realidad económica y productiva, que trasciende incluso a la situación competitiva de la empresa y afecta al conjunto del sector económico en que se desenvuelve, que va mucho más allá de una mera operación de calificación jurídica, y respecto de la cual el órgano judicial no se encuentra cualificado más allá del mero examen de la documentación pericial que se aporte, normalmente a instancia de la empresa y los administradores, y respecto de la cual el órgano judicial asume una función de mera ratificación de los análisis y medidas que se le proponen. B) En la regulación de empleo de dimensión colectiva se precisa un activismo de la Administración Pública, en la medida que es un elemento dinamizador de las opciones por las que se puede articular la viabilidad empresarial, y como demuestra la experiencia en los casos de mayor trascendencia social, sus criterios son determinantes para acercar posturas, buscar financiación y ayudas públicas y privadas, y formalizar los compromisos de las partes para asegurar la viabilidad del proyecto empresarial y los puestos de trabajo. C) Y además, la regulación de empleo de dimensión colectiva presenta una afectación a los intereses generales que va más allá del grupo de trabajadores afectados, pues com-

promete el empleo en otras empresas que pueden desarrollar actividades auxiliares y complementarias, o ser decisiva la presencia empresarial para la estructura económica del entorno local o regional. El espacio que ofrece la regulación del despido colectivo par aportar la tutela de los intereses generales no puede cuestionarse cuando la empresa es declarada en concurso, máxime teniendo en cuenta que el concurso es el modelo legal ordinario previsto para la crisis de la empresa. D) La variedad centros de trabajo de los que pueda tener una empresa en concurso, y la competencia a favor del juzgado de lo mercantil del domicilio social plantea dificultades de gestión importante, al obligar a que la decisiones de gestión de la empresa, como la suspensión de contratos, la modificación de condiciones, o despidos colectivos, o las acciones de resolución de contratos, se tengan que sustanciar en un ámbito muy alejado del centro, lo que dificulta la intervención de los representantes o de los propios trabajadores. Tampoco se constata, por el contrario, ninguna ventaja por presentar la competencia de todas esas materias en un solo órgano, cuando tales atribuciones las puede asumir la Autoridad Laboral, y su unidad organizativa y directiva posibilita justamente la aplicación de criterios similares, mucho más homogéneos que los que aplican los diversos juzgados de lo mercantil. Por ello deberá establecerse que *la competencia para resolver la modificación, suspensión o extinción colectiva de los contratos de trabajo corresponde a la autoridad laboral que resulte competente por razón del ámbito en el que se plantee el conflicto. De la resolución que dicte, deberá dar traslado al Juez de lo Mercantil que conozca del concurso de la empresa para llevar a cabo el reconocimiento de las cantidades que pudieran corresponder a los trabajadores como deudas contra la masa.*

La extinción de los contratos en los grupos de empresas. En el caso de grupo de empresas, la declaración de concurso puede comprender a varias del mismo grupo, pero siempre que asuman la condición de acreedores en las que concurran las mismas circunstancias determinantes de la situación concursal. También es posible la acumulación de concursos cuando afecten a empresas del mismo grupo. Sin embargo, al margen de que el concurso afecte o no al grupo en su conjunto, lo que es determinante es que la valoración de la situación económica, productiva u organizativa de la empresa a efectos de tomar decisiones que impliquen la modificación, suspensión o extinción colectivas de los contratos de trabajo, necesariamente habrá de contemplar al grupo en su conjunto. Para ello *los administradores deberán emitir un informe en que tengan en cuenta el conjunto de circunstancias que afectan al grupo y que sean relevantes en orden a determinar la situación económica, organizativa o productiva de la empresa en su conjunto, y la modificación, suspensión o extinción colectiva sólo estará justificada cuando así se desprenda el análisis conjunto del grupo de empresas en el que la entidad concursada se encuentre integrado.*

MEJORAS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LA EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ANTE LA FALTA DE PAGO DE SALARIO, O RETRASOS CONTINUADOS EN SU ABONO.

El régimen de la extinción de los contratos laborales por falta de pago o retrasos continuados del pago de salarios. La ley concursal contempla la posibilidad de que si el incumplimiento empresarial en el pago de salario, o el retraso en el abono del mismo, tienen una dimensión colectiva por encima de determinados umbrales, su tramitación se lleve a cabo por la vía del expediente concursal de regulación de empleo previsto en el art. 64, lo que supone privar a los órganos judiciales laborales del conocimiento de dicha materia. Ciertamente, se puede considerar que ante la

crisis de la empresa, la solución adecuada no deba arbitrarse a través de una pluralidad de decisiones de los órganos laborales, en función del reparto de asuntos, y además, pueda ser necesario diseñar un mecanismo de intervención colectiva a fin de que los representantes de los trabajadores dispongan de un margen de negociación para decidir el futuro de la empresa y los contratos de trabajo. Lo que si resulta en todo caso inaceptable es el criterio que se viene asentado desde determinadas instancias judiciales, de que en tales casos, la falta de pago de salarios tiene los mismos efectos que la existencia de razones justificadas para la extinción de los contratos por causas económicas, y por tanto, sólo procede la indemnización legal de 20 días por año de servicio, con el máximo de una anualidad. Esa conclusión, además de que no tiene fundamento legal, coloca en la misma situación al empresario diligente, que atiende los salarios y que justifica las medidas de regulación de empleo, y al empresario que se desentiende del negocio, deja de abonar los salarios con el perjuicio que ello supone para los trabajadores, y además, no justifica ni siquiera lo integra, la existencia de razones justificativas para la extinción de los contratos. Este completo contrasentido deber resuelto expresamente a fin de determinar de forma concluyente dos aspectos esenciales: *En el caso de la resolución de los contratos de trabajo de carácter colectivo por falta de pago del salario o retrasos continuados en su abono, se reconocerá la indemnización prevista en el Estatuto de los Trabajadores para estos supuestos.* Además, es preciso clarificar la capacidad negociadora de los representantes en este período de consultas, sobre todo, en que medida pueden disponer de esa indemnización legal por debajo del límite. Solo se podrá reconocer una indemnización inferior cuando se alcance un acuerdo con la representación legal, que implique la aprobación de un plan de viabilidad para la empresa y la continuidad de una parte de los puestos de trabajo, con compromisos de recolocación en su caso, y sin que en tal supuesto se pueda reconocer una indemnización inferior a la prevista para el despido colectivo. En este supuesto, también habrá que mejorar la coordinación con la resolución de los contratos determinadas por los Juzgados de lo Social, a fin de garantizar que la solución global adoptada alcance a toda la plantilla que aun no haya visto extinguidos los contratos, y se impidas que grupos de trabajadores vinculados con la dirección acciones de forma anticipada antes del concurso para eludir esa medidas y acceder a mayores indemnizaciones, por lo que debería establecerse que *el acuerdo alcanzará al conjunto de los trabajadores que aun no hubieran extinguido de manera definitiva sus contratos, aunque hubieran iniciado acciones de resolución.*

La eficacia extintiva de la falta de pago de salario y el acceso a las prestaciones por desempleo: Ante la falta de pago del salario y en muchas ocasiones, junto con la fatal de ocupación efectiva, se produce una situación de desprotección de los trabajadores en la medida que se ven obligados a obtener una sentencia de resolución de contratos para poder iniciar la búsqueda de otro empleo, o acceder a los beneficios de la condición de desempleado. Esta situación esta totalmente injustificada si ello obedece a la pasividad del empresario o, en su caso, de los órganos de administración, en proceder a la adopción de medidas extintivas, y no la propia demora en la tramitación y designación de los administradores concursales retrasa la solución de la situación de los trabajadores, que incluso en los casos en que carecen del pago del salario y de expectativas de ocupación, tampoco tienen posibilidades de acceder a las prestaciones por desempleo. Es necesario reconsiderar la dinámica de esta situación, a fin de garantizar que los trabajadores se encuentren en situación legal de desempleo antes de la conclusión de la sentencia, cuando se haya objetivado el incumplimiento empresarial, y sin perjuicio de los efectos que tenga en relación con el deber de abonar la indemnización por finalización de contrato. Implica acotar el carácter constitutivo de las sentencias de resolución de contrato, anticipando un efecto, como es la liberación del trabajador de la obligación de prestar servicios cuando la propia empresa no asume el deber laboral básico consistente en el pago del salario. Ello exige modificar tanto la legislación laboral como la regulación del acceso a la situación legal de desempleo, a fin de reconocer que

la falta de pago de salario correspondiente a tres mensualidades, o la falta de abono de una cuantía equivalente, seguida de demanda de resolución del contrato, justifica el cese en la prestación de servicios, que quedará suspendida hasta la conclusión del proceso, y determina que el trabajador se encuentre en situación legal de desempleo. El período de tres meses es tan cualificado que compromete la subsistencia del trabajador y de su familia, permite objetivar la gravedad del incumplimiento empresarial para no resultar exigible la puesta a disposición del trabajador, y asegura un control efectivo por la Entidad Gestora de las prestaciones en el caso de que el trabajador solicite las prestaciones. En realidad, no puede decirse que ello pueda ofrecer garantías de falta de control, pues el impago es un hecho directamente verificable, sobre todo cuando la empresa está en concurso y sometida a un régimen de intervención o sustitución de sus facultades de administración. La empresa no deja de abonar los salarios durante el tiempo de inactividad, sino que tendrá que compensarlos en la misma dinámica que el despido, pues subyace en definitiva una causa imputable al empresario, por lo que deberá regularizarlos en relación con el con la Entidad Gestora y el trabajador. El efecto anticipado es exclusivamente la suspensión del deber de prestar servicios, por lo que si el proceso concluye desestimando la demanda, renace el deber de reincorporarse al puesto de trabajo, y la empresa no tiene que abonar ninguna indemnización, y el trabajador consolida las prestaciones por desempleo percibidas. Y si prospera la acción, la empresa deberá proceder a complementar las cantidades percibidas de las prestaciones o subsidios por desempleo, con los salarios que hubieran correspondido de mantener la prestación de servicios, descontando lo percibido en otro empleo, y reintegrando lo abonado por la Entidad Gestora a fin de regularizar las prestaciones por desempleo.

MEJORAS EN EL RECONOCIMIENTO DE LAS CANTIDADES ADEUDADAS A LOS TRABAJADORES POR LA EMPRESA EN CONCURSO.

La comunicación de los créditos laborales anteriores al concurso. Determinada interpretación judicial viene considerando que si los trabajadores no comunican sus créditos anteriores a la declaración de concurso, aunque estén pendientes de sentencia ante la jurisdicción social, en el plazo de 15 o 30 días desde la publicación del concurso, y los administradores concursales no los incluyen en la lista, tales créditos no son exigibles, por lo que no serán atendidos por el concurso, y con el efecto derivado de que tampoco el Fondo de Garantía Salarial los abonará pues no han sido reconocidos o certificados en el concurso. La calificación de las deudas laborales como créditos contra la masa elimina la necesidad de comunicación, pero al margen de ello es preciso clarificar que el deber de comunicar créditos nunca es exigible a los créditos que sean reconocidos en sentencia, resolución judicial o acto de conciliación seguido contra la empresa, toda vez que la propia existencia del proceso implica el conocimiento del mismo por la Administración concursal, y la documentación en la que se refleja el crédito debe ser tomada en consideración a la hora de elaborar la lista de acreedores. Es por ello preciso reconocer que *las cantidades adeudadas a los trabajadores y reconocidas por sentencia, resolución judicial o conciliación, en todo caso, serán objeto de reconocimiento en el proceso concursal, y se entenderán comunicadas por la citación a la empresa al proceso laboral y la notificación a la empresa de la resolución que se dicte, al margen de su inclusión o no en la lista de acreedores.*

La competencia para el reconocimiento y pago de las deudas laborales, como deudas contra la masa: Se debe coordinar la actuación de los Juzgados de lo Mercantil, como órganos encargados del reconocimiento y pago de las deudas contra la masa, y los Juzgados de lo Social, competentes para el conocimiento de las acciones laborales, incluyendo las que afectan a la existencia del salario. Si bien se puede agilizar el pago de las cantidades mediante el reconocimiento de la deuda por los Administradores concursales y el Juzgado de lo Mercantil, no se debe olvidar que la plena jurisdicción la ostenta el Juzgado de lo Social para resolver las discrepancias que se planteen en orden a la existencia y extensión de los créditos laborales. . De esta manera, *la decisión del Juzgado de lo Mercantil sobre el reconocimiento de las deudas laborales tendrá meros efectos prejudiciales, y se someterá a lo que de forma definitiva, establezca el Juzgado de lo Social, cuyas resoluciones tendrán eficacia de cosa juzgada.*

MEJORAS EN EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LOS CRÉDITOS LABORALES.

La calificación general de los créditos laborales como créditos contra la masa, tanto de los anteriores como los posteriores a la declaración de concurso: La efectividad de la totalidad de los créditos de los trabajadores anteriores a la declaración de concurso se ha de llevar a cabo con arreglo a los procedimientos, y orden de preferencia, y pago establecidos para los créditos contra la masa. El concurso no puede suponer que los créditos laborales que la empresa tenía pendientes de pago puedan verse paralizados en su efectividad a la resultas del concurso, cuando tienen a satisfacer las necesidades alimenticias de los trabajadores y sus familias. La ley concursal supuso la pérdida del derecho de ejecución separada, lo que implica que los trabajadores no puede utilizar a los Juzgado de lo Social para el pago de los salarios e indemnizaciones que se les puedan adeudar, y que el cobro sólo se hará efectivo, salvo lo que abone el Fondo de Garantía Salarial, una vez concluido el concurso, lo que puede implicar como mínimo varios meses, y de ordinario varios años. Además, implica colocar a los trabajadores en una posición equivalente a la de cualquier acreedor mercantil, cuando el trabajador lleva a cabo una aportación a la empresa muy cualificada, mantiene una dependencia económica completa con la misma, y los salarios son el sustento ordinario para atender las necesidades básicas del trabajador y su familia, lo que nada tiene que ver con la generalidad de los acreedores mercantiles, ni siquiera de carácter público. De esta forma, los trabajadores no han de verse afectados por la declaración del concurso de tal forma que se impida la materialización de las deudas que la empresa puede adeudar. Esto se puede instrumentar a través del reconocimiento de competencias ejecutivas a los Juzgados de lo Social, pero supone un riesgo de que entre los propios grupos de trabajadores existan diferencias en función de la celeridad en la fase declarativa y ejecutiva de los procesos y las soluciones procesales relacionadas a la acumulación de autos o de ejecuciones tienen muchas limitaciones para ser efectivas. Además, se corre el riesgo de que las deudas de determinados trabajadores puedan afectar a la continuidad del proyecto empresarial y la viabilidad de todos o una parte de los puestos de trabajo, por lo que el régimen de ejecución de tales créditos sobre el patrimonio empresarial se debería de someter al mismo régimen que el de los créditos con garantía real: si afectan a bienes necesarios para la viabilidad de la empresa o la continuidad de los puestos de trabajo, la ejecución sobre el patrimonio empresarial se demoraría un año desde la declaración del concurso, o hasta la conclusión de un acuerdo. El retraso que esto puede suponer para el pago de salarios e indemnizaciones se podría compensar con el acceso directo a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial, así como la mejoras que también se propone en el acceso a la prestación por des-

empleo ante la falta de pago de salarios. Se podría cuestionar si las cantidades abonadas por el Fondo de Garantía Salarial han de tener el mismo tratamiento, o su intervención en el concurso como créditos concursales se han de abonar por los trámites y por el orden de preferencia que corresponda a su naturaleza, lo que determina que el conjunto de los acreedores no se vean perjudicados pues el resultado práctico únicamente afectaría a las cantidades que excedan de la cobertura del Fogasa.

En particular, las indemnizaciones reconocidas en Expediente de regulación de Empleo que se hubiera resuelto con anterioridad a la declaración de concurso, siempre tendrán la consideración de créditos contra la masa.

Esto determina que los acuerdos que se hayan podido alcanzar con la empresa en un expediente de regulación de empleo no se vean privados de cualquier efectividad en caso de que la empresa sea declarada en concurso, pues la calificación como créditos concursales aplaza los pagos hasta el incierto momento de conclusión del concurso, que pueden ser entre 9 meses y varios años, y además, priva de cualquier preferencia en el cobro a las cantidades reconocidas por encima de los mínimos legales de la indemnización por despido, que es justamente el importe no atendido por el Fondo de Garantías Salarial, lo que hace que sean créditos ordinarios que han de satisfacerse con posterioridad a todas las nuevas deudas generadas por el concurso, incluidos los honorarios de los Administradores concursales, y las costas procesales, y todos los créditos concursales que tengan atribuida alguna preferencia. De esta forma se elimina la utilización estratégica del concurso por el propio empresario o los acreedores para impedir la efectividad de los compromisos asumidos por la empresa a fin de asegurar su viabilidad. Ello se entiende sin perjuicio de la posición que habrían de ocupar las cantidades abonadas por el Fondo de Garantía Salarial y si han de someterse al mismo criterio o no, lo que es una cuestión vinculada a la financiación y al equilibrio presupuestario de dicho organismo. Para completar este régimen, es preciso clarificar que la extensión de la preferencia de los créditos derivados de los acuerdos de regulación de empleo no puede limitarse al importe de la indemnización legal, pues deja sin cobertura todo el conjunto de mejoras contempladas en los acuerdos, y que son justamente la compensación a los sacrificios que han realizado los trabajadores para la obtención de un acuerdo. No deja de ser paradójico que el conjunto de derechos que se han suscrito por la empresa y que son la base de que la misma pueda tener un margen de viabilidad ante la extinción o suspensión de los contratos laborales, o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se quede sin instrumentos eficaces para hacerse efectivos tras la declaración del concurso, no sólo por el retraso en la efectividad de los derechos económicos, sino por no tener reconocida ninguna preferencia y tampoco ser objeto de atención por el Fondo de Garantía Salarial. Es por ello que el reconocimiento de tales cantidades, en todo caso, como créditos contra la masa, y la inclusión entre los créditos con privilegio general, más allá de los límites legales, implicar dar seguridad jurídica a las soluciones que se alcanzan en los expedientes de regulación de empleo, y permite por eso mismo arbitrar soluciones para preservar la continuidad de la actividad empresarial, lo que se traduce en un interés general y de los propios acreedores concursales.

La preferencia de los créditos salariales por los treinta últimos días de trabajo, frente a los créditos hipotecarios y asegurados con garantía real. El sistema de preferencia de los créditos laborales debe ser el mismo tanto en el caso de que la empresa haya sido declarada en concurso o no, y los créditos de los salarios no han de perder su preferencia frente a los créditos hipotecarios o con garantía real por la mera declaración del concurso, lo que se convierte en una ventaja ilegítima para las entidades financieras favorecidas por esas garantías por la declaración concursal de la empresa. La finalidad alimenticia del salario, y su vinculación con las necesidades de subsistencia básica del trabajador y su familia implican mantener esa preferencia so-

bre los bienes hipotecados, pignorados, o afectados a una garantía real también cuando la empresa ha sido declarada en concurso.

Las preferencias en el pago de los créditos laborales contra la masa. Los créditos contra la masa no pueden satisfacerse, exclusivamente, con arreglo al criterio del vencimiento, sino que han de fijarse un sistema de preferencias en función de la valoración político-social que tiene cada crédito cuando el activo del concurso sea insuficiente para atender al conjunto de las deudas contra la masa. Las preferencias que tienen asignadas los créditos laborales con carácter general, mientras la empresa no es declarada en concurso, y las preferencias de los créditos laborales cuando se declara en concurso y se califican como deudas concursales, responden a planteamientos de política legislativa que supone priorizar el destino del patrimonio empresarial con un criterio distinto a la mera fecha de vencimiento de la deuda, sino que se tienen en cuenta aspectos relativos a la justicia social, o incluso a la propia eficacia del sistema financiero, que podría justificar la atribución de preferencias a las garantías reales. Pero no es aceptable que tras la declaración del concurso, el reparto del haber empresarial se lleve a cabo preservando solamente las preferencias de los créditos con privilegios especiales, donde tienen cabida las garantías hipotecarias, y no se haga lo mismo con las preferencias de los créditos que tienen reconocidos privilegios generales. La regla del vencimiento es operativa para determinar que la deuda sea exigible, e incluso para ordenar los pagos en los que no exista conflicto entre los acreedores de la masa, pero es insuficiente como criterio para ordenar los conflictos entre los acreedores de la masa cuando hay insuficiencia de los bienes no afectados por un privilegio especial para hacer frente a las mismas. Es por ello preciso reconocer que, *en caso de insuficiencia de la masa del concurso para atender el conjunto de los créditos contra la masa, éstos se abonarán de acuerdo con las preferencias que le corresponden a cada crédito establecidas para los créditos concursales.* De esta forma los trabajadores tendrían reconocida la preferencia frente a los créditos de menor rango en el privilegio, como los que no responden a consideraciones de política social y económica. Además, el reconocimiento de las preferencias laborales se justifica en la aportación de los trabajadores a la continuidad del proyecto empresarial e incluso al mantenimiento del valor del activo en funcionamiento, y en caso de salarios e indemnizaciones, en la dependencia y exclusividad que tiene para asegurar las necesidades básicas de la plantilla, lo que no puede atribuirse, con carácter general, a ningún otro crédito más allá de la importancia que pueda suponer para el acreedor, en función de la cifra de negocios comprometida con la empresa en concurso.

La regulación de los créditos laborales con privilegio general. La norma legal no contempla el tratamiento de las mejoras de la Seguridad Social previstas en convenio colectivo, ni las prestaciones de Seguridad Social a cargo del empresario, lo que es particularmente grave cuando la empresa no ha acudido a fórmulas de aseguramiento o no opera el principio de automaticidad de la prestación a cargo de las entidades gestoras, lo que puede suponer que cantidades que tienen una consideración similar al salario, en tanto que son la fuente de renta del trabajador, pueden tener dificultades en el reconocimiento de las preferencias correspondientes a los créditos laborales. Ciertamente, la naturaleza de créditos de Seguridad Social podría clarificar la existencia de un privilegio, pero sería de una graduación inferior a la de los demás créditos laborales, lo que en cualquier caso no está justificado. Es por ello preciso incluir *a las mejoras de Seguridad Social, así como las prestaciones de Seguridad Social a cargo de la empresa, entre los créditos laborales con privilegio general.*

MEJORAS EN EL ACCESO A LAS PRESTACIONES DEL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL.

El acceso a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial. Las dificultades que viene planteando el sistema de comunicación de créditos tienen su principal alcance práctico en la limitación que introducen para reconocer las prestaciones ante el Fondo de Garantía Salarial, ya que si no han sido reconocidas o certificadas en el concurso por la Administración concursal, el Fondo rechaza el pago de las prestaciones por salarios e indemnizaciones por extinción de los contratos. También es preciso determinar que *el Fondo de Garantía Salarial abonará tales créditos, reconocidos en sentencia, resolución judicial o acto de conciliación, según su naturaleza, una vez que la empresa haya sido declarada en concurso sin necesidad de un acto de reconocimiento por la administración concursal. Ese reconocimiento o certificación sólo será preciso para los créditos laborales que no aparezcan reconocidos en los expresados títulos.*

LA MEJORA EN EL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES DE LOS ADMINISTRADORES CONCURSALES.

La reconsideración de la actuación de los Administradores concursales. La actuación de los Administradores concursales implica asumir el protagonismo en la adopción de las decisiones más relevantes para la continuidad de la empresa y el reconocimiento y pago a los acreedores, que incluso puede significar la sustitución completa del régimen de administración empresarial. Además, son los interlocutores de los representantes de los trabajadores en el período de consultas en la modificación, suspensión y extinción colectiva de los contratos. El adecuado desempeño de esa posición institucional es esencial para el adecuado desarrollo del concurso. Dado que el modelo legal utiliza un sistema profesionalizado del desempeño del cargo –en detrimento de otros sistemas más garantista y mucho menos costoso como su desempeño por un concreto cuerpo funcionaria-, es preciso mejorar la regulación del régimen de responsabilidad y el sistema de retribución de tales profesionales, ya que son los parámetros esenciales con arreglo a los cuales se puede asegurar la eficacia en el desempeño del cargo. La retribución de los administradores no se puede generar al margen del resultado de su gestión en la eficacia alcanzada para cumplir los objetivos legalmente asignados al concurso. Por otra parte, es inaceptable que los gastos generados por la Administración concursal impliquen cuantías desproporcionadas, que nada tienen que ver con el desempeño de una posición institucional al alcanzar importes, en muchos casos, absorben recursos del activo de la empresa que limitan la posibilidad de atender las deudas, en particular, las deudas de los trabajadores, y comprometen la propia viabilidad del proyecto empresarial. Esto exige reconsiderar las retribuciones de los administradores concursales desde dos perspectivas: *Limitar la cuantía a un máximo del importe del activo del concurso*, que se representa en la tercera parte del activo, en correspondencia con un límite con funcionalidad similar en el ámbito de la tasación de costas en los procesos judiciales, limitadas a la tercera parte de la cuantía del proceso, y que en el ámbito concursal nunca genera el riesgo de pérdida de remuneraciones mínimas, en la medida del sistema adoptado de compensación de honorarios a través del modelo de compensación con el fondo de aportaciones que se establece en el RDL 3/2009. En segundo lugar, es preciso atribuir *una parte representativa de los honorarios que hoy tienen reconocidos en función de la eficacia de su actuación con arreglo, al menos, a los siguientes parámetros: la continuidad de la actividad empresarial, la superación de la situación económica negativa, el mantenimiento de los puestos de trabajo, el cumplimiento de los plazos legales previstos para la sustanciación de las distintas fa-*

ses del concurso el haber alcanzado un convenio con los acreedores, la cuantía de los créditos finalmente abonados, la eficacia en el ejercicio de acciones de reintegración del patrimonio empresarial, y la exigencia de responsabilidad de los administradores. Por otra parte, el sistema ha de contemplar de forma más precisa la responsabilidad de los administradores concursales cuando incurran en determinados supuestos de pasividad o inactividad que pueda determinar el retraso injustificado en el proceso concursal. De esta forma, la configuración del régimen de responsabilidad y el sistema retribución de los administradores con arreglo a criterios vinculados a los resultados permite remover la posición puramente pasiva de los administradores en relación con el devenir del proceso concursal y la consecución de los fines que institucionalmente tiene asignados el concurso.