

INSOLVENCIA EMPRESARIAL, INSTITUCIÓN NACIONAL DE GARANTÍA (FOGASA) Y CRÉDITO LABORAL

(Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de 2006, asunto C-81/05) *

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:

INSOLVENCIA del empresario. FOGASA. Indemnización por despido acordada en acto de conciliación en presencia judicial. El principio general de igualdad, tal y como se reconoce en el ordenamiento comunitario, exige que en caso de insolvencia del empresario la institución de garantía se haga cargo no solo del pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas en sentencia, sino de las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en virtud de acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial. El juez nacional debe dejar sin aplicar la norma interna que excluye esta garantía, vulnerando el principio de igualdad tal y como este se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario.

Palabras clave: Unión Europea, indemnización por despido, FOGASA y conciliación judicial.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 286, enero 2007.

Sumario

- I. Introducción.
- II. Las garantías del crédito laboral ante la insolvencia del empresario en el Derecho comunitario.
- III. La protección del crédito laboral en nuestro sistema jurídico ante la insolvencia del empresario. El concurso de acreedores del empresario y concurrencia simple de créditos en la ejecución laboral. La cuestión de la pervivencia de privilegio de ejecución separada.
 1. Aspectos generales de la insolvencia del empresario y su proyección sobre el crédito laboral.
 2. La protección del crédito laboral ante la insolvencia del empresario, en nuestra legislación histórica.
 3. La aparición del privilegio de ejecución separada del crédito laboral.
 4. El régimen actual del crédito laboral en las crisis económicas de los empresarios. Supresión del privilegio de ejecución separada.
- IV. La institución nacional de garantía. El FOGASA.
 1. Aspectos generales.
 2. El abono de indemnizaciones por el FOGASA y el respeto al principio de igualdad.
- V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Primera del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha dictado con fecha 7 de septiembre de 2006, en el asunto C-81/05 una sentencia trascendente tanto por la materia que trata, la protección de los trabajadores frente a la insolvencia del empresario, como porque al haber sido planteada precisamente por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (TSJ), pone en cuestión el tratamiento jurídico de la insolvencia empresarial en nuestra legislación en relación con la normativa comunitaria en la materia indicada.

El núcleo de la sentencia objeto de comentario gira en torno al respeto y aplicación del principio de igualdad de los trabajadores en el cobro de las indemnizaciones debidas, en el supuesto de insolvencia del empresario, situando a la regulación y al funcionamiento de la institución de garantía española, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) en el centro de la problemática planteada al Tribunal de Justicia comunitario.

Como paso preliminar al análisis del contenido de la sentencia es preciso aludir, siquiera brevemente, al contenido y alcance del principio de igualdad en el Derecho interno o nacional español y en el Derecho comunitario, pues sin duda constituye uno de los pilares de los sistemas jurídicos occidentales, por más que, como acertadamente se ha destacado, ni los textos ingleses, ni los *bills* americanos reconozcan un auténtico principio de igualdad ante la ley, limitándose, al igual que la declaración francesa de 1789, a decir que los hombres nacen y viven libre en derechos, «pero nada más», no obstante, debe recordarse también que la Convención coloca en primer lugar este derecho, diciendo que todos los hombres son iguales por naturaleza ante la ley ¹.

¹ PÉREZ SERRANO, N., *Tratado de Derecho Político* (2.ª edición), Civitas, Madrid, 1984, pág. 656.

Ese fundamental avance en la historia de la humanidad que, añadido al anterior y todavía más trascendente de la «libertad», acabara dando el auténtico alcance de «persona» (tanto desde el punto de vista jurídico como moral) al ser humano, se va a ver complementado con la implantación de una tendencia a la igualdad material o real, instigada por la labor de quienes como «disidentes»² del sistema económico capitalista inicial, cuestionaban «el poder, las motivaciones humanas y el comportamiento asociados con la posesión de la propiedad privada y con la prosecución de la riqueza»³, hasta llegar a la actual concepción del valor prominente de la «justicia» como «una distribución igualitaria de la libertad» siendo los derechos sociales una extensión natural de los derechos individuales⁴, debiendo ser protegidos con la intensidad y amplitud correspondiente a tal carácter.

Esta nueva doctrina del liberalismo igualitario, superador de las carencias del liberalismo tradicional y propiciada por el influjo de los movimientos y doctrinas socialistas, puede entenderse recogido en nuestro texto constitucional cuando alude a que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo, y de los grupos en que se integra, sean reales y efectivas; (así como) remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» (art. 9.º 2 de la Constitución de 1978). Con ese alcance el principio de igualdad o la «igualdad», constituye uno de los «valores superiores», conjuntamente con la «libertad», la «justicia» y el «pluralismo político», del ordenamiento jurídico del Estado social y democrático de Derecho que es España (art. 1.º de la Constitución Española).

No obstante aquellas consideraciones la «igualdad», por más que propenda a la «igualdad real» y se enfatice su alcance «material», en su consideración propia, genuina y primigenia significa «igualdad en o ante la ley», y «en sus términos modernos, aparece ya en la Constitución Belga de 1831 (art. 6.º), cobra brío en los movimientos de 1848 y resulta consagrado en forma casi estereotipada en todas las Constituciones de la segunda mitad del siglo pasado (con referencia al XIX) y en las actuales (aludiendo al XX), siendo su tradicional "expresión muy sobria", y sólo referida a los nacionales»⁵, al extremo que «en general, la igualdad de todos, los nacionales ante la ley constituye un principio prácticamente universal en el Derecho contemporáneo»⁶.

² En Francia, Claude Henri SAINT-SIMON, Charles FORURIER, Louis BLANC y Pierre PROUDHON, en Alemania Ferdinand LASSALLE y Ludwing FEUERBACH, hasta llegar a la «personalidad avasalladora» de Karl MARX. Vid. GALBRAITH, J. K., *Historia de la Economía* (5.ª edición) Ariel, Barcelona, 1991, especialmente págs. 141 y ss; MARTÍN MARTÍN, V., *Lectura de Adam Smith desde la izquierda*, Libros de Economía y Empresa, núm. 1, págs. 6 y 7.

³ Que acabaron siendo designados con el nombre de socialistas.

⁴ Vid. VÁZQUEZ, R., *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2006, pág. 192.

⁵ PÉREZ SERRANO, N., *op. cit.*, pág. 656.

⁶ Véase nota 5.

Así sucede en el artículo 14 de la Constitución Española, y a cuyo tenor «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»⁷. Ese principio de «igualdad en la ley»:

«Determina una rotunda prohibición para el poder legislativo ordinario (constituido), consistente en no poderse configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación.»

Dicho de otro modo, impide «que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (SSTC 144/1988, de 12 de junio; 125/2003, de 19 de junio y 330/2005, de 15 de diciembre).

Precisa la jurisprudencia constitucional⁸, que el artículo 14 de la Constitución Española al disponer que «los españoles son iguales ante la ley», procura las siguientes consecuencias simultáneas:

⁷ Su alcance se precisa pormenorizadamente por la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2005 en los siguientes términos:

La configuración constitucional del principio de igualdad descansa en los siguientes ejes:

1.º Distinción entre los conceptos de discriminación y vulneración del principio de igualdad.

El primero de estos conceptos aparece nítidamente precisado en la STC 27/04, donde se indica que «La prohibición de discriminación contenida en el artículo 14 de la Constitución Española representa un explícito rechazo de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado a sectores de la población, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones, no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española». Al segundo de los citados conceptos se refiere la misma citada STC 27/04 con remisión a la previa STC 119/02, diciendo que «El artículo 14 de la Constitución Española contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas».

2.º El sistema de neutralización de las dos citadas modalidades de infracción del artículo 14 de la Constitución Española es también distinto según el derecho lesionado.

La reparación de la vulneración del principio de no discriminación impone de modo inexcusable la paridad de trato. Por el contrario, el principio de igualdad es compatible con la diferencia de trato entre situaciones iguales cuando se den determinados presupuestos. Dos precisiones hay que hacer a propósito de esta afirmación: qué debe entenderse por situaciones iguales y qué condiciones deben concurrir para justificar la diferencia de trato.

Sobre el primero de estos puntos: El principio de igualdad es de carácter relacional, lo que quiere decir que la igualdad de trato que se reclama tiene que afectar a grupos o categorías de personas que se encuentran en situaciones homogéneas o equiparables.

Sobre el segundo punto: No existe el derecho a la igualdad cuando concurre una justificación objetiva y razonable, alejada de diferencias arbitrarias o artificiosas, y, además, las consecuencias jurídicas derivadas de la diferencia de trato acrediten proporcionalidad entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida.

En orden a saber si existe esa causa razonable que pudiera justificar la diferencia de trato hay que atender a criterios o juicios de valor generalmente aceptados dentro del sistema en cuyo ámbito se invoca la igualdad.

⁸ STC 307/2006, de 23 de octubre.

- Establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual.
- Limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.
- Excluye la posibilidad de tratamiento discriminatorio por los titulares del derecho a la negociación colectiva⁹ y otros sujetos privados (empresarios)¹⁰.

Efectivamente, «el artículo 14 de la Constitución Española contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad (...) como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas».

Añadiendo no obstante la doctrina constitucional¹¹, que «el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 de la Constitución Española, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello».

Con esta última precisión, la jurisprudencia comunitaria «abre la Caja de Pandora» de las desigualdades o del «tratamiento desigual justificado», que resume en los siguientes términos:

«Como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualda-

⁹ «Los titulares del derecho a la negociación colectiva no pueden discriminar por las causas o factores enunciados en tales preceptos [arts. 4.º 2 c) y 17.1 ET], pero no están vinculados por un deber general de igualdad de trato de los trabajadores incluidos en el ámbito del convenio, pues lo que veta el principio de igualdad ante la ley son únicamente las diferencias de trato injustificadas, por no estar fundadas en criterios objetivos y razonables, o inadecuadas al fin perseguido» (STSPJV de 25 de abril de 2006).

¹⁰ Es jurisprudencia reiterada (STC 2/1998 de 12 de enero y SSTTS de 3 de octubre de 2000, 14 de mayo, 17 de junio, 25 de julio, 29 de septiembre de 2002, 7 de marzo de 2003, 21 de enero de 2004 y 23 de marzo de 2005) «que el artículo 14 de la Constitución no impone en el ámbito de las relaciones laborales una igualdad de trato en sentido absoluto, pues la eficacia en este ámbito del principio de la autonomía de la voluntad deja margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario en ejercicio de sus poderes de organización en la empresa (...). En la medida en que la diferencia (...) no tenga un significado discriminatorio por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los Trabajadores no puede considerarse como vulnerador del principio de igualdad».

¹¹ Bien que de conformidad con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 CEDH.

des que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados» (STC 22/1981, de 2 de julio).

Aquella peligrosa deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) pretende embriarse por el mismo órgano judicial constitucional (SSTC 22/1981, de 2 de julio; 49/1982, de 14 de julio; 2/1983, de 24 de enero; 23/1984, de 20 de febrero; 209/1987, de 22 de diciembre; 209/1988, de 10 de noviembre; 20/1991, de 31 de enero; 110/1993, de 25 de marzo; 176/1993, de 27 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre; 117/1998, de 2 de junio y 27/2004, de 4 de marzo), indicando lo siguiente:

«También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos.»

En resumen, según la jurisprudencia constitucional «el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida». Concluyendo de manera no irreprochable, lo siguiente:

«El principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato» (STC 27/2004, de 4 de marzo).

El artículo 14 de la Constitución Española únicamente obliga a que en supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados (STC 49/1982, de 14 de julio). El juicio de igualdad consecuentemente constituye un juicio de carácter relacional que requiere como presupuestos obligados:

- Que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio).
- Que las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 5/2001, de 15 de enero y 307/2006, de 23 de octubre).

Solamente verificados ambos presupuestos un juzgador podrá entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato contenida en la norma (STC 200/2001, de 4 de octubre). Así pues, «el juicio de igualdad *ex* artículo 14 de la Constitución Española exige la identidad de los supuestos fácticos que se pretenden comparar, pues lo que se deriva del precepto citado es el derecho a que supuestos de hecho sustancialmente iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas» (SSTC 212/1993, de 28 de junio; 80/1994, de 13 de marzo; y 307/2006, de 23 de octubre). Esto es, pasando al plano relacional e individual, de tal manera que:

«Se puede decir que dos individuos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común. Un *tertium comparationis*, que opera como elemento definitorio de la clase, y que son desiguales cuando tal circunstancia no se produce» (STC 125/2003, de 19 de junio).

Cuando se trata de una discriminación establecida en una normativa nacional contraria al Derecho comunitario se ha planteado al Tribunal de Justicia comunitario si acaso las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el Tratado de la Comunidad Europea o resultantes de los actos e instituciones de la Comunidad, así como el principio de supremacía del Derecho comunitario no implican, por sí mismos y sin necesidad de disposiciones explícitas de Derecho interno, la atribución a los órganos judiciales nacionales la potestad de «dejar de aplicar todo tipo de normas de derecho interno que sean contrarias al Derecho comunitario, con independencia del rango de esas disposiciones en la jerarquía normativa (reglamentos, leyes o incluso la Constitución)».

La respuesta del Alto Tribunal comunitario ha sido al respecto muy matizada. Así se ha destacado, que siendo cierto que los objetivos de una norma comunitaria «son obligatorios para el poder judicial de los Estados miembros desde el momento de su entrada en vigor», «ello no significa que los Tribunales nacionales estén obligados a dejar inaplicadas normas nacionales preexistentes a esa Directiva antes de que transcurra el plazo de adaptación del Derecho interno»¹².

Solamente cuando la normativa nacional incurre en una grosera violentación del Derecho comunitario, contrariando el principio de igualdad ante o en la ley, mediante el establecimiento de discriminaciones inadmisibles, entonces las consecuencias son radicales, pudiéndose enunciar en los siguientes términos:

- «En tanto no se adopten medidas que restablezcan la igualdad de trato, únicamente puede garantizarse el respeto del principio de igualdad concediendo a las personas incluidas en la categoría jurídica perjudicada las mismas ventajas de que disfrutaban las personas comprendidas en la categoría beneficiada».

¹² Según la Abogada General, asunto C-212/02, conclusión 51, que añade: «sin embargo, este problema no se plantea en el caso de interpretación conforme a la Directiva. En efecto, precisamente cuando un Juez interpreta su Derecho nacional de manera conforme a la Directiva, las disposiciones correspondientes no quedan inaplicadas, sino que, al contrario, se aplican».

- «En tal hipótesis, el Juez nacional debe dejar sin aplicar toda disposición nacional discriminatoria, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador, y debe aplicar a los miembros del grupo perjudicado el mismo régimen del que disfruten los demás trabajadores. Está obligado a ello con independencia de que en el Derecho interno existan disposiciones que le confieran competencia para hacerlo»¹³.

II. LAS GARANTÍAS DEL CRÉDITO LABORAL ANTE LA INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO EN EL DERECHO COMUNITARIO

La Unión Europea habiendo tomado en consideración que eran necesarias normas para la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, especialmente para garantizar el pago de sus créditos impagados, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad, pero que existían diferencias entre los Estados miembros en cuanto al alcance de la protección de los trabajadores asalariados en ese ámbito, decidió aprobar la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre (modificada por la Directiva 2002/74/CE, de 23 de septiembre), con tal preciso objeto.

Aquella Directiva, que se aplica a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia, principia por establecer qué debe entenderse por «insolvencia empresarial» a los efectos de su aplicación. Según aquella norma comunitaria concurre tal situación:

«Cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones, bien haya decidido la apertura del procedimiento, o bien 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.»

Bien entendido que aquella delimitación del supuesto de «insolvencia» 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 de los antes señalados y previstos en el Derecho nacional, así como establecer un orden de 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.

¹³ En el mismo sentido, la STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/00, Rodríguez Caballero.

A efectos de esa normativa comunitaria garantizadora del pago de los créditos salariales, posición central tienen las 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 ésta 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.

Nuclear en la indicada disposición comunitaria es la norma que ordena que las instituciones de nacionales de garantía deben asegurar 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».

Los créditos que han de tenerse en cuenta por la institución de garantía habrán de ser las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o, en su caso, después de una fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma.

La cuestión de la inclusión de las indemnizaciones en el ámbito de garantía ofrecida por las instituciones competentes de cada Estado miembro, se resuelve, bien que no irreprochablemente, por la sentencia objeto de comentario, cuya doctrina por consiguiente en puridad debe considerarse más que cuestionable y polémica.

Efectivamente, según la sentencia objeto de comentario, si bien «a diferencia de la primera versión, que dejaba completamente en manos de los Estados miembros la determinación de los créditos asegurados por las instituciones de garantía, la versión modificada 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" ¹⁴. Afirmación que, a la postre, es tanto como dejar planteada una duda casi irresoluble que en todo caso es susceptible de generar asimetrías protectoras en los sistemas jurídicos internos o nacionales de los Estados miembros, con ocasión de su adaptación de los derechos internos o nacionales al contenido de la Directiva a la que nos venimos refiriendo ¹⁵.

¹⁴ En términos de la conclusión 26, las presentadas el 27 de abril de 2006 por el Abogado General Sr. Antonio Tizzano.

¹⁵ 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

Ha de repararse en que 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, discutiéndose 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 sostener que incluso ateniéndose a la primera versión de la Directiva, y no la modificada, "no significaba que las indemnizaciones (por despido) se encontrasen forzosamente fuera del ámbito de aplicación del Derecho comunitario por no poder ser consideradas 'retribuciones', al extremo de haberse afirmado lo siguiente:

'Incluso antes de que entrara en vigor la nueva Directiva 2002/74/CE podían incluirse dentro del concepto de retribución no sólo los créditos salariales correspondientes a la remuneración de prestaciones laborales efectuadas durante un período determinado, sino también créditos de otra naturaleza, como las indemnizaciones por fin de contrato'¹⁶.

Entrando ya en la redacción vigente de la Directiva 80/987/CEE modificada, ha de repararse en que los órganos judiciales nacionales en la aplicación del Derecho interno o nacional han de respetar el principio de 'interpretación conforme' a la indicada Directiva, y según el cual los órganos jurisdiccionales nacionales que, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la Directiva, para alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido¹⁷ por ésta"¹⁸.

plazo de adaptación del Derecho interno a dicha Directiva», y que no 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, se indica en la STJCE de 5 de febrero de 2004, asunto C-157/02, *Rieser Internationales Transporte*.

¹⁶ Indica el Abogado General Sr. Antonio Tizzano en su conclusión 32, *in fine*, lo siguiente: «efectivamente, recuérdese que la sentencia *Olaso Valero* (STJCE de 12 de diciembre de 2004, asunto C-520/03) el Tribunal de Justicia tuvo ocasión de aclarar que "aunque corresponde al Derecho nacional precisar el término 'retribución' y definir su contenido", "el hecho de que la Directiva 80/987/CEE relacione el pago de la retribución con unos periodos de referencia no excluye su aplicación a las indemnizaciones por despido" máxime dado que "(corroboraban) esta afirmación" las modificaciones previstas en la directiva 2002/74/CE que en esa época aún no había entrado en vigor».

¹⁷ Que «existe independientemente de que se haya adaptado efectivamente el Derecho interno a la correspondiente Directiva y, de ser así, en qué momento se ha hecho». Esto es, opera el deber de «interpretación conforme» al contenido de la Directiva «incluso antes de que expire el plazo de adaptación, más exactamente, (obliga) a partir de la entrada en vigor de la Directiva se que se trate», precisa la Abogada General, Sra. Juliana Kokott, en el escrito de conclusiones presentado el día 27 de octubre de 2005, asunto C-212/04, conclusiones 44, segunda parte, y 45; en la misma línea debe destacarse la posición del Abogado General Sr. Antonio Tizzano, en el asunto C-81/05, que en la conclusión 24 de las presentadas el 27 de abril de 2006, indica lo siguiente, «a pesar de que corresponda al ordenamiento de cada Estado miembro definir el concepto de "retribución", el órgano jurisdiccional sigue estando obligado, no obstante, a interpretar el Derecho interno de modo acorde con al Derecho comunitario, incluidas las Directivas (...) que hayan entrado en vigor antes de que tengan lugar los hechos del caso de autos, pero cuyo plazo de incorporación no haya expirado aún».

¹⁸ STJCE de 5 de octubre de 2003, asuntos acumulados C-397/01 a 403/01, *Pfeiffer* y otros. Se trata de un deber impuesto por Derecho comunitario primario (Tratados constitutivos, al momento actual, Constitución Europea, en un futuro, que se antoja inmediato) a los Estados miembros.

Dilucidar la cuestión de si la dicción de la Directiva permite a un Estado miembro excluir, total o parcialmente, de su ámbito de aplicación las indemnizaciones por despido, supone llevar acabo una interpretación de aquella norma ajustada a cánones de hermenéuticos rigurosos. Acorde con criterios interpretativos que satisface semejante exigencia puede concluirse que en la referencia al "pago a los trabajadores asalariados de las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral cuando así lo disponga el Derecho interno", la expresión final "cuando así lo disponga el Derecho interno":

- Ha de referirse a que en la legislación sustantiva nacional ya esté establecido (o se establezca en cualquier momento), el derecho al devengo de algún tipo de indemnización al término de la relación laboral (bien sea por extinción procedente de relaciones temporales bien por despido improcedente o en ambos casos, bien en cualquier otro supuesto).
- No puede referirse a que una norma de Derecho interno preexistente garantice el pago de las indemnizaciones antes referidas por la institución de garantía, ni a que, de no existir ya en el ordenamiento jurídico nacional tal norma, la propia disposición legal de adaptación del ordenamiento nacional o interno a la Directiva 89/987 explícitamente extienda la garantía de pago a tales indemnizaciones.

Por consiguiente, los Estados miembros en ningún caso pueden excluir de la obligación de pago por la institución nacional de garantía las indemnizaciones debidas por el empresario insolvente a causa de la finalización del contrato, si en ese ordenamiento jurídico de ese Estado miembro está establecido que los trabajadores devengasen tales indemnizaciones, sin perjuicio de que puedan moderar al alcance de dicha obligación en términos equivalentes a la moderación que hubieren establecido respecto de la obligación de pago de las retribuciones adeudadas por el empresario insolvente.

Esto es, siempre que en el Derecho nacional o interno de un Estado miembro está establecido el derecho de los trabajadores a determinadas indemnizaciones en los supuestos de extinción de los contratos de trabajo que se indiquen (como sucede en nuestro ordenamiento jurídico), producidos tales supuestos y devengadas consecuentemente las pertinentes indemnizaciones, una vez que se declare la insolvencia del empresario deudor, la institución nacional de garantía (en nuestro caso el FOGASA) habrá de satisfacer tales indemnizaciones, con independencia de que tal obligación de la institución de garantía esté o no reconocida en ninguna norma interna o nacional, o incluso que una norma de derecho interno excluya tal obligación, pues esta norma será radicalmente nula y por ello sin efecto alguno, por contradecir una norma imperativa de Derecho comunitario.

No obstante la razonabilidad impecable de semejante conclusión y del pleno ajuste "reglas de la lógica y la razón" de la interpretación conducente a la misma, el Tribunal de Justicia comunitario, en la sentencia objeto de comentario, mantiene otro criterio, dando precisamente el sentido que debe darse a la polémica expresión, "cuando así lo disponga el Derecho interno", afirmando lo siguiente:

"Cuando un Estado miembro ya reconocía en su legislación interna, antes de la entrada en vigor de la Directiva 2002/74/CE, el derecho del trabajador a obtener la protección

de la institución de garantía para el caso de insolvencia empresarial en relación con la indemnización por extinción del contrato, la aplicación de dicha legislación en los casos en los que la insolvencia del empresario se haya producido después de la entrada en vigor de dicha Directiva está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987 modificada."

Los cuestionables pasos que sigue el no menos cuestionable razonamiento silogístico de la sentencia que se comenta, para llegar a semejante conclusión, son los siguientes:

- En primer lugar, afirma (a modo de premisa mayor) lo siguiente: "A tenor de lo dispuesto en el artículo 3.º, párrafo primero, de la Directiva 80/987/CEE modificada, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, (...) 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'".
- En segundo lugar, afirma también (a modo de premisa menor): "El artículo 3.º, párrafo primero, de la Directiva 80/987/CEE modificada no (obliga) a los Estados miembros a establecer en la normativa nacional mediante la que adapten al Derecho interno a la Directiva 2002/74/CE que se garantice el pago de las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral".
- Ergo, como conclusión: De todo ello se sigue que "en la medida en que la normativa nacional en cuestión (contenga) una disposición que estipul(e) que las mencionadas indemnizaciones gocen de protección concedida por la institución de garantía competente (...), dicha disposición nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE modificada".

A sensu contrario, entonces, debe admitirse, añadimos nosotros, "en la medida en que la normativa nacional en cuestión (no contenga) una disposición que estipul(e) que las mencionadas indemnizaciones gocen de protección concedida por la institución de garantía competente (...), dicha disposición nacional no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE modificada", y consiguientemente la institución nacional de garantía no está obligada al pago de las pertinentes indemnizaciones adeudadas por el empresario insolvente a sus trabajadores».

Al margen de esa no irreprochable interpretación del Tribunal de Justicia comunitario, puede afirmarse que la obligación de pago de la institución de garantía no es absoluta, teniendo los Estados miembros atribuida la facultad de limitarla, si bien cuando hagan uso de esa facultad, habrán de establecer la duración del período que dé lugar al pago de los créditos impagados, por la institución de garantía, que no podrá ser inferior a un período correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral situados antes y/o después de las fechas referidas anteriormente, pudiendo los Estados miembros incluir ese período mínimo de tres meses en un período de referencia cuya duración no podrá ser inferior a seis meses.

Aquellos Estados miembros que establezcan un período de referencia de al menos dieciocho meses podrán limitar a ocho semanas el período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. En ese caso, para el cálculo del período mínimo se considerarán los períodos más favorables para el trabajador. Además, los Estados miembros podrán establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía. Esos límites no podrán ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de aquella Directiva.

Dentro de los créditos laborales, cuya percepción las instituciones nacionales de garantía están obligadas a garantizar, se encuentran las cotizaciones debidas en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social o de los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, que solamente si expresamente son excluidos del ámbito de protección no serán satisfechas por la institución de garantía nacional correspondiente.

Esto es, en principio los Estados miembros habrán de adoptar las medidas necesarias para garantizar que el impago 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, no tengan efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado respecto a tales instituciones de seguros, en la medida en que las cotizaciones salariales se hayan descontado previamente de los salarios abonados.

Asegurándose, en todo caso, que se adopten las medidas necesarias para proteger 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 éste, 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.

En los momentos actuales de globalización económica con el protagonismo de empresas «multinacionales», son singularmente importante las previsiones contenidas en aquella normativa comunitaria sobre empresas con actividades en el territorio de dos o más Estados miembros.

En el supuesto enunciado en el apartado anterior, si las tales empresas (empresarios) se encuentran en estado de insolvencia, tomado el término con la amplitud antes ya referida, la institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores será la del Estado miembro en cuyo territorio éstos ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo y la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el Derecho que se rija esa institución de garantía.

Debiéndose adoptar por los Estados miembros las medidas necesarias a fin de garantizar que en tales casos las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia, cuya apertura se haya solicitado en otro Estado miembro, se tengan en cuenta para determinar el estado de insolvencia del empresario en el sentido de la Directiva 80/987/CEE modificada, procurándose el

intercambio de información pertinente entre las administraciones públicas competentes o entre las instituciones de garantía que permita, en particular, poner en conocimiento de la institución de garantía competente los créditos impagados de los trabajadores ¹⁹.

III. LA PROTECCIÓN DEL CRÉDITO LABORAL EN NUESTRO SISTEMA JURÍDICO ANTE LA INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO. EL CONCURSO DE ACREEDORES DEL EMPRESARIO Y CONCURRENCIA SIMPLE DE CRÉDITOS EN LA EJECUCIÓN LABORAL. LA CUESTIÓN DE LA PERVIVENCIA DE PRIVILEGIO DE EJECUCIÓN SEPARADA

Insolvencia empresarial (del comerciante) ²⁰, situaciones concursales y protección del crédito laboral son términos que han mantenido y mantienen una fuerte y sistemática correlación, al extremo de que la normativa comunitaria y nacional protectora del crédito laboral se centra en el concurso del empresario.

Efectivamente, principia la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) estableciendo que el FOGASA «abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios», además de añadir, a reglón seguido, la obligación de pago de aquel organismo público de determinadas indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo.

Por todo ello, aquel análisis sería incompleto tanto si no se centrara en el concurso del empresario como si omitiera toda referencia al régimen de preferencias del crédito salarial, cuando concurren con otros créditos, en procesos de ejecución no universales, sino singulares.

1. Aspectos generales de la insolvencia del empresario y su proyección sobre el crédito laboral.

En el Derecho histórico, la situación patrimonial del comerciante (sinónimo de empresario) deudor que no podía cumplir sus obligaciones ha venido constituyendo un acontecimiento de gran preocupación y trascendencia social, del que se ha dado incluso testimonio literario ²¹. La quiebra constituía una institución jurídica en la que se trataba con extremado rigor y severidad al comerciante (empresario) insolvente, bien que haya ido en línea con la evolución de la responsabilidad civil y

¹⁹ Al respecto, es relevante la regulación contenida en la Ley Concursal.

²⁰ Sobre los términos «insolvencia» y «quiebra» efectúa una recopilación de acepciones del Diccionario de Autoridades, J. M.^a CASTÁN VÁZQUEZ, en «La insolvencia a través de la literatura», *AARAJL*, núm. 34 (2004) págs. 450-451; precisa el *Diccionario de la Real Academia Española*, vigésima segunda edición, 2001, los siguientes significados, de la voz «Insolvencia»: «falta de solvencia, incapacidad de pagar una deuda»; de la voz «Insolvente»: «Que no tiene con qué pagar», y de la voz «Solvencia»: «Carencia de deudas/Capacidad de satisfacerlas/Cualidad de solvente», y de la voz «Solvente»: «Desempeñado de deudas/Capaz de satisfacerlas/Que merece crédito».

²¹ *Vid.* CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, *op. cit.*, págs. 449 y ss.

el mejoramiento de la posición relativa del deudor, moderándose, por mor de la influencia del cristianismo, a la par de la progresiva «humanización» y «racionalización» el Derecho, en pro de una mayor eficacia económica general.

Efectivamente el rigor que reflejaba el Derecho romano y que se mantenía en el Derecho medieval, en el que se partía de la idea de que el quebrado era un defraudador (*decoctor ergo fraudatur*), se intenta paliar con un nuevo procedimiento desde principios de la edad moderna²², estableciéndose posteriormente un procedimiento específico para el comerciante (quiebra) «más riguroso» que el aplicable a los que no tenían tal condición. Situación que permaneció sustancialmente inalterada hasta la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante Ley Concursal), que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004.

Esta última norma afirma, con dudosa exactitud, que la misma «no supone una ruptura con la larga tradición concursal española, pero sí una profunda reforma»²³, cuando es lo cierto que se trata de una regulación novedosa, de nuevo cuño, obediente a nuevos y desconocidos hasta entonces principios en nuestra legislación, que determinan la entrada de una nueva etapa histórica en la «regulación de la concurrencia de los acreedores sobre el patrimonio del deudor común»²⁴, especialmente cuando de la crisis económica de una empresa se trata, que se ha dejado sentir especialmente en ámbito de los créditos y las relaciones laborales.

En ese aspecto ha de resaltarse que tanto los contratos de trabajo como los créditos con origen en la prestación del trabajo asalariado son objeto de singular consideración en la Ley Concursal, fuera por tanto de la legislación laboral en sentido estricto²⁵, que atribuyó competencias en la materia al Juez del concurso en detrimento del Juez de lo social²⁶.

Pero es más, dentro de la propia legislación concursal se mantiene la diferencia tradicional entre el tratamiento dado y debido al crédito salarial e indemnizatorio del otorgado al trabajador común u ordinario, así como a la posible pervivencia o extinción de su relación laboral, y el régimen establecido para el personal de alta dirección. Diferenciación sin duda obediente a su consideración como sistemas

²² Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, McGraw-Hill, Madrid, 2003, pág. 451; SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO GUIARTE, J., *Instituciones de Derecho Mercantil*, Vol. II, Thomson-Aranzadi (29.ª edición), Encano (Navarra), 2006, págs. 536-538.

²³ Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 de 9 de julio Concursal, apartado I, párrafo undécimo.

²⁴ Es cierto, como se precisa en la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, apartado II, párrafo quinto, que el nombre de «concurso» elegido para denominar a este procedimiento es una «expresión clásica que, desde los tratadistas españoles del siglo XVII, fundamentalmente Amador RODRÍGUEZ (*Tractatus concursu*, 1616) y FRANCISCO SALGADO SOMOZA (*Labyintus creditorum concurrentium*, 1646)» pasó al vocabulario procesal europeo, pero no es menos cierto que precisamente en ese aspecto semántico y de alusión a un procedimiento judicializado o juzgado terminan las coincidencias.

²⁵ Vid. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., «Artículo 64. Contratos de trabajo», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1.181 y ss.; sobre el personal de alta dirección, me remito a mi trabajo, «Artículo 65. Contratos del personal de alta dirección», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, Valladolid, 2004, págs. 1.297 y ss.; sobre los créditos laborales RÍOS SALMERÓN, B., y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M. L., «Artículo 84.2.1.º Créditos concursales y créditos contra la masa», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, T. II, Lex Nova, Valladolid 2004, págs. 1.663 y ss.

²⁶ Ejemplares del cambio habido son las resoluciones de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del TS de 6/2005, de 12 de abril, 10/2006 de 30 de marzo y 31/2006 de 10 de julio.

laborales distintos, siendo en la legislación concursal donde aquella diferencia radical de sistemas laborales encuentra una explícita explicación (que no justificación), pues al personal de alta dirección se le trata por la Ley Concursal, como si del empresario se tratase, dada su relevante participación, cuando no entero protagonismo, en la dirección económica y de los recursos humanos de la empresa y sobre el que se proyecta en cierta medida la problemática de la «gobernanza corporativa»²⁷, régimen que rememora la antigua figura del «factor» mercantil (*alter ego* del comerciante).

El perjuicio severo de los créditos laborales y las trabas a la pervivencia de las relaciones laborales mantenidas con el empresario (comerciante) insolvente y la continuación de la actividad empresarial en la legislación histórica de la quiebra, explica las «severas y fundadas críticas» que aquella normativa recibía, que se resumen con precisión en la exposición de motivos de la Ley Concursal, donde se describen²⁸ las características definitorias de aquella legislación histórica en los siguientes términos: «arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones (...). Defectos que derivan de la codificación española del siglo XIX, estructurada sobre la base de una dualidad de códigos de derecho privado, civil y de comercio, y de la regulación separada de la materia procesal respecto de la sustantiva, en una Ley de Enjuiciamiento Civil»²⁹.

La regulación histórica resultaba especialmente desfavorable para los contratos relativos al trabajo asalariado dependiente y los créditos nacidos de aquella prestación del trabajo por cuenta ajena. Unos y otros eran tratados como simples negocios contractuales comunes y créditos civiles y no como los únicos medios con los que el trabajador contaba para atender a su propia subsistencia y a la de su familia.

²⁷ En el marco nacional español cabe citar el «Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas» de 8 de enero de 2003 (Informe Aldama), que se refiere al personal de alta dirección en diversos pasajes, así, en el apartado III.2.3, al tratar de la «extensión subjetiva de los deberes de lealtad», precisa que «debiera abarcar al menos a las siguientes personas: (ii) a los altos ejecutivos de la sociedad aunque no ostenten la condición de consejeros», en el apartado III.3 sobre «el marco ético del gobierno corporativo» alude al deber de «comportamiento ético por parte de los administradores y gestores», en el apartado IV.6 trata de «la remuneración del Consejo y de la alta dirección». En el ámbito comunitario es de referencia obligada el *Report of the high level group of company law experts on a modern regulatory framework for company law in Europe*, de 4 de noviembre de 2002 (Informe Winter), que en el capítulo III, titulado «Corporate Governance», se refiere a los altos directivos en muchos apartados (especialmente en los correspondientes al punto 4, bien que en la concepción anglosajona de la relación jurídica existente entre el alto directivo y la sociedad), refiriéndose a su responsabilidad en caso de insolvencia de la compañía por razón de la *wrongful rule*.

²⁸ Apartado I, párrafo primero.

²⁹ Advierte la Ley Concursal, en su Exposición de Motivos, apartado I, segundo párrafo, que «también contribuye a aumentar esos defectos y a dificultar la correcta composición del sistema la multiplicidad de procedimientos concursales; así junto a las clásicas instituciones de la quiebra y del concurso de acreedores, para el tratamiento de la insolvencia de los comerciantes y de los no comerciantes, respectivamente, se introducen otras preliminares, como la suspensión de pagos y el procedimiento de quita y espera, de presupuestos objetivos poco claros y, por tanto, de límites muy difusos respecto de aquellas».

2. La protección del crédito laboral ante la insolvencia del empresario, en nuestra legislación histórica.

Ha de recordarse que durante esa etapa anterior correspondiente al siglo XIX, el contrato de trabajo no aparecía todavía como negocio jurídico con sustantividad propia independiente del arrendamiento civil de servicios, no obstante la valoración positiva del trabajo, que junto con la declaración de la libertad de industria constituyeron los rasgos más destacables de la ideología liberal (inspiradora de los «códigos decimonónicos»), a partir de la proclamación de los principios de libertad e igualdad³⁰.

Efectivamente, la vigencia en aquella etapa histórica del *laissez faire, laissez passer* (que se corresponde con la «escuela clásica» de la economía³¹ y fue observado rígidamente durante la etapa inicial de la Revolución Industrial³²), como criterio contrario a toda intervención del Estado en materia social para no influir en la formación de los precios, determinó la pervivencia del contrato civil de arrendamiento de servicios como negocio jurídico regulador de la prestación del trabajo asalariado.

Ante la catastrófica situación social generada por una política legislativa acorde con las posiciones doctrinales propias de la «economía clásica», la agitación social y los movimientos socialistas revolucionarios (anarquistas, socialistas y comunistas), comienza a desarrollarse la actividad legifera, administrativa y prestacional de los Estados en relación con el trabajo asalariado por cuenta ajena, con consecuencias positivas para el tratamiento del crédito laboral en los procedimientos concursales mercantiles a la sazón vigentes (la «quiebra» y la «suspensión de pagos»).

³⁰ «Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos», Preámbulo de la Constitución revolucionaria francesa.

³¹ Cuyo máximo exponente es A. SMITH con su obra *An Inquiry into the Nature and Causes of Wealth of Nations*, título traducido como *La riqueza de las naciones*.

³² La expresión «Revolución Industrial» es de origen muy discutido, debatiéndose fundamentalmente si debe atribuirse a las innovaciones tecnológicas que aparecen en un momento singularmente rico en invenciones (así las efectuadas por WATT, ARKWRIGHT, KAY y HARGREAVES, etc.) o a la aparición del espíritu de empresa se utiliza, ordinariamente, para designar la primera fase del desarrollo de la industria moderna que tuvo lugar en Inglaterra y en el sur de Escocia en el último tercio del siglo XVIII. Lugares y momento en que grandes masas trabajadoras sufren las consecuencias más adversas (jornadas extenuantes, salarios míseros, condiciones higiénicas deplorables en los lugares de trabajo y en los hogares, *truck system*, trabajo de niños y mujeres en condiciones lastimosas, etc. y, en fin, brevedad de una sufrida existencia), encontrándose en una situación de subordinación tal al poder del capitalista-empresario, en un medio dominado ideológicamente por el darwinismo social y la ética protestante, que carecían de capacidad de reacción contra aquellas insostenibles condiciones de trabajo y existencia (aquellas terribles consecuencias sociales, que en España se manifiestan especialmente durante la primera mitad del siglo XIX). Circunstancias que propiciaron la aparición de una gran violencia social y política, con la emergencia de nuevas ideologías llamadas a influir determinadamente en la marcha de la humanidad (socialistas y anarquistas, fundamentalmente), propiciando, finalmente, la intervención de los Estados y la regulación de la prestación del trabajo asalariado; Indica DE LA VILLA, L.E., «Apuntes sobre el concepto de trabajador en el Derecho español», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. «Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria», CEF, Madrid, 2006, pág. 668, que el presupuesto de la dependencia «no es, desde luego, explicable ni comprensible desconectado del sistema productivo que impone la revolución industrial», y, en pág. 671, que el presupuesto de la ajeneidad «tampoco es explicable ni comprensible a espaldas del proceso productivo impuesto por la revolución industrial».

En España es solo a partir de 1900 cuando se inicia el desarrollo sistemático de una legislación relativa a la prestación del trabajo asalariado, que ha permitido referirse (desde de 1920) a un singular Derecho obrero³³. Pero únicamente con la aprobación de la Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo, se establece una regulación más o menos general de la prestación del trabajo asalariado por cuenta ajena. Regulación a la que sucede la ya sistemática y completa Ley de Contrato de Trabajo de 1944.

La aparición y desarrollo de aquella normativa e instituciones jurídicas relativas al trabajo por cuenta ajena del asalariado provocó importantes cambios interpretativos y, de menor entidad, jurídico-positivos en la legislación concursal entonces vigente que afectaron al tratamiento de los contratos y créditos salariales del personal «obrero». El contrato del alto cargo siguió considerándose mercantil y su remuneración tratada como un crédito de aquella naturaleza hasta mucho más adelante³⁴. Con el desenvolvimiento de la legislación laboral si bien se mejoró espectacularmente la protección del crédito salarial, se produjeron tales interferencias entre la legislación mercantil y la laboral que el panorama se mostraba confuso. La evolución de la protección del crédito laboral, en las situaciones de crisis económicas empresariales, puede sintetizarse en los siguientes términos:

«En un largo acontecer histórico-legislativo, la realidad social ofrecía situaciones de auténtica indefensión para el trabajador, que pese a haber ganado su crédito o salario con su trabajo personal, se encontraba en ocasiones que (no lo percibía) por la insolvencia de su deudor o empresa, o por la diligencia de otros acreedores de ésta que reclamaba sus créditos con previsión o premura y los hacían recaer sobre el patrimonio existente a todas luces insuficiente, lo que dio lugar a que los poderes públicos arbitrasen mecanismos que asegurasen esa efectividad otorgando a tales créditos salariales la máxima fuerza o prioridad cuando concurriesen con otros créditos sobre el patrimonio del deudor; y esa línea sucintamente expuesta, se observa, tiene acogimiento en todo nuestro proceso legislativo desde que nuestro Código Civil (CC) consagra el interés o singularidad de estos créditos [1.922.1 y 1.924.1.d), del CC, pasando por la mención

³³ Singularmente relevantes son los Reales Decretos-Leyes de 26 de julio de 1926 (trabajo a domicilio), 15 de agosto y 6 de septiembre de 1927 (descanso nocturno de la mujer obrera) que inician el desarrollo de una legislación ordenada y unitaria de las relaciones de trabajo, que se refuerza con la creación, en 1920, del Ministerio de Trabajo. Mediante el Real Decreto-Ley del 23 de agosto de 1926 se aprueba el primer Código de Trabajo que, no obstante su denominación, no contiene una regulación general de la relación de trabajo. En ese inicial «derecho obrero» también deben destacarse las siguientes normas: la Ley de 13 de marzo de 1900 (por la que se fijan las condiciones de trabajo de mujeres y niños), el Real Decreto de 20 de junio de 1902 (condiciones de los contratos de los obreros con los concesionarios de obras públicas), las Leyes de 3 de marzo de 1904 (descanso dominical) y de 12 de julio de 1906 (de modificación de los artículos 1.449 y 1.451 LEC, de 1881, y que limita la cuantía de los embargos de jornales y salarios), el Real Decreto de 18 de enero de 1907 (prohibiendo a los patronos y jefes establecer tiendas y cantinas en las explotaciones), la Ley de 19 de mayo de 1908 (Tribunales Industriales), la Ley de 27 de abril de 1909 (que deroga el artículo 556 CP, de 1870, permitiendo coligaciones y huelgas), la Ley de 12 de agosto de 1912 (de protección de la infancia) y las Leyes de 27 de febrero (Ley de la silla), de 11 de julio de 1912 y de 4 de julio de 1918 (sobre jornada en establecimientos mercantiles); sobre le intervencionismo del estado, DE LA VILLA, L.E., «En torno al concepto del Derecho del Trabajo español», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social*. «Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria», CEF, Madrid, 2006, págs. 277 y ss.

³⁴ Siendo genuina la «expresión de la moderna evolución de la empresa» (MENÉNDEZ, A.).

contenida en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944 en su art. 59, hasta en la precedente Ley de Relaciones Laborales, en su art. 32]» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 5 de mayo de 1998).

Posteriormente, el ET, que, en su artículo 4.º 2 f) proclamó como uno de los «derechos laborales básicos», el derecho a «una percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida», que no es sino el desarrollo conceptual del principio recogido en la Constitución, al calificar como un derecho fundamental (art. 35), el relativo a que todos los españoles tienen derecho «al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia»; y después de considerar el concepto y alcance de dicho salario en sus artículos 26 y siguientes, es, en los artículos 32 y 33, donde se establecieron las «garantías del salario», en la idea de que en el primero, o sea, el 32, se emitían los principios acogedores de aquella tutela singular o perseverante de la efectividad en caso de concurrencia.

3. La aparición del privilegio de ejecución separada del crédito laboral.

En este contexto era donde debía valorarse el contenido del apartado 5 del referido artículo 32 del ET, y el apartado 3 del artículo 246 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), cuando ambos señalaban con igual literalidad que «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal», de lo que se seguía que la prerrogativa que concedía aquellos apartados, constituía un procedimiento autónomo y diferente al concursal, sometido a sus reglas propias y sin interferencia de las normas establecidas para los procedimientos universales más que en aquellos aspectos a los que se remita.

Ciertamente el artículo 32.5 del ET, tanto en su redacción de 1980 como en la actual modificación operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, establecieron que las acciones que podían ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les pudieran ser adeudados no quedarían en suspenso por la tramitación de un proceso concursal, destacándose únicamente, en la última reforma, la exclusión del término «cobro de salarios» por el de «cobro de créditos», manteniéndose igual el resto del precepto legal, lo que indicaba claramente que el legislador había pretendido que cualquier crédito que tuviera el trabajador contra la empresa fuera cobrado, sin que ello se suspendiese por la tramitación de un proceso concursal; no cabiendo, por tanto, duda de que cuando se aludía a cualquier crédito, debía efectuarse interpretación amplia, no sometida a ningún tipo de limitación, incluyéndose los intereses, y tanto los salarios como las indemnizaciones e intereses que la empresa adeude al trabajador (STSJ de Madrid de 17 de mayo de 1999).

Efectivamente, la norma contenida en el artículo 32.5 del ET era terminante, ya que las acciones que podían ejercitar los trabajadores frente a la empresa no quedaban en suspenso por la apertura de un procedimiento concursal, afirmación que comprendía no sólo la fase declarativa del correspondiente proceso laboral, sino también la fase de ejecución de las sentencias dictadas en el

mismo, y ello aun cuando el proceso concursal se encontrase en trámite o se hubiera producido alguna traba de los bienes del empresario o algún tipo de convenio, en el que no constase la intervención de los trabajadores; cabiendo, por lo tanto, la ejecución separada en virtud de la aplicación del mencionado precepto, como así se ha venido pronunciando la jurisprudencia de manera reiterada (STSJ de Murcia de 22 de mayo de 2000)³⁵.

Fue jurisprudencia reiterada que el artículo 32.5 del ET al prever que «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los créditos a los que se refería aquel artículo no quedarían en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal», planteaba el problema de determinar si la expresión «créditos a los que se refiere este artículo» aludía a la causa de los créditos (por salarios y por indemnizaciones de despido) o si incluía también la aplicación de los límites cuantitativos que determinaban que sólo una parte de esos créditos —la que no excedía del límite correspondiente— quedaba comprendida en los privilegios sustantivos que establecían los números anteriores del artículo. En el primer caso la garantía de la ejecución separada comprendería únicamente los créditos privilegiados; en el segundo, los créditos por salarios e indemnizaciones por despido sin ninguna limitación.

Al respecto la jurisprudencia destacó (STS de 19 de diciembre de 2000) que la expresión «los créditos a que se refiere este artículo» no era decisiva en términos de interpretación literal, pues podía designar tanto a los créditos desde la perspectiva de su causa, como desde su consideración como créditos privilegiados, aunque, incluso, desde esta perspectiva, la referencia al límite era más débil en el plano de la significación, porque el privilegio era algo accesorio al crédito y porque en la relación del artículo 32 había un tipo de privilegio —el refaccionario del núm. 2— que no se deter-

³⁵ Que continúa: «pero es que, además, el legislador reformó el artículo 32.5 del ET con la intención de ampliar los beneficios procesales que hasta entonces tenían reconocidos los trabajadores, y no creemos que resulte coherente con esa tendencia legislativa de carácter extensivo la lectura restrictiva del precepto. Ciertamente, no parece lógico el que, por un lado, la ley quiera ampliar el privilegio de ejecución separada (y con tal fin extienda en favor de las indemnizaciones por despido un privilegio procesal previsto para salarios) y, por otro, restrinja el hasta entonces existente (haciendo que los salarios que hasta la Ley 11/1994, cualquiera que fuese su importe, estaban incluidos en el apdo. 5 art. 32, pasen a partir de la entrada en vigor de dicha disposición legal a ser excluidos parcialmente del privilegio que en él se regula). Refuerza la interpretación extensiva del artículo 32.5 del ET el que el actual artículo 246.3 de la LPL disponga que "Las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal". Este precepto debe su redacción actual al Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LPL (...). Pues bien, la redacción del artículo 246.3 de la LPL, en la versión original del Real Decreto Legislativo 521/1990, de 27 de abril, es idéntica a la contenida en el vigente Texto Refundido, lo que evidencia que la reforma de la Ley 11/1994 no quiso restringir el ámbito de los salarios beneficiados por el privilegio del artículo 32.5 del ET, ya que no hay en su texto ningún elemento que permita desembocar en tal interpretación. Cabrá valorar negativamente el que el vigente artículo 264.3 de la LPL, pese a la actual redacción del artículo 32.5 del ET, no extienda expresamente el privilegio procesal de continua referencia a las indemnizaciones por despido, pero por lo que respecta a la opción entre si el tan repetido beneficio procesal de ejecución separada sólo alcanza a los salarios privilegiados sustantivamente en los apartados 1 a 3 del artículo 32 del ET o a todos los salarios que tenga reconocidos el trabajador, ninguna duda hay en cuanto a que el vigente artículo 246.3 de la LPL se decanta en favor de esta segunda opción. El TS, en diversas Resoluciones, entre ellas las de 17 de diciembre de 1997, de la Sala de Conflictos, referidas a supuestos de hechos posteriores a la entrada en vigor de la Ley 11/1994, no restringe el beneficio de ejecución separada de los créditos laborales en función de si la cuantía de los salarios o indemnizaciones ejecutados quedan o no dentro de los límites de los privilegios sustantivos establecidos en los apartados 1 a 3 del mismo precepto. Queda claro, por tanto, que tras dicha reforma se mantiene tal privilegio para una y otra clase de créditos, cualquiera que fuese su cuantía».

minaba en función de un tope cuantitativo, ni cronológico, sino que tenía en cuenta únicamente los bienes sobre los que podía satisfacer el crédito, es decir, algo completamente extraño a éste.

Por ello, debía tenerse presente como punto de partida que el límite de los números 1 y 3 de aquel precepto se refería al privilegio, pero no al crédito en sí mismo y que, sin embargo, la remisión del número 5 operaba sobre el crédito y no sobre el privilegio. Además se indicaba que el origen del precepto mostraba que el mismo no había pretendido reducir la garantía de ejecución separada en función de los límites cuantitativos aplicables a determinados privilegios, sino aclarar que el ámbito de aquella garantía, como el del privilegio general, comprendía no sólo los créditos por salarios, sino también los debidos a indemnizaciones por despido.

En la redacción anterior, establecida por la Ley 8/1980, el artículo 32.5 decía que «las acciones que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que les puedan ser adeudados no quedarán en suspenso por la tramitación de un procedimiento concursal». El nuevo texto que introdujo la Ley 11/1994 cambió la expresión citada por la ya mencionada de «el cobro de los créditos a los que se refiere este artículo». Pero lo que pretendía la norma era utilizar una expresión más amplia que incluyese los salarios y las indemnizaciones por despido, ya que éstas, incluidas hasta entonces por la doctrina jurisprudencial social, no lo estaban en la letra de la ley ni en la doctrina civil.

Los límites cuantitativos se establecieron en 1994 para el privilegio general del artículo 32.3 del ET, coincidiendo con la inclusión de las indemnizaciones por despido, pero no para la ejecución separada, que, como señalaba la doctrina más autorizada, se refería al crédito en cuanto laboral, pero no en cuanto privilegiado, porque aquélla era un beneficio «específico de diferente naturaleza, que puede persistir y actuar por sí solo», al margen del privilegio.

La ejecución separada era una garantía meramente procesal, que, como tal, no necesitaba someterse a una limitación cuantitativa para mantener su justificación por razones materiales de orden social, porque, a diferencia del privilegio, no implicaba por sí misma ninguna preferencia de cobro en relación con otros créditos, sino mera exoneración de la carga de que el trabajador tuviese que acudir a una ejecución general civil, sin que ello impidiese que los créditos concurrentes, incluidos o no en esa ejecución general, pudiesen afirmar su eventual preferencia en la propia ejecución social en la forma que preveía el artículo 273 de la LPL mediante la tercería de mejor derecho.

La interpretación contraria según la misma jurisprudencia³⁶ presentaba además dificultades como consecuencia de la diversidad de privilegios del artículo 32 del ET: 1. El superprivilegio del número 1, que tenía un límite cronológico (30 días de salario) y otro cuantitativo [el doble del salario mínimo interprofesional (SMI)]; 2. El privilegio refaccionario, que no tenía ningún límite; 3. El privilegio general que tenía un límite cuantitativo (el triple del SMI). De ahí la imposibilidad de establecer un límite cuantitativo unitario, por lo que había que aplicar límites cuantitativos distintos en los casos de los números 1 y 2 de aquel precepto estatuario o ninguno cuando la ejecución se dirigía contra los bienes mencionados en el número 2. Esto introducía una complejidad excesiva como consecuencia de la fragmentación de las ejecuciones en función de unos límites cuantitativos variables,

³⁶ En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2004.

pues una parte del mismo crédito tendría que ir al concurso y otra a la ejecución social, cuando este trato diferente no tenía una justificación procesal, aunque pudiese tenerla desde la perspectiva del fundamento material del privilegio.

Incluso se establecía en el artículo 32 del ET, apartado primero, un privilegio extraordinario por los últimos 30 días de trabajo y en cuantía no superior al doble del SMI, que gozaban de preferencia sobre cualquier otro crédito aunque su titular fuera un acreedor hipotecario o pignoraticio. Este privilegio establecido en norma con rango de ley no podía ser desconocido por los Tribunales de cualquier orden jurisdiccional, por los Registros de la Propiedad ni por los acreedores afectados, incluso por la Hacienda Pública, por cuanto que el artículo 32 párrafo 1.º no establecía en la preferencia excepción alguna (STS de 23 de marzo de 1988). Considerado aquel «superprivilegio» como una «preferencia general extraordinaria», porque se concebía como un privilegio propiamente dicho, y no como una garantía real, porque se manifiesta en relación con todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio del empresario y porque la preferencia es extraordinaria al anteponerse a todas las garantías reales.

4. El régimen actual del crédito laboral en las crisis económicas de los empresarios. Supresión del privilegio de ejecución separada.

El legislador español no puso «remedio a estos males»³⁷ («arcaísmo, inadecuación a la realidad social y económica de nuestro tiempo, dispersión, carencia de un sistema armónico, predominio de determinados intereses particulares en detrimento de otros generales y del principio de igualdad en el tratamiento de los acreedores, con la consecuencia de soluciones injustas, frecuentemente propiciadas en la práctica por maniobras de mala fe, abusos y simulaciones») propios de la ejecución universal dada la insolvencia del empresario (comerciante) hasta la Ley Concursal, habiendo sido hasta su promulgación las modificaciones legislativas «muy parciales y limitadas a materias concretas, lo que, lejos de mejorar el sistema concursal, ha contribuido a complicarlo con mayor dispersión de normas especiales y excepcionales, y, frecuentemente, con la introducción de privilegios y de alteraciones del orden de prelación de los acreedores, no siempre fundada en criterios de justicia»³⁸.

La entrada en vigor de la Ley Concursal supuso un cambio fundamental (SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de junio y 12 de julio de 2005), y como consecuencia de los principios de unidad de sistema y de procedimiento que la informan³⁹, sus Disposiciones Finales 14.^a y 15.^a, apartado 8, han introducido una modificación sustancial en la redacción del artículo 32.5 del ET y en la del artículo 246.3 de la LPL. Efectivamente, aquellos preceptos:

- En su redacción anterior, consagraban el privilegio procesal de ejecución separada de los créditos salariales.

³⁷ Exposición de Motivos, apartado I, párrafo quinto.

³⁸ Exposición de Motivos, apartado I, párrafo tercero.

³⁹ Una de cuyas aplicaciones más destacadas se encuentra en su artículo 55.1.

- En su nueva redacción (la que les ha dado la Ley Concursal) vienen a establecer que, declarado el concurso, las acciones de ejecución que puedan ejercitar los trabajadores para el cobro de los salarios que se les adeuden quedarán sometidas a lo establecido en la propia Ley Concursal.

Es decir, la ejecución de los créditos laborales ya no podrán dar lugar a una «ejecución separada» ante los órganos de la jurisdicción laboral, sino que quedarán sometidas al régimen procesal del único procedimiento concursal que se tramite por el órgano competente respecto del deudor que haya sido declarado en concurso con arreglo a aquella ley. Siendo el planteamiento a partir de la vigencia de la legislación concursal el siguiente:

- «Las normas laborales y procesales laborales que han entrado en vigor junto con la Ley Concursal, y por efecto de la reforma operada en ella, no permiten ya, para lo sucesivo, la ejecución separada de los créditos salariales, (...) ese nuevo régimen jurídico no puede ser interpretado ni aplicado si no es con referencia a aquel al que habrán de quedar sometidos todos los acreedores de un concurso que se declare y tramite conforme a las disposiciones de la citada Ley Concursal.»
- «La supresión de la ejecución separada requiere inexcusablemente que se haya declarado un concurso conforme a la nueva Ley Concursal y que el mismo quede sometido en su integridad a las normas unitarias que en dicha Ley se contienen (...). La propia dicción literal de los artículos 32.5 del ET y 246.3 de la LPL, en su redacción actual, se refieren a la aplicación de las normas de la Ley Concursal sólo para el caso de que se haya declarado el concurso.»

Así pues las garantías y privilegios del crédito laboral han de plantearse en una doble dimensión, cuando de la insolvencia del empresario se trate, según:

- Que el empresario este declarado en concurso, o
- Se reclame el crédito laboral sin que el empleador esté declarado en aquella situación concursal, pero concurra con otros créditos.

Cuando el empresario esté declarado en concurso, para dilucidar el régimen al que está sometido el pago de los créditos laborales, ha de estarse a lo dispuesto en la legislación concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio («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», art. 32.5 del ET). Dado que el pago del crédito laboral se integra en el concurso deben explicitarse, bien que someramente, las peculiaridades de ese proceso judicial.

Su régimen dista de ser sencillo, debiendo comenzarse por destacar que en los procedimientos concursales existen varios aspectos relevantes. El primero hace referencia a la noción misma de insolvencia, el segundo a la composición y delimitación de las masas activa y pasiva, el tercero a las

facultades de administración, gestión y disposición sobre esa masa activa y el cuarto a la satisfacción de los créditos a los acreedores concursales. Tratar el último de los momentos referidos implica necesariamente detenerse de forma breve sobre los demás, antes enunciados.

Se encuentra en estado de insolvencia el deudor que no puede cumplir regularmente sus obligaciones exigibles, y en estado de insolvencia inminente el deudor que prevea que no podrá cumplir, regular y puntualmente, sus obligaciones. Es la noción general que se establece en el artículo 2.º 1 de la Ley Concursal, debiéndose añadir otra noción, extraña a aquella norma, más restringida pero necesaria para que se origine la responsabilidad del FOGASA en los demás supuestos de insolvencia empresarial, pues en tales casos se entiende que existe insolvencia del empresario únicamente cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la LPL, no se consiga satisfacción de los créditos laborales pendientes.

El deudor deberá solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, debiendo justificar su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente, presumiéndose que el deudor ha conocido su estado de insolvencia cuando haya acaecido alguno de los hechos que pueden servir de fundamento a una solicitud de concurso necesario. Supuesto que acontece cuando la solicitud de declaración de concurso la presenta un acreedor, que deberá fundarla:

- En título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o
- En la existencia de alguno de los siguientes hechos:
 - 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
 - 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.
 - 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinoso de sus bienes por el deudor.
 - 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

El impago, pues, de salarios e indemnizaciones no sólo ha de considerarse respecto de la satisfacción de los mismos, teniendo tales créditos carácter de créditos contra la masa o formando parte de la masa pasiva, sino que a la postre pueden servir para determinar la situación misma de insolvencia del empresario-deudor.

La formación de las masas activa y pasiva son momentos fundamentales en el desarrollo mismo del procedimiento concursal. A la Ley Concursal subyace la idea de que siendo la sujeción del patri-

monio del deudor común a la ejecución forzosa general de sus acreedores (concurso)⁴⁰ manifestación explícita de su «responsabilidad patrimonial universal»⁴¹, sin masa activa no tiene sentido el concurso, porque no existe una masa patrimonial que conservar, ni que administrar ni, eventualmente, que liquidar para⁴² «la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso»⁴³. En el sistema del C. de c. (quiebra) y del C.c. (concurso de acreedores), «la masa debe(ía) ser liquidada, esto es convertida en numerario líquido»⁴⁴, lo cual no sucede en el sistema de la nueva ley, de ahí el carácter fundamental que para el concurso⁴⁵ tiene la conservación y la gestión (realización de actos de administración y disposición) de la masa activa»⁴⁶, y la continuación de la actividad empresarial⁴⁷.

La existencia de la masa activa que, «en sentido económico, preexiste a la declaración de concurso al venir constituida por los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor» (art. 76 de la Ley Concursal conforme con su informador «principio de universalidad», correlativo a la responsabilidad patrimonial «universal») ⁴⁸.

Pero declarado el concurso existe la masa activa. Esto es, «desde el auto de declaración del concurso hasta el informe de la administración concursal existe masa activa, sometida a un determinado régimen jurídico, que afecta a todos los actos y negocios de administración y de disposición que sobre la misma puedan llevarse a efecto»⁴⁹.

Constituyen la masa pasiva los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa, estando comprendidos entre estos últimos, los siguientes:

⁴⁰ No obsta a su consideración como un proceso de ejecución forzosa general el que no tenga necesariamente por finalidad «la liquidación del patrimonio del deudor común y la entrega del producto a los acreedores», como sucede en el concurso de acreedores y en la quiebra (vid. HERCE QUEMADA, V., *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1979, pág. 306), ni que se ubique en una ley especial fuera de las ejecución forzosa que regula la LECiv (Libro III).

⁴¹ «En la vida de la persona, la existencia de su patrimonio se pone de relieve en los casos de quiebra y concurso», indica LACRUZ BERDEJO, J.L., *Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho*, Librería Bosch, Barcelona, 1980, pág. 127.

⁴² Exposición de motivos de la ley, epígrafe II apartado cuarto: «La sujeción del patrimonio de una persona a la ejecución forzosa a favor de los acreedores del titular se denomina responsabilidad patrimonial», LARENZ, K. *Derecho Civil* (Parte general), Edersa, Madrid, 1978, pág. 411. En este sentido la existencia misma de la masa activa supone posibilidad de actualización, *via par conditio creditorum*, de la responsabilidad patrimonial universal del deudor, *ex* artículo 1.911 del CC. Por ello en el artículo 178.2 de la ley Concursal se establece que «en los casos de conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos, el deudor quedará responsable del pago de los créditos restantes». Sobre el concurso, la *par conditio creditorum* y la responsabilidad patrimonial universal del deudor vid. GARRIDO, J.M., *Tratado de las Preferencias del Crédito*, CIVITAS, Madrid, 2000, págs. 634 y ss., especialmente págs. 721 y ss., singularmente pág. 723.

⁴³ Me remito a mi trabajo, *op. cit.* (Art. 43. Conservación y administración de la masa activa), págs. 758 y ss.

⁴⁴ URÍA, R., *La quiebra de la Barcelona Traction*, Barcelona, 1953, pág. 207

⁴⁵ «Nombre elegido para denominar el procedimiento único (...) para significar el fenómeno unificador de los diversos procedimientos de insolvencia e identificar así gráficamente el procedimiento único», Exposición de motivos de la ley, epígrafe II, apartado quinto.

⁴⁶ En mi trabajo, «Artículo 43. Conservación y administración de la masa activa», en *Comentarios a la Legislación Concursal*, Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 763.

⁴⁷ Me remito a mi trabajo, *op. cit.* (Art. 43. Conservación y administración de la masa activa), págs. 820-823.

⁴⁸ En mi trabajo, *op. cit.* (Art. 43. Conservación y administración de la masa activa), pág. 765.

⁴⁹ En mi trabajo, *op. cit.* (Art. 43. Conservación y administración de la masa activa), pág. 767.

- 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 SMI.
- Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el Juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso. 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.

Los créditos que forman parte de la masa pasiva estarán incluidos en la lista de acreedores y se clasificarán, a efectos del concurso, en privilegiados, ordinarios y subordinados, considerándose:

- Créditos con privilegio especial, entre otros, los siguientes:
 - 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.
- Créditos con privilegio general, entre otros, los siguientes:
 - Los créditos por salarios que no tengan reconocido privilegio especial, en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del SMI 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 SMI, 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.
 - Las cantidades correspondientes a retenciones tributarias y de Seguridad Social debidas por el concursado en cumplimiento de una obligación legal.
- Créditos subordinados, entre otros, los siguientes:
 - Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores o que, no habiendo sido comunicados oportunamente, sean incluidos en dicha lista por el Juez al resolver sobre la impugnación de ésta, salvo que se trate de créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, o que para su determinación sea precisa la actuación inspectora de las Administraciones públicas, teniendo en todos estos casos el carácter que les corresponda según su naturaleza.

- Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor.
- Los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía.
- Los créditos por multas y demás sanciones pecuniarias.

Desde la solicitud de concurso voluntario o desde la declaración de concurso necesario y, en ambos casos, hasta la expiración del plazo de comunicación de créditos, el deudor que no hubiese pedido la liquidación y no se hallare afectado por alguna de las prohibiciones⁵⁰ establecidas en la Ley Concursal, podrá presentar ante el Juez propuesta anticipada de convenio.

Abierta la fase de convenio, cuando además de no haber solicitado por el concursado la liquidación no haya sido aprobada ni mantenida una propuesta anticipada de convenio, entonces tanto el concursado como los acreedores cuyos créditos consten en el concurso y superen, conjunta o individualmente, una quinta parte del total pasivo resultante de la lista definitiva de acreedores (salvo que el concursado tuviere solicitada la liquidación), pueden presentar propuestas de convenio. Aprobado el convenio al mismo ha de estarse, bien que haya de tenerse en cuenta:

- Que la asistencia a la junta de los acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones no afectarán al cómputo del quórum de constitución, ni les someterán a los efectos del convenio que resulte aprobado.
- Que el voto de un acreedor privilegiado a favor de una propuesta producirá, en el caso de que sea aceptada por la junta y de que el Juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio.
- Que el voto de un acreedor que, simultáneamente, sea titular de créditos privilegiados y ordinarios se presumirá emitido en relación a estos últimos y sólo afectará a los privilegiados si así se hubiere manifestado expresamente en el acto de votación.

El pago de los créditos, bien en fase de liquidación bien porque no resulten afectados por el convenio, se efectuará de la siguiente manera:

- Antes de proceder al pago de los créditos concursales, se deducirá de la masa activa, con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial, los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta y habrán de satisfacerse a sus respectivos vencimientos, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, y 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 SMI «se pagarán de forma inmediata».

⁵⁰ Algunas de las cuales afectan singularmente al empresario-deudor declarado en concurso como el haber sido condenado en sentencia firme por delito contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública, la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, el haber incumplido en alguno de los tres últimos ejercicios la obligación del depósito de las cuentas anuales o el no figurar inscrito en el Registro mercantil, cuando se trate de persona o entidad de inscripción obligatoria.

- El pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva.
- Deducidos de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra la masa y con cargo a los bienes no afectos a privilegio especial o al remanente que de ellos quedase una vez pagados estos créditos, se atenderá al pago de aquellos que gozan de privilegio general, por el orden establecido en la Ley Concursal.
- El pago de los créditos ordinarios se efectuará con cargo a los bienes y derechos de la masa activa que resten una vez satisfechos los créditos contra la masa y los privilegiados y a prorrata, conjuntamente con los créditos con privilegio especial en la parte en que éstos no hubieren sido satisfechos con cargo a los bienes y derechos afectos.
- El pago de los créditos subordinados no se realizará hasta que hayan quedado íntegramente satisfechos los créditos ordinarios. Se realizará por el orden establecido y, en su caso, a prorrata.

En relación sobre los efectos de la declaración de concurso sobre las facultades de administración y gestión del empresario sobre su propio patrimonio, personal y empresarial puede señalarse que «las situaciones concursales se caracterizan precisamente por influir, de una u otra manera, con más o menos intensidad, en el ejercicio de aquellas facultades del deudor sobre su patrimonio»⁵¹.

De tal manera que los efectos del concurso sobre la persona del deudor se pueden resumir siguiendo la exposición de motivos de la ley (epígrafe III, segundo apdo.):

- Que respecto del deudor, 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 de carácter temporal a las personas afectadas.
- Que 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».
- Que, finalmente, «la ley limita los efectos de la declaración de concurso, reduciéndolos, con un sentido funcional, a aquellos que benefician la normal tramitación del procedimiento y en la medida en que ésta lo exija, confiriendo al Juez la potestad de graduarlos y de adecuarlos a las circunstancias concretas del caso»⁵².

En el supuesto de que el empresario deudor no esté declarado en concurso y el crédito salarial concorra con otros créditos «el régimen de las preferencias y privilegios que al crédito (laboral) otorga

⁵¹ En mi trabajo, *op. cit.* (Art. 43. Conservación y administración de la masa activa), pág. 786.

⁵² Exposición de motivos de la ley epígrafe III segundo apartado.

el ordenamiento jurídico frente a los créditos de otros eventuales acreedores se encuentra contenido en el artículo 32 ET»⁵³, que deberán ejercitarse en un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos. El tenor de aquel precepto estatutario:

- Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del SMI gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.
- 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.
- 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 SMI 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 éstos, 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.

En los procedimientos concursales, 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 FOGASA, sin cuyo requisito no asumirá éste obligaciones. El Fondo se personará en el expediente como acreedor responsable legal subsidiario del pago de los citados créditos.

IV. LA INSTITUCIÓN NACIONAL DE GARANTÍA. EL FOGASA

1. Aspectos generales.

Por imperativo legal, el FOGASA es responsable legal subsidiario ante los trabajadores respecto de determinadas deudas del empresario. 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» (SSTS de 13 de febrero, 7 de octubre y 3 de diciembre de 1993 y 22 de abril de 2002).

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 sea similar

⁵³ Artículo 32.5: «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 aquél. 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»; *vid.* STSJ de la Comunidad Autónoma de Navarra de 30 de julio de 2004.

a la del fiador en el mismo caso, 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.

Cumple este organismo público las exigencias de protección establecidas en la Directiva 80/1987 modificada⁵⁴, que concibe a tales organismos como instituciones de garantía o instrumentos de protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario (como las denomina el Convenio 173 de la OIT⁵⁵), siendo características de estas instituciones las siguientes:

- Son entes aseguradores de unas determinadas contingencias.
- La protección que dispensan es obligatoria.
- Se nutren de las cotizaciones de empresarios que se hacen efectivas junto con las cuotas de Seguridad Social.
- Su naturaleza es pública (Organismo Autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo).

Aquella institución de garantía (art. 33.1 y 2 del ET) «abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores» y además las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o resolución administrativa a favor de los trabajadores a causa de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador (art. 50 del ET), despido colectivo (art. 51 del ET), despido por causas objetivas, y en el expediente previsto en la Ley Concursal, así como las indemnizaciones por extinción de contratos temporales o de duración determinada en los casos que legalmente procedan.

Por haber sido objeto de consideración por la resolución administrativa y en las sentencias que están en la base argumentativa de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia comunitario, ha de repararse en que el artículo 33 del ET, en su precedente redacción, aludía a que el FOGASA, abonaría aquellas cantidades siempre que estuvieren «reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa a favor de los trabajadores»⁵⁶.

⁵⁴ Por la Directiva 2002/74, según ya se ha indicado.

⁵⁵ Ratificado por España el 28 de abril de 1995.

⁵⁶ Ha de tenerse en cuenta que ya el Tribunal de Justicia comunitario en su auto TJCE de 13 de diciembre de 2003, asunto C-177/05, Guerrero Pecino, estableció que, cuando debe declararse, según la normativa nacional (...), que las indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en una sentencia o en una resolución administrativa constituyen, en virtud del Derecho nacional, indemnizaciones debidas al término de la relación laboral comprendidas en el ámbito de aplicación (...) de la Directiva 80/1987 modificada, las indemnizaciones de la misma naturaleza establecidas en un procedimiento de conciliación judicial, como el previsto en el artículo 84 de la LPL, deben considerarse también indemnizaciones en el sentido de dicha disposición, y «lo mismo ocurre con las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo», apostilla la sentencia objeto de comentario, que utiliza el siguiente razonamiento con base en la aplicación del principio de igualdad entre acto de conciliación y sentencia judicial: «En efecto, por una parte, todos los trabajadores que hayan perdido su empleo por haberse extinguido su contrato de trabajo se encuentran en una situación comparable, por cuanto su empresario, debido a su estado de insolvencia, es incapaz de abonarles las indemnizaciones a la que legalmente tienen derecho. Por otra parte, (...) ni el órgano judicial remitente ni las partes que presentaron observaciones han aportado ningún argumento nuevo sobre una eventual justificación de ese distinto tratamiento (...). Por consiguiente (...) en el ámbito de aplica-

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 de expediente de regulación de empleo (art. 51 del ET), por despido objetivo, basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción [art. 52 c) del ET]⁵⁷, o conforme al expediente previsto en la Ley Concursal (art. 64).

La ley predetermina un límite de responsabilidad del FOGASA, que se fija en los siguientes términos:

- Respecto del abono de salarios, se considera como tal la cantidad reconocida en acto de conciliación o en resolución judicial por todos los conceptos específicamente laborales, así como los salarios de tramitación en los supuestos en que legalmente procedan, con un límite de abono por el FOGASA, el cual «no podrá abonar, por uno u otro concepto, conjunta o separadamente, un importe superior a la cantidad resultante de multiplicar el triple del SMI 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 los supuestos de pago de indemnizaciones, «en todos los casos con el límite máximo de una anualidad, sin que el salario diario, base del cálculo, pueda exceder del triple del SMI, incluyendo la parte proporcional de las pagas extraordinarias».
- El importe de la indemnización, a los solos efectos de abono por el FOGASA para los casos de despido o extinción de los contratos a instancia del trabajador, «se calculará sobre la base de 30 días por año de servicio», con el límite de «una anualidad».

Para el reembolso de las cantidades satisfechas, el FOGASA se subroga «obligatoriamente» en los derechos y acciones de los trabajadores, conservando el carácter de créditos privilegiados. Si dichos créditos concurren con los que puedan conservar los trabajadores por la parte no satisfecha por el Fondo, unos y otros se abonan a prorrata de sus respectivos importes.

ción de la Directiva 80/987/CEE modificada, el principio general de igualdad, tal y como se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario, exige que, cuando según una normativa nacional (...), en caso de insolvencia del empresario, la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas en una sentencia judicial, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial, deben recibir el mismo trato».

⁵⁷ Singular interés tiene, en las empresas de menos de 25 trabajadores, distinguir entre extinción de los contratos de trabajo por despido colectivo o por despido por causas objetivas. Al respecto resulta esclarecedora la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de abril de 2006, según la cual «el trabajador que haya sido objeto de un despido objetivo deberá atender a los noventa días anteriores y a los noventa días posteriores para sumar todos los despidos que se hayan producido por la misma causa, en cuyo caso, todos los que se hayan producido en esos días se suman automáticamente y, si superan los umbrales del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores, se habrá de entender, sin más, que nos encontramos en presencia de un despido colectivo. Por el contrario, si los nuevos o anteriores despidos se producen en períodos sucesivos de noventa días, la ley establece una presunción de fraude de ley si: 1) el número de despidos en cada período de noventa días considerado individualmente no supera los umbrales del artículo 51.1; 2) pero sumados unos y otros sí lo sobrepasen; 3) que la causa de los despidos del "período sucesivo de noventa días" sea la misma; y 4) que la intención del empresario sea la de eludir la aplicación del despido colectivo; siendo el resultado que "dichas nuevas extinciones se considerarán efectuadas en fraude de ley y serán declaradas nulas y sin efecto", debiendo interpretarse la expresión "dichas nuevas extinciones" en el sentido de que la nulidad por fraude no afectará a las "primeras" u "originarias" extinciones, que serán declaradas procedentes o improcedentes, según se pruebe o no la concurrencia de la causa, siendo el efecto siempre la extinción del contrato, variando únicamente la indemnización a percibir (20 ó 45 días de salario por año de servicio)».

2. El abono de indemnizaciones por el FOGASA y el respeto al principio de igualdad.

El tratar de las cuestiones anunciadas en el epígrafe requiere una previa referencia a los hechos de la sentencia objeto de comentario así como a las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas al Tribunal de Justicia comunitario.

En cuanto a los hechos a tomar en consideración, que traslativamente se corresponde con los de la litis pendiente ante el órgano jurisdiccional *a quo* el cual planteó al Alto Tribunal comunitario las cuestiones prejudiciales, fueron los que a continuación se relacionan:

- Un trabajador que prestaba sus servicios para una empresa, que empleaba a menos de veinticinco (25) trabajadores, fue despedido por causas basadas en la situación económica de la empresa (crisis económica). Aquel trabajador demandó al empresario por el despido efectuado, conciliándose con el mismo en esa fase procesal, en presencia y con la intervención del Magistrado de instancia, el cual aprobó el acuerdo al que llegaron las partes, lo cual confirió a dicho acuerdo el valor de una sentencia a efectos de su posible ejecución forzosa en caso de incumplimiento.
- Al no hacer frente el empresario voluntariamente a las deudas objeto del acuerdo de conciliación antes referido, el trabajador instó la ejecución judicial forzosa del mismo. En trámite de aquella ejecución el empresario fue declarado insolvente por no hallársele bienes susceptibles de ser embargados y ejecutados para hacer frente al pago de las cantidades adeudadas al trabajador.
- El trabajador entonces solicitó el pago al FOGASA de las citadas deudas, el cual le concedió el 40 por 100 de la indemnización por despido, pero se negó a hacer cargo del 60 por 100 restante alegando que la indemnización había sido reconocida en acto de conciliación y no por sentencia o resolución administrativa.
- Disconforme el trabajador con semejante resolución instó la ejecución ante el Juzgado de lo Social competente, que desestimó la demanda por entender que efectivamente el FOGASA únicamente estaba obligado legalmente a hacerse cargo de las indemnizaciones por fin de contrato cuando aquellas indemnizaciones hubieran sido reconocidas en una sentencia o en una resolución administrativa, pero no si hubieran sido pactadas entre las partes en un acto de conciliación.
- El trabajador recurrió la mencionada resolución jurisdiccional ante el Tribunal correspondiente (TSJ de Castilla y León), el cual planteó ante el Tribunal de Justicia comunitario determinadas cuestiones prejudiciales.

En relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional *a quo*, ha de tomarse en consideración que en la medida en que han sido resueltas por la última modificación legislativa (RDL 5/2006, de 9 de junio, art. 12.Tres)⁵⁸ carecen de interés, por lo que no serán objeto de atención. Pero que en la medida en que no hubieran sido ya resueltas por aquella modificación legislativa han de ser atendidas.

⁵⁸ Como la siguiente que fue efectivamente planteada: ¿Impone el derecho fundamental de igualdad ante la ley resultante del Derecho comunitario una obligación de igualdad de trato entre aquellos supuestos en los que el derecho del trabajador a la indemnización por finalización del contrato ha sido establecido por una sentencia judicial y aquellos otros supuestos en los que es el resultado de un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia judicial y con aprobación del órgano judicial?

Precisamente la problemática referida a la cuestión nuclear planteada se mantiene en toda su extensión y con toda su intensidad, por lo que únicamente en lo referente a la misma nos detendremos. Aquella cuestión se planteó en los siguientes términos:

¿Están vinculadas las instituciones administrativas y judiciales españolas, en la aplicación de la Directiva 80/987/CEE y de las normas de Derecho interno que incorporan el contenido de la misma, por el principio de igualdad ante la ley e interdicción de discriminación resultante del Derecho comunitario y con el alcance precisado por la interpretación dada al mismo por el Tribunal de Justicia, aunque ésta no coincida con la interpretación del derecho fundamental análogo reconocido por la Constitución Española en la interpretación dada al mismo por la jurisprudencia del TC español?

Según la sentencia objeto de comentario:

«Desde el momento en que la normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, debe ser conforme a los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia ⁵⁹.»

Ciertamente, «a pesar de que corresponda al Derecho interno determinar las indemnizaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE modificada, esta facultad está supeditada al respeto de los derechos fundamentales, entre los que figura, en particular, el principio general de igualdad y de no discriminación» ⁶⁰, y aquel principio:

«Exige que las situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que éste se justifique objetivamente ⁶¹.»

Pues «dado que el principio general de igualdad y no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal y como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido en el ordenamiento jurídico interno».

No obstante, el Alto Tribunal comunitario se limitó a tratar la aplicación del principio de igualdad en relación con el trato diferente de cuando las indemnizaciones pertinentes estaban reconocidas en una sentencia o resolución de la autoridad laboral competente y respecto de cuando aquellas indemnizaciones se reconocían en un acto de conciliación celebrado a presencia judicial, por ello su fallo se concreta en los siguientes extremos:

- El ordenamiento jurídico comunitario «exige que cuando (...), en caso de insolvencia del empresario, la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legales debidas

⁵⁹ En el mismo sentido, STJCE de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/00, Rodríguez Caballero.

⁶⁰ También en auto TJCE de 13 de diciembre de 2003, asunto C-177/05, Guerrero Pecino.

⁶¹ Se pronuncia de la misma manera el TJCE en su sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-442/00, Rodríguez Caballero.

por la finalización del contrato de trabajo establecidas por una sentencia judicial, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado a presencia judicial y con la aprobación judicial deben recibir el mismo trato».

- El Juez nacional debe dejar sin aplicar una norma interna que, «vulnerando el principio de igualdad, tal y como éste se reconoce en el ordenamiento jurídico comunitario, excluye que la institución de garantía competente se haga cargo del pago de las indemnizaciones por finalización del contrato reconocidas en un acuerdo entre trabajadores y empresarios celebrado en presencia judicial y con la aprobación del órgano judicial».

En descargo del Tribunal de Justicia, ha de reconocerse que las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el órgano jurisdiccional *a quo* un tanto confusamente, pareciendo que limitaba o al menos incidiendo desproporcionadamente en la cuestión de la diferencia de trato recibida por el trabajador al estar la indemnización reconocida únicamente en trámite de conciliación.

No obstante, lo cierto es que el trabajador, además de exigir la paridad de trato entre su acuerdo en conciliación y una sentencia judicial, también reclamaba que la institución de garantía le pagase hasta el 100 por 100 de la indemnización acordada, cuando aquella institución únicamente le había satisfecho el 40 por 100. Ciertamente, el FOGASA aludía en su resolución como hecho impeditivo de aquel incremento del pago en un 60 por 100 (hasta completar el 100%) que la indemnización estaba acordada en conciliación judicial.

Semejante proceder de aquella institución de garantía, ciertamente se ajustaba a una determinada interpretación de la legalidad vigente, pero no puede dejar de reconocérsele coherencia. Efectivamente, el indicado Fondo de Garantía reconoció al trabajador y le pagó el 40 por 100 de la indemnización debida por el empresario, en aplicación del artículo 33.8 ET, sin cuestionar, respecto de ese pago, que no había sido establecido en sentencia ni en resolución administrativa, sino en trámite de conciliación administrativa, porque en el referido apartado 8 del artículo 33 ET no se efectúa distinción alguna al respecto, ni se impone ni se imponía, en la fecha del despido, que la indemnización estuviese reconocida bien en sentencia, bien en resolución de la autoridad laboral.

Sin embargo, respecto del pago del 60 por 100 restante, la cuestión era diferente, pues el trabajador basaba su derecho en un trato no discriminatorio, por el mero hecho de trabajar en una empresa de menos de 25 trabajadores, reclamando, en definitiva, la aplicación, *pari passu*, del apartado 2 del mismo artículo 33 del ET, que reconoce el derecho al abono del 100 por 100 de la indemnización, de acuerdo con el principio de igualdad y la jurisprudencia comunitaria al respecto (que antes se indicó y de la que en buena medida se hace eco la propia sentencia objeto de comentario) conforme a dicha jurisprudencia comunitaria, implícitamente el trabajador exigía que se dejara inaplicado el apartado 8 del artículo 33 del ET y, en su lugar, se le aplicase el apartado 2 del mismo precepto estatutario, y es precisamente en relación con la posible aplicación de ese apartado, cuando surgía, a juicio de la institución de garantía, el inconveniente de estar reconocida la indemnización pertinente en un acto de conciliación y no en una sentencia o resolución de la autoridad laboral como imponía el citado apartado 2 del artículo 33 del ET (en su anterior redacción, aplicable por razón de la fecha de la resolución del contrato de trabajo).

Aun cuando la sentencia objeto de comentario no entra en semejante cuestión, como ya se indicó, sí ofrece los argumentos suficientes para poder efectuar un juicio prospectivo. Ha de partirse para ello de que la Directiva 80/987/CEE, tanto en su redacción anterior como posterior a su modificación, únicamente permite «excepcionalmente» «excluir de (su) ámbito de aplicación (...) los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados si están establecidas ("en razón de la existencia", dice la norma comunitaria) otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente a la que resulta de la (propia) Directiva».

Nuestro ordenamiento jurídico conculca manifiestamente la normativa comunitaria, al establecer en el apartado 8 del artículo 33 ET, un tratamiento discriminatorio a una gran cantidad de trabajadores, por el mero hecho de prestar sus servicios asalariados en empresas de menos de 25 trabajadores, a los cuales solo garantiza el pago del 40 por 100 de las indemnizaciones frente a los que prestan sus servicios en empresas de más de 25 trabajadores a los que garantiza el pago del 100 por 100 de aquellas indemnizaciones, sin ofrecer a los primeros una garantía tal que los coloque en idéntica posición que ostentan estos últimos.

V. CONCLUSIÓN

La sentencia objeto de comentario tiene importancia sobresaliente por varias razones: porque deja sentado de forma inequívoca la preeminencia del principio de igualdad y no discriminación en el ámbito del Derecho social europeo, con el alcance tal y como está generalmente establecido por la jurisprudencia comunitaria y porque permite concluir que nuestro ordenamiento jurídico violenta el Derecho comunitario.

Efectivamente, desde esta sentencia ha de tenerse en cuenta que el principio de igualdad ante la ley (o en la ley) y la consiguiente proscripción de cualquier discriminación, tal y como lo ha interpretado el TJCE, se ha elevado al rango de elemento fundamental del Derecho social comunitario y, por ende, Europeo.

Ninguna disposición nacional –ni siquiera de rango constitucional– puede contradecir aquel principio, ni siquiera la Constitución respectiva, y ello aun cuando tal norma fundamental estableciese aquel principio (como lo hacen las Constituciones de todos los Estados miembros), pero con una formulación más restrictiva que la resultante de la jurisprudencia comunitaria.

Teniendo en cuenta el alcance del principio de igualdad y el contenido de la sentencia objeto de comentario, los órganos judiciales en los litigios de que conozcan y cuando se pretenda aplicar el apartado 8 del artículo 33 del ET, han de dejarlo inaplicado porque vulnera el Derecho comunitario (y nuestra Constitución, debe contundentemente afirmarse) y, en su lugar, aplicar el apartado 2 del mismo precepto estatutario a los trabajadores asalariados de empresas de menos de 25 trabajadores.