

CONCURSO DE ACREEDORES, SOCIOS (ACCIONISTAS) Y TRABAJADORES (SALARIOS, INDEMNIZACIONES Y PRESTACIONES SOCIALES)

[Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea,
Sala Octava, de 10 de febrero de 2011, asunto C-30/10, Lotta Andersson] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

LA historia sigue su curso, pero el modelo de relaciones industriales se ha petrificado en el que surgió al socaire de la Revolución Industrial. Esa circunstancia se acompaña además del anquilosamiento del pensamiento social de amplias capas de la población, en ideologías de épocas pretéritas, abocadas a populismos y despotismos involucionistas. Todo ello explica el desfase histórico que supone el mantenimiento de la categoría de los «trabajadores asalariados por cuenta ajena». Es urgente el cambio de modelo y de paradigma en las relaciones intersubjetivas que surgen en torno al trabajo humano, ajustándolo al desarrollo científico, tecnológico, económico y moral correspondiente al momento que nos ha tocado vivir. Entretanto el «trabajador asalariado por cuenta ajena» continuará asumiendo el riesgo de empresa, únicamente en sus consecuencias desfavorables, pero no en las favorables, que naturalmente existen y son extraordinariamente amplias en el sistema económico más efectivo que jamás haya existido, el sistema de economía social de mercado o sistema capitalista moderno.

Palabras clave: concurso de acreedores, trabajador asalariado por cuenta ajena, personal de alta dirección, créditos salariales, indemnizaciones y FOGASA.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 345, diciembre 2011 o en *Normacef Socio-Laboral (NSJ037715)*.

CONTEST OF CREDITORS, PARTNERS (SHAREHOLDERS) AND WORKERS (SALARIES, ALLOWANCES AND SOCIAL BENEFIT)

[Commentary to the Judgment of the Court of Justice of the European Union, room eighth, of February 10, 2011, issues C-30/10, Lotta Andersson] *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Abstract:

THE story continues, but the model of industrial relations has been petrified in which arose the socaire of the Industrial Revolution. That circumstance also comes the hardening of the social thought of large sections of the population in ideologies of the past, doomed to populism and reactionary despotism. This explains the historical gap which is the maintenance of the category of «employees employed». The model and change of paradigm in the intersubjective relations arising on human work, adjusting it to the scientific, technological, economic and moral development corresponding to the moment that we live is urgent. Meanwhile the «salaried employed worker» will continue assuming the risk of business, just in their adverse consequences, but not in the favourable, which of course exist and are extremely broad in the most effective economic system that has ever existed, the system of social market economy or modern capitalist system.

Keywords: bankruptcy, salaried employed worker, senior management personnel, wage credits, compensation and FOGASA.

* Véase el texto integro de esta sentencia en la RTSS. CEF, núm. 345, diciembre 2011 o en *Normacef Socio-Laboral (NSJ037715)*.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Excurso sobre los aspectos fundamentales de la declaración de concurso del empresario/deudor común en nuestro ordenamiento jurídico.
 1. La masa activa.
 2. El ejercicio de las facultades de administración y disposición del empresario/deudor común sobre la masa activa.
 3. La exigencia legal de continuidad en el ejercicio de la actividad de empresa del empresario/deudor común declarado en concurso.
- III. Administradores, socios, trabajadores y «expediente de regulación de empleo concursal».
- IV. El tratamiento deparado por la legislación concursal a los créditos salariales e indemnizaciones, debidas a los trabajadores por el empresario/deudor común declarado en concurso, según nuestro ordenamiento jurídico.
 1. Aspectos generales.
 2. El caso especial del personal de alta dirección.
- V. La garantía de los créditos de los trabajadores. Las instituciones nacionales de garantía. El FOGASA.
 1. La normativa de la Unión Europea.
 2. El FOGASA.
- VI. Garantía de pago y derechos de preferencia de los créditos por salarios e indemnizaciones laborales del trabajador vinculado a la empresa (accionista), desde antes de la declaración de concurso.
 1. ¿Puede un Estado miembro excluir el derecho preferente de pago de los salarios e indemnizaciones en los supuestos que libremente decida?
 2. Sobre una presunción inasumible.
 3. Convergencias y divergencias entre la legislación concursal y la legislación laboral.
- VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado, con fecha 10 de febrero de 2011, una importante resolución en el asunto C-30/10, Lotta Andersson y Staten genom Kronofogdemyndigheten i Jönköping, Tillsynsmyndigheten, relativa al tratamiento de salarios e indemnizaciones laborales en el concurso de acreedores. En ella el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ocupa de aspectos nucleares del pago de salarios (e indemnizaciones laborales) y de la institución concursal mercantil (en realidad transversal a todo el ordenamiento jurídico), gobernados los primeros por los principios de suficiencia, no discriminación, percepción efectiva y transparencia,¹ y la segunda, en los sistemas jurídicos actuales, por la filosofía de la *rescue culture* (rescate de las empresas en crisis o dificultades), y por el mandato de la continuidad en el desarrollo de la actividad empresarial durante el concurso.

La sentencia objeto de comentario pone de manifiesto que la empresa constituye una institución esencial en los sistemas de economía de mercado² (sistemas capitalistas),³ y que el pago de los

¹ Sobre aquellos principios DE LA VILLA, L.E.: «Aspectos jurídicos sobre el salario y su estructura», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus cincuenta años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, págs. 966-969.

² Precisa GALBRAITH, J.K.: *La economía del fraude inocente. La verdad de nuestro tiempo*, Barcelona: Crítica, S.L., 2004, pág. 14, «siempre he topado con un error popular. Lo que predomina en la vida real no es la realidad, sino la moda del momento y el interés pecuniario. La confusión es tan irresistible que, (...), incluso ha afectado a la forma en que comúnmente se describe el sistema vigente. Cuando el capitalismo, el referente histórico, dejó de ser aceptable, el sistema fue rebautizado. El nuevo nombre (sistema de economía de mercado) resultó satisfactorio pero carecía de significado», y más adelante, págs. 17-21, que «el sistema económico común a los países económicamente avanzados del mundo y, con ciertos matices, a todos los demás (...) convierte en máximas autoridades económicas a quienes controlan las plantas y equipos industriales, la tierra y los recursos financieros más relevantes. Antes eran los propietarios quienes estaban al frente de sus compañías, pero hoy las empresas de cierta envergadura y dedicadas a actividades de elevados niveles de complejidad cuentan con una dirección profesional (...), son los directivos, y no los poseedores del capital, quienes detentan el verdadero poder en la empresa moderna». Precizando sobre el sistema de economía de mercado, en págs. 18-21, lo siguiente: «no hay duda alguna sobre qué fue lo que motivó el cambio. El capitalismo surgió en Europa en la época mercantil con la manufactura, compra, venta y transporte de bienes y prestación de servicios. Después aparecieron los industriales, dotados del poder y prestigio otorgados por la propiedad directa o indirecta, y los trabajadores, víctimas de su indudable debilidad negociadora. La opresión fue el resultado de la ausencia de alternativas al trabajo duro y con frecuencia penoso. MARX y ENGELS, en algunos de los textos más influyentes de la historia, plantearon las posibilidades y promesas (...). En Europa la palabra «capitalismo» afirmaba de modo demasiado estridente el poder de la propiedad y la magnitud de la opresión y sometimiento de los trabajadores; en este contexto la revolución no era algo imposible ni inverosímil. En Estados Unidos el término tenía connotaciones diferentes, pero igualmente negativas. (...) A finales del siglo XIX, no eran solo los trabajadores estadounidenses quienes albergaban una actitud hostil hacia el capitalismo, sino también el público en general (...). Lo que siguió fue una decidida búsqueda de un nombre alternativo que fuera satisfactorio (...). Fue así como se llegó finalmente a «sistema de mercado», una designación más o menos culta que carecía de una historia adversa; De hecho una expresión que carecía por completo de historia». Terminando por afirmar, en pág. 24, que «hablar de un sistema de mercado, (...), carece de sentido; es una fórmula errónea, insípida, complaciente».

³ Sobre el capitalismo GEOFFREY INGHAM, *Capitalismo*, Madrid: Alianza Editorial, 2010.

salarios e indemnizaciones debidas a los trabajadores ocupa un lugar esencial y preeminente para su funcionamiento, y, desde luego, si se pretende el respeto e implantación de la *recue culture* o el salvamento de las empresas en crisis, en los procedimientos concursales.

El supuesto fáctico de la sentencia objeto de consideración (STJUE de 10 de febrero de 2011, asunto C-30/10) se refiere a una trabajadora, Sra. A., que formaba parte de la plantilla de la empresa/sociedad L.R. AB, declarada en situación concursal en 2008, y que vio denegada su solicitud de pago de sus créditos salariales por el administrador del concurso (con base en la ley de «garantía salarial», nacional aplicable). El fundamento de la negativa del administrador concursal fue que la Sr. A. había sido propietaria de una parte esencial de la empresa/entidad de naturaleza societaria declarada en concurso, para la que prestaba sus servicios, y en que había ejercido, o podía haber ejercido, una influencia considerable en sus actividades durante los seis meses anteriores a la solicitud de declaración en situación concursal por aquella entidad.

Ciertamente la Sra. A. era propietaria del 50 por 100 del capital de la entidad para la que prestaba sus servicios como trabajadora asalariada por cuenta ajena. Asimismo la indicada trabajadora había sido compañera sentimental del Sr. A., propietario del otro 50 por 100 de las acciones de dicha entidad empresarial/sociedad, desde 1996 a 2008. La precitada trabajadora había recibido sus acciones por donación en 2006, habiendo sido contratada por la empresa/sociedad L.R. AB a mediados de los años 90. La Sra. A. había sido miembro suplente del consejo de administración de la indicada empresa/sociedad (L.R. AB), habiendo estado facultada para representar individualmente a dicho empresario/sociedad, hasta que el Sr. A., único miembro titular de su consejo de administración, decidió retirarle dicha facultad en 2008.

Contra la decisión del administrador del concurso denegatoria del pago de sus créditos salariales, la Sra. A. interpuso demanda ante el órgano jurisdiccional nacional competente (el Linköpings tingsrätt), en solicitud del pago del salario correspondiente al mes de diciembre de 2008 y a una parte del mes de enero de 2009, así como de las indemnizaciones de preaviso y las cantidades debidas en concepto de vacaciones, más los intereses legales, alegando que le era aplicable el derecho de preferencia (establecido en la ley nacional aplicable), y que, si bien era propietaria de una parte esencial de la empresa/sociedad declara en concurso, L.R. AB, no tenía, en la fecha de solicitud de declaración de concurso, ninguna influencia considerable en aquella empresa/sociedad y no la podía dirigir.

II. EXCURSO SOBRE LOS ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO DEL EMPRESARIO/DEUDOR COMÚN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La declaración de concurso de un empresario tiene influencia, de mayor o menor extensión e intensidad, en la posibilidad de que el empresario/deudor común ejercite plenamente sus facultades de conservación, administración y disposición sobre su activo patrimonial, en el que ha de incluirse

siempre la empresa de la que sea titular (considerada en su dimensión jurídico-objetiva). De ese activo patrimonial⁴ ha de separarse, por no integrarse ni ser objeto material del concurso, lo inembargable.

Conforme a una discreta línea de nuestro derecho histórico, resulta que al empresario/deudor común declarado en concurso corresponde, y solo él tiene atribuido (por la vigencia del instituto de la propiedad), el ejercicio de las facultades de conservación, administración y disposición⁵ sobre la masa activa, porque es el titular⁶ de todo el conjunto de «bienes⁷ y derechos»⁸ que la componen, bien que sometido a la «intervención» de los administradores concursales (concurso voluntario), pero que también puede verse privado del ejercicio de aquellas facultades, sin vulneración por ello de la institución de la propiedad, y ser sustituido en el mismo por los administradores concursales (concurso necesario).

1. La masa activa

La masa activa está constituida por los «bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se integren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento» (art. 76.1 LC), no integrándose en la misma «aquellos bienes y dere-

⁴ Indica LARENZ, K.: *Derecho Civil (Parte general)*, Madrid: Edersa, 1978, pág. 405, que «el patrimonio de una persona está formado por la totalidad de los derechos evaluables en dinero que a ella correspondan en cada caso (...). El patrimonio es una suma, una conjunción de derechos y relaciones jurídicas, concretamente respecto a una persona determinada a la cual corresponden», y en pág. 407 que «solo los derechos, no las obligaciones de una persona, forman su patrimonio a efectos del concepto de patrimonio jurídico privado (referente a responsabilidad). El concepto de patrimonio (...) sobre la ejecución y el concurso de acreedores, a diferencia del concepto de patrimonio pensado en términos meramente económicos, se extiende, por tanto, solo a lo que se denomina "activo", no al "pasivo"; LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Barcelona: Librería Bosch, 1980, págs. 126-127, señala que «la responsabilidad (...) abarca al total del patrimonio bruto de la persona, o sea, a todo el activo, si bien con la posible concurrencia de los restantes acreedores del titular, cuyas pretensiones componen el pasivo».

⁵ Sobre las facultades que componen el derecho subjetivo LARENZ, K.: *Derecho Civil, op. cit.*, pág. 259; Indica LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil*, Barcelona: Librería Bosch, 1979, pág. 125, que «sin haber reflexionado sobre el concepto de derecho subjetivo los autores del Derecho común medieval conocían la distinción entre lo que hoy llamamos así y las meras facultades: aquellas posibilidades de actuación, nacidas de un derecho, que carecen de autonomía y cuyo ejercicio por el titular es un medio contingente de afirmación de su titularidad, pero nunca necesario para ello».

⁶ LARENZ, K.: *Derecho Civil, op. cit.*, págs. 258-259, en pág. 274 indica que el derecho subjetivo es «una categoría fundamental del Derecho, la cual expresa que algo, un "bien" determinado, corresponde o pertenece en justicia a una persona», en págs. 256-257 que «la conformación lógica del "derecho subjetivo" nos indica que algo corresponde o pertenece a una persona. Aquello que en particular corresponde o pertenece a una persona forma en cada caso el contenido del derecho subjetivo»; Según LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 124, el derecho subjetivo es un concepto «que, en forma imprecisa e instintiva, responde a sentimientos profundos y arraigados en nuestra civilización: el valor del individuo, el respeto a la persona humana», definiéndolo en *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho, op. cit.*, págs. 67-68 como «la facultad o poder de exigir algo de otro, o eventualmente una abstención a todos, bajo coacción jurídica. Es el lado activo de la relación jurídica».

⁷ Expresión no unívoca pero cuyo sentido «es de más amplio alcance que las cosas». LACRUZ BERDEJO, J.L.: *Manual de Derecho Civil, op. cit.*, pág. 269.

⁸ Indica DE DIEGO, C.: *Dictámenes Jurídicos*, T I. (Dictamen núm. 15), Barcelona: Bosch, 1958, pág. 188, que «los derechos recaen directa o indirectamente sobre las cosas, pero estas se destacan más en las reales y en el dominio (...). De ahí que para significar el derecho de propiedad o dominio se hable directamente de las cosas como si estas directamente o indirectamente y no el derecho de dominio sobre ellas fueran atribuidas a los respectivos sujetos».

chos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables» (art. 76.2 LC),⁹ bien entendido además que la legislación concursal no distinga entre bienes absolutamente inembargables, bienes inembargables y restricciones al embargo de sueldos y pensiones.¹⁰ Esto es, la masa activa tiene límites, y no coincide exactamente con el patrimonio del empresario/deudor común declarado en concurso.

Aquellos bienes que sean de propiedad ajena y que se encuentren en poder del empresario/deudor común declarado en concurso, y sobre los cuales este no tenga derecho de uso, garantía o retención, tienen que ser entregados por los administradores concursales a sus legítimos titulares, pudiendo además facultativamente, a instancias de determinados sujetos con legitimación suficiente, separarse otros bienes, así como, por corresponder al dominio o titularidad del empresario/deudor común declarado en concurso, incluirse aquellos que estaban fuera de su patrimonio. Operatividad contable y real o efectiva, sobre la masa activa «que podríamos calificar como de hecho» que proceden porque «se hace preciso transformar (aquella "de hecho" masa activa) en masa activa de derecho, a fin de determinar con toda exactitud cuál es la composición de ella. En definitiva, y a fin de poder actuar las soluciones que se den al concurso».¹¹

El proceso de «juridificación» de la masa activa se ha de realizar tanto antes de la conclusión del inventario por la administración concursal, pero también puede llevarse a cabo con posterioridad, debiendo reintegrarse y separarse concretos y determinados bienes.¹² Especial importancia revisten las operaciones de reintegración, «trayendo en concreto a la misma (masa activa) bienes y derechos que no deberían haber salido en la forma en que lo hicieron del patrimonio del deudor»,¹³ pues «todo sistema de reintegración concursal no es otro que el de, en su caso, un incremento de la masa activa, como consecuencia de las operaciones de determinación de la misma»¹⁴ (arts. 71-73 LC). Operaciones de

⁹ Cuando el deudor común declarado en concurso es persona casada la Ley Concursal establece normas específicas, según cuál sea su régimen económico matrimonial (arts. 77, 78 y 18 LC).

¹⁰ Por lo que esos límites al embargo delimitadores de la masa activa deberán respetarse en su integridad, dado el carácter y el tenor literal del artículo 76.2 de la LC que se limita a excluir los bienes y derechos inembargables de la masa activa, comprendiéndose pues todos los supuestos contemplados en los artículos 605, 606 y 607 de la LECiv.

¹¹ GARCÍA-CRUCES, J.A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (I)», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 500, de 11 de septiembre de 2003, pág. 2.

¹² Buques o aeronaves, a instancias de los titulares de créditos con privilegios sobre los mismos, ex artículo 76.3 de la LC, los bienes de propiedad ajena que se encuentren en poder del concursado y sobre los cuales este no tenga derechos de uso, garantía o retención, ex artículo 80 de la LC, así como los bienes y derechos en que se materialicen las garantías constituidas por las entidades participantes en los sistemas gestionados por la Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, ex artículo 44 bis, apartado 8, de la LMV, supuestos de separación en sentido estricto, concebido el derecho de separación como «la facultad de reclamar que un determinado elemento patrimonial, que fue inicialmente incluido en la masa de la quiebra, debe ser excluido de la misma porque no es del quebrado», ARIAS VARONA, F.: *El derecho de separación en la quiebra*, Navarra: Aranzadi, 2001, pág. 136.

¹³ «La sentencia que estime la acción declarará la nulidad del acto impugnado y condenará a la restitución de las prestaciones objeto de aquel con sus frutos e intereses», artículo 73.1 de la LC; ALCOVER GRAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal», en *Derecho Concursal*, Madrid: Editorial Dilex, S.L., 2003, pág. 325, indica que la función de las acciones de reintegración «es la de ser uno de los instrumentos jurídicos para configurar la masa activa de derecho».

¹⁴ Pues como afirma GARCÍA-CRUCES, J.A.: *La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (I)*, op. cit., pág. 3, «todo sistema de reintegración concursal no es otro que el de, en su caso, un incremento de la masa activa, como consecuencia de las operaciones de determinación de la misma».

reintegración que en la legislación concursal actual no se asemejan a ninguna «suerte de retroacción más o menos disimulada».¹⁵

A los bienes y derechos que forman parte del patrimonio del deudor común, pero no se integran en la masa activa, no se extiende el régimen específico de ejercicio de las facultades de conservación, administración y disposición establecido en la legislación concursal, consecuentemente ni se produce la intervención de los administradores concursales, ni es posible que aquellos sustituyan al deudor en su ejercicio, manteniendo el concursado incólumes sus facultades en relación con esos bienes.

2. El ejercicio de las facultades de administración y disposición del empresario/deudor común sobre la masa activa¹⁶

Los efectos de la declaración del concurso sobre el empresario/deudor común¹⁷ en la actual legislación concursal no coinciden con nuestro derecho histórico. En una posición compartida por la generalidad de las legislaciones, que implica mayor racionalidad y eficacia económica, en definitiva humanización,¹⁸ «se atenúan los establecidos en la legislación anterior y se suprimen los que tienen un carácter represivo de la insolvencia. La "inhabilitación" se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción, temporal, a las personas afectadas por la calificación. Declarado el concurso, el ejercicio de las facultades patrimoniales del deudor se somete a intervención o se suspende, con sustitución en este caso por la administración concursal. En principio, la primera de estas situaciones corresponde al concurso voluntario y la segunda al necesario; pero se reconocen al juez del concurso amplias facultades para adoptarlas o modificarlas»,¹⁹ bien que motivando suficientemente semejante decisión.

Aquella intervención así como la suspensión de las facultades de administración y disposición no son equivalentes, ni siquiera parangonables, al «cambio de estado jurídico»,²⁰ que producía el derogado concurso de acreedores civil, o a la inhabilitación del quebrado, por más que esta no supusiese

¹⁵ GARCÍA-CRUCES, J. A.: «La reintegración de la masa activa en la Ley Concursal (II)», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 591, de 18 de septiembre de 2003, pág. 6.

¹⁶ Para una visión general y completa me remito a mis trabajos, «Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa», en *Comentarios a la Legislación Concursal* (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. I, Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 757-835; «La gestión de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal, libro homenaje a Manuel Olivencia*, T. 4, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2005, págs. 4.405-4.470.

¹⁷ Epígrafe III, apartado primero, de la exposición de motivos de la Ley Concursal. Cuestión diferente es que la declaración de concurso produzca determinados efectos sobre el empresario/deudor común, p. ej. la suspensión y revocación de autorizaciones de la instituciones de inversión colectiva, ex artículos 49.1 d), 53.2 y 64.1 c) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre.

¹⁸ Sobre la radical racionalidad del ser humano, DAMASIO, A.: *Y el cerebro hizo al hombre*, Barcelona: Ediciones Destino, 2010, bien que MOYA, A.: *Pesar desde la ciencia*, Madrid: Mínima Trotta, 2010, pág. 29, indique que «no hemos sido hechos para pensar».

¹⁹ Exposición de motivos, apartado III, párrafo primero de la LC.

²⁰ Indicaba GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, T. II, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1977, pág. 312, que «con respecto al deudor se produce un cambio en su estado jurídico, mal llamado de capacidad, pues es, en realidad, de legitimación, pero, en todo caso, de alcance transcendente al mundo del derecho material y no contraído estrictamente a los problemas procesales».

una «cuasi incapacidad» o una incapacidad parcial.²¹ Ni la intervención ni la suspensión, establecidas en la legislación concursal, tienen carácter sancionador. Únicamente se atribuye generalmente ese carácter de «sanción civil» a las posibles inhabilitaciones²² para cuando en el concurso recae sentencia de calificación como culpable.²³

Solo en relación con el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa que le corresponden, en cuanto la masa le pertenece, el deudor puede estar sometido a «intervención» o ser «sustituido» por los administradores concursales.²⁴ Las diferencias de la institución concursal con las derogadas y tradicionales «quiebra» mercantil y «concurso de acreedores» civil, no son meramente adjetivas y temporales, sino que son sustanciales, y se ponen de manifiesto si se repara en que, por una parte, en la quiebra el término «inhabilitación»²⁵ suponía tanto como «separación o inhibición»,²⁶ llevando a una suerte de «situación que se (asemejaba) a la incapacidad»²⁷

²¹ GARCÍA VILLAVERDE, R.: *Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial*, Madrid: AAMN. T. XXXVII, (separata), 1999, pág. 166, en pág. 177, indicaba «de ser un supuesto de incapacidad, deberá serlo de una especie sui géneris», efectuando en pág. 180 la siguiente interpretación de nuestro ordenamiento anterior a la vigencia de la Ley Concursal, «en definitiva, nuestro Derecho puede tener, con una exégesis adecuada de lo que implica la inhabilitación, unas soluciones similares a las del Derecho alemán».

²² Artículo 172.2.2.º de la LC. Además en la exposición de motivos de la LC epígrafe III, apartado primero, se dice «la "inhabilitación" (...) se impone como sanción»; Negaba el carácter sancionador de la inhabilitación del quebrado MARTÍNEZ FLÓREZ, A.: *La inhabilitación del quebrado*, Navarra: Aranzadi, 2002, págs. 9 y 21, que le atribuye la finalidad exclusiva de «asegurar el resultado del procedimiento, cuyo objeto básico es el reparto del producto de los bienes entre los acreedores»; La misma autora en *Las interdicciones legales del quebrado*, Madrid: Civitas, 2001, pág. 31, indicaba que «la inhabilitación (...) en tanto recae sobre los bienes propiedad del quebrado, es claro que no es un mecanismo pensado para la protección de los terceros, pero tampoco está destinada a sancionar al quebrado. Buena prueba de ello es el hecho de que no afecte a todos los bienes del quebrado, sino únicamente a los destinados a la satisfacción de los acreedores. La historia de las instituciones concursales pone de manifiesto claramente que la inhabilitación para administrar y disponer de los bienes no es más que una de las múltiples técnicas que han arbitrado los sistemas jurídicos a lo largo de la distintas épocas con el fin exclusivo de garantizar el derecho de los acreedores al cobro de sus créditos sobre los bienes, evitando el riesgo de su desaparición o disminución de los mismos en tanto se tramita el procedimiento dirigido a su liquidación. Este fue el objetivo perseguido por el Code de Commerce francés de 1807 al privar al quebrado de las facultades de administrar y disponer de los bienes de pleno derecho desde el día de la quiebra, que sería seguido fielmente por el Código de Sainz de Andino (art. 1.035) y posteriormente por el de 1885»; Indicaba GARCÍA VILLAVERDE, R.: *Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial*, op. cit., pág. 173, que «la ocupación de los bienes del quebrado y la administración de los mismos por terceros, que se da históricamente, es algo que permanecerá hasta nuestros días, sencillamente porque son medidas imprescindibles para que pueda agruparse y repartirse entre los acreedores el conjunto de bienes y de derechos que forman la masa de la quiebra»; En el mismo sentido se pronunciaba PAJARDI y otros, *Derecho concursal*, T. 2.º, Buenos Aires, 1986, págs. 437-438.

²³ «La "inhabilitación" se reserva para los supuestos de concurso calificado como culpable, en los que se impone como sanción de carácter temporal a las personas afectadas», exposición de motivos, epígrafe III, apartado primero de la LC. Se impone «a las personas afectadas por la calificación» y se trata de «inhabilitación para administrar bienes ajenos durante un periodo de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo».

²⁴ Bien que siempre estará sometido a una de esas «limitaciones», que además pueden extenderse al ejercicio de las que le correspondan en la sociedad o comunidad conyugal (art. 40.6 LC).

²⁵ Artículo 878 del CCom., «declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes».

²⁶ Artículo 1.035 del CCom. (1829), «el quebrado queda de derecho separado e inhibido de la administración de todos sus bienes desde que se constituye en estado de quiebra».

²⁷ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen II, 25.ª edición, Madrid: McGraw-Hill, 2003, págs. 457-458, señalaba que la «inhabilitación es una situación que se asemeja a la incapacidad de obrar aunque no se confunde con ella»; GARCÍA VILLAVERDE, R.: *Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial*, op. cit., pág. 175, indicaba que «en la interpretación del precepto hay coincidencia en la idea de que la separación e inhibición a que se refiere el Código no plantea un problema de incapacidad del quebrado»; En otro sentido destacaba RAMÍREZ, J.:

y a la «desposesión»²⁸ del quebrado de los bienes que (componían) la masa activa,²⁹ con independencia de que se efectuase o no material ocupación de los bienes,³⁰ y que «la posesión de esta masa patrimonial se (transmitía) a los órganos de la quiebra que (eran los) encargados de su administración (los síndicos, pero hasta que eran nombrados se hacía cargo de ella el depositario)».³¹ Por otra parte en el concurso de acreedores civil (art. 1.175 LEC) se desarrollaba, «con leves variantes, el sistema genérico del embargo de bienes»,³² produciéndose «una ampliación del apoderamiento de los bienes del concursado desde el momento que se (extendía) a elementos que no (tenían) índole patrimonial sino mas bien índole personal»³³ y «el deudor (era) desapoderado de sus bienes y la ocupación de estos se (transmitía) para su conservación y administración a los órganos del concurso».³⁴

Por el contrario, en la actual legislación el deudor común no pierde la propiedad ni la posesión de sus bienes, ni la titularidad, ni la posesión, en su caso, de derechos,³⁵ en integrados en la masa activa, ni en el supuesto de intervención ni en el de sustitución, salvo y en la medida en que el juez

La Quiebra. Derecho concursal español, T. II, 2.ª edición, Barcelona: Bosch, 1998, pág. 823, que «no cabe pues duda: lo mismo da que a través del artículo 878 del vigente Código Mercantil, que a través del 1.035 del anterior de Sainz de Andino, la declaración de quiebra produce la inhabilitación del quebrado para la administración de sus bienes, o sea, su incapacitación para tal administración».

²⁸ Indicaba SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, *op. cit.*, pág. 458, «La declaración de quiebra produce con la inhabilitación una desposesión (o desapoderamiento) del quebrado de sus bienes, que han de constituir la masa activa de la quiebra, es decir, el conjunto de elementos patrimoniales que han de servir para satisfacer a los acreedores. La desposesión del deudor, como consecuencia de su inhabilitación, trae consigo una especie de separación de la persona del quebrado de su patrimonio, que queda afectado al cumplimiento de las obligaciones que ha contraído con los acreedores. La posesión de esta masa patrimonial se transmite a los órganos de la quiebra que van a estar encargados de su administración»; GARCÍA VILLAVERDE, R.: *Efectos de la declaración de quiebra sobre el deudor de carácter patrimonial*, *op. cit.*, pág. 178, señalaba que «puede apuntarse una explicación lógica al hecho de que se identifiquen los términos "desposesión" y "desapoderamiento", porque la técnica que se lleva a esta fase de la quiebra es sencillamente muy similar a la de los poderes mercantiles. El quebrado no tiene poder para administrar y disponer de los bienes que integran la masa. Esto no significa que no pueda pactar su venta. Como capaz que es puede negociar, pero lo que no puede es disponer de los bienes, porque el poder para administrar y disponer ha pasado ya a otros, salvo que estos subsanen su defecto de poder mediante la confirmación de actos».

²⁹ Los no embargables, los personalísimos, los que carecen de contenido económico y los afectos a determinadas obligaciones no son en ningún caso objeto de ocupación y consiguiente desapoderamiento, en ese sentido SOTO VÁZQUEZ, R.: *Aspectos concursales del patrimonio insolvente*, 2.ª edición, Granada: Ed. Comares, 1998, págs. 4-5; En relación con la quiebra SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, *op. cit.*, pág. 458 señalaba que «precisamente como medida cautelar, el depositario ha de ocupar los bienes del quebrado (...). Aunque este punto haya sido muy debatido, parece que es necesaria la posesión material de los bienes por parte del depositario para que estos queden afectos por completo en beneficio de sus acreedores, si bien se admite en determinados supuestos, puedan quedar en depósito de los propios poseedores, si fueran personas de notoria responsabilidad».

³⁰ Alude SOTO VÁZQUEZ, R.: *Aspectos concursales del patrimonio insolvente*, *op. cit.*, pág. 5, para cuando no hay ocupación material, a una posible *traditio ficta* mediante al auto de declaración de quiebra y la ocupación de los bienes.

³¹ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, *op. cit.*, pág. 458, alude a «una especie de separación de la persona del quebrado de su patrimonio, que queda afectado al cumplimiento de las obligaciones que ha contraído con sus acreedores»; Respecto de la quiebra SOTO VÁZQUEZ, R.: *Aspectos concursales del patrimonio insolvente*, *op. cit.*, pág. 5, señala que la ocupación no priva al quebrado de la propiedad de los bienes secuestrados.

³² GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, (T. II), pág. 280.

³³ Véase nota anterior.

³⁴ GUASP, J.: *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, (T. II), pág. 312.

³⁵ Ha de precisarse que «no cabe hablar de la posesión de un derecho por su titular», pero que al haber la defensa interdictal cabe la posesión de un derecho, indica CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, I.: *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos*, J.B. Barcelona: Bosch Editor, SA, 1992, págs. 26 y 102.

acuerde medidas cautelares, y con el alcance de las mismas (ejemplificándose por el supuesto en que acuerde el embargo, con depósito en otra persona, en el auto de declaración de concurso, artículo 21.1.4.º LC) o con posterioridad a instancias de los administradores (art. 43.1, *in fine*, LC), tampoco se prevén medidas equiparables al «embargo de créditos», ni se constituye un «patrimonio de afectación»³⁶ separado del propio del concursado.

Consecuentemente la sanción civil prevista en esta legislación concursal para los actos del empresario/deudor que infrinjan aquellas «limitaciones» «pasa a ser de anulabilidad» (art. 40.7 LC),³⁷ y no resulta afectada la capacidad de obrar del concursado.³⁸ Cuando aquella legislación alude a «limitaciones» no está refiriéndose a la capacidad de obrar, sino estableciendo un régimen especial para el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa durante la tramitación del concurso. No obstante a esa afirmación el que, de manera perturbadora, alguna norma adjetiva aluda a las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlos,³⁹ que debe entenderse referida y limitada exclusivamente a la capacidad procesal de empresario/deudor común declarado en concurso, y sin que pueda extrapolarse a otros ámbitos. De ahí que prudentemente la legislación concursal no aluda a la capacidad de obrar en ningún momento, como por el contrario lo efectuaba algún anteproyecto legislativo.⁴⁰

La anulabilidad prevista en la normativa concursal determina que cualesquiera actos y negocios efectuados por el concursado sobre la masa activa, sin la preceptiva intervención de los administradores concursales (concurso voluntario), o realizados por el empresario/deudor común declarado en concurso sustituido en el ejercicio de sus facultades de conservación, administración o disposición por los administradores concursales (concurso necesario), sean plenamente validos y eficaces,⁴¹ hasta que se anulen. Semejante regulación rompe con la histórica vinculación «inhabilitación-nulidad».

La capacidad de obrar del declarado en concurso tampoco se ve alterada porque se necesite la autorización del juez del concurso para la enajenación o gravamen de algún bien o derecho (cesión) integrado en la masa activa, hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, no constituyendo más que una especial medida de control que se reserva al juez del concurso.⁴²

³⁶ SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho Mercantil*, vol. II, *op. cit.*, pág. 458, para la quiebra.

³⁷ Exposición de motivos de la ley, epígrafe III, apartado primero *in fine*.

³⁸ Esta última afirmación aparentemente se contradice con el régimen general de la anulabilidad de los actos y negocios jurídicos. Efectivamente el cambio normativo puede introducir la duda de si semejante sanción civil de anulabilidad prevista en la ley resulta porque las limitaciones impuestas a sus facultades de administración y disposición afectan a su capacidad de obrar, incapacitándolo. No obstante la advertencia de la mejor doctrina sobre el carácter no exhaustivo de las causas de anulabilidad enumeradas en el artículo 1.301 del CC, y que aquella también se produce en los «casos en los que las leyes especiales utilicen el sistema para otros supuestos». Así en la Propuesta de Anteproyecto de 1996, artículos 17.1.2.º, 46.1 y 2 y 6, 48, 49, 50, 51, 52.2, 53, 54.2, 55.2, 81.1 y 2, y 183.1.1.º.

³⁹ LECiv. (2000), que en artículo 7.8 alude a «las limitaciones a la capacidad de quienes estén sometidos a concurso y los modos de suplirlos».

⁴⁰ Así en la Propuesta de Anteproyecto de 1996, artículos 17.1.2.º, 46.1 y 2 y 6, 48, 49, 50, 51, 52.2, 53, 54.2, 55.2, 81.1 y 2, y 183.1.1.º.

⁴¹ La propuesta de anteproyecto de 1996, consecuente con su afectación a la capacidad de obrar del concursado, establecía, en su artículo 53.3, que «son ineficaces los actos (...) que realice el deudor o cualquiera de sus representantes a partir de la declaración de concurso sin autorización de los interventores».

⁴² «La ley simplifica la estructura orgánica del concurso. Solo el juez y la administración concursal constituyen órganos necesarios del procedimiento. La ley configura al juez como el órgano rector del procedimiento, al que dota de facultades

3. La exigencia legal de continuidad en el ejercicio de la actividad de empresa del empresario/deudor común declarado en concurso

Ciertamente ordena la legislación concursal que en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa «se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso» (art. 43 LC). Mandato legal que en absoluto es contrario a la exigencia de continuidad en el ejercicio de la actividad empresarial, sino que son exigencias naturalmente complementarias.

Semejante actuación sobre la masa activa, ya la lleve a cabo el empresario/deudor común ya los administradores concursales, ha de «atender a su conservación», precisamente «del modo más conveniente para los fines del concurso». Ha de repararse en que se trata de la imposición de un deber general de «conservar», diferente al mero y simple «almacenamiento» o mantenimiento inactivo del conjunto patrimonial «masa activa», como sucedía en la quiebra y que explicaba de la exclusión en la derogada institución mercantil de cualesquiera actos de disposición sobre la masa activa.⁴³

Por el contrario, la realización de actos de administración y disposición sobre la masa activa en la legislación concursal, está refiriendo exigencia de actividad gestora de aquel conjunto patrimonial, no perturbadora del mantenimiento de su integridad valorativa, de tal modo que aquellas actuaciones gestoras no disminuyan sino que mantengan o incrementen su valor, con independencia de la consideración individualizada de los bienes y derechos que compongan dicha masa patrimonial.⁴⁴

Esto es, la «atención a la conservación» no queda reconducida al simple depósito o custodia⁴⁵ de bienes y derechos que componen la masa activa, sino que exige y requiere de su gestión eficaz, bien que presidida por un deber de prudencia o cuidado (por otra parte consustancial, por más que haya dejado de ser principal, con nuestra legislación financiera y contable). Por ello no hay prohibición de enajenar, pero los actos de enajenación y gravamen de los bienes y derechos que componen la masa activa no podrán llevarse a efecto, hasta la aprobación judicial del concurso o la apertura de la liquidación, «sin autorización del juez» (art. 43.2 LC). Medida precautoria derivada de que aquellos actos implican, por lo general, un mayor riesgo de pérdidas irrecuperables que los de simple administración ordinaria.⁴⁶

que aumentan el ámbito de las que le correspondían en el derecho anterior y la discrecionalidad con que puede ejercitarlas, siempre motivando las resoluciones» (Exposición de motivos de la ley, epígrafe IV, apartados primero y segundo). «La administración concursal se regula conforme a un modelo totalmente diferente del hasta ahora vigente» (Exposición de motivos de la ley, epígrafe IV, apartado octavo).

⁴³ Indicaba AGUILERA LA CIERVA: *Actos de administración, de disposición y de conservación*, Madrid: Editorial Montecorvo, 1973, pág. 291, «toda la institución de la quiebra responde a una finalidad de conservación. Se trata de conseguir que ninguno de los bienes que constituyen legalmente la masa de la quiebra salga de ella. Pues todos sirven de garantía a los acreedores para la satisfacción de sus créditos. Tal finalidad explica la eliminación de los actos de disposición».

⁴⁴ Vid. LOJACONO, V.: «Atti di amministrazione» en voz *Amministrazione*, Enciclopedia del Diritto, T. II, Milán: Giuffrè Editore, 1958, pág. 160.

⁴⁵ LOJACONO, V.: «Atti di amministrazione», *op. cit.*, pág. 161.

⁴⁶ Indica que los actos de disposición implican aparentemente un mayor riesgo que los de administración, LOJACONO V.: «Atti di amministrazione», *op. cit.*, pág. 160.

La gestión de la masa activa del concurso, en esos términos, se impone a todos los posibles actos de administración y disposición, constituyéndose en un específico deber de conservar con la finalidad propia del concurso,⁴⁷ elevado a la categoría de como «esencial», constituyendo, a la postre, el mejor medio de asegurar la «satisfacción de los acreedores».⁴⁸ Se trata de una «finalidad esencial», en cuanto que define el propósito del concurso, en el que no es ya relevante únicamente el interés de los acreedores, sino que aparecen otros intereses relevantes y por lo tanto jurídicamente protegidos, ahora referidos al mantenimiento del sistema económico, de «economía de mercado», o si se prefiere «la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado».⁴⁹ Preocupación que se advierte cuando con rotundidad se establece que «la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este»,⁵⁰ imponiéndose la continuidad en el cumplimiento de deberes contables y financieros típicos.⁵¹

La «empresa» se objetiva y se institucionaliza, promoviéndose su permanencia y continuación, por ello se impone el deber de actuar «no solo en interés de los acreedores, sino del propio concursado, de los trabajadores y de otros intereses».⁵² No se impone al empresario/deudor común declarado en concurso la continuación en el ejercicio de su actividad profesional o empresarial, pues ello violentaría el derecho al trabajo y la libertad de trabajo, comercio e industria,⁵³ pero sí procura la permanencia de la empresa como «conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio»,⁵⁴ bien en la titularidad de ese empresario/deudor común, bien en la titularidad de otra persona física o jurídica.

El cuidado de la continuidad de la actividad de empresa atiende en buena medida a la satisfacción de los acreedores concursales, siendo instrumental para procurar la satisfacción de sus créditos, exigiendo que se gestione con eficacia la empresa en que se venía actuando. Consecuencia de semejante requerimiento de continuidad en la actividad empresarial es el mantenimiento de los órganos de la persona jurídica (art. 48 LC), siendo así que, hoy en día, la mayoría de los empresarios son personas jurídicas.

⁴⁷ Sobre los fines del concurso es ilustrativa la perspectiva histórica que aporta SANTINI G.: «Soluciones jurídicas al estado de crisis de empresa en los sistemas de economía de mercado», en *Reforma del Derecho de Quiebra. Jornadas sobre la reforma del Derecho concursal español*, Madrid: Civitas-Fundación Universidad-Empresa, 1982, págs. 35 y ss.

⁴⁸ Exposición de motivos, epígrafe II, apartado cuarto de la LC.

⁴⁹ Artículo 38 de la CE.

⁵⁰ Exposición de motivos, epígrafe III, apartado cuarto, epígrafe VI, apartado octavo y epígrafe VII, apartado quinto, y artículo 44 de la LC; Por el contrario, con arreglo a la legislación anterior, se afirmaba que «la finalidad procesal del concurso y de la quiebra es la liquidación del patrimonio del deudor común y la entrega del producto a los acreedores», HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, pág. 306.

⁵¹ Me remito a mi trabajo, «Artículo 46. Cuentas anuales del deudor», en *Comentarios a la Legislación Concursal* (SANCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. I, Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 865-925.

⁵² Exposición de motivos epígrafe VI, apartado octavo.

⁵³ Artículos 35 y 38 de la CE.

⁵⁴ Podría utilizarse una noción al uso en la disciplina mercantil (vid. GONDRA, J.M.: *Derecho Mercantil I*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Universidad Complutense de Madrid, 1992 págs. 126-141). No obstante, dada la importancia que la Ley Concursal da al mantenimiento de los puestos de trabajo parece procedente acudir a la noción de empresa que se maneja en el ámbito laboral referible a las «transmisiones de empresas» (SSTJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Carlito Abler y otros).

La atención que la legislación concursal presta a los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 64 LC), para la conservación de la empresa (en su doble dimensión, objetiva y de actividad), y que modula el régimen laboral ordinario, tiende a preservar su eficiencia económica, y es manifestación explícita del requerimiento de la continuidad eficiente de la actividad empresarial.

En la propuesta de enajenación de la empresa, posibilidad a incluir en la propuesta de convenio, se ha de mantener la unidad de la empresa, que ha de enajenarse como tal, o de sus unidades productivas susceptibles de continuar desarrollando una actividad de empresa (diferentes empresas desde el punto de vista económico, incluidas en la masa activa), esto es, se impone, sino se enajena la empresa como un todo, la transmisión de las distintas unidades productivas como tales conjuntos productivos (art. 100.2 LC). Se impone el deber de enajenar en conjunto los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes y servicios pertenecientes al deudor, esto es, como un todo o al menos por unidades productivas, así como la utilización del mecanismo de «ofertas de compra de la empresa» (art. 149.1 y 2 LC).

Se atiende así a la finalidad misma de «mantener en funcionamiento la empresa».⁵⁵ Preocupación que tiende a manifestarse en la generalidad de nuestro ordenamiento jurídico cuando de medidas de ejecución patrimonial se trata (ejemplificada en el art. 592.3 LECiv.),⁵⁶ bien que en cierta perspectiva se aluda a que «la finalidad del concurso no es el saneamiento, esto es, el restablecimiento del equilibrio financiero-patrimonial de las empresas, sino la conservación de empresas como medio para satisfacer los intereses de los créditos afectados por la crisis».⁵⁷ La exigencia de la continuidad en la llevanza de la contabilidad, con la formulación de los estados financieros exigibles, en su caso, (arts. 45 y 46 LC) es manifestación explícita de la exigencia de continuidad en la actividad empresarial.

III. ADMINISTRADORES, SOCIOS, TRABAJADORES Y «EXPEDIENTE DE REGULACIÓN DE EMPLEO CONCURSAL»

Establece nuestra legislación concursal, en consonancia con la *rescue culture* o «del salvamento de las empresas en crisis», que «la declaración de concurso, por sí sola, no interrumpe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor, sin perjuicio de los efectos que produce sobre las facultades patrimoniales de este; pero goza el juez del concurso de amplias potestades para acordar el cierre de sus oficinas, establecimientos o explotaciones, e incluso, cuando se trate de una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta, previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores».⁵⁸

⁵⁵ Alude la exposición de motivos, epígrafe III, apartado quinto, a la «gran importancia, como corresponde a la que estos entes y, fundamentalmente, las sociedades revisten en el moderno tráfico».

⁵⁶ Que establece: «También podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales».

⁵⁷ Pulgar EZQUERRA, J.: «Aprobación de la reforma concursal en el pleno del Congreso, ¿cambio de sentido de la reforma?», *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, núm. 58, de 22 de mayo de 2003, pág. 4; Epígrafe VI, apartado octavo de la exposición de motivos de la ley.

⁵⁸ Exposición de motivos, apartado III, quinto párrafo de la LC.

Afirmación un tanto extravagante de la norma concursal, por cuanto encierra una cierta contradicción. La no interrupción de la actividad de empresa determina que «durante la tramitación del concurso se (mantengan) los órganos de la persona jurídica deudora», y que los administradores concursales estén legitimados para ejercer las acciones de responsabilidad contra los administradores, auditores y liquidadores, sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. La posición de aquellos administradores, en su caso liquidadores, es la propia de ser los gestores empresariales, por ello la norma concursal establece el «severo» efecto «del embargo de bienes y derechos de los administradores y liquidadores, que el juez puede acordar cuando exista fundada posibilidad de que el concurso se califique como culpable y de que la masa activa resulte insuficiente para satisfacer todas las deudas».⁵⁹

Cuando los socios no sean administradores ni se ocupen de la gestión empresarial, la posición de la legislación concursal es menos exigente, pero no por ello puede dejar de ser coherente con su responsabilidad al tenor de la legislación societaria. Por ello se establece que, para cuando no se trate de sociedades capitalistas, que «los efectos del concurso de la sociedad sobre los socios subsidiariamente responsables de las deudas de esta, (...) se reducen a atribuir a la administración concursal la legitimación exclusiva para ejercitar la correspondiente acción una vez aprobado el convenio o abierta la liquidación. Se evitan así tanto la extensión automática del concurso a personas que, aun responsables de las deudas sociales, pueden ser solventes, como las reclamaciones individuales de los acreedores contra los socios, perturbadoras del buen orden del concurso».⁶⁰

Como la declaración de concurso no interrumpe la continuación de la actividad profesional o empresarial que viniera ejerciendo el deudor, se previene que «en caso de intervención, y con el fin de facilitar la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor, la administración concursal podrá determinar los actos u operaciones propios del giro o tráfico de aquella actividad que, por razón de su naturaleza o cuantía, quedan autorizados con carácter general», al extremo de que «sin perjuicio de las medidas cautelares que hubiera adoptado el juez al declarar el concurso, hasta la aceptación de los administradores concursales el deudor podrá realizar los actos propios de su giro o tráfico que sean imprescindibles para la continuación de su actividad, siempre que se ajusten a las condiciones normales del mercado». Para el caso «de suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, corresponderá a la administración concursal adoptar las medidas necesarias para la continuación de la actividad profesional o empresarial» (art. 44 LC).

La consecuencia inherente al mantenimiento de la actividad empresarial es la continuidad de la vigencia de los contratos de trabajo, sin perjuicio del mantenimiento de las facultades directivas (manifestada, entre otras, en la posibilidad de acordar despidos por causas objetivas) y disciplinarias (cuya manifestación contundente es el despido disciplinario) empresariales. Solo excepcionalmente «el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia del deudor y de los representantes de los trabajadores de la empresa, podrá acordar mediante auto el cierre de la totalidad o de parte de las oficinas, establecimientos o explotaciones de que fuera titular el deudor, así como, cuando ejerciera una actividad empresarial, el cese o la suspensión, total o parcial, de esta» (art. 44 LC), en cuyo caso «cuando estas medidas supongan la extinción, suspensión o modificación colectivas de

⁵⁹ Exposición de motivos, apartado III, séptimo párrafo de la LC.

⁶⁰ Exposición de motivos, apartado III, octavo párrafo de la LC.

los contratos de trabajo», el juez de lo mercantil actuará conforme al expediente de regulación de empleo concursal (art. 44 LC, en relación con el artículo 64 LC).

Pero no solo en ese caso deberá acudirse al «expediente de regulación de empleo concursal»,⁶¹ sino que cuando el despido colectivo sea necesario para mantener la viabilidad de la empresa, cumplimentándose el mandato legal, deberá acudirse a semejante «expediente». Efectivamente «la administración concursal, el deudor o los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales, podrán solicitar del juez del concurso la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado» (art. 64.2 LC) y en esa solicitud se «deberá exponer y justificar, en su caso, las causas motivadoras de las medidas colectivas pretendidas y los objetivos que se proponen alcanzar con estas para asegurar, en su caso, la viabilidad futura de la empresa y del empleo, acompañando los documentos necesarios para su acreditación (art. 64.4 LC).⁶²

Previene la legislación concursal que la adopción de las medidas previstas en el apartado anterior solo podrá solicitarse del juez del concurso una vez emitido por la administración concursal su informe «salvo que se estime que la demora en la aplicación de las medidas colectivas pretendidas puede comprometer gravemente la viabilidad futura de la empresa y del empleo o causar grave perjuicio a los trabajadores, en cuyo caso, y con acreditación de esta circunstancia, podrá realizarse la petición al juez en cualquier momento procesal desde la declaración de concurso» (art. 64.3 LC), y «si la medida afecta a empresas de más de 50 trabajadores, deberá acompañarse a la solicitud un plan que contemple la incidencia de las medidas laborales propuestas en la viabilidad futura de la empresa y del empleo» (art. 64.5, segundo párrafo).

⁶¹ «Los expedientes de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales, una vez declarado el concurso, se tramitarán ante el juez del concurso por las reglas establecidas (en el propio art. 64 LC)», indica el artículo 64.1 de la LC. Aspectos relevantes de semejante expediente, regulado en el artículo 64 de la LC, son los siguientes: recibida la solicitud, el juez convocará a los representantes de los trabajadores y a la administración concursal a un periodo de consultas, cuya duración no será superior a 30 días naturales, o a 15, también naturales, en el supuesto de empresas que cuenten con menos de 50 trabajadores. En los casos en que la solicitud haya sido formulada por el empresario o por la administración concursal, la comunicación a los representantes legales de los trabajadores del inicio del periodo de consultas deberá incluir copia de la solicitud y de los documentos que en su caso se acompañen. Durante el periodo de consultas, los representantes de los trabajadores y la administración concursal deberán negociar de buena fe para la consecución de un acuerdo. El acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de las representaciones sindicales, si las hubiere, siempre que representen a la mayoría de aquellos. Al finalizar el plazo señalado o en el momento en que se consiga un acuerdo, la administración concursal y los representantes de los trabajadores comunicarán al juez del concurso el resultado del periodo de consultas. Recibida dicha comunicación, el secretario judicial recabará un informe de la Autoridad Laboral sobre las medidas propuestas o el acuerdo alcanzado, que deberá ser emitido en el plazo de 15 días, pudiendo esta oír a la administración concursal y a los representantes de los trabajadores antes de su emisión. Recibido el informe por el juez del concurso o transcurrido el plazo de emisión, seguirá el curso de las actuaciones. Si el informe es emitido fuera de plazo, podrá no obstante ser tenido en cuenta por el juez del concurso al adoptar la correspondiente resolución. Cumplidos aquellos trámites el juez resolverá en un plazo máximo de 5 días, mediante auto, sobre las medidas propuestas aceptando, de existir, el acuerdo alcanzado, salvo que en la conclusión del mismo aprecie la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho. En este caso, así como en el supuesto de no existir acuerdo, el juez determinará lo que proceda conforme a la legislación laboral.

⁶² Sobre las indemnizaciones a pactarse y la cuestionable superación del límite de los 20 días, por abuso de derecho, respecto a los demás acreedores, CAVAS, F.: «La resolución de los expedientes de regulación de empleo por causas económica, técnicas, organizativas y productivas», en *Los Acreedores Concursales*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 490-491.

Manifestación de esa finalidad salvadora de la «empresa en crisis» que informa a la legislación concursal es la previsión. En el supuesto de acordarse una modificación sustancial de carácter colectivo (art. 41 ET) «el derecho de rescisión de contrato con indemnización que, para tal supuesto reconoce dicha norma legal, quedará en suspenso durante la tramitación del concurso y con el límite máximo de un año desde que se hubiere dictado el auto judicial que autorizó dicha modificación», suspensión que «también será de aplicación cuando se acordare un traslado colectivo que suponga movilidad geográfica, siempre que el nuevo centro de trabajo se encuentre en la misma provincia que el centro de trabajo de origen y a menos de 60 kilómetros de este, salvo que se acredite que el tiempo mínimo de desplazamiento, de ida y vuelta, supera el 25 por 100 de la duración de la jornada diaria de trabajo» (art. 64.9 LC). También puede considerarse manifestación de esa finalidad «salvadora» el que el ejercicio de acciones individuales interpuestas al amparo de incumplimientos esenciales empresariales (art. 50 ET) «tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso». ⁶³

Efectivamente, como singular novedad en nuestro panorama extintivo laboral la legislación concursal establece una novedosa forma de «extinción colectiva», por cuanto no parte del empresario ni de los trabajadores considerados «colectivamente», sino de cada uno de ellos singularmente, pero que cuando alcanza un determinado umbral, la ley las «colectiviza», forma que está «tomada de la legislación laboral pero reconvertida para hacer frente a las necesidades del concurso», ⁶⁴ supuesto en el que «precluye la utilización y el recurso al artículo 50.1 b) ET». ⁶⁵

IV. EL TRATAMIENTO DEPARADO POR LA LEGISLACIÓN CONCURSAL A LOS CRÉDITOS SALARIALES E INDEMNIZACIONES, DEBIDAS A LOS TRABAJADORES POR EL EMPRESARIO/DEUDOR COMÚN DECLARADO EN CONCURSO, SEGÚN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1. Aspectos generales

En íntima relación y como natural consecuencia de esa continuidad de la actividad empresarial declarado el concurso del empresario/deudor común, resulta que tendrán la consideración de «créditos contra la masa», y por lo tanto quedarán excluidos de la «masa pasiva», los créditos 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

⁶³ Siempre y cuando la extinción afecte a un número de trabajadores que supere, desde la declaración del concurso, los límites siguientes: a) Para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores, 10 trabajadores. Se entenderá en todo caso que son colectivas las acciones ejercidas por la totalidad de la plantilla de la empresa; b) Para las empresas que cuenten con una plantilla de 100 a 300, el 10 por 100 de los trabajadores; c) Para las empresas que cuenten con una plantilla de más de 300, el 25 por 100 de los trabajadores.

⁶⁴ MONTROYA, A.: «El expediente de regulación de empleo en el concurso (Sobre las extinciones, suspensiones y modificaciones del contrato de trabajo en situaciones concursales)», en *Los Acreedores Concuriales*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, págs. 437, 438 y 439.

⁶⁵ Indica GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La negociación del expediente de regulación de empleo en el concurso», en *Los Acreedores Concuriales*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 461.

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 un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso» (art. 84.1.5.º LC), entendiéndose que «los créditos por indemnizaciones derivadas de extinciones colectivas de contratos de trabajo ordenados por el juez del concurso se entenderán comunicados y reconocidos por la propia resolución que los apruebe, sea cual sea el momento» (art. 84.1.5.º LC).

También tienen la consideración de créditos contra la masa, por consideraciones ajenas a la continuidad de la actividad empresarial, y ligadas al carácter de medio de mínima subsistencia del trabajador y su familia «los créditos por salarios por los últimos 30 días de trabajo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional» (art. 84.1.1.º LC).⁶⁶

Cuando no se trate de aquellos créditos salariales o por determinadas indemnizaciones: a) Tendrán la consideración de créditos con privilegio especial «los créditos refaccionarios, sobre los bienes refaccionados, incluidos los de los trabajadores sobre los objetos por ellos elaborados mientras sean propiedad o estén en posesión del concursado» (art. 90.1.3.º LC); b) Tendrán la consideración de créditos con privilegio general «los créditos por salarios⁶⁷ 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 de concurso». Los créditos salariales y por indemnizaciones derivadas de las extinciones de contratos de trabajo que superen dichos límites tendrán la consideración de créditos ordinarios.⁶⁹

Cuestión singularmente polémica es la previsión de la normativa concursal según la cual los créditos referidos con privilegio especial anteriormente reseñados no traspasan a la clase de los créditos subordinados, aun cuando se trate de créditos de que fuera titular alguna de las personas «espe-

⁶⁶ ETXARANDIO HERRERA, E.J.: *Manual de Derecho concursal*, 2.ª edición, Las Rozas (Madrid): La Ley, 2009, pág. 695, los califica de «créditos contra la masa sintéticos».

⁶⁷ Indica VEIGA COPO, A.B.: *La masa pasiva del concurso de acreedores*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 938, que, «tradicionalmente, la asignación de un privilegio a los créditos salariales responde a una lógica explicativa de tipo asistencial. El trabajador no tiene un conocimiento sagaz de la situación financiera del empresario o empleador por lo que, entre otras cosas, le es extremadamente complicado encontrar garantías. Se trata ante todo de evitar la devaluación de unos créditos que están llamados a cubrir las necesidades de subsistencia del trabajador. Solo este hecho explica suficientemente la protección que una norma concursal debe dispensar a los trabajadores sobre todo blindando lo que es en sí la remuneración, el salario».

⁶⁸ ETXARANDIO HERRERA, E.J.: *Manual de Derecho concursal*, op. cit., pág. 698, que «probablemente, se excluyen de privilegio prestaciones que tienen una vía de cobro garantizada, a través de la automaticidad de las prestaciones, mientras que no se acoge (...) la que no sería atendida en supuesto de insolvencia del empresario, por no admitirse responsabilidad subsidiaria del INSS».

⁶⁹ Si son por los últimos 30 días trabajados antes de la declaración de concurso y superan el doble del salario mínimos interprofesional, tendrán la consideración de créditos con privilegio general, en tanto no superen el triple de aquella medida, y en que excedan ordinarios, precisa ETXARANDIO HERRERA, E.J.: *Manual de Derecho concursal*, op. cit., pág. 695.

cialmente relacionadas con el deudor» (el cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas anteriormente indicadas, y los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado), «cuando el concursado sea persona natural».

La disposición que parece, en principio intachable, pues aquellas relaciones de familia no pueden sino mantenerse entre personas físicas, sin embargo es más que cuestionable pues podría abo- carse a tratos flagrantemente desiguales y discriminatorios. Efectivamente, a la misma puede imputarse una importante desconexión con la realidad jurídica y empresarial actual, puesto que, por una parte resulta que el ordenamiento jurídico promueve las sociedades capitalistas unipersonales, con fines limitativos de la responsabilidad patrimonial universal de los empresarios, en las que se da una disociación entre el empresario real en sentido económico, el accionista o participe único, que es quien efectiva y realmente desarrolla la actividad de empresa, y el empresario formal o jurídica- mente relevante, que es la sociedad unipersonal. Por otra parte, ¿qué sucede cuando aquellas relacio- nes se mantienen con quien es administrador de derecho o de hecho de la empresa/deudor, declarado en concurso persona jurídica (sociedad)?

En el primer caso parece que estamos ante una laguna legal, que podría colmarse por vía de ana- logía o del «levantamiento del velo»,⁷⁰ de tal manera que se depare a los créditos de aquellas personas especialmente relacionadas con el único accionista el mismo trato que si la sociedad unipersonal fuera la persona física único accionista o participe. El segundo supuesto es más complejo, pues la normativa no ha previsto una excepción comparable a los créditos de las «personas especialmente relacionas con el empresario persona natural o física», pudiendo haberlo hecho, por lo que, en principio parece que la solución sería que esos créditos tendrían la consideración de subordinados, no obstante, parece que habría de actuarse con cautela y a salvo de la posibilidad de acudir al «levantamiento del velo», y según los resultados que deparase el uso de esa técnica jurídica, aplicar o no analógicamente la previsión legal respecto de las personas especialmente relacionadas con el empresario persona natural.

Finalmente, y en relación con aquellas previsiones legales, también se plantea la cuestión de cómo han de clasificarse los créditos por salarios e indemnizaciones derivadas de las extinciones de contratos de trabajo, de las personas especialmente relacionas con el empresario/deudor común decla- rado en concurso, que superen la cuantía «que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago» para los primeros, y «la quan- tía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario míni- mo interprofesional», para las segundas. ¿Deberán calificarse estas como créditos ordinarios o como créditos subordinados? Parece que deberían calificarse como créditos ordinarios, por haber sido con- ceptualmente sacados, parece que con carácter definitivo, de la condición de «subordinados», pero la cuestión dista de tener una clara solución.

⁷⁰ Destaca esta problemática VEIGA COPO, A.B.: *La masa pasiva del concurso de acreedores*, op. cit., pág. 1.043, quien pre- cisa lo siguiente: «¿Qué pasaría por ejemplo ante un crédito del ascendiente a su hijo que es empresario bajo forma socie- taria unipersonal? Pues que simplemente su crédito no sería subordinado, dado que no es persona especialmente relacionada con la persona jurídica por muy unipersonal que sea».

2. El caso especial del personal de alta dirección

Es preciso efectuar, por su tratamiento legal específico, una referencia a los créditos salariales y por indemnizaciones debidos al personal de «alta dirección». Se indica en nuestra legislación concursal que «durante la tramitación del concurso, la administración concursal, por propia iniciativa o a instancia del deudor, podrá extinguir o suspender los contratos de este con el personal de alta dirección, (y que) en caso de suspensión del contrato, este podrá extinguirse por voluntad del alto directivo, con preaviso de un mes, conservando el derecho a la indemnización» (art. 65 LC).

El tratamiento deparado a los salarios y demás emolumentos del personal de alta dirección⁷¹ es singular en cuanto que «en caso de extinción del contrato de trabajo, el juez del concurso podrá moderar la indemnización que corresponda al alto directivo, quedando en dicho supuesto sin efecto la que se hubiera pactado en el contrato, con el límite de la indemnización establecida en la legislación laboral para el despido colectivo», pudiendo además la administración concursal solicitar del juez del concurso que «el pago de este crédito se aplase hasta que sea firme la sentencia de calificación» (art. 65 LC). Semejante facultad moderadora «constituye una norma especial respecto de la facultad general de moderación reconocida en el artículo 1.154 del CC».⁷²

Procede recordar que la alta dirección empresarial, en sentido amplio, constituye un conjunto definido por la pertenencia⁷³ a una determinada organización empresarial y el desarrollo en la misma de un «trabajo por cuenta ajena»⁷⁴ bien porque estén obligados, en cuanto que administradores socia-

⁷¹ Para un estudio general y completo me remito a mi trabajo, «Artículo 65. Contratos de personal de alta dirección», en *Comentarios a la Legislación Concursal* (SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., directores), T. II, Valladolid: Lex Nova, 2004, págs. 1.207-1.321.

⁷² LEÓN, F.J.: «Los créditos derivados del contrato de alta dirección», en *Los Acreedores Concuriales*, Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, pág. 369.

⁷³ En términos de lógica de clases o álgebra booleana.

⁷⁴ Sobre el carácter de «por cuenta ajena» de la prestación de su actividad o trabajo por el administrador cabe recordar que se viene abordando de antiguo por la doctrina. Efectivamente, ya en su momento, la mejor doctrina manifestó su disconformidad con la calificación legal que llevaba a efecto el CCom. de la relación de los administradores con la sociedad, a los que consideraba mandatarios, ex artículos 122 y 156, siguiendo la tradición francesa, indicando que aquella relación era más compleja, pues, destacaba GARRIGUES, J.: *Tratado de Derecho Mercantil*, T. I, V. 2, Madrid: Facultad de Derecho, 1947, pág. 1.035, que «su situación jurídica frente a la sociedad descansa en un contrato de empleo que vincula a ambas partes. La relación jurídica de empleo se descompone luego en facultades y deberes de gestión en lo interno (contrato de mandato o contrato de servicios) y de representación en lo externo». En otras ocasiones se ha calificado de contrato sui géneris, y denominado «de administración», indicándose que «debería integrarse a través de la disciplina, a veces contradictoria entre sí, del mandato, del arrendamiento de servicios, e incluso del contrato de trabajo, como contradictorias son las dos notas que caracterizan la relación de administración: la subordinación y la autonomía», POLO, E.: «Los Administradores y el Consejo de Administración de la Sociedad Anónima», en *Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, Madrid: Civitas, 1992, pág. 51. Sobre ese contrato, que da una idea muy precisa del «trabajo por cuenta ajena» del administrador, indica SÁNCHEZ CALERO, F.: «Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, págs. 3.403-3.407. También en «Administradores» en *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas* (dirección SÁNCHEZ CALERO, F.), T. IV, Edersa, 1994, págs. 69-73. Asimismo en *La sociedad cotizada en bolsa en la evolución del Derecho de sociedades*, Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2001, pág. 274; Un amplio estudio doctrinal, histórico y de derecho comparado en BRITO CORRREIA, L.: *Os administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina, 1993, que, en pág. 496, afirma: «La elección y la aceptación de los administradores de la sociedad anónima tiene naturaleza de contrato, el cual, por eso, puede denominarse contrato de administración», y en pág. 740, tras indicar que «ha de reconocerse que el contrato de administración no se puede reconducir ni al mandato, ni al arrendamiento de servicios, ni al trabajo subordinado, debiendo por eso ser considerado una figura autónoma, sui géneris», que de seguido define, concluye que no

les, al «desarrollo de los actos en que se concreta la gestión de la empresa que constituye el objeto social»⁷⁵ representando a la organización-empresa en esa actividad empresarial; o bien porque ejercen tal actividad de empresa al hallarse vinculados al empresario mediante una relación laboral (contrato de trabajo) cuya nota característica, cuando aquella relación laboral es ordinaria o común, se ubica en la «dependencia» manifestándose en el desarrollo de la prestación del trabajo, según establece la regulación legal, «dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».⁷⁶

Por ello dentro de esa genérica categoría de personal directivo deben distinguirse las subcategorías de consejeros o miembros de los órganos administrativos de sociedades, directivos de régimen laboral común, incluso personal de alta dirección. No estamos ante un verdadero trabajador en los supuestos en que se posea la categoría de administrador general o de consejero delegado o cuando se actúa, sin rebasarlo, como miembro de los órganos societarios. Hay supuestos más dudosos en los que se simultanean actividades de alta dirección o gerencia con facultades que se ejercitan directamente por delegación interna, relación que normalmente no es laboral sino mercantil, no obstante muchas veces el criterio para distinguir ambas figuras es problemático, pues es obvio que el personal de alta dirección realiza las mismas funciones que los consejeros delegados.⁷⁷

Establecido que el administrador social no entra en la noción que se maneja en la legislación concursal de «personal de alta dirección» (art. 65 LC), resulta que en los tiempos que nos ha tocado vivir, en los que la actividad empresarial se desarrolla fundamentalmente por personas jurídicas (nor-

se puede considerar contrato de trabajo «por poder ser gratuito y por no ser jurídicamente subordinado». Me remito a mis trabajos, «Un nuevo modelo de prestación de trabajo por cuenta ajena: la actividad gestora de los administradores de sociedades mercantiles capitalistas», *RTSS*. CEF, núm. 209, agosto-septiembre 2000, págs. 67 y ss.; «El administrador social que trabaja para una sociedad anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia del régimen de su relación de servicios», en *Derecho de Sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez Calero*, vol. II, Madrid: McGraw-Hill, 2002, págs. 1.541 y ss.; también «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos cargos)», en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, T. III, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, págs. 3.723 y ss.; Abundan en la característica del trabajo por cuenta ajena del administrador social DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E.: «Administradores sociales, Altos directivos y Socios trabajadores», Valladolid: Lex Nova, 2000, pág. 52. Sobre la ajeneidad baste con la cita de ALONSO OLEA, M.: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid: Civitas, 1994 (5.ª edición), especialmente págs. 56-57, que en «Las raíces del contrato de trabajo», *AARAJL*, núm. 21, 1989, pág. 401, indica que «en el Código Civil, pese a las apariencias, lo que hoy llamamos contrato de trabajo, y en él se llama arrendamiento de servicios, aparece perfectamente individualizado y separado del arrendamiento de cosas»; La jurisprudencia constitucional ha destacado el amplio margen que tiene el legislador ordinario para delimitar el ámbito de las relaciones laborales, sin estar limitado más que por la propia constitución, pudiendo someter la prestación del trabajo por cuenta ajena a diferentes regímenes jurídicos, laborales, mercantiles o civiles. Es al respecto contundente la STC 227/1998 (Pleno) de 26 de noviembre. La STS, Sala Cuarta, de lo Social de 29 de enero de 1997, indica que «el administrador social, que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil», añadiendo que «en el sistema productivo actual, el trabajo asalariado es el más importante, conocido y característico de los trabajos por cuenta ajena, por lo que el uso indistinto de una y otra expresión es frecuente. Pero esta vía de interpretación no es, evidentemente, la única posible (...) los trabajadores por cuenta ajena comprenden a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral».

⁷⁵ SÁNCHEZ CALERO, F.: «Administradores», *op. cit.*, pág. 21, también págs. 101 y ss.

⁷⁶ En términos del artículo 1.1 del ET, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo de 1995, (titulado «ámbito de aplicación»). «1. La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario».

⁷⁷ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2010.

malmente con forma societaria capitalista), la teoría clásica de la administración de empresas determina que la participación en aquella dirección y gestión empresarial se extienda a otra multitud de sujetos, cuya permanencia (en cuanto que estructura directiva y gestora) parece necesaria para la continuidad de la organizada actividad de empresa.⁷⁸

Carece de relevancia la denominación estricta o literal del cargo o puesto de trabajo que otorguen las partes, incluso de la naturaleza jurídica que trasciende a la constatación documental del contrato, por cuanto son el conjunto de las facultades que se desarrollan en la práctica efectiva del ejercicio diario las que conforman las notas características del régimen laboral a aplicar («común» o de «personal de alta dirección»), de tal manera que aun cuando el trabajador tome decisiones que conformen una asistencia técnica en la gestión fundamental de la actividad empresarial, siempre los elementos objetivos del alcance y la extensión de los poderes conferidos y los elementos jerárquicos consistentes en la sujeción, en el ejercicio de esas facultades, a los órganos societarios, conforman una realidad que resulta inexcusable para entender que la prestación de servicios es propia de la alta dirección.⁷⁹ De tal manera que estamos ante una prestación de servicios por cuenta ajena de alta dirección cuando tenemos la certeza de que tal prestación de servicios sustituya a la que podría darse en la ejecución de una actividad por cuenta propia que haría la empresa en la que presta servicios ese trabajador y es su verdadero empleador.⁸⁰

Cumplimentada la exigencia de la continuidad de la actividad empresarial, es el personal de alta dirección durante el concurso quien «ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, limitadas bien por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad, bien por los administradores concursales en cuanto sustituyan al empresario/deudor común declarado en concurso».

Ciertamente singular es la posición del personal de alta dirección,⁸¹ afirmándose que «este colectivo de trabajadores supone un apéndice de gestión de la misma sociedad o empresa»,⁸² habiéndose afirmado, probablemente con exceso, que «en el Derecho español no hay funciones propias del

⁷⁸ STJUE de 6 de noviembre de 2003, asunto C-413/01, Franca Ninni-Orasche.

⁷⁹ STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, de 26 de mayo de 2010.

⁸⁰ Véase nota anterior.

⁸¹ Sobre el personal de alta dirección me remito a mis trabajos «La relación laboral especial del Personal de alta dirección», *RTSS*. CEF, núm. 104, noviembre 1991, págs. 129 y ss. «El contrato de trabajo y el régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección», *RTSS*. CEF, núm. 108, marzo 1992, págs. 103 y ss.; «La alta dirección empresarial (Administradores y Altos Cargos)», *op. cit.*, págs. 3.723 y ss.; Sobre personal de alta dirección *vid.*, entre la numerosa bibliografía al efecto, SALA FRANCO, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao: Ed. Deusto, 1990; IGLESIAS CABERO, M.: *Relación laboral especial de personal de alta dirección*, Madrid: Civitas, 1991; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Flexibilización y ajuste de la noción de alto directivo en la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo», *RL*, núm. 14, 1992, págs. 9 y ss.; MARTÍNEZ MORENO, C.: *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Madrid: CES, 1994; MOLERO MANGLANO, C.: *El contrato de alta dirección*, Madrid: Civitas, 1995; del mismo autor, *Alta dirección: una revolución jurisprudencial*, *RL*, II, 1997, págs. 141 y ss.; GARCÍA MURCIA, J. y MARTÍNEZ MORENO, C.: *El personal de alta dirección: concepto y características*, Madrid: Tecnos, 1995; DEL VAL TENA, A.L.: *Los trabajadores directivos de la empresa*, Pamplona: Aranzadi, 1999; del mismo autor, *El trabajo de Alta Dirección. Caracteres y régimen jurídico*, Madrid: Civitas, 2002; MARTÍNEZ MORILLO, L.: *La relación especial de trabajo de Alta Dirección*, Madrid: CESS, 1999; PEDRAZZOLI, M.: «El trabajo que cambia: problemas de calificación y método», *RFDUC*, núm. 14 (monográfico) 1991, págs. 111-123; RUIZ DEL CASTILLO, M.M.: «Delimitación subjetiva del Derecho del Trabajo. Un interrogante específico: el trabajo parasubordinado», *RL*, 1991, II, pág. 135.

⁸² STSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2003.

alto directivo laboral frente a la administración social». De ahí el maltrato de parado por la legislación concursal a los créditos salariales y por indemnizaciones de esta clase especial de trabajadores, no obstante tener solo competencias «derivadas de la administración».⁸³

Es la atribución legal de «poderes inherentes a la titularidad de la empresa», por más que sean concurrentes con los de los administradores,⁸⁴ lo que subyace al referido maltrato. Porque gozan de tan especial confianza, autonomía y libertad de gestión de los intereses empresariales, que, se dice, aparecen más cercanos a la cuenta propia que a la cuenta ajena. Por ello el que este colectivo pudiera ser encuadrado dentro del que arrienda sus servicios, pero «en la actualidad el legislador encuadra a este grupo profesional dentro del contrato de trabajo, con particularidades específicas referidas tanto a su régimen de prestación como de extinción. Pues bien, esos caracteres básicos de actividad son los que configuran la verdadera prestación del servicio, y su naturaleza jurídica».⁸⁵

La amplitud de la responsabilidad civil del director general o gerente que, ex artículos 297 y 298 del CCom., posibilita la aplicación de la legislación ordinaria sobre responsabilidad civil (arts. 1.902 y 1.903 CC), en que cuanto que gestiona la empresa, en alguna medida también justifica el trato que depara la legislación concursal a sus créditos laborales, que en realidad lo equipara, *pari passu* y cambiando lo que debe ser cambiado, como los «administradores de hecho».⁸⁶

Respeto la legislación concursal su régimen laboral general, indicando que cuando el contrato de trabajo de alta dirección se extingue por desistimiento del empresario, el alto directivo tiene derecho a las indemnizaciones pactadas en el contrato, siendo, a falta de tal pacto aquella indemnización equivalente a siete días del «salario en metálico» por año de servicio con el límite de seis mensualidades, a la que se añade, para el caso de incumplimiento total o parcial del preaviso, otra indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del periodo incumplido. También es posible el despido «basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo», en cuyo caso la indemnización, si el despido es declarado improcedente, será la que se hubiese pactado en el contrato, y en su defecto de 20 días de «salario en metálico» por año de servicio y hasta un máximo de 12 mensualidades. Además cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas indicadas, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas.⁸⁷

⁸³ DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO AROCA, E.: *Administradores sociales, Altos directivos y Socios trabajadores*, op. cit., pág. 90, que añade «el único límite no es positivo –es decir, no define un reducto competencial propio de ese cargo–, sino negativo: lo que el órgano de administración no puede delegar, ni mediante delegación en sentido estricto ni mediante apoderamiento».

⁸⁴ Me remito a mi trabajo, *La alta dirección empresarial*, op. cit., pág. 3.730.

⁸⁵ STSJ del País Vasco, de 23 de septiembre de 2003.

⁸⁶ La organización es esencial a la empresa (en cuanto que la empresa constituye una organización y en una actividad organizada) al extremo de haber afirmado que «la futura teoría de la empresa, para que sea pertinente, deberá constituir ante todo una teoría de la estructura y de la organización burocráticas». La definición de la relación del empresario con el alto directivo (factor) como laboral no es sino una consecuencia del devenir histórico «expresión de la moderna evolución de la empresa», indica MENÉNDEZ, A.: «Auxiliares del Empresario», en *Liber Amicurum. Economía, empresa y trabajo. Homenaje a Manuel Alonso Olea*, Madrid: Thomson-Civitas, 2003, pág. 203, lo cual aboga a favor de la no confusión con administrador de hecho; Alude a la posibilidad de considerar al alto directivo como administrador de hecho LEÓN, F.J.: *Los créditos derivados del contrato de alta dirección*, op. cit., pág. 370.

⁸⁷ Las acciones por desistimiento empresarial y por despido no son acumulables, SSTSJ, Salas de lo Social, de Andalucía de 15 de diciembre de 1995 y del País Vasco de 3 de marzo de 1998.

Pero, además, resulta que la regulación concursal reconoce al juez del concurso facultades singulares, extraordinarias, exorbitantes de la base misma del sistema jurídico general, en cuanto que nada respetuosas con la «normatividad privada del contrato» (*lex inter partes*),⁸⁸ consistentes en la facultad que se le atribuye de moderación de las indemnizaciones que pudieran corresponder al alto directivo (tanto por dimisión del contrato suspendido, como por desistimiento, o por despido), y de aplazamiento del pago de dichas indemnizaciones, cuyo fundamento solo puede encontrarse en su equiparación al empresario, por vía de responsabilidad implícita en la crisis de la empresa que la ha llevado a la situación concursal.

V. LA GARANTÍA DE LOS CRÉDITOS DE LOS TRABAJADORES. LAS INSTITUCIONES NACIONALES DE GARANTÍA. EL FOGASA

El pago de los créditos laborales (salarios e indemnizaciones) y cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros, antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social o de seguros sociales, básicos y complementarios, correspondientes a los trabajadores, está garantizado, dentro de determinados límites, por instituciones nacionales creadas ad hoc siguiendo el mandato de la legislación de la Unión Europea.

1. La normativa de la Unión Europea

La Unión Europea reguló la protección de los créditos laborales de los trabajadores asalariados por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario, garantizando su pago, mediante la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre,⁸⁹ modificada por la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre, aprobándose un texto codificado por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento y del Consejo de 22 de octubre de 2008.

Esta última norma se aprobó con la finalidad de reforzar y garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de las empresas que llevaran a cabo sus actividades en varios Estados miembros, así como de consolidar los derechos de los trabajadores asalariados, determinando explícitamente la institución nacional de garantía competente para la satisfacción de los créditos impagados de dichos trabajadores, ordenando la cooperación entre las Administraciones competentes de los Estados miembros, que debían procurar la liquidación de tales pagos, en el plazo más breve posible. Normativa europea que, en definitiva, pretende garantizar a los trabajadores asalariados y por cuenta ajena un mínimo de protección a nivel de la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario,⁹⁰ sin perjuicio de las disposiciones más favorables que los Estados miembros puedan aplicar o establecer.⁹¹

⁸⁸ Sobre el tema LEÓN, F.J.: *Los créditos derivados del contrato de alta dirección*, op. cit., pág. 371.

⁸⁹ Dada la existencia de importantes diferencias entre los distintos Estados miembros en cuanto al alcance de la protección de los trabajadores asalariados en ese ámbito.

⁹⁰ SSTJUE de 19 de noviembre de 1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Francovich y otros, y de 16 de julio de 2009, asunto C-69/08, Visciano.

⁹¹ SSTJUE 15 de mayo de 2003, asunto C-160/01, Mau, y de 25 de enero de 2007, C-278/05, Robins y otros.

La normativa europea se refiere a créditos en favor de los trabajadores asalariados por cuenta ajena, derivados de contratos de trabajo o relaciones laborales, frente a empresarios que hayan devenido a estado de insolvencia. Entendiéndose por tal la situación de cualquier empresario que haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en su iliquidez o desbalance, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de este y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, siempre que la autoridad pública (administrativa o jurisdiccional) competente, en virtud de dichas disposiciones, haya decidido la apertura del procedimiento, o haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible, para justificar la apertura del procedimiento.

Semejante delimitación de la «insolvencia empresarial» no impide a los Estados miembros extender la protección de los trabajadores asalariados a otras situaciones de insolvencia, como la suspensión de pagos de hecho y con carácter permanente, establecidas mediante otros procedimientos distintos y previstos en el Derecho nacional respectivo, pero semejantes procedimientos no generarán, sin embargo, una obligación de garantía para las instituciones de los restantes Estados miembros, en su caso. Asimismo pueden establecer la preferencia del crédito laboral en los supuestos de concurrencia en trámite de ejecución patrimonial singular con otros créditos de distinta naturaleza cuando el patrimonio del empresario sea insuficiente (insolvencia) para satisfacerlos.

Los Estados miembros pueden, excepcionalmente, excluir del ámbito de aplicación de aquella normativa europea los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la existencia de otras formas, modalidades o instituciones de garantía que ofrezcan a dichos trabajadores una protección equivalente a la que resulta de la Directiva 2008/94/CE, bien entendido que en ningún caso se podrá condicionar esos derechos de los trabajadores a una duración mínima del contrato de trabajo o de la relación laboral.

Las instituciones de garantía nacionales asegurarán el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral cuando así lo disponga el Derecho interno. Efectivamente, como precisa la jurisprudencia comunitaria, «a diferencia de la primera versión (Directiva 80/987/CEE), que dejaba completamente en manos de los Estados miembros la determinación de los créditos asegurados por las instituciones de garantía, la versión modificada (por la Directiva 2002/74/CE, codificadas en la Directiva 2008/94/CE) precisa expresamente que dichas instituciones deben, en caso de insolvencia del empresario, asegurar el pago a los trabajadores asalariados de las «indemnizaciones debidas al término de la relación laboral» cuando «así lo disponga el Derecho interno».⁹²

⁹² STJUE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05. La inclusión de las indemnizaciones por despido como crédito laboral cuyo pago debe asegurar la institución nacional de garantía, se produjo con ocasión de la modificación de la Directiva 80/987/CEE por la Directiva 2002/74/CE, habiéndose discutido con anterioridad si aquellas indemnizaciones podían considerarse dentro del término «retribución» que la norma comunitaria empleaba. Extremo en que las posiciones eran encontradas, bien que pudiera sostenerse que la redacción de la primera Directiva (80/987/CE), «no significaba que las indemnizaciones (por despido) se encontrasen forzosamente fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario por no poder ser consideradas "retribuciones"», afirmándose que «incluso antes de que entrara en vigor la nueva Directiva (2002/74/CE) podían incluirse dentro del concepto de "retribución" no solo los créditos salariales correspondientes a la remuneración de prestaciones laborales efectuadas durante un periodo determinado, sino también créditos de otra natu-

Los créditos ha tenerse en cuenta por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes a un periodo situado antes o, en su caso, después de una fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma. Se faculta a los Estados miembros para limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía bien que, cuando los Estados miembros hagan uso de esa facultad, habrán de establecer la duración del periodo que dé lugar al pago por la institución de garantía de los créditos insatisfechos, y esa duración no podrá ser inferior a un periodo correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral situados antes o después de las fechas antes indicadas.

Los Estados miembros pueden establecer un periodo mínimo de tres meses en un periodo de referencia cuya duración no podrá ser inferior a seis meses, y aquellos que establezcan un periodo de referencia de al menos 18 meses podrán limitar a 8 semanas el periodo que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. En ese caso, para el cálculo del periodo mínimo se considerarán los periodos más favorables para el trabajador asalariado.⁹³

Los Estados miembros pueden establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía,⁹⁴ que no podrán ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social

raleza, como las indemnizaciones por fin de contrato» (Conclusión 26 a las presentadas el 27 de abril de 2006 por el abogado general Sr. Antonio Tizzano, en el asunto C-81/05 resuelto por ATJUE de 7 de septiembre de 2006); El Tribunal de Justicia comunitario partiendo de la afirmación de que «antes de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a una directiva, no cabe reprochar a los Estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma», ha concluido, aun «en caso de adaptación tardía del Derecho interno a una directiva», lo siguiente: que «la obligación general en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales nacionales deben interpretar su Derecho interno de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del Derecho interno a dicha directiva», obstante, «la fecha en que entren efectivamente en vigor en el Estado miembro de que se trate las medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva no constituye un criterio pertinente (para aplicar la "interpretación conforme", pues) tal solución entrañaría un grave riesgo de comprometer la plena eficacia del Derecho comunitario y la aplicación uniforme de dicho Derecho a través de las directivas». Si además de efectuarse la adaptación tardía, entonces «las disposiciones pertinentes de la directiva carecerían de efecto directo». Debiendo incluso dejar inaplicadas las normas nacionales preexistentes contrarias a la directiva antes de que transcurra el plazo de adaptación (STJCE de 5 de febrero de 2004, asunto C-157/02, Rieser Internationale Transporte).

⁹³ Indica el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo», de 28 de febrero de 2001 [COM(2011) 84 final], «sobre la transposición y la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», punto 3, que «los créditos que debe asumir la institución de garantía son pagos pendientes derivados de un contrato laboral y relacionados con un periodo anterior o posterior a una determinada fecha que fijan los Estados miembros. Bulgaria, Chequia, Dinamarca, Grecia, Malta, Portugal y Austria han fijado un periodo de referencia de 6 meses antes de la petición de insolvencia a la que deben referirse los créditos demandados; Polonia aplica un periodo de referencia de 9 meses; Italia y Letonia, un periodo de 12 meses; Irlanda, Lituania y Eslovaquia, un periodo de 18 meses; Chipre aplica 78 semanas; Bélgica emplea un periodo que se extiende entre los 12 meses anteriores al cierre de la empresa y los 13 meses posteriores al mismo. Varios Estados miembros no han fijado un periodo de referencia, sino solamente una fecha de referencia en torno a la cual, antes o después, se establece el derecho a los créditos. Este es el caso de Alemania, Estonia, España, Francia, Luxemburgo, Hungría, Países Bajos, Rumanía, Eslovenia, Finlandia, Suecia y Reino Unido. Las legislaciones nacionales deben definir el concepto de "pago", lo que ha conllevado diferencias entre los Estados miembros en lo referente al alcance de la garantía. Sin embargo, el Derecho interno debe respetar el principio general de igualdad y no discriminación al determinar las prestaciones a cargo de la institución de garantía».

⁹⁴ Respecto a las posibles limitaciones de pago de las instituciones de garantía indica el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo», de 28 de febrero de 2001 [COM(2011) 84 final], «sobre la transposición y la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», punto 4, que «la Directiva también permite a los Estados miembros limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía de dos maneras: a) fijando la duración del periodo que dé lugar al pago de los créditos impagados, dura-

de garantía que ya estableció la Directiva 80/987/CEE y recoge la Directiva 2008/94/CE. Cabe traer a colación que los órganos judiciales nacionales en la aplicación del Derecho interno o nacional han de respetar el principio de «interpretación conforme» a la normativa de la Unión Europea, de tal manera que, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por este, han de hacer todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad del ordenamiento de la Unión Europea.

También los Estados miembros han de garantizar el pago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario a sus instituciones de seguros, antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, de tal modo que tales descubiertos no tengan efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones correspondientes, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado previamente de los salarios abonados. De la misma forma y con el mismo alcance se protegen los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social.

Para la efectiva aplicación de esa normativa de la Unión Europea garantizadora del pago de los créditos salariales, se previene la creación de instituciones nacionales de garantía, cuyas modalidades de la organización, de la financiación y del funcionamiento han de establecer los Estados miembros, debiendo respetar «en especial» los principios siguientes: a) El patrimonio de las instituciones deberá ser independiente del capital de explotación de los empresarios, y estar constituido de tal forma que no pueda ser embargado en el curso de un procedimiento en caso de insolvencia; b) Los empresarios deberán contribuir a la financiación, a menos que esta esté garantizada íntegramente por los poderes públicos; c) La obligación de pago de las instituciones existirá independientemente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación.

Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados será la del Estado miembro en cuyo territorio estos ejerzan o vinieran ejerciendo habitualmente su trabajo, y la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente. En los

ción que no puede ser inferior a un plazo correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral o a 8 semanas si el periodo de referencia es de 18 meses como mínimo (art. 4, apartado 2). Bélgica, Dinamarca, Francia, Hungría, Austria y Finlandia no han utilizado esta opción. Bulgaria, Chequia, Alemania, Estonia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia han optado por un periodo máximo de 3 meses; el periodo máximo se sitúa en 8 semanas en Irlanda y el Reino Unido, 13 semanas en Chipre y 19 semanas en los Países Bajos; en España cubre 150 días, y en Luxemburgo y Portugal, 6 meses; en Suecia, es de 8 meses, b) estableciendo límites a los pagos efectuados por la institución de garantía; esos límites no pueden ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la directiva (art. 4, apartado 3). Todos los Estados miembros han fijado tales topes salvo los Países Bajos, pero el método de cálculo de estos límites varía considerablemente. La Directiva no recoge disposiciones precisas al respecto. Sin embargo, como reconoció la Comisión en su informe sobre la aplicación de la Directiva de 1995, se supone que si los pagos de garantía se consideraran equivalentes, en el análisis final, a los pagos de la asistencia social o al salario mínimo interprofesional, podrían surgir problemas de compatibilidad con el objetivo social de la directiva».

momentos actuales de globalización económica con el protagonismo de empresas «multinacionales», aquella previsión es singularmente importante dada la existencia sobre múltiples empresas con actividades en el territorio de dos o más de los Estados miembros.⁹⁵

2. EL FOGASA

La institución nacional (española) de garantía es el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), organismo autónomo, con personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines (art. 33.1 ET), que por imperativo legal es responsable legal, principal o subsidiario según los casos, ante los trabajadores respecto de determinadas deudas del empresario. Se afirma, no obstante, que la condición jurídica del Fondo «es la más parecida a un fiador con responsabilidad subsidiaria. Proximidad conceptual que no permite equiparar totalmente Fondo de Garantía con quien asume contractualmente el pago de una obligación en defecto del deudor principal».⁹⁶

Ciertamente el FOGASA no puede ser identificado con el fiador definido en el artículo 1.822 del CC, por más que su posición jurídica, cuando asume el pago de deudas del empleador pueda asimilarse a la del fiador, sino que es un peculiar ente asegurador que se nutre de determinadas cuotas y, a cambio, asume, dentro de ciertos límites, el riesgo del pago a los trabajadores de salarios e indemnizaciones que no pudieron hacerse efectivas por el empleador por su carencia patrimonial.

⁹⁵ Con anterioridad al 8 de octubre de 2005, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya había destacado que «aunque la Directiva 80/987/CE no (contenía) ninguna disposición que (contemplase) expresamente los créditos de los trabajadores por cuenta ajena que (hubiesen) ejercido su actividad profesional en un Estado miembro distinto del de establecimiento de su empresario, dicha directiva (era) aplicable a esos créditos y que, por tanto, (procedía) determinar qué institución de garantía (era) competente para el pago de los referidos créditos con arreglo a las disposiciones de la antedicha directiva», bien que la «Directiva 2002/74/CE solo tendría efecto directo en caso de no transposición por lo que atañe a las insolvencias producidas después del 8 de octubre de 2005» (STJUE de 17 de enero de 2008, asunto C-246/06, Velasco Navarro). Según anterior jurisprudencia del mismo Tribunal de Justicia resultaba: a) «La institución de garantía competente, a los fines previstos por el artículo 3 de la Directiva 80/987/CEE, (era) la del Estado miembro en cuyo territorio, a tenor del artículo 2, apartado 1, de la referida directiva, bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal, o bien se ha constatado el cierre definitivo de la empresa», y era «coherente con el sistema de la Directiva 80/987/CEE que la mencionada institución de garantía competente (fuera), sin perjuicio del supuesto de una financiación íntegra por parte de los poderes públicos, la que (hubiese) percibido o, por lo menos, debería haber percibido las cotizaciones del empresario insolvente» (STJUE de 17 de septiembre de 1997, asunto C-117/96, Mosbæk); b) «Cuando una empresa que (hubiese) empleado a un trabajador no (dispusiera) de ningún establecimiento en el Estado miembro en el que dicho trabajador (ejercía) su actividad y cuando esa empresa (abonaba) las cotizaciones sociales como empresario en el Estado miembro de su domicilio social, la institución de garantía competente, con arreglo al artículo 3 de la Directiva 80/987/CEE, para el pago de los créditos del trabajador en caso de insolvencia de su empresario (era) la institución del Estado miembro en cuyo territorio se (hubiese) ordenado la liquidación judicial del empresario» (STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-477/09, Charles Defossez); c) «Aunque la Directiva 80/987/CEE no (atribuía) al trabajador la facultad de elegir entre diferentes instituciones, dicha directiva no (excluía) la posibilidad de que el trabajador se (acogiese) a la garantía de una institución diferente de aquella identificada con base a la aplicación de la directiva, cuando ello le (resultase) favorable y el Derecho nacional (hubiera previsto) esa posibilidad» (STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto C-477/09, Charles Defossez).

⁹⁶ SSTs, Sala Cuarta, de 13 de febrero, 7 de octubre y 3 de diciembre de 1993, y 22 de abril de 2002. «Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el Fondo de Garantía Salarial se subrogará obligatoriamente en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados (...). Si dichos créditos concurriesen con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes», artículo 33.4 del ET.

Cumple este organismo público las exigencias de protección establecidas en la Directiva 80/1987/CE modificada,⁹⁷ que concibe a tales organismos como instituciones de garantía o instrumentos de protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario (así denominadas también por el Convenio 173 de la OIT).⁹⁸ Afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁹ que en «su evolución histórica lo que ha caracterizado al Fondo de Garantía Salarial (creado en el ordenamiento jurídico español por la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales; su artículo 31 contenía su regulación esencial, cuyo funcionamiento y vigencia se produjo a partir del Real Decreto 17/1977, de 4 de marzo, que desarrolló las disposiciones de la citada ley) es una mayor precisión en su contenido garantizador, tal como se produjo en los artículos 33, 51.1 y 56.4 del Estatuto de los Trabajadores, y en las modificaciones posteriores realizadas por la Ley 32/1984».¹⁰⁰

En su desarrollo histórico pueden distinguirse las siguientes etapas:¹⁰¹ a) Primera etapa, que va desde el 1 de abril de 1977 al 19 de noviembre de 1978; b) Segunda etapa, que se inicia con la promulgación del Real Decreto Ley 36/1978 de 16 de noviembre y que se extiende hasta el 25 de mayo de 2002; c) Tercera etapa, que abarca desde el 26 de mayo al 13 de diciembre de 2002; d) Cuarta etapa, que comienza con la entrada en vigor de la Ley 45/2002 y se prolonga hasta el 1 de septiembre de 2004, fecha de entrada en vigor de la Ley 22/2003, Concursal, y en fin, e) quinta etapa, que se inicia en esta última fecha y continúa en la actualidad. A tenor de la vigente legislación el FOGASA, afirma la jurisprudencia menor,¹⁰² extiende su garantía aseguradora:

- a) «A la cantidad reconocida como tal en el acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en el supuesto que legalmente proceda» (art. 33.1), imponiéndose «en este caso, un máximo de 150 días, y un salario máximo equivalente a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario».
- b) A las «indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta ley y de extinción de contratos conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente proceda. En todos estos casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional» (art. 33.2 ET). Precisándose que el importe de la indemnización «se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio con el límite (de 150 días)».

⁹⁷ Por la Directiva 2002/74/CE, según ya se ha indicado, codificadas por la Directiva 2008/94/CE.

⁹⁸ Ratificado por España el 28 de abril de 1995, y que exige a las instituciones de garantía: a) Ser entes aseguradores de unas determinadas contingencias; b) Ser obligatoria la protección que dispensan; c) Nutrirse de las cotizaciones de empresarios que se hacen efectivas junto con las cuotas de Seguridad Social, y, d) Ser de naturaleza pública.

⁹⁹ STS, Sala Cuarta, de 21 de febrero de 2010.

¹⁰⁰ Modificación «de carácter sustancial en cuanto reformó en forma trascendente la normativa del Fondo de Garantía Salarial, contenida en el artículo 33 del ET, al que modificó en varios puntos derogando, concretamente, el ordinal 4 del artículo 56 del ET. Posteriormente la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, modificó el n.º 1 del repetido artículo 33 y el Real Decreto Ley 5/2006, de 9 de junio, para la mejora del crecimiento y del empleo, cambió el párrafo segundo del n.º 1 del artículo 33», precisa la STS, Sala Cuarta, de 21 de febrero de 2010.

¹⁰¹ Siguiendo a las SSTSJ del País Vasco de 12 de julio de 2005 y 7 de junio de 2006.

¹⁰² STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2010.

Pero aquella garantía tiene límites precisos. Así, según aquella jurisprudencia,¹⁰³ de la misma «no se desprende en forma alguna que la garantía pública aseguradora se extienda también al preaviso litigioso, en el ámbito indemnizatorio ex artículo 33.2 del ET, por lo que el juzgador no puede extender, en el ámbito de interpretación, so pena de invadir la competencia correspondiente al legislador, la garantía pretendida a un supuesto no contemplado expresamente por la ley».¹⁰⁴

Destaca la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁰⁵ que al tenor del artículo 33.8 del ET, en las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 del ET o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52 del ET (supuestos en los que no se necesita la previa declaración de insolvencia del empresario). Ahora bien,¹⁰⁶ para que este precepto pueda entrar en acción, es decir, para que nazca la obligación del referido Fondo de abonar el 40 por 100 de dicha indemnización, es de todo punto necesario que nos encontremos ante uno de aquellos dos supuestos, esto es, que se trate de un despido colectivo del artículo 51 del ET, o 64 de la Ley Concursal (supuesto en que sí tiene que existir insolvencia del empresario, presupuesto objetivo del concurso), en el que, «como consecuencia del expediente instruido en aplicación de lo que esta norma establece, se hayan extinguido los contratos de trabajo de unos determinados trabajadores; o de un despido objetivo de los que prevé el artículo 52 c) del mencionado cuerpo legal. Si la situación analizada no puede ser incardinada en ninguno de estos preceptos, falta el requisito fundamental e ineludible para que el comentado artículo 33.8 pueda ser aplicado, y en consecuencia no existe obligación del FOGASA en relación con el pago directo del 40 por 100 de las indemnizaciones que hubieran podido estipularse».¹⁰⁷

¹⁰³ STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2010.

¹⁰⁴ Precizando la STSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 18 de enero de 2010, que «de otra parte, son argumentos para llegar a semejante conclusión los siguientes: 1) El artículo 53 del ET, bajo la rúbrica "Forma y efecto de la extinción por causas objetivas", distingue entre los efectos de la extinción (apartado b) "Poner a disposición del trabajador simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización por 20 días de año de servicio" y (apartado c) "La concesión de un plazo de preaviso de 30 días". Se distingue pues, claramente, lo que es la indemnización y lo que es un concepto diferenciado de preaviso, cuya naturaleza no se define pero, que en todo caso tendría un carácter más próximo al salarial, y prueba de ello es que en caso de revocación de la sentencia extintiva de la relación laboral el trabajador tendría que devolver la indemnización, pero no la cantidad que hubiera podido percibir por el preaviso, según establece el artículo 123.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, al prescribir que "cuando se declara improcedente o nula la decisión extintiva se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso". 2) También, desde un punto de vista de interpretación sistemática el propio artículo 33.8 del ET establece que "el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal". Resulta claro, también en este precepto, que la referencia a la garantía aseguradora se hace en relación con la indemnización legal, a la que se refiere el artículo 33.2 del ET, que no comprende, como antes se ha dicho, y ahora se repite, cantidad alguna por el concepto de preaviso».

¹⁰⁵ STS, Sala Cuarta, de 24 de abril de 2002.

¹⁰⁶ STS, Sala Cuarta, de 14 de diciembre de 1999.

¹⁰⁷ STS, Sala Cuarta, de 24 de abril de 2002, según la cual «disponer que en esas situaciones no encajables en el artículo 33.8, el FOGASA satisfaga este 40 por 100, supone adoptar una decisión manifiestamente contraria a ley, extendiendo la responsabilidad de este organismo a supuestos no previstos, a tal efecto, ni en este artículo, ni en ningún otro precepto legal. La obligación que estatuye este artículo 33.8 es distinta, en contenido, naturaleza y fines, de las que se estructuran en los números 1 y 2 del mismo artículo, por cuanto que aquella es de carácter principal y directo, mientras que estas son de carácter subsidiario pues solo pueden ser operativas en los casos de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios; además en estas últimas el FOGASA, una vez que ha hecho efectivo a los operarios el

VI. GARANTÍA DE PAGO Y DERECHOS DE PREFERENCIA DE LOS CRÉDITOS POR SALARIOS E INDEMNIZACIONES LABORALES DEL TRABAJADOR VINCULADO A LA EMPRESA (ACCIONISTA), DESDE ANTES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

El asunto resuelto por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 10 de febrero de 2011 se planteó porque en el litigio principal el administrador del concurso había denegado el pago de créditos salariales a una trabajadora, vinculada al empresario por una relación afectiva y además propietaria de una parte sustancial de las acciones de la misma sociedad titular de la empresa. Ciertamente «con arreglo a la directiva, los Estados miembros pueden denegar o reducir la protección a los trabajadores en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades».¹⁰⁸

1. ¿Puede un Estado miembro excluir el derecho preferente de pago de los salarios e indemnizaciones en los supuestos que libremente decida?

Ante la denegación de pago por el administrador del concurso y a la vista de la demanda y recursos planteados, el Tribunal a quo (Linköpings tingsrätt) decidió plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea la siguiente cuestión prejudicial:

pago de las pertinentes indemnizaciones, conforme a los números 1 o 2 del artículo 33, se subroga en los derechos y obligaciones de estos, como ordena el número 4 de este precepto; cosa que no acontece, en modo alguno, en los supuestos del número 8, pues en ellos la responsabilidad del Fondo es propia, principal y directa, resaltando que para la existencia real y efectiva, tanto del despido colectivo del artículo 51 como del despido objetivo del artículo 52 c), no basta con que concurran de un lado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y de otro la decisión empresarial de extinguir los contratos de trabajo, sino que además es absolutamente preciso cumplir otros requisitos o exigencias. Así en el despido colectivo es obligado que se lleve a cabo la tramitación del «procedimiento de regulación de empleo» que prescriben los números 2 y siguientes del artículo 51 del Estatuto y el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (que derogó al RD 43/1996, de 19 de enero), y que se dicte por la Autoridad laboral la pertinente resolución autorizando las extinciones de los contratos con arreglo a los números 5 y 6 de ese artículo; y en lo que atañe al despido objetivo del artículo 52 c), no solo se han de cumplir las exigencias formales del artículo 53, sino que además, para que legalmente pueda ser calificado como tal y produzca cualquiera de los efectos propios del mismo, es preciso que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen los artículos 52 c) y 51.1; si estos límites no se respetan, no existe legalmente despido objetivo. A este respecto, se destaca que el artículo 52 c) impone, como una de sus exigencias esenciales, que la amortización de puestos de trabajo sea en número inferior al establecido en el artículo 51.1, presumiéndose en el párrafo último del apartado c) de este último artículo que cuando en periodos sucesivos de 90 días y con el objeto de eludir las previsiones contenidas en dicho artículo, la empresa realice extinciones en dicho contrato al amparo de lo dispuesto en el artículo 52 c) de esta ley en un número inferior a los umbrales señalados, y sin que concurran causas nuevas que justifiquen tal actuación, dichas extinciones se considerarán en fraude de ley, y serán declaradas nulas y sin efecto».

¹⁰⁸ Indica el «Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo», de 28 de febrero de 2010 [COM(2010) 84 final], «sobre la transposición y la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2008/94/CE, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», punto 6, lo siguiente: «Varios Estados miembros han utilizado esta opción (Chequia, Dinamarca, Alemania, Grecia, Chipre, Letonia, Malta, Países Bajos, Austria, Eslovenia y Suecia). En otros Estados miembros (Irlanda, España y Finlandia), la denegación de protección a estas personas se hace de modo indirecto, a través de la definición de "trabajador asalariado", es decir, las personas que sean propietarias de una parte de la empresa y ejerzan una influencia considerable en sus actividades no se consideran "trabajadores asalariados". En Bulgaria es suficiente que el trabajador asalariado sea un socio o un miembro del comité de dirección para estar excluido de la protección. Puesto que no existe en este país el requisito de que la propiedad se refiera a una parte esencial de la empresa y que los trabajadores ejerzan una influencia considerable en sus actividades, esta disposición no parece ajustarse a la directiva. Los Estados miembros restantes (Bélgica, Estonia, Francia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovaquia y Reino Unido) no se han acogido a esta opción».

¿Es compatible con el artículo 10 c), de la Directiva (...) 80/987/CEE (...), una normativa nacional que excluye a un trabajador del derecho de preferencia por el hecho de que, solo o junto con parientes próximos, en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso fuera propietario de una parte esencial de la empresa y ejerciera una influencia considerable en sus actividades?

Con carácter previo, aquel Tribunal se detiene en clarificar la cuestión planteada, indicando que si bien la cuestión prejudicial, tal y como había sido planteada, se refería a la interpretación del artículo 10 c), de la Directiva 80/987/CEE, resulta que la normativa de la Unión pertinente para el análisis del asunto principal, habida cuenta de que la empresa/sociedad para la que prestaba sus servicios la trabajadora había sido declarada en concurso en 2008, era la Directiva 2008/94/CE, que entró en vigor el 17 de noviembre de 2008, y no la Directiva 80/987/CEE, por lo que es aquella otra y no esta la que toma en consideración. Circunstancia que, no obstante, debe desdramatizarse, pues a la postre tener en cuenta una u otra norma comunitaria carece de incidencia sustantiva [el art. 12 c) de la Directiva 2008/94/CE recoge el contenido, en términos idénticos, del art. 10 c) de la Directiva 80/987/CEE], no así sin embargo de derecho positivo, por lo que la precisión no carece de pertinencia.

Consecuentemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea procedió a reformular la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en el sentido de entender que tenía por objeto determinar, no si el artículo 10 c) de la Directiva 80/987/CEE debía ser objeto de interpretación, sino si el artículo 12 c) de la Directiva 2008/94/CE debía interpretarse en el sentido de que se oponía a una disposición de Derecho nacional que excluía a un trabajador asalariado del derecho a la garantía del pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados porque, solo o junto con parientes próximos, era propietario de una parte esencial de la empresa afectada y ejercía una influencia considerable en sus actividades en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa.

Parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para la resolución de la cuestión planteada, de que «la Directiva 2008/94/CE establece, en su artículo 3, una obligación de pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados, mientras que el artículo 12 c), de esta directiva, permite a los Estados miembros rechazar o reducir esta obligación en los casos en los que el trabajador asalariado, por sí mismo o junto con sus parientes próximos, sea propietario de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerza una influencia considerable en sus actividades».

2. Sobre una presunción inasumible

Precisa la sentencia objeto de comentario que aquel «artículo 12 c) de la Directiva 2008/94/CE no menciona ningún plazo durante el cual la posesión de una parte esencial de la empresa afectada y la influencia considerable en sus actividades deben haber sido efectivas para que se rechace o reduzca dicha obligación de pago», y que del séptimo considerando y del artículo 12 de la Directiva 2008/94/CE se deriva «que el legislador no deseaba interferir en la facultad de los Estados miembros de fijar límites a la responsabilidad de las instituciones de garantía en ciertos casos, incluidos los descritos en el citado artículo 12 c)». Añadiendo la siguiente apreciación:

Que el supuesto incluido en el artículo 12 c) de la Directiva 2008/94/CE «se basa, entre otras cosas, en la presunción implícita de que el trabajador asalariado que, simultáneamente, (tie-

ne) una participación esencial en la empresa afectada y (ejerce) una influencia considerable en sus actividades puede, en consecuencia, ser en parte responsable de la insolvencia de dicha empresa».

Esta última afirmación se convierte en el auténtico «talón de Aquiles» de la directiva mencionada, en la medida en que implica un razonamiento que admitiría la desvirtualización e ineficacia de la misma directiva. Por ello, de seguido, el mismo Tribunal de Justicia se cuida de indicar lo siguiente:

Que la facultad de introducir semejante excepción «debe apreciarse a la luz de la finalidad social de la Directiva 2008/94/CE, que consiste en garantizar a todos los trabajadores asalariados una protección mínima en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario mediante el pago de los créditos impagados que resulten de contratos o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente a un periodo determinado».¹⁰⁹

Semejante afirmación es la que realmente tiene transcendencia en la sentencia objeto de comentario, pues el fallo que finalmente adopta aquella resolución, es indiferente y absolutamente inútil, en la medida en que simplemente se limita a repetir el contenido del artículo 12 c) de la Directiva 2008/94/CE [su dictado simplemente dice que «el artículo 12 c) de la Directiva 2008/94/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho nacional que excluye a un trabajador asalariado del derecho a la garantía del pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados porque, solo o junto con parientes próximos, era propietario de una parte esencial de la empresa afectada y ejercía una influencia considerable en sus actividades en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa»].

3. Convergencias y divergencias entre la legislación concursal y la legislación laboral

Tomando como referente el supuesto de hecho que fue objeto de consideración en la sentencia que se comenta, puede afirmarse que nuestro ordenamiento no resuelve inequívocamente la cuestión planteada en la sentencia objeto de comentario, dándose encuentros pero también produciéndose desencuentros, entre la legislación concursal y laboral.

Efectivamente nuestra normativa concursal define como «persona especialmente relacionada con el empresario/deudor común», cuando este sea persona física, al cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso (art. 93.1.1.º LC), calificando sus créditos en el concurso como subordinados, con las consecuencias negativas que ello conlleva. Pero respecto de esos mismos créditos: a) No clarifica su calificación, si como ordinarios o como subordinados, de los créditos salariales en la medida en que superen la cuantía «que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago, y por indemnizaciones derivadas de la extinción de los contratos, en la cuantía que excedan el mínimo legal calculadas sobre una base que no supere el triple del salario mínimo interprofesional»; b) Hace dudosa la calificación como subordinados

¹⁰⁹ STJUE de 11 de septiembre de 2003, asunto C-201/01, Walcher.

de aquellos mismos créditos, cuando el empresario/deudor común real o efectivo es una persona física que ha interpuesto una sociedad capitalista unipersonal, para limitar su responsabilidad patrimonial universal. Así como cuando aquella relación se mantiene con la persona física que ostente el dominio del empresario/deudor común persona jurídica declarada en concurso.

La normativa concursal depara a los créditos antes aludidos un trato señaladamente incoherente en cuanto tengan la consideración de créditos contra la masa, en cuyo caso quedan fuera de cualquier calificación atinente a la masa pasiva, y se pagarán a su respectivo vencimiento, o tengan la consideración de masa pasiva, en cuyo caso les depara el confuso y perjudicial trato referido en el apartado anterior. Además, bien que en una determinada interpretación de la Ley 22/2003 (Concursal), puede considerarse que los créditos laborales con privilegio especial (créditos refraccionarios) de las personas «especialmente relacionadas con el empresario/deudor común», quedan, en todos los casos y cualquiera que fuere su cuantía, fuera de su calificación como créditos subordinados, pero también puede sostenerse lo contrario.

A su vez la normativa laboral establece que la institución nacional de garantía (FOGASA) abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia o concurso del empresario (art. 33.1 ET), con la peculiaridad de que se consideran salarios protegidos a semejantes efectos «la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos a que se refiere el artículo 26.1, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, sin que pueda el Fondo abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional diario, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias, por el número de días de salario pendiente de pago, con un máximo de 150 días».

En esos mismos supuestos se abonarán indemnizaciones «reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos conforme a los artículos 50, 51 y 52 de esta ley,¹¹⁰ y de extinción de contratos conforme al artículo 54 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan. En todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias».

En las empresas de menos de 25 trabajadores, el FOGASA abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda a los trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta ley o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52, o conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

A su vez, según la legislación laboral: a) Los créditos salariales por los últimos 30 días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia

¹¹⁰ El importe de la indemnización, «a los solos efectos de abono para los casos de despido o extinción de los contratos conforme al artículo 50 de esta ley, se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio, con el límite (máximo de una anualidad)».

sobre cualquier otro crédito, aunque este se encuentre garantizado por prenda o hipoteca; b) Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario, c) Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que estos, con arreglo a la ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.

Advierte la norma laboral de que las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquel, pero que en caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios.

En los procedimientos concursales se añade un requisito formal, de indudable transcendencia, consistente en que «desde el momento en que se tenga conocimiento de la existencia de créditos laborales o se presuma la posibilidad de su existencia, el juez, de oficio o a instancia de parte, citará al Fondo de Garantía Salarial, sin cuyo requisito no asumirá estas obligaciones señaladas», personándose aquel Fondo en el expediente como responsable legal (¿subsidiario o principal?) del pago de los citados créditos. A su vez «en el caso de expedientes de regulación de empleo en los que durante la instrucción del mismo, antes de dictar resolución la autoridad laboral, sea declarada la situación de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la autoridad laboral procederá al archivo de las actuaciones, dando traslado del mismo a los interesados y al juez del concurso» (art. 17.2, RD 801/2011, de 10 de junio).

El FOGASA dispensa aquellas garantías de pago en relación con los créditos impagados de los trabajadores que ejerzan o hayan ejercido habitualmente su trabajo en España cuando pertenezcan a una empresa con actividad en el territorio de al menos dos Estados miembros de la Unión Europea, uno de los cuales sea España, cuando concurren, conjuntamente, las siguientes circunstancias: a) Que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario en un Estado miembro distinto de España, previsto por sus disposiciones legales y administrativas, que implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y, b) Que se acredite que la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, ha decidido la apertura del procedimiento; o bien que ha comprobado el cierre definitivo de la empresa o el centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

Cuando la protección de los créditos impagados corresponda al FOGASA, deberá solicitar información de la institución de garantía del Estado miembro en el que se tramite el procedimiento colectivo de insolvencia sobre los créditos pendientes de pago de los trabajadores y sobre los satisfechos por dicha institución de garantía y pedirá su colaboración para garantizar que las cantidades abonadas a los trabajadores sean tenidas en cuenta en el procedimiento, así como para conseguir el reembolso de dichas cantidades.

Cuando se trate de un procedimiento concursal solicitado en España en relación con una empresa con actividad en el territorio de al menos otro Estado miembro de la Unión Europea, además de España, el FOGASA está obligado a proporcionar información a la institución de garantía del Estado en cuyo territorio los trabajadores de la empresa en estado de insolvencia hayan ejercido o ejerzan habitualmente su trabajo, en particular, poniendo en su conocimiento los créditos pendientes de pago de los trabajadores, así como los satisfechos por aquella institución de garantía, prestando además a la institución de garantía competente la colaboración que le sea requerida en relación con su intervención en el procedimiento y con el reembolso de las cantidades abonadas a los trabajadores.

Para finalizar puede afirmarse que las regulaciones en la normativa concursal y en la normativa laboral de los créditos salariales, por indemnizaciones por extinción de los contratos, y por prestaciones sociales, muestran asimetrías. Tampoco se da una correlación completa entre la legislación concursal y la protección dispensada por la institución de garantía nacional, o dicho con otras palabras, no tiene el mismo alcance la protección dispensada por la legislación concursal que la proporcionada por la legislación laboral en lo relativo a la institución de garantía, no siendo siempre coherentes, en función del tratamiento dispensado, las calificaciones de los créditos salariales efectuadas en el artículo 32 del ET y en la legislación concursal, pudiéndose generar supuesto de obligaciones de reintegro para los trabajadores de difícil justificación.

VII. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario, aun siendo breve en su extensión, plantea la ruptura del modelo de relaciones laborales, con grave perjuicio para una de las partes. Efectivamente cuando afirma que en la legislación de la Unión Europea (Directiva 2008/94/CE) subyace una presunción según la cual el trabajador asalariado, que tiene una participación relevante en la empresa afectada por un procedimiento de insolvencia general (concursal), y ejerce influencia en sus actividades, puede ser considerado en parte responsable de la insolvencia de dicha empresa, no hace sino atribuirle, por vía de hecho, la condición de empresario. Eso además es precisamente lo que ocurre con el tratamiento deparado al personal de alta dirección por nuestra legislación concursal.

Se produce así una inopinada ruptura del modelo de relaciones industriales derivado de la Revolución Industrial y todavía vigente, que la sentencia objeto de comentario avala sin más argumentación, pasándose a una situación absolutamente desequilibrada en derechos y beneficios, por una parte, y obligaciones y responsabilidades, por otra parte. De tal manera que el trabajador pasa, en determinados supuestos, de hecho a ser considerado empresario, pero únicamente para las consecuencias desfavorables asociadas al riesgo del ejercicio de la actividad de empresa, en ningún caso para ser beneficiario de las consecuencias favorables derivadas de la asunción de aquel riesgo (económicas y poder de dirección), y eso no es admisible pues supone una alteración radical de las reglas y leyes del pensamiento (racional). Probablemente el núcleo de esa problemática esté en el mantenimiento de un modelo de relaciones de trabajo correspondiente a un momento histórico ya superado en todos los órdenes de la vida (del conocimiento científico, tecnológico y de relaciones sociales).