

Doctrina

Por [Juan Carlos Rodríguez Maseda](#), abogado y socio fundador de Dictum.

[Linkedin del autor](#)

El privilegio del artículo 91.3 de la Ley Concursal y su dinámica probatoria, al amparo de la sugestiva idea de “parasubordinación” del trabajo personal no dependiente

El presente estudio pretende, dentro de lo que permite una revista electrónica profesional como la que ofrece Dictum, analizar la verdadera naturaleza jurídica del privilegio del artículo 91.3 de la Ley Concursal; y plantear un marco de objetivación que pueda ayudar a las administraciones concursales y clarificar la estrategia probatoria.

ABSTRACT

The present work tries, in the sense that what allows a professional electronic magazine like the one that Dictum offers, to study the true legal nature of the privilege of article 91.3 Insolvency Law; and propose a framework for objectification that can help bankruptcy administrations and clarify the probative strategy.

Introducción

Dice el artículo 91.3 de la Ley Concursal que los créditos de personas naturales derivados del 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, serán calificados con privilegio general.

Centro este comentario en el primer apartado del privilegio, es decir, los derivados del trabajo personal no dependiente; dada la complejidad para su determinación, derivada de la generalidad con la que resulta tipificado el privilegio.

La doctrina, desde los primeros comentarios en esta materia, liderados por GARRIDO¹, indicó que *la Ley Concursal ha procurado tutelar los créditos derivados de relaciones jurídicas de trabajo personal, así como los créditos por cesión de derechos de propiedad intelectual, por entender que los acreedores por estos conceptos tienen una posición merecedora de tutela preferencial, aunque menos intensa que la que se otorga a los trabajadores.*

Sobre la idea de “parasubordinación” y debilidad

En este sentido, procede indicar que la doctrina también está de acuerdo en que el límite por arriba, a este privilegio, lo encontramos en las relaciones de subordinación de etiología laboral, que tienen su régimen específico en la Ley Concursal, con su sistema de privilegios otorgado a los trabajadores por cuenta ajena. Alternativamente o subsidiariamente, se consideró que merecería protección una categoría, probablemente, intermedia, denominada como “trabajadores no

1

dependientes”: aquellos que presten el trabajo con autonomía y con una organización profesional propia; pero con un cierto grado de sometimiento. Sometimiento que encuentra en la palabra “parasubordinación”, una idea interesante, al representar intensidad en el vínculo a la organización de la entidad concursada; propia, quizás, de las relaciones que en la actualidad obtienen encaje como autónomo dependiente o TRADE.

El problema es que doctrina y jurisprudencia se han alejado de un posible marco de mayor seguridad jurídica, vinculando la concesión del privilegio, únicamente, a los autónomos dependientes. Es cierto que la norma no lo dice expresamente, cuando podría haberlo indicado así, si el legislador hubiese tenido la voluntad de ceñir el privilegio a los trabajadores autónomos dependientes.

Por ello, se ha considerado que también tendrán derecho al privilegio, aquellos simplemente autónomos generales, que puedan ser capaces de demostrar, de probar, un cierto grado de parasubordinación. En todo caso, es claro y más allá de la indeterminación de los límites entre unos supuestos y otros, que este privilegio no se puede aplicar a todos los trabajadores autónomos, puesto que deben quedar fuera del mismo aquellos que prestan servicios indistintamente a varios clientes, que acceden a una clientela dispersa que les permite, igualmente, dispersar el riesgo intrínseco de su negocio. Es evidente que en estos supuestos se difumina un elemento esencial del privilegio que es la prestación personal intensa, de tal forma que, para acceder a este privilegio, hemos de concordar en que es requisito imprescindible que se pueda hablar de un verdadero trabajo personal, directísimo, con un cierto grado de sometimiento a la organización del cliente. De “parasubordinación”. Creo que hablar de

“parasubordinación” clarifica mucho el esquema de privilegio, según veremos.

En todo caso, quiero insistir en que no se puede concluir que estamos en presencia de un privilegio general que se debe otorgar a todos los autónomos que han facturado a la concursada, por los últimos seis meses. Esta conclusión cuestiona la necesaria y sana interpretación restrictiva de todo crédito privilegiado. A pesar de que algunos autores han apoyado este criterio.

Con buen criterio, PÉREZ TROYA² dice que *“su ámbito debe entenderse reservado a los autónomos que siendo TRADE trabajen predominantemente para el concursado, así como, a nuestro entender, a todos aquellos autónomos respecto de los que, aún sin ser TRADE, pueda presumirse su debilidad sustancial frente al mismo, a cuyos efectos pensamos que podrá y habrá de valorarse la concurrencia de alguna de las circunstancias que se exigen al TRADE y resultan relevantes (vrg. no tener al cargo trabajadores por cuenta ajena, no contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, carecer de establecimientos abiertos al público, no ejercer la profesión conjuntamente con otros en régimen societario o bajo cualquier forma jurídica. Vid art 11 Ley 20/2007)... con una interpretación finalista y sistemática de la norma... pudiendo así establecerse algunas precisiones adicionales sobre: a) el tipo de sujetos que puedan ser titulares del privilegio (personas naturales; b) el carácter del trabajo del que deben derivar sus créditos (trabajo personal); c) la naturaleza jurídica de dicho trabajo (trabajo no dependiente)...”*. Destaca la aportación que realiza esta autora en relación con la idea de “debilidad sustancial” vinculada a la acreditación de algunos de los elementos constitutivos de un TRADE. En términos probatorios, también, nos parece un esfuerzo loable para centrar la determinación y alcance de este privilegio.

Exponiendo el debate doctrinal que se suscita debajo de este privilegio con su brillantez habitual, VEIGA COPO³ abunda en un criterio que nos parece relevante: *“La premisa es clara, a saber, una colaboración con ciertos tintes o ribetes de estabilidad, pero sin dependencia laboral de ningún tipo, ese es el supuesto al que el artículo 91.3 concede el privilegio general”*.

Insistiría como complemento al siempre autorizado criterio de este autor en materia de masa pasiva, en la idea de que la colaboración debe ser relevante en términos de facturación, probablemente, alrededor del 40 o del 50% de la facturación debería ser emitida a la concursada. Porque no podemos hablar de una mera colaboración puntual o coyuntural. El privilegio encuentra su fundamento para relaciones estables, “paralaborales”, propias de trabajadores autónomos dependientes, o, que, aun no siéndolo, puedan demostrar un vínculo intenso, estable, cuya extinción e incumplimiento, determinan un relevante perjuicio, superior al de cualquier empresario.

Soy consciente de la fina línea que separa uno y otro supuesto; pero no es posible extender el privilegio a todos los autónomos, puesto que estaríamos cuestionando el funcionamiento institucional y la interpretación restrictiva que merece toda estructura de privilegios.

A nivel jurisprudencial, dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), Sentencia núm. 434/2015 de 2 diciembre (JUR 2016\9592):

“El art. 91.3º LC (RCL 2003, 1748) establece que tendrán la consideración de crédito con privilegio general «los créditos por trabajo personal no dependiente... devengados durante los seis meses anteriores a la declaración de concurso. Es un privilegio sin límite cuantitativo, determinado por la condición subjetiva del acreedor que deriva del

carácter personal del crédito (que supondría la exclusión de sociedades no personalistas), y limitado temporalmente a lo devengado en el semestre inmediatamente anterior a la declaración de concurso.

Al respecto hay que señalar que los privilegios que contiene la norma deben ser aplicados con rigor, pues al suponer una excepción al principio de trato igual de los acreedores, no pueden ser interpretados de forma extensiva. Se ha venido interpretando que esta norma pretende incluir entre los créditos privilegiados, aquellos supuestos que no corresponden a trabajo dependiente, cuyo régimen específico se sitúa en los arts. 84.2.1º, 90.1.3º y 91.1º LC, pero se caracterizan por la subordinación o dependencia del prestador del trabajo personal, sin las notas propias de la relación laboral.

Este privilegio se ha configurado doctrinalmente como aplicable a trabajos autónomos que participan de ciertas características de la relación laboral en sentido riguroso, en particular por una situación de dependencia de hecho semejante. La justificación del precepto, sin duda, y como dicha doctrina señala, es asimilar, en una clase de grado inferior, a los salarios de los trabajadores, junto a los de la prestación del trabajador intelectual sin contrato laboral (privilegio del autor), esos créditos de la prestación del trabajador autónomo, que sin llegar a la formal dependencia laboral -y por ende, a la vulnerabilidad del asalariado, que normalmente, como categoría, sólo tiene un deudor por sus servicios, y de ahí la vocación “pseudoalimenticia”-, en la práctica se acerca a la misma, como es el caso de los agentes comerciales de una determinada firma, los gremios tradicionales establemente contratados siempre por empresario único, el abogado o arquitecto que trabaja para un solo cliente, etc.

Como dice la SAP Castellón, sección 2ª, de 23 enero 2012, "la justificación del precepto, ..., es asimilar, en una clase de grado inferior, a los salarios de los trabajadores, junto a los de la prestación del trabajador intelectual sin contrato laboral (privilegio del autor), esos créditos de la prestación del trabajador autónomo, que sin llegar a la formal dependencia laboral -y por ende, a la vulnerabilidad del asalariado, que normalmente, como categoría, sólo tiene un deudor por sus servicios, y de ahí la vocación "pseudosalario"-, en la práctica se acerca a la misma, como es el caso de los agentes comerciales de una determinada firma, los gremios tradicionales establemente contratados siempre por empresario único, el abogado o arquitecto que trabaja para un solo cliente, etc." (Juzgado de lo Mercantil nº 1 Vitoria, sentencia 28 de noviembre 2005 (AC 2006\262))".

En la misma línea la SAP A Coruña, sección 4ª, de 31 enero 2011, que cita acertadamente la administración concursal, profundiza en el significado de este crédito con privilegio general cuando señala que: En definitiva, parece que la razón de ser es la consideración del trabajo como medio de subsistencia de la personas para atender con dignidad a sus propias necesidades vitales que, en el caso de los trabajadores autónomos, deriva de su arrendamiento de servicios, ahora bien, el nivel de afectación no es necesariamente el mismo; pues, en la mayoría de los casos, el trabajador presta su actividad laboral, de forma exclusiva, a un solo empresario, de manera tal que el concurso de éste le genera graves perjuicios en la contraprestación derivada de su actividad profesional, mientras que el autónomo liberal tiene una pluralidad de fuentes de ingresos, al dirigir sus servicios al público en general y no quedar circunscrito a un único cliente...

La justificación tradicional, que se vino dando a los créditos por trabajo personal, derivaba

precisamente de la debilidad contractual en la que se hallaban, lo que ha llevado a determinado sector de la doctrina y jurisprudencia a exigir una cierta relación de "parasubordinación" o "pseudosubordinación" en la prestación de los servicios, ahora bien, la misma no implica dependencia organizativa, en tanto en cuanto característica del trabajador autónomo es precisamente la de prestar, de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, pero sí cabe apreciar el beneficio en los casos en que concurra una vinculación intensa derivada de la prestación de servicios con habitualidad y de entidad económica importante, siendo hoy en día una realidad constatable la externalización de servicios a los que acuden con frecuencia los empresarios, ya sean éstos individuales o sociales.

En este sentido, la intervención ocasional y puntual que el acreedor ha tenido, aunque en variadas cuestiones, no justifica este privilegio. A falta de prueba sobre los hechos, pues ni siquiera existe prueba documental en el incidente, debe atenderse a lo reconocido por la parte demandada y que ha quedado incontrovertido. Todos los trabajos llevados a cabo, ya realizar la liquidación de la sociedad, un asesoramiento fiscal también limitado y puntual o la presentación de una demanda como abogado, y las actuaciones en ese procedimiento, no parecen incluirse en este privilegio.

Como señala la SAP A Coruña antes citada, el privilegio no exige una relación exclusiva, aunque sí una implicación personal importante del trabajador autónomo en la prestación de sus servicios.

Conclusión. El alcance y contenido de la prueba del privilegio.

Por ello, para reivindicar este privilegio, tanto en la comunicación del crédito a la administración concursal; como, en su caso, en vía incidental, hay que desarrollar un elenco probatorio, mínimo que nos permita acreditar la “parasubordinación” o la debilidad que evidencia un relevante perjuicio. Lo tendrá fácil el TRADE, por su relación contractual y régimen jurídico, alrededor de la acreditación objetiva de facturación superior al 75%.

Otros acreedores, autónomos, que pretendan el privilegio, deberán acreditar ese nivel de pseudodependencia o “parasubordinación”, aportando, prueba suficiente que será relevante en la medida en que acerquemos la relación a la propia de un autónomo dependiente.

En todo caso, en mi opinión, como elemento objetivador, fundamentalmente, y sin perjuicio de otros elementos, encuentro en la facturación emitida un dato revelador. Si la efectuada por el autónomo, a la entidad concursada, es cuantitativamente importante, en los últimos seis meses, sin duda alguna, podríamos estar frente a un crédito privilegiado, por aplicación del artículo 91.3 de la Ley Concursal.

Esa importancia o relevancia, lo será relativa; es decir, en función del nivel de facturación y de la posición de la concursada. Habrá que acreditar el porcentaje de facturación y que la concursada es uno de los más relevantes clientes. Para ello el autónomo deberá aportar su contabilidad, oficial, si la lleva; y, en todo caso, su libro de ingresos y gastos, el impreso 347, el impreso 190; y en su caso, un informe pericial para aquellos supuestos que puedan ser dudosos.

Porque hablar de facturación relevante nos lleva a un grado de indeterminación que debe resultar acreditado en cada caso, abonando una casuística

ciertamente relevante. ¿Un 50%?, ¿más?, ¿menos? Sin duda alguna, podría existir “parasubordinación” con niveles de facturación inferiores, si la relevancia de la concursada, por otras razones, pueda dejar al autónomo en situación de debilidad, análoga a la de un trabajador o un TRADE. Pero alrededor de estos porcentajes estaría cimentada la estrategia probatoria para intentar conseguir el privilegio.

Con el criterio de facturación -y sin perjuicio de otros que puedan concurrir-, creo que objetivamos una calificación jurídica, tan relevante, que el legislador debería haber vinculado, únicamente, a los TRADE, por su acreditada vinculación; dejando la condición de créditos ordinarios, sin distinción, para el resto de trabajadores autónomos.

Los privilegios, como sabemos, cuestionan esencialmente la par *conditio creditorum*; cuestionando, sustancialmente el funcionamiento institucional del sistema concursal. No es asumible el vaciamiento de la masa activa del concurso, en función de un esquema de privilegios que responde, habitualmente, a la coyuntural ocurrencia de nuestros legisladores. De ahí la necesaria interpretación restrictiva.

¹ GARRIDO, J.M^a. “Créditos con Privilegio General”, en *Comentario a la Ley Concursal* (ROJO-BELTRÁN), Madrid, Reimp 2008.

² PÉREZ TROYA, A., “Privilegio del trabajo no dependiente y del derecho de autor”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal* (BELTRÁN – GARCÍA CRUCES), T. II, Pamplona, 2012, págs. 2333 y ss.

³ VEIGA COPO, A., *La masa pasiva del concurso de acreedores*. 2ª ed., Madrid, 2012.