

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Manuel Luque (*España*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Graciela Cristina Del Valle Antacli (*Argentina*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Joaquín GARCÍA MURCIA**

RESUMEN: Las Directivas sobre garantía de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario constituyen uno de los núcleos temáticos más relevantes del Derecho Social de la Unión Europea. Las citadas Directivas han logrado desde luego que en todos los Estados miembros de la Unión existan mecanismos de garantía salarial aptos para cumplir esos fines, y han conseguido también que tales instrumentos den cobertura no sólo a las situaciones de necesidad generadas en el interior de cada sistema nacional sino también a las que han nacido de movimientos económicos y profesionales de carácter trasnacional. De todas formas, esas reglan también han suscitado dudas interpretativas y problemas de aplicación, unas veces relacionadas con el propio tenor de la norma comunitaria y en otras ocasiones provocados por deficiencias de transposición, desajustes entre el Derecho de la Unión y el Derecho nacional o, en fin, exigencias excesivas por parte de la legislación de los países miembros. A muchos de estos problemas ha dado respuesta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante un acervo de jurisprudencia que ya alcanza un volumen notable y que a la altura de nuestros días resulta imprescindible.

Palabras clave: Derecho de la Unión Europea, insolvencia del empresario.

SUMARIO: 1. Una breve exposición del marco normativo de la Unión Europea. 2. Algunas precisiones jurisprudenciales sobre la extensión o el alcance material de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial. 3. Aclaraciones jurisprudenciales sobre el ámbito subjetivo de cobertura de las directrices comunitarias sobre garantía salarial. 4. Un par de casos particulares: obligaciones de registro y requisitos de nacionalidad. 5. Bibliografía.

* Proyecto de Investigación DER2013-45781.

** Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Complutense de Madrid.

Guaranteed Remuneration following Insolvency according to Case Law from the European Court of Justice

ABSTRACT: Directives concerning guaranteed work credits in the event of employers' insolvency are an important topic in EU Social Law. The mentioned Directives have certainly succeeded in ensuring that Member States are provided with suitable social security mechanisms. Further, these tools now provide coverage not only in emergency situations at a national level, but also in those resulting from transnational economic and professional movements. However, these rules have raised doubts about interpretation and implementation, previously linked to Community regulations or arising from shortcomings in transposition, imbalances between EU and National legislation or even burdensome requirements on the part of the legislation of Member States. The Court of Justice of the European Union has responded to many of these problems with a significant body of case law, which today proves essential.

Key Words: European Union law, employer's insolvency.

1. Una breve exposición del marco normativo de la Unión Europea

En 1980 vio la luz la Directiva 80/987/CEE del Consejo (de 20 de octubre de 1980) sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, la primera regulación que con fines de armonización aprobó la entonces Comunidad Europea en esa materia. Unos lustros más tarde, en el año 2008, y tras las modificaciones introducidas en los años 1987 y 2002 sobre ese primer texto, fue aprobada una versión “codificada” de dicha regulación comunitaria (Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008), que sigue rigiendo en la actualidad¹. En el interregno entre una y otra versión había sido aprobado en la Organización Internacional del Trabajo, por cierto, el Convenio núm.173, dedicado con carácter general a los medios de protección de los créditos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, en el que junto a otros instrumentos más clásicos (como el privilegio salarial) también se contemplaba, con una vocación naturalmente más universal que la Directiva europea, la obligación de los Estados nacionales que lo ratificaran de implantar una institución de carácter asegurador para completar el círculo de garantías². Tanto en su versión original como en la de la Directiva de 2008 (la actualmente vigente), esta normativa comunitaria parte de la necesidad de establecimiento a escala europea de instrumentos específicamente dedicados a la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario, no sólo por lo que ello puede representar para los trabajadores afectados, sino también por la exigencia progresivamente impuesta a las instituciones comunitarias (por ejemplo, a través de la Carta de derechos de 1989, por ejemplo) de procurar un desarrollo armónico y equilibrado en los terrenos económico y social y, en particular, de conjugar “la realización del mercado interior” con una “mejora de las condiciones de vida y de trabajo”. Tras dejar sentada esa premisa esencial, y tras reafirmar por supuesto las directrices ya fijadas en el año 1980 para

¹ Entre los estudios específicos de las directrices comunitarias dentro de la literatura jurídica española cabe citar el de Rivero Lamas, J., “Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, 1988-1, pp. 389 ss., dedicado a la Directiva de 1980, y el de Arufe Varela, A. “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, 2004-2, pp.2160 ss., en el que también se contempla la reforma de 2002 de dicha Directiva.

²Vid. Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J.R., “Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español”, *Relaciones Laborales*, 1995-II, pp. 1240 ss.

la correspondiente institución de garantía, la Directiva de 2008 parece añadir una especial preocupación por la aplicación efectiva de este tipo de instrumentos en la hipótesis de implicación de la normativa nacional de dos o más Estados miembros. Es algo que tiene mucho que ver, como ya se habrá advertido, con los problemas típicos de coordinación de los sistemas legales nacionales y, a la postre, con los problemas de determinación de la ley aplicable y el foro competente. La Directiva de 2008 toma nota, concretamente, de que el espacio europeo propicia la actividad transnacional de las empresas y de que, a causa de ello, es previsible el desplazamiento temporal de trabajadores de unos países a otros, con la consiguiente necesidad de determinar, en caso de insolvencia, la institución responsable frente al eventual impago de los créditos laborales.

A la vista de todo ello, podría decirse que el legislador comunitario asume una doble función en este contexto. Por un lado, una función básica, que quizá sea la más típica y esencial, de armonización de los ordenamientos nacionales mediante la imposición de las correspondientes directrices, que en este caso se traducen en la exigencia de implantación de un instrumento de garantía con unas determinadas exigencias respecto de su configuración y su cobertura. Por otro lado, una función complementaria e instrumental, también bastante clásica en el derecho comunitario pero tal vez menos visible en esta normativa específicamente dedicada a la garantía de salarios e indemnizaciones laborales, consistente en la fijación de puntos de conexión con vistas a determinar la legislación aplicable (y la institución de garantía competente) en los supuestos de implicación de dos o más ordenamientos nacionales.

La primera de esas funciones – la puramente armonizadora – sigue teniendo reflejo en la mayor parte de los pasajes de la Directiva de 2008, como era de esperar. De ella son buena muestra, por citar algunos ejemplos significativos, las directrices sobre el ámbito subjetivo y funcional de aplicación de los correspondientes instrumentos de garantía (que viene a coincidir en definitiva con el ámbito del trabajo asalariado, con la exigencia expresa de inclusión de determinados grupos de trabajadores y con la posibilidad de exclusión de determinadas categorías), o las que se extienden sobre el concepto de insolvencia (abierto a todo procedimiento que entrañe el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo, que ponga de relieve la insuficiencia del activo disponible y que implique el “desapoderamiento parcial o total” del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, con posibilidades de ampliación a otros supuestos cercanos). También son dignas de mención en este contexto las directrices sobre el alcance

material de la cobertura (que se ha de proyectar en todo caso sobre créditos “impagados” en concepto de salario o de indemnización de fin de contrato, aunque con posibilidad de limitaciones de carácter temporal o cuantitativo), al igual que las que se ocupan de la organización, la financiación y el funcionamiento de la institución aseguradora (aspectos éstos en los que se ofrecen distintas opciones a los Estados miembros, pero siempre con unas exigencias mínimas relativas a la independencia patrimonial, la contribución a cargo de los empresarios y las obligaciones de pago). Es interesante, finalmente, la referencia de las Directivas comunitarias a la cobertura de determinados créditos pertenecientes a los “regímenes legales” de seguridad social o a los “regímenes complementarios” de previsión social (ámbito en el que los Estados miembros cuentan con un margen de actuación de mayor amplitud, especialmente en lo que se refiere al mecanismo de garantía, y en el que nuestro sistema nacional, dicho sea de paso, ofrece alguna singularidad).

De la segunda función – la más propiamente coordinadora – se ocupan los artículos 9 y 10 de la Directiva de 2008, que, como ya se habrá imaginado el lector, se dirigen a la hipótesis, bastante probable hoy en día, de que una empresa desarrolle su actividad en el territorio de dos o más Estados miembros, con el consiguiente problema de determinación de la “ley aplicable” (y, en consecuencia, de identificación de la “institución competente”), si fuera necesario garantizar el pago de los salarios por motivos de insolvencia de la empresa. Para tales hipótesis, el art.9.1 de la Directiva dispone que será “competente” (esto es, tendrá el deber de afrontar el “ siniestro”) la institución del Estado miembro en cuyo territorio los trabajadores afectados “ejerzan o ejercieran habitualmente su trabajo”, con la precisión añadida de que la “extensión” de la cobertura prestada a dichos trabajadores “vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente”. Tales previsiones se completan con otras dos reglas de marcado carácter instrumental, que imponen otras tantas obligaciones a los Estados miembros: por un lado, deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que se tengan en cuenta a tal efecto las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia promovido en otro Estado miembro (de modo que la institución competente responderá no sólo cuando la insolvencia se declare en su propio Estado sino también cuando se declare en otro Estado y afecte a empresas con actividad en el territorio de referencia); por otro lado, deben prever mecanismos aptos para “el intercambio de información pertinente entre las Administraciones públicas competentes y/o entre las instituciones de garantía” con el fin de que la institución de garantía competente pueda tener conocimiento

preciso de los créditos impagados de los trabajadores afectados³. Como en tantas otras ocasiones, la Directiva de 2008 deja a salvo “la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados”, y como tantas otras veces, recuerda que sus directrices en ningún caso podrán ser motivo para justificar “una regresión respecto de la situación ya existente (...) en lo relativo al nivel general de protección” de dichos trabajadores. También se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de “adoptar las medidas necesarias

³ Aunque no nos vamos a detener en ello, conviene decir que esta dimensión transnacional también ha aflorado en diversas ocasiones en la jurisprudencia del TJUE, particularmente en las sentencias de 16 de octubre de 2008 (*Svenskstaten*), de 10 de marzo de 2011 (*Defossez*) y de 25 de febrero de 2016 (*Elliniko Dimosio*), en las que aún se maneja la normativa previa a la codificación de 2008. En la primera de ellas, el TJUE declaró que el art. 8 *bis* de la Directiva 80/987/CEE debía interpretarse en el sentido de que no es necesario que ésta disponga de una filial o de un establecimiento permanente en este otro Estado “para que se considere que una empresa establecida en un Estado miembro tiene actividades en el territorio de otro Estado miembro”, aunque si se requiere que la empresa en cuestión “disponga en este último Estado de una presencia económica permanente, caracterizada por la existencia de medios humanos que le permitan desarrollar actividades”, con la precisión de que en el sector del transporte la mera circunstancia de que un trabajador contratado por una empresa en un Estado miembro efectúe entregas de mercancías entre ese Estado y otro Estado miembro “no permite concluir que la mencionada empresa dispone de una presencia económica permanente en otro Estado miembro”. La sentencia *Defossez*, por su parte, declaró que el art. 3 de la Directiva 80/987/CEE debía interpretarse en el sentido de que es responsable la institución del Estado en el que se encuentra el domicilio social de la empresa respecto del pago de los créditos impagados de un trabajador que habitualmente ha ejercido su actividad por cuenta ajena en otro Estado miembro, dado que la empresa declarada insolvente no está establecida en ese otro Estado y ha cumplido su obligación de contribución a la financiación de la institución de garantía en el Estado miembro en el que radica su domicilio social, añadiendo que la mencionada Directiva 80/987 no se oponía a que una norma nacional prevea que un trabajador pueda acogerse a su institución de garantía salarial con carácter complementario o sustitutivo respecto de la garantía ofrecida por la institución que en aplicación de la referida Directiva sería competente, “siempre y cuando aquella garantía dé lugar a un nivel superior de protección del trabajador”. La sentencia *Elliniko Dimosio*, en fin, se refiere a un litigio planteado por marineros griegos residentes en Grecia y contratados en ese país, pero para prestar servicios por cuenta de una empresa naviera establecida en Malta en un buque con pabellón maltés y con una remisión expresa en sus contratos al Derecho de este país. Ante la declaración de quiebra de la sociedad empleadora en el primero de esos países y las consiguientes reclamaciones de los trabajadores respecto del pago de sus salarios, el TJUE declara que, en esas condiciones, los demandantes tienen derecho a la protección salarial establecida por la Directiva 80/987/CE y no sólo a la cobertura que trataba de prestarles el estado griego a través de unas instituciones previstas más bien para la hipótesis de abandono de marineros en el extranjero.

con el fin de evitar abusos”, de excluir del mecanismo de protección aquellos supuestos en los que se aprecien “vínculos particulares” entre el trabajador y el empresario (más aún si se advierten “intereses comunes concretados mediante un pacto colusorio”), y de dejar al margen de esta especial medida de garantía aquellos casos en que los trabajadores, por sí mismos o junto a parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa y “ejercen una influencia considerable en sus actividades”⁴.

No es ninguna exageración decir que las Directivas comunitarias sobre garantía de los créditos salariales en caso de insolvencia del empleador (tanto la de 1980 como la de 2008, naturalmente) forman parte del bloque básico de la política social de la Unión Europea, tanto por sus fines como por su lugar de destino. Ello explica que con el paso del tiempo esta intervención de las instituciones comunitarias haya llegado a cobrar también un notable protagonismo dentro de la jurisprudencia comunitaria. Es verdad que no ha alcanzado el carácter estelar que parecen haber tenido otros temas del acervo social comunitario, como la igualdad y la no discriminación, la transmisión de empresa o la contratación temporal, por citar algunos ejemplos. Pero tal vez ello sea debido a la especial naturaleza de este tipo de reglas, que tienen un radio de acción muy localizado y están diseñadas para entrar en juego en supuestos extraordinarios y esencialmente patológicos. En cualquier caso, la puesta en práctica de estas directrices comunitarias sobre garantía de los créditos laborales en el supuesto de insolvencia empresarial ha generado interesantes problemas

⁴ Lógicamente, la puesta en circulación de estas normas comunitarias entrañaba la obligación de los Estados miembros de proceder a la implantación de mecanismos de esa naturaleza en sus respectivos sistemas nacionales. En España, la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario había sido encomendada ya al Fondo de Garantía Salarial, creado en 1976 a semejanza de lo que ya ocurría en muchos países de nuestro entorno, y regulado después por el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores (con el complemento del RD 505/1985, de 6 de marzo). Aunque nació antes de la incorporación de España a la Unión Europea, la regulación del FOGASA se adaptó bien a las directrices comunitarias, en algunos casos mediante reformas expresas (como sucedió con la Ley 38/2007, de 16 de noviembre). Sobre el origen y la configuración inicial de esta institución en España, Alonso Olea, M., “Salarios: el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, 1977. Sobre sus posteriores vicisitudes normativas, entre otros, Roqueta Buj, R., *El Fondo de Garantía Salarial*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2009, y García Murcia, J., “El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011 y 2012”, *Actualidad Laboral*, n. 7, 2012. Sobre las instituciones existentes en el entorno europeo en el momento de implantación de la institución española, Bragado Alfageme, J.C., “El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, n. 7, 1981, pp. 335 ss.

de interpretación y aplicación y ha dado lugar, con el transcurso de los años, a la elaboración por parte del Tribunal de Justicia de un cuerpo de jurisprudencia que, sin ser muy abundante, resulta de indiscutible relevancia, al menos por dos razones. No sólo porque la intervención del Tribunal de Justicia ha servido para aclarar numerosos pasajes del texto comunitario de referencia y para calibrar mejor su grado de exigencia respecto de los Estados miembros, particularmente en lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de esta singular técnica aseguradora o al alcance de su acción protectora, sino también porque desde esa instancia jurisdiccional se ha tenido que hacer frente a los retos que plantea la progresiva creación de un espacio supranacional de trabajo y prestación de servicios, con los consiguientes desplazamientos de trabajadores de unos países a otros, para unos instrumentos que aún están configurados en clave nacional.

El propósito principal de este trabajo es la exposición, con un mínimo comentario, de esa producción jurisprudencial, al menos de la más cercana a nuestros días⁵. Dentro de ese marco general, nos vamos a interesar sobre todo por aquellas sentencias del Tribunal de Justicia que se han pronunciado de forma más o menos directa sobre el alcance de esta especial maquinaria de garantía de los créditos laborales de los trabajadores en el supuesto de insolvencia de la empresa, unas veces desde la perspectiva de su acción protectora (es decir, desde la perspectiva de los créditos objeto de cobertura y de las correspondientes prestaciones), y otras veces desde el punto de vista de su radio de acción funcional y subjetivo. El objetivo final de este repaso de jurisprudencia no es otro, a la postre, que profundizar un poco más en el conocimiento de esta particular parcela de la normativa social comunitaria, sin perjuicio de la utilidad que también puedan ofrecer esos datos procedentes de la jurisdicción comunitaria para valorar las instituciones nacionales de referencia. Hay que advertir, en todo caso, que los asuntos resueltos por el TJUE suelen tener como base un pleito nacional que se desenvuelve con arreglo a la pertinente norma nacional, por lo que los ingredientes que salen a relucir en la intervención de dicho Tribunal, o los conceptos que dan lugar a sus

⁵ Por exigencias de espacio, nuestro recorrido no se va a extender a todas las sentencias del TJUE sobre esta materia. El lector, en todo caso, puede completar la información con otras aportaciones de la doctrina española, como las de A. Arufe Varela, “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, 2004-2, pp.2160 ss., o de Miranda Boto, J.M., “Breve análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*, MTAS, Madrid, 2006, pp. 573 ss.

argumentaciones, no siempre cuentan con una correspondencia estricta o exacta en la normativa de otros países.

2. Algunas precisiones jurisprudenciales sobre la extensión o el alcance material de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial

Aunque no parece ser el aspecto más recurrente, el alcance objetivo o cuantitativo de la acción protectora dispensada por las instituciones nacionales de garantía salarial no ha dejado de estar presente en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A ello se refiere, por ejemplo, la sentencia TJUE de 18 de abril de 2013⁶, que responde a una petición de decisión prejudicial planteada por el *Varhovenadministrativensad* de Bulgaria en 2012 acerca de la interpretación del art.2.1 de la Directiva 80/987/CEE, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE. El asunto tenía su origen en la negativa del *Direktor na fond «Garantiranivzemanina na rabotnitsite i sluzhitelite» kamNatsionalniaosiguriteledeninstitut* (Director del Fondo “Créditos garantizados de los trabajadores” del Instituto nacional de la seguridad social) de conceder al demandante el pago de determinados créditos laborales nacidos de su relación laboral con una empresa sometida a procedimiento de insolvencia. Como en otros muchos casos, el TJUE empieza en esta ocasión por una breve presentación de los preceptos de la Directiva 2008/94 (la norma vigente en el momento de los hechos, aunque con un contenido prácticamente idéntico a la versión anterior, invocada en la petición de referencia) implicados en el asunto: el art.2.1 sobre el concepto de insolvencia, el art.3 sobre los conceptos salariales o indemnizatorios objeto de cobertura, el art. 4.1 y 2 sobre la facultad de los Estados miembros de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía, y el art.11 sobre la posibilidad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados. De la normativa búlgara el TJUE reseña la *Zakonzagantiranitevzemanina na rabotnitsite i sluzhiteliteprinesastoyatelnost na rabotodatelia* (Ley sobre los créditos garantizados de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario), en la que se establecen las condiciones sustanciales y formales de acceso a la cobertura, y la *Targovskizakon* (Ley de comercio), en la que se regula el

⁶ Asunto C-247/12, *MelibaVeliMustafay Direktor na fond «Garantiranivzemanina na rabotnitsite i sluzhitelite» kamNatsionalniaosiguriteledeninstitut*.

procedimiento de insolvencia.

La demandante había prestado servicios entre el 19 de junio de 2006 y el 20 de abril de 2011 para la empresa Orfey-Kardzhali EOOD (declarada en quiebra en mayo de este último año y sujeta desde ese momento a un proceso de liquidación), y tenía créditos impagados contra la misma en concepto de remuneración y de indemnización compensatoria de vacaciones anuales, créditos que habían sido devengados en el periodo transcurrido desde la declaración de apertura de insolvencia y la declaración de quiebra. Los reclamó al Fondo de Garantía de Bulgaria, pero le fueron denegados por no haber presentado la solicitud en el plazo legal de 30 días a partir de la fecha de inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia. Como se dejó ver en el pleito posterior, se planteaba pues la compatibilidad con la norma europea de una norma nacional que, como la búlgara, tan sólo garantizaba los créditos laborales generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil, no de la resolución de quiebra, sino de la resolución que declara la apertura del procedimiento de insolvencia del empresario, que es previa. Visto de otra manera, se planteaba en el fondo si la apertura del proceso de “insolvencia” podía ser equivalente a la declaración formal de “quiebra” a efectos de cobertura de salarios pendientes de pago.

Para el TJUE, del art.2.1 de la Directiva 2008/94 se deduce que para que se considere que un empresario es insolvente es necesario que concurren dos circunstancias: que se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario que implique el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y que la autoridad competente haya decidido la apertura del procedimiento o haya comprobado tanto el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura de tal procedimiento. Por lo tanto, el art.2.1 de la Directiva exige que se haya adoptado una decisión de apertura de ese tipo pero no que el procedimiento colectivo en cuestión deba necesariamente terminar con el cese de la actividad del empresario, lo cual es corroborado por el art.4 de la Directiva 2008/94 en cuanto establece que en el concepto de “estado de insolvencia” deben incluirse los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación. Para el TJUE, era muy significativo desde este punto de vista que la ley nacional búlgara utilizara el mismo término para designar la situación de insolvencia que la versión, igualmente búlgara, de la Directiva 2008/94⁷.

⁷En este caso, y para reforzar su fundamentación, el TJUE acude también a una especie

Señala además esta sentencia de 2013 que la Directiva 2008/94 (art.2.1) no exige que se haya ordenado el cese de las actividades del empresario para que sea aplicable la garantía salarial, y que su art. 3 (párrafo segundo) da a los Estados miembros la facultad de determinar la fecha antes de la cual, y/o después de la cual en su caso, se sitúa el período durante el que la institución de garantía asume los créditos correspondientes a remuneraciones impagadas. Habida cuenta que la versión inicial de la Directiva daba a los Estados miembros la opción de elegir entre tres fechas a esos efectos y que, tras las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/74 y mantenidas por la Directiva 2008/94, se deja a los Estados miembros libertad para determinar una fecha apropiada, considera el TJUE que la Directiva 2008/94 debe interpretarse en el sentido de que no obliga al Derecho nacional a establecer garantías para los créditos de los trabajadores en cada fase del procedimiento de insolvencia de su empresario, lo cual quiere decir que no se opone a que los Estados miembros establezcan una garantía únicamente para los créditos de los trabajadores generados antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución de apertura del procedimiento de insolvencia, aun cuando dicha resolución no ordene el cese de las actividades del empresario. Por lo demás, recuerda el TJUE la facultad de los Estados miembros de aplicar o de establecer disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados y de prolongar así el período de garantía de la manera que estimen oportuno⁸.

Con ribetes muy particulares, el alcance de la acción protectora de las instituciones de garantía salarial sale a relucir asimismo en la sentencia TJUE de 10 de julio de 2014⁹, que responde a una petición de decisión

de argumento de autoridad procedente de la Comisión Europea, que había dictaminado que el procedimiento de insolvencia previsto en la legislación búlgara constituía sin duda un “procedimiento de insolvencia” en el sentido del correspondiente Reglamento comunitario (en aquel momento, Reglamento CE núm. 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, en su versión modificada por el Reglamento CE núm.1791/2006 de 20 de noviembre de 2006).

⁸ El TJUE cita como referencia a estos efectos la sentencia de 15 de mayo de 2003, C-160/01 (*Mant*), en la que había declarado que los arts.3.2 y 4.2 de la Directiva 80/987/CEE se oponían a la legislación nacional de referencia (Alemania) en tanto que ésta hacía coincidir la fecha de producción de la insolvencia con la fecha de resolución de la solicitud de apertura del procedimiento concursal y no con la fecha de presentación de dicha solicitud (con la precisión, por cierto, de que el concepto de “relación laboral” utilizado a estos efectos por la norma comunitaria dejaba fuera de su radio de cobertura el periodo de suspensión del trabajo por permiso parental no retribuido).

⁹ En el asunto C-198/13, *Víctor Manuel Julián Hernández y otros contra Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) y otros*.

prejudicial planteada desde España (concretamente, por el Juzgado de lo Social núm.1 de Benidorm, en Alicante) acerca de la interpretación de la Directiva 2008/94/CE, a partir de un litigio en el que se dilucidaba la responsabilidad frente al pago de una parte de los salarios de tramitación reconocidos a los interesados en proceso de despido. Ciertamente, el abono de esa singular clase de salarios puede propiciar la intervención de estas instituciones de garantía salarial (como por lo demás está previsto en el sistema español), y puede conectar en consecuencia con las directrices comunitarias de las que ahora nos ocupamos¹⁰. Pero la cuestión que aquí se planteaba tenía un tono muy peculiar, cuando menos por dos motivos. De un lado, no se trataba exactamente de la cobertura de salarios por defecto del empresario, sino más bien de la dualidad de respuestas que ofrece el régimen jurídico español para el abono de salarios devengados durante el desarrollo del proceso de despido. De otro, no se buscaba sólo una interpretación de la Directiva de protección de salarios en caso de insolvencia empresarial, sino también una aplicación del principio de igualdad ante la ley prescrito en el artículo 20 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE). La cuestión se introducía, así pues, en un terreno interesante aunque particularmente complejo, como es el del valor jurídico y la fuerza de obligar de esa moderna Carta de Derechos Fundamentales. En realidad, el relieve de la sentencia de 10 de julio de 2014 radica sobre todo en esta particular dimensión, aunque sus afirmaciones no sean especialmente novedosas.

En el proceso de origen, los demandantes habían sido objeto de un despido que en su momento recibió la calificación de nulidad, con la consiguiente condena de la empresa al abono de indemnizaciones y de salarios de tramitación. Declarada la empresa en insolvencia, tales créditos fueron reclamados al FOGASA hasta el límite legalmente establecido, y posteriormente se demandó a la correspondiente instancia pública

¹⁰ Sobre los “salarios de tramitación” ya se había pronunciado, precisamente, la sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002 (C-442/00, *Rodríguez Caballero*), en la que se examinó, desde el punto de vista del principio de igualdad y no discriminación, la conformidad con el Derecho comunitario de la regla que excluía de la cobertura de la institución española de garantía salarial los que no hubiesen sido reconocidos mediante resolución judicial. La sentencia TJCE de 2002 declaró que los créditos correspondientes a salarios de tramitación debían considerarse “créditos a favor de los trabajadores asalariados” en el sentido de la Directiva 80/987, “con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen”, y que el juez nacional debía dejar sin aplicar “una norma nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye del concepto de retribución, en el sentido del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 80/987, los créditos correspondientes a salarios de tramitación, pactados en una conciliación celebrada ante un órgano jurisdiccional y aprobada por él”.

(Subdelegación del Gobierno) el pago de una parte de los salarios de tramitación devengados durante el procedimiento por despido, al amparo de lo dispuesto en la legislación sustantiva y procesal española para esas hipótesis. La reclamación fue no obstante desestimada, con el argumento de que los despidos de referencia eran nulos y no improcedentes y con fundamento en la correspondiente regla legal. En todo caso, el Juez remitente de la cuestión prejudicial quería saber si esa diferencia de trato, que operaba en el sistema español en función de la calificación del despido, era o no contraria al Derecho de la Unión Europea y, en particular, al art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales, según el cual todas las personas son iguales ante la ley. También preguntaba, para tratar de dar mayor solidez a la cuestión, si la regulación española sobre el abono por parte del Estado de una parte de los salarios de tramitación encajaba o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 2008/94.

El diagnóstico sobre este último punto no era en verdad muy complicado. El TJUE recuerda a tal efecto que los Estados miembros tienen básicamente dos opciones para cumplimentar las exigencias de la Directiva 2008/94: o bien crear una institución específica para la cobertura de los créditos laborales, o bien la asunción directa de esa función por parte del Estado¹¹. Es obvio que el Estado español, como también reconoce el TJUE, ha optado por la primera de esas respuestas, mediante la creación de un organismo autónomo (el FOGASA) encargado *ex profeso* de cumplir esos fines. Precisamente, ese organismo había asumido el pago de determinadas prestaciones por salarios e indemnizaciones a resultas del pleito en cuestión, llevando a cabo de esa forma la obligación de protección mínima de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario impuesta por la citada Directiva comunitaria. Sucedió también en este caso que el propio Estado, de forma directa, se había hecho cargo de parte de los créditos reconocidos a favor de los trabajadores, pero en virtud de una vía distinta de responsabilidad, destinada a cubrir no ya la insolvencia del empresario sino el sobre coste que el proceso, por excesiva dilatación, podía ocasionar a la empresa.

La cuestión planteada desde la jurisdicción española se centraba en realidad en esta particular intervención del Estado. A la postre, y como ya hemos anunciado, quedaba reducida a la supuesta contradicción con el art. 20 de la Carta de Derechos Fundamentales de una regulación que, como la española, diferencia en algunos de sus efectos entre el despido improcedente y el despido nulo. Pero, ¿es posible la invocación directa de

¹¹ Como ya había tenido oportunidad de decir el TJUE en la sentencia dictada en el asunto C-441/99 (*Gharebveran*), referida en nota anterior.

un precepto de esa Carta para fundar una determinada pretensión jurisdiccional en el espacio comunitario? Como la sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014 viene a poner de relieve, el valor jurídico otorgado a la CDFUE desde la reforma de los Tratados en Lisboa en el año 2007 está sujeto a ciertas condiciones, según se deduce del art. 51 de esa importante declaración de derechos. En síntesis cabe decir que una disposición de Derecho nacional sólo puede ser examinada a la luz de la citada Carta cuando esté comprendida en el ámbito trazado por la normativa comunitaria de referencia, puesto que las disposiciones de la CDFUE únicamente afectan a los Estados miembros cuando éstos apliquen el Derecho de la Unión. Como la jurisprudencia del TJUE viene sosteniendo, la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias atribuidas por los Tratados: “ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en los Tratados”¹². Dicho de otro modo: la obligación de respetar los derechos fundamentales garantizados en el ordenamiento jurídico de la Unión sólo se impone a los Estados miembros cuando actúan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión¹³.

Todo ello quiere decir que la aplicación de los preceptos de la CDFUE “requiere la existencia de un vínculo de conexión entre un acto del

¹² Desde hace algunos años, es relativamente frecuente que se invoquen preceptos de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea ante el TJUE, y también lo es que esta instancia jurisdiccional de ámbito comunitario se pronuncie sobre el valor y el contenido de los mismos. En esta ocasión el propio TJUE se remite a tres de sus pronunciamientos: la sentencia de 5 de octubre de 2010 (asunto C-400/10, *McB*), en la que afloran los arts. 7 y 24 de la CDFUE (en los que se consagran, respectivamente, el derecho al respeto de la vida privada y los derechos del menor), la sentencia de 15 de noviembre de 2011 (asunto 256/11, *Dereci y otros*), en la que también aparece el art. 7 de la CDFUE, y la sentencia de 6 de marzo de 2014 (asunto C-206/13, *Siragusa*), en la que el TJUE se pronuncia a propósito del art. 17 de la CDFUE (derecho a la propiedad).

¹³ Esta afirmación se sitúa expresamente en la línea de lo ya declarado por el propio TJUE en su sentencia de 26 de febrero de 2013 (asunto C-617/10, *Åkerberg Fransson*), a propósito del principio *non bis in idem* enunciado en el art. 50 de la CDFUE. Sobre la paulatina introducción de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario, bajo la consideración de principios generales del Derecho de la Unión, el propio TJUE remite a sus sentencias de 13 de julio de 1989 (asunto 5/88, *Wachauf*), en el que se pronuncia sobre aspectos del derecho de propiedad y del derecho al trabajo ciertamente interesantes (la debida compensación del trabajo desarrollado por un arrendatario de predios rústicos), de 18 de junio de 1991 (asunto C-260/89, *ERT*), en la que se pronuncia sobre la libertad de circulación de mercancías y la libertad de expresión, y de 18 de diciembre de 1997 (C-309/96, *Annibaldi*), en la que se pronuncia sobre los derechos de propiedad, libre empresa e igualdad de trato también a propósito de arrendatario agrícola.

Derecho de la Unión y la medida nacional en cuestión”. Un vínculo de conexión que, para más señas, debe alcanzar “un grado superior” a la mera “proximidad” de las materias consideradas, o a la mera “incidencia” indirecta de una de ellas en la otra, aunque se puede calibrar o comprobar mediante técnicas diversas. Se puede comprobar, por ejemplo, atendiendo al carácter, a la finalidad o a los objetivos de la normativa nacional de referencia, en relación siempre con las correspondientes disposiciones del Derecho de la Unión¹⁴. En cualquier caso, no tienen aplicabilidad “los derechos fundamentales de la Unión en relación con una normativa nacional cuando las disposiciones del Derecho de la Unión en la materia considerada no imponían a los Estados miembros ninguna obligación específica concerniente a la situación objeto del asunto principal”¹⁵, a sabiendas, además, de que el mero hecho de que la norma nacional en cuestión guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias de cierta amplitud o generalidad (como el social, en virtud hoy en día del artículo 153.2 TFUE) no lleva consigo la aplicabilidad de la Carta.

Había que decidir, por lo tanto, si la normativa nacional en cuestión (la española sobre abono parcial por parte del Estado de los salarios de tramitación) guardaba relación con la aplicación del Derecho de la Unión, que en este caso estaba representado, según la propia petición prejudicial, por la Directiva 2008/94. Como bien advierte el TJUE, la normativa española manejada en este caso es en esencia una manifestación particular de las reglas generales sobre responsabilidad del Estado por “funcionamiento anormal” de la Administración de Justicia, pues en

¹⁴El TJUE recoge a estos efectos doctrina ya expuesta en las sentencias *Annibaldi* y *Siragusa*, ya mencionadas en notas anteriores; también se apoya en la sentencia de 8 de mayo de 2013 C-87/12, *Ymeraga y otros*.

¹⁵Tesis ya sostenida por el TJUE en las sentencias de 13 de junio de 1996 (C-144/95, *Maurin*) y de 6 de marzo de 2014 (C-206/13, *Siragusa*). Dos precisiones añade el TJUE a esta idea central. Por un lado, que tampoco el art. 19 TFUE (que habilita al Consejo para la adopción de acciones adecuadas para luchar contra la discriminación) permite por sí mismo integrar en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, a efectos de aplicación de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho de la Unión, una medida nacional que no forma parte de las medidas adoptadas con fundamento en ese artículo (conforme a la doctrina ya defendida, entre otras, en las sentencias de 23 de septiembre de 2008, C-427/06, *Bartsch*, de 19 de enero de 2010, C-555/07, *Kıcıkkıdeveci*, y de 10 de mayo de 2011, C-147/08, *Römer*). Por otro, que “el solo hecho de que una medida nacional guarde relación con un ámbito en el que la Unión dispone de competencias no puede integrarla en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y originar por ello la aplicabilidad de la Carta” (según la doctrina procedente de las sentencias de 15 de septiembre de 2011, C-483/09 y C-1/10, *Gueye y Salmerón Sánchez*, y de 27 de noviembre de 2012, C-370/12, *Pringle*).

definitiva entra en juego en el supuesto de dilación excesiva en la resolución del proceso de despido. No estamos ahora ante la protección del crédito laboral por insolvencia de la empresa (a diferencia de lo que prevé la Directiva 2008/94), sino de un derecho concedido al empresario para reclamar al Estado una indemnización por los perjuicios sufridos a resultas del proceso judicial de referencia, con independencia de que también el trabajador pueda reclamar ese abono, en virtud de la oportuna subrogación, en caso de insolvencia de la empresa. Ni siquiera se trata de la cobertura de la remuneración del trabajador por el período mínimo de los tres últimos meses de la relación laboral, tal y como exige la Directiva 2008/94. Es, si acaso, una vía complementaria de protección, que podría encajar en la habilitación que proporciona la Directiva 2008/94 para el establecimiento de disposiciones nacionales más favorables, pero que por su objeto no coincide con la protección diseñada por esa Directiva. Tampoco advierte el TJUE en este supuesto que la no aplicación del derecho fundamental invocado pudiera afectar “a la primacía, la unidad y la efectividad del Derecho de la Unión”, circunstancia ésta que desde luego podría justificar la apelación a la Carta¹⁶.

3. Aclaraciones jurisprudenciales sobre el ámbito subjetivo de cobertura de las directrices comunitarias sobre garantía salarial

Más abundante es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al radio de acción que desde el punto de vista subjetivo pretenden cubrir estas directrices comunitarias. Formalmente, el ámbito subjetivo de estos mecanismos de garantía salarial viene a coincidir, según adelantamos en su momento, con el espacio propio de la noción de “trabajador asalariado”. Es verdad que la normativa comunitaria deja a salvo la posibilidad de los Estados miembros excluyan a ciertas “categorías” de trabajadores en determinadas condiciones (personal doméstico, pescadores a la parte, trabajadores con “vínculos particulares”, etc.), pero eso no impide llegar a la conclusión de que su pretensión global es la cobertura del trabajo asalariado, con la precisión, además, de que tal cobertura ha de llegar necesariamente a determinados grupos de trabajadores especialmente “sensibles” (trabajo de duración determinada, trabajo a tiempo parcial y trabajo prestado a través de empresas de trabajo temporal). En principio,

¹⁶ Además de la sentencia *Siragusa*, ya conocida, el TJUE se remonta aquí a la doctrina recogida en la sentencia de 17 de diciembre de 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, con referencias también a la sentencia de 26 de febrero de 2013, C-399/11, *Melloni*.

no parece que las reglas comunitarias sobre este concreto aspecto de la garantía salarial generen mayores complicaciones en el plano de la pura interpretación, pero sí es cierto que han dado lugar al planteamiento de algunas cuestiones prejudiciales ante el TJUE por algunas dudas o dificultades concretas de aplicación, buena parte de ellas ligadas a las dificultades de articulación de las directrices comunitarias con el Derecho nacional.

Una primera sentencia digna de mención a estos efectos, aunque ya un tanto alejada en el tiempo, es la de 16 de diciembre de 1993, que tiene como base un litigio promovido en España¹⁷. La cuestión planteada en ese litigio se refería a la protección de los créditos laborales devengados por el personal de alta dirección en el supuesto de insolvencia de la empresa, ante la ausencia, en aquellos momentos, de una declaración expresa de la normativa española de la que pudiera deducirse con rotundidad la inclusión de esos trabajadores en el ámbito de cobertura de nuestro FOGASA. Para el TJUE, la exigencia de protección establecida por la Directiva de 1980 (vigente entonces, aunque con la modificación producida en 1987), alcanzaba a todas las categorías de trabajadores asalariados, con la única excepción de las citadas en el anexo de dicho texto normativo, en el que, en relación con España, tan sólo se dejaba al margen la relación laboral especial de empleados de hogar. En consecuencia, siendo la alta dirección una categoría de trabajo asalariado conforme al ordenamiento laboral español, no podía llegarse a otra conclusión que a la de su inclusión en la correspondiente institución de garantía, como poco tiempo después declarararía la legislación española de forma expresa (a través de una disposición adicional incorporada al Estatuto de los Trabajadores), haciéndose cargo de la fuerza vinculante de ese pronunciamiento jurisdiccional.

La sentencia TJUE *Wagner Miret* también tuvo ocasión de aportar algunas consideraciones algo más generales sobre el radio de acción de estas instituciones de garantía y, en particular, sobre el margen de los Estados miembros para determinar su organización y su funcionamiento. Desde este punto de vista vino a recordar, concretamente, que las directrices de la Comunidad Europea no obligaban a los Estados miembros “a crear una misma institución de garantía para todas las categorías de trabajadores y, en consecuencia, a hacer que el personal de alta dirección dependa de la institución de garantía creada para las demás categorías de trabajadores

¹⁷ Asunto C-334/92 (*Wagner Miret*), Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M. y Fernández Llesca, C.R., “Altos cargos y FOGASA. La postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Comentario de urgencia a la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner-Miret*)”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1994.

asalariados”. Podría decirse, en suma, que la obligación de los Estados se traducía – y se traduce – en la implantación de adecuadas garantías para los créditos laborales de todos los trabajadores afectados, pero no en la creación de un instrumento completamente prefigurado por el derecho comunitario. Por decirlo en otras palabras: la variedad de instrumentos que a estos efectos ofrece la experiencia comparada es compatible con los fines armonizadores de estas normas comunitarias.

Estas otras declaraciones de la sentencia de 16 de diciembre de 1993 se inscribían, por otra parte, en una reflexión más amplia acerca de la naturaleza y la forma de obligar del derecho comunitario y, en especial, sobre el principio de “interpretación conforme” y sobre el posible efecto directo de las directivas. Todo ello se expresa, como es natural, en relación con la Directiva de 1980 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario, pero no cabe duda de que son manifestaciones dotadas de mayor proyección en el contexto de la articulación entre el Derecho comunitario y los sistemas nacionales. De cualquier modo, y siempre dentro de ese particular contexto normativo, la sentencia de 1993 viene a poner de relieve – como ya había hecho la sentencia de 19 de noviembre de 1991 (*Francoovich Bonifaci*) a partir de un litigio suscitado en Italia – que, “a falta de medidas de ejecución adoptadas dentro del plazo señalado”, los interesados no podían invocar directamente frente al Estado la tutela salarial diseñada por la Directiva 80/987/CE.

Pero no ha sido éste ni mucho menos, el único pronunciamiento del Tribunal de Justicia sobre este aspecto subjetivo de la garantía salarial. En más de una ocasión esta cuestión ha llegado ante el Tribunal de Justicia a propósito de trabajadores que prestan servicios mediante contrato de trabajo pero que al mismo tiempo participan en el capital social de la empresa. Esta cuestión se planteó, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2003¹⁸, que da respuesta a una petición prejudicial procedente del *Oberster Gerichtshof* de Austria. El asunto tenía su origen en la demanda de abono de salarios presentada por una trabajadora (la Sra. *Walcher*) que desde junio de 1997 hasta mayo de 1999 había prestado servicios en una sociedad de responsabilidad limitada en la que tanto ella como su marido poseían (cada uno) el 25% de las acciones y de la que su marido era administrador, aunque ella se limitaba a tareas de contabilidad y gestión, sin participación en la adopción de decisiones dentro de la empresa (decisiones que en su mayor parte podían adoptarse en junta general por mayoría simple, y en algunos casos por mayoría de

¹⁸ Asunto C-201/01 (*Walcher*).

tres cuartas partes de los votos emitidos). Ante las dificultades empresariales para pagar suministros de material, salarios, cuotas de seguridad social e impuestos, la demandante y su marido aceptaron la constitución de una hipoteca sobre la vivienda de la que eran copropietarios a partes iguales, con el fin de garantizar un préstamo transitorio a la sociedad titular de la empresa.

Como resultado de esa situación, en el año 1999 la sociedad fue declarada en quiebra, y una parte de los trabajadores procedió a la extinción de sus contratos por impago de salarios. Mediante denuncia adoptada conforme a la *Konkursordnung* austriaca, también fue extinguida la relación laboral de la demandante, que presentó sus créditos impagados por salarios y demás derechos para su reconocimiento en el procedimiento de quiebra y solicitó al *Bundesamt* la concesión de una “indemnización compensatoria” de dichos impagos ante la insolvencia del empresario. La petición fue denegada por considerar que los créditos salariales de los socios minoritarios que no habían sido reivindicados en los 60 días siguientes a su vencimiento debían considerarse préstamos hechos por los socios y equiparables a las aportaciones de capital, y que esa decisión de no exigir los salarios devengados y no cobrados constituía a la postre una carga para el *Insolvenz-Ausfallgeld-Fonds*, lo cual era contrario a la exigencia de atenerse a “las buenas costumbres” en el ejercicio de acciones y, en consecuencia, debía conducir a la declaración de nulidad de las mismas. Ya en sede jurisdiccional, la demandante alegó que la no exigencia de salarios dentro de dicho plazo, tanto por su parte como por parte de otros trabajadores, se debía a que confiaban en la recuperación económica de la empresa y no a que se quisiera transmitir el riesgo empresarial a la institución encargada de la garantía salarial. Tras diversas vicisitudes judiciales, la demanda de la trabajadora fue íntegramente desestimada con fundamento, en esencia, en que su opción de no pedir a la empresa el pago de sus créditos, y de anteponer así las necesidades de financiación de la sociedad, ponía de relieve que en su posición jurídica pesaba más la dimensión mercantil que la laboral.

Aunque las circunstancias del caso eran muy peculiares, se planteaba a fin de cuentas una cuestión relativa no sólo al ámbito de aplicación de la Directiva 80/987 sino también a las facultades atribuidas a los Estados miembros para introducir exclusiones o salvedades a esos efectos, en especial en relación con “los socios que tengan derecho a ejercer una influencia dominante en la asociación” y con la “existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario”. Para el TJUE, había que determinar sobre todo si la denegación de la prestación solicitada por la demandante a la institución de garantía salarial con el

argumento de que, según la jurisprudencia nacional, las cantidades prestadas a la sociedad por los socios en determinadas condiciones debían equipararse a las aportaciones de capital, podía constituir un incumplimiento de los objetivos de dicha Directiva, al dejar fuera a personas que de otro modo estarían protegidas. En ese sentido, el TJUE no se cansa de repetir que la garantía salarial diseñada por el Derecho comunitario debe aplicarse a todas las categorías de trabajadores asalariados definidas como tales por el Derecho nacional de referencia (con la sola excepción de las enumeradas en el correspondiente anexo de la Directiva comunitaria), y no deja de advertir que la demandante tenía la condición de trabajadora asalariada según la legislación nacional implicada y que, en ese mismo contexto normativo nacional, el crédito de un socio trabajador resultante de su contrato de trabajo “sigue siendo un crédito impagado en el sentido de dicha Directiva”, aun cuando su pago se considere aplazado hasta el fin de las dificultades financieras de la empresa. Desde esa perspectiva, no había pues razones para denegar la prestación. ¿Podían existir otros motivos justificados para ello?

El TJUE trata desde luego de buscarlos, para encontrar fundamento a las decisiones adoptadas por la institución austriaca de garantía salarial. Pero también deja claro, para despejar al máximo las líneas de su razonamiento, que “la aplicación de una norma nacional destinada a evitar abusos no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones comunitarias en los Estados miembros”, que “los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden poner en peligro los objetivos perseguidos por la Directiva de que se trata”, y, en definitiva, que las excepciones a la norma general deben interpretarse de forma restrictiva y siempre de conformidad con la finalidad social de la Directiva en cuestión¹⁹. Es verdad que la Directiva comunitaria permite luchar contra

¹⁹ El TJUE cita a estos efectos la doctrina que ya había defendido en las sentencias de 10 de julio de 1997, C-373/95 (*Maso y otros*), de 14 de julio de 1998, C-125/97 (*Regelring*), y de 18 de octubre de 2001, C-441/99 (*Gharehveran*). De esas tres sentencias la más próxima a la cuestión planteada es desde luego la tercera, en la que el Tribunal había declarado que lo dispuesto a tal efecto en el anexo de la Directiva 80/987/CEE, tras la incorporación a la Unión de dicho Estado, no autorizaba al Reino de Suecia a excluir del círculo de beneficiarios de la garantía salarial “a aquellos trabajadores por cuenta ajena que tengan un pariente próximo que sea propietario de al menos una quinta parte de la sociedad que los emplea durante los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de quiebra de la misma, cuando los trabajadores de que se trata no posean, por sí mismos, ninguna participación en el capital de dicha sociedad”, con la precisión de que cuando el Estado se designa a sí mismo responsable directo de la garantía el trabajador en tal situación puede invocar el derecho al pago de su crédito salarial ante un órgano jurisdiccional nacional aunque la correspondiente legislación nacional, en infracción de la citada

las prácticas abusivas que perjudican a las instituciones de garantía al crear artificialmente un crédito salarial con el fin de reclamarles la correspondiente prestación, pero entiende el TJUE que en este caso la denegación de la prestación se fundaba más bien en el hecho de que la trabajadora demandante ni había reclamado el pago de sus salarios pendientes dentro del plazo de 60 días siguientes al momento en que pudo conocer el agotamiento del crédito de la empresa, ni había abandonado sus funciones por el impago de dichos salarios. Para el TJUE, estos comportamientos no podían calificarse de prácticas abusivas, entre otras razones porque ni siquiera la norma comunitaria pone obstáculos a que el trabajador necesitado de cobertura continúe ejerciendo sus funciones “mientras el salario impagado corresponda a un período que no haya alcanzado todavía los tres meses”. Ni sería razonable, ni se ajustaría a la finalidad de la Directiva 80/987, presumir que como regla general el trabajador no socio abandonaría sus funciones por impago de su salario antes de dicho plazo y que, por el contrario, no lo haría el trabajador socio. Los Estados miembros tienen la facultad de rechazar o reducir la obligación de garantía “si resulta que el cumplimiento de la obligación no se justifica en razón de la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario y de intereses comunes concretados mediante una colusión entre ellos”, pero esa habilitación no sirve por sí sola para dar sustento a una presunción de ese tipo.

Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, el TJUE decidió en suma que “la Directiva 80/987 se opone a que un trabajador asalariado, que dispone de una participación significativa en la sociedad de responsabilidad limitada que lo emplea, pero que no ejerce una influencia dominante sobre la misma, pierda, conforme a la jurisprudencia austriaca

Directiva, establezca aquella exclusión. La sentencia *Maso* se había pronunciado sobre el “momento” de referencia para la entrada en escena de la garantía salarial (el momento en que se produce la insolvencia del empresario corresponde a la fecha de la solicitud de apertura del procedimiento concursal, aunque no puede concederse la garantía antes de la decisión de apertura de dicho procedimiento o de la constatación del cierre definitivo de la empresa en caso de insuficiencia del activo), con alguna precisión sobre una eventual acumulación de ingresos por parte del beneficiario (entendiendo contraria a la Directiva la prohibición de acumulación de estas prestaciones de garantía salarial con una indemnización de reinserción profesional que tiene por objeto atender las necesidades de un trabajador despedido durante los tres meses siguientes a la terminación de la relación laboral), mientras que la segunda se ocupó de algún aspecto relativo al alcance de la acción protectora (en el sentido de que el art. 4.2 de la Directiva en cuestión debía interpretarse en el sentido de que los pagos realizados por el empresario a un trabajador que tiene pendientes créditos pertenecientes a un período anterior al de cobertura de la institución de garantía y a otro período ya cubierto por la misma deben imputarse al primero de ellos).

relativa a los préstamos de socios equiparables a una aportación de capital, el derecho a la garantía de los créditos salariales impagados a causa de la insolvencia del empresario y amparados por el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva, cuando, una vez que pudo tener conciencia del agotamiento del crédito de dicha sociedad, no haya reclamado seriamente en el plazo de 60 días la retribución periódica que debería haberse abonado”. Otras dos afirmaciones integran el fallo de esta sentencia. De un lado, que, con el fin de evitar abusos, los Estados miembros están autorizados en principio a negar el derecho a la garantía de los créditos salariales devengados con posterioridad a la fecha en la que un trabajador que no tuviera la condición de socio habría abandonado sus funciones por impago de sus salarios, a menos que se demuestre la inexistencia de un comportamiento abusivo. De otro, que, pese a ello, no están facultados sin embargo para introducir una presunción general según la cual un trabajador que no tuviera la condición de socio habría abandonado sus funciones por dicha razón antes de que los salarios impagados hubieran alcanzado un período de tres meses.

También se refiere a este tipo de problemas la sentencia TJUE de 10 de febrero de 2011²⁰, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial promovida por el *Linköpingstingsrätt* de Suecia en relación con la interpretación del art. 10.c) de la Directiva 80/987/CEE en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE, y con ocasión de una pretensión de abono de créditos laborales impagados presentada por una trabajadora que al mismo tiempo era una de las dos accionistas de la empresa en concurso. Cabe decir, para más señas, que la demandante era compañera sentimental de otro accionista de la empresa con el que se repartía la totalidad de su capital, pues cada uno de ellos era propietario de un 50 % de las acciones de la sociedad titular de la empresa. La demandante había recibido sus acciones por donación en el año 2006, y desde 1990 había estado contratada por la empresa en cuestión, en la que había ocupado el cargo de miembro (suplente) de su consejo de administración y en la que había actuado como representante, mediante el apoderamiento oportuno, hasta que el otro accionista, único miembro titular del consejo de administración, había decidido retirarle dicha facultad en el año 2008.

Ya se ha dicho que el art. 10.c) de la Directiva 80/987 dejaba a salvo la facultad de los Estados miembros de rechazar o reducir la obligación de pago establecida con carácter general en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con parientes próximos, fuesen

²⁰ Dictada en el asunto C-30/10 (*Lotta Andersson*).

propietarios de una parte esencial de la empresa o el establecimiento del empresario y ejercieran “una influencia considerable en sus actividades”, regla que prácticamente se reproduce en la versión codificada de esa misma norma comunitaria aprobada en 2008, que, como precisó el propio TJUE, era en realidad la versión aplicable al caso de autos, por la fecha de declaración del concurso de la empresa (de modo que la cuestión habría de dilucidarse, como efectivamente ocurrió, a la vista de lo dispuesto en el art. 12.c) de la Directiva 2008/94). Por su parte, la legislación sueca sobre garantía salarial, aprobada en el año 1992, imputaba responsabilidad al Estado frente a determinados créditos laborales (salarios, indemnizaciones y pensiones) en caso de concurso de la empresa (en Suecia o en otro país nórdico), aunque, en combinación con la Ley reguladora de las preferencias de créditos, dejaba fuera de tal protección a los trabajadores asalariados que por sí solos o junto con parientes próximos fueran propietarios de una parte esencial de la empresa y hubieran ejercido una influencia considerable en sus actividades en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso.

La demandante había reclamado el pago del salario correspondiente al mes de diciembre de 2008 y a una parte del mes de enero de 2009, además de las indemnizaciones reconocidas por la legislación sueca en concepto de preaviso y las cantidades debidas en concepto de vacaciones, más los intereses legales, aduciendo con carácter general que, aunque era propietaria de una parte esencial de las acciones de la empresa, en la fecha de solicitud de declaración de concurso no tenía ninguna influencia considerable en dicha sociedad ni podía dirigirla. En tales condiciones, ¿estaba justificada la decisión denegatoria?; ¿podía ampararse el Estado sueco en una norma interna como la anteriormente reseñada?; ¿podía entenderse que dicha norma nacional se ajustaba a lo dispuesto en la norma comunitaria de referencia, ya se tratara del art. 10.c) de la Directiva 80/987, ya se tratara, por razones cronológicas, del art. 12.c) de la Directiva 2008/94? Aparentemente no había contradicción entre esos dos textos normativos, pero no debía desconocerse que la norma nacional sueca exigía que las circunstancias relativas a la propiedad de parte esencial de la empresa y al ejercicio de aquella “influencia considerable” en sus actividades, hubieran concurrido “en los seis meses anteriores a la solicitud de declaración de concurso”.

Siendo así, es lógico que el TJUE quisiera precisar en primer término el alcance que desde ese particular extremo debía darse a la norma comunitaria de referencia. La referida sentencia de 2011 destaca, en este sentido, que la norma europea (concretamente, el art. 12.c) de la Directiva 2008/94) no establecía plazo alguno para la concurrencia de aquellas

circunstancias que conducen a la exclusión de la garantía salarial (ni para el hecho de la posesión de una parte esencial del capital de la empresa afectada, ni para la producción o constatación de influencia considerable en las actividades de dicha empresa por parte del interesado), por lo que la cuestión quedaba centrada, en principio al menos, en la razón de ser de dicho plazo de seis meses y en su grado de acomodación a las correspondientes directrices comunitarias. Para afrontar esos aspectos, el TJUE consideró oportuno atender tanto a la estructura como a los objetivos de la norma comunitaria que en este caso actuaba como “canon” de enjuiciamiento.

En este sentido, el TJUE maneja dos argumentos de distinto calado. Por un lado, y con buen sentido, anota que la facultad de exclusión concedida a los Estados miembros por el art. 12.c) de la Directiva 2008/94 se explica por la “presunción implícita” de que el trabajador asalariado que simultáneamente participa de modo esencial en la empresa y ejerce una influencia considerable en sus actividades puede ser en parte responsable de su insolvencia. Pero, por otro lado, recuerda que la finalidad social de la Directiva comunitaria (tanto de la versión original como de la codificada, lógicamente) no es otra que garantizar a todos los trabajadores asalariados una protección mínima en la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario, mediante el pago de los créditos impagados nacidos del contrato de trabajo, haciendo ver, además, que la aplicación de una norma nacional destinada a evitar abusos “no puede menoscabar la plena eficacia y la aplicación uniforme de las disposiciones de la Unión en los Estados miembros”, como de forma constante vino sosteniendo en su jurisprudencia²¹.

A la vista de todo ello, el TJUE entendió en esta ocasión que ni el objetivo expresado por el art. 12.c) de la Directiva 2008/94 (como el del art. 10.c) de la Directiva originaria, cabe pensar), ni, en general, el fin social propio de dicha norma comunitaria, podían verse comprometidos por una disposición nacional que, como la controvertida en el asunto principal, limitaba la exclusión del derecho a la garantía del pago de los créditos impagados a los trabajadores que eran propietarios de una parte esencial de la empresa afectada y, además, ejercían una influencia considerable en sus actividades durante el período de seis meses previo a la solicitud de declaración de concurso de dicha empresa. El argumento clave residía, para el TJUE, en que, en tales circunstancias, “no puede excluirse que el

²¹ El TJUE acude a estos efectos a su sentencia de 11 de septiembre de 2003, en el asunto C-201/01 (*Walcher*), anteriormente comentada, y a la jurisprudencia citada en su apartado 38.

trabajador, al que se deniega el derecho a la garantía, pueda ser responsable de la insolvencia de la empresa de que se trata”. No cabía apreciar, por lo tanto, oposición entre la norma nacional en cuestión y la norma comunitaria de referencia. Había que entender, dicho de otro modo, que la denegación de la cobertura solicitada estaba en ese caso plenamente justificada.

4. Un par de casos particulares: obligaciones de registro y requisitos de nacionalidad

Como es sabido, la prestación efectiva de garantía para los créditos impagados a causa de insolvencia del empresario suele condicionarse al cumplimiento de determinadas condiciones o de determinadas exigencias de procedimiento. En esas cuestiones, la norma comunitaria deja un considerable margen a la norma nacional, aunque eso no significa que pueda desvirtuarse o debilitarse el alcance de estos instrumentos de garantía salarial, tanto en su dimensión objetiva como en su radio de acción subjetivo. Como ya vimos, las Directivas de la Unión Europea sobre protección de los créditos de los trabajadores en los supuestos de insolvencia empresarial no han establecido apenas reglas sobre las condiciones que han de acreditarse para acceder a las prestaciones correspondientes. Se preocupan más bien, en los términos que hemos ido viendo, por la delimitación de su ámbito subjetivo de aplicación y por el alcance cuantitativo y temporal de la acción protectora, pero prácticamente dejan en manos de los Estados miembros la regulación del procedimiento y de los trámites que a tal efecto hubieran de cumplimentarse, con la posibilidad, llegado el caso, de que se establezcan medidas de prevención o control de fraudes o abusos. De todos modos, cabe pensar en buena lógica que también en relación con estos aspectos más funcionales u organizativos el margen de apreciación o disposición de los Estados queda limitado por la finalidad social de la norma comunitaria, en el sentido de que la exigencia de condiciones excesivas podría entenderse contraria a la misma, máxime si entraña la exclusión de personas llamadas formalmente a ser beneficiarias de esta especial garantía.

Este tipo de problemas sale a relucir, precisamente, en la sentencia TJUE de 17 de noviembre de 2011²², que responde a una petición de decisión

²² Asunto C-435/10, *J. C. van Ardenne y Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*. Vid. Quintero Lima, M.G., “Un nuevo ejemplo

prejudicial planteada por el *Centrale Raad van Beroep* de los Países Bajos en 2010, acerca de la interpretación de los arts.4, 5 y 10 de la Directiva 80/987/CEE, en esta ocasión en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE. El asunto litigioso que dio lugar a la petición prejudicial tenía su origen en una decisión del *Raad van Bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen* (Consejo de administración del Instituto de gestión de seguros para los trabajadores por cuenta ajena) denegatoria de la solicitud de abono (referida a la totalidad de la prestación correspondiente) presentada por la demandante ante la insolvencia de su empresa, decisión que se había fundado en el hecho de no haber procedido la solicitante a registrarse como demandante de empleo en la *Centraleorganisatievoor Werk en Inkomen* (Organización central para el empleo y las rentas de trabajo) dentro del plazo señalado para ello en la correspondiente legislación nacional.

Como es pauta habitual en el proceder del TJUE, la sentencia de 17 de noviembre de 2011 expone en primer término el contenido de los preceptos de Derecho comunitario afectados por el proceso, todos ellos de la Directiva de 1980 tal y como fue modificada en 2002: el art. 4, que faculta a los Estados miembros para limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía salarial, tanto en lo que se refiere a la duración del período que dé lugar a la cobertura de los créditos impagados como en lo relativo a la cuantía; el art. 5, que permite a los Estados miembros fijar las modalidades de organización, financiación y funcionamiento de las dichas instituciones, con algunas exigencias básicas; el art. 10, que autoriza a los Estados miembros para la adopción de las medidas necesarias para evitar abusos y para rechazar o reducir la cobertura en determinados supuestos, como ya hemos tenido ocasión de ver en otros momentos. También gusta el TJUE de recopilar los pasajes relevantes del ordenamiento nacional implicado, que en este caso correspondían básicamente a la *Werkloosheidswet* (Ley de desempleo), en la que se establecen las condiciones para el acceso a este tipo de prestaciones y la cuantificación de las mismas, y en la que se especifica que el trabajador debe registrarse como demandante de empleo en la instancia competente.

Según el pertinente relato de hechos, tras solicitar una prestación por desempleo después de diversas vicisitudes profesionales, y tras registrarse como demandante de empleo el día 29 de mayo de 2007, la demandante en el caso de autos había presentado con fecha de 7 de junio de 2007 una

de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto *Van Ardenne*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n. 1, 2012.

solicitud de prestación por insolvencia de su empresa ante la institución holandesa de garantía salarial, que la reconoció para el período comprendido entre el 29 de noviembre de 2006 y el 12 de febrero de 2007 (correspondiente al plazo de preaviso establecido en la Ley de desempleo), pero con una reducción del 20% por no haber procedido al registro como demandante de empleo dentro de plazo. En el proceso judicial que se puso en marcha a continuación por parte de la demandante para reclamar la totalidad de su prestación, la institución de garantía salarial alegó que esa exigencia de registro tiene por objeto aumentar las oportunidades de que el trabajador afectado obtenga un empleo durante ese período, lo cual podía tener el efecto desde luego de reducir cargas de dicha institución, pero siempre que se entendiera, como ponía de relieve el órgano judicial remitente, que las rentas de trabajo que una persona percibe durante el período de percepción de la prestación por insolvencia pueden descontarse de ésta, algo que a juicio de esa misma instancia judicial, podía ser contrario a anteriores pronunciamientos del TJUE²³. La cuestión que se plantea, a la postre, es si la Directiva de 1980 autorizaba a los Estados miembros a adoptar medidas o decisiones que implicaran reducciones de ese tipo.

El TJUE recuerda a tal efecto la finalidad social de dicha Directiva (garantizar a todos los trabajadores por cuenta ajena en la Unión Europea un mínimo de protección en caso de insolvencia del empresario), para añadir que en aquel caso no había discusión ni sobre el crédito laboral que el trabajador tenía pendiente de pago ni sobre la situación de quiebra de su empresa. Recuerda también que los Estados miembros sólo excepcionalmente tienen la facultad de limitar la obligación de pago de créditos impagados (en su duración o en su cuantía), y que estas posibilidades deben interpretarse de manera restrictiva y conforme a la citada finalidad social. En particular, resulta contrario a la finalidad de la Directiva 80/987 interpretarla de modo que un trabajador que cumple esas condiciones objetivas vea disminuida la cobertura de sus créditos laborales por el incumplimiento de la obligación de registro como demandante de empleo en el plazo previsto por la norma nacional de referencia y que por lo tanto no pueda obtener cobertura por las pérdidas de salarios que había sufrido efectivamente, algo que a juicio del TJUE no puede compararse, para tratar de salvar su validez, con el plazo de caducidad o prescripción que sí cabe establecer para solicitar la prestación de garantía por insolvencia de la empresa. Por consiguiente, una reducción

²³ Se cita a estos efectos la sentencia TJUE de 10 de julio de 1997, C-373/95, *Maso y otros*, ya referida en nota anterior.

a tanto alzado y de carácter automático del importe de la devolución de créditos salariales vulnera directamente el mínimo de protección perseguido por la Directiva 80/987 para los casos de insolvencia del empresario, máxime cuando tampoco se acredita la existencia de una situación de abuso que la obligación de registro tuviera por objeto impedir. Entiende el TJUE, en definitiva, que los arts.3 y 4 de la Directiva 80/987 se oponían a que la normativa nacional supeditara la cobertura a la obligación de registrarse como demandante de empleo.

Una cuestión también particular, que se sitúa a medio camino entre los requisitos de procedimiento y la delimitación del radio de acción de la institución de garantía salarial, se plantea en la sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2014, que da respuesta a una petición de decisión prejudicial planteada por un órgano judicial de los Países Bajos acerca de la interpretación de la Directiva 80/987/CEE en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE²⁴. El litigio de base se había promovido ante la negativa de la institución de garantía salarial de ese país (*Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*) de abonar al demandante la correspondiente prestación por insolvencia del empresario por tratarse de un “nacional de un tercer país que no reside legalmente en los Países Bajos”. Para adentrarse en el asunto, y siguiendo una vez más sus pautas habituales, el TJUE recuerda a estos efectos los trazos esenciales de las normas comunitarias implicadas y del derecho nacional aplicable. Respecto del primero de esos bloques normativos, el TJUE recuerda las reglas de delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la garantía salarial (Directiva 80/987/CEE), el derecho a igualdad de trato en materia de prestaciones de seguridad social, asistencia social y protección social de los nacionales de terceros países con estatuto de residentes de larga duración (Directiva 2003/109/CE), y los especiales derechos de acceso al empleo reconocidos tanto a los trabajadores turcos que formen parte del “mercado de trabajo legal de un Estado miembro” como a sus familiares (en virtud de la Decisión 64/732/CEE de 23 de diciembre de 1963 sobre el Acuerdo de Asociación con Turquía). Respecto del sistema legal neerlandés, el TJUE anota sobre todo que la Ley de Desempleo de dicho país (*Werkloosheidswet*), reguladora también de la garantía salarial, excluye de la consideración de trabajador asalariado a los nacionales de un país tercero que no residan legalmente en los Países Bajos, en los términos especificados en la Ley de Extranjería de ese mismo Estado

²⁴ Asunto C-311/13 (*O.Tiimer*). Puede consultarse, sobre esa sentencia, el comentario de Espinella Menéndez, A., “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, *La Ley Unión Europea*, n. 22, 2015, pp. 46 ss.

(*Wreemdelingenwet*).

En el litigio que dio origen a la cuestión prejudicial, el demandante, de nacionalidad turca, había sido titular en su momento de un permiso de residencia temporal fundado en razones de convivencia con su esposa, pero algunos años después, tras un proceso de divorcio, vio denegada su solicitud de permiso de residencia permanente, al no cumplir, según se estimó en la sede jurisdiccional competente, las condiciones impuestas por la mencionada Decisión 64/732/CEE. Tras trabajar en Holanda de forma intermitente, en el año 2005 había sido contratado por una empresa que durante los primeros meses de 2007 abonó las cotizaciones correspondientes al seguro de desempleo pero que dejó de pagarle el salario a partir de agosto de 2007 y que fue declarada en insolvencia en enero de 2008, fecha en la que el trabajador fue despedido. En esas circunstancias, el trabajador solicitó una prestación de garantía salarial por el tiempo transcurrido desde el cese en el cobro del salario hasta la fecha de despido, solicitud que fue denegada por tratarse de un período de tiempo durante el cual el solicitante no disponía de permiso de residencia. Tras ver desestimadas sus reclamaciones e diversas instancias judiciales, el demandante interpuso recurso de apelación ante el *Centrale Raad van Beroep* alegando que, frente a lo que hasta ese momento se había estimado, tenía la condición de trabajador asalariado aunque fuera nacional de un país tercero y no residiese legalmente en los Países Bajos. Como puso de relieve el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, sucedía en este caso que el demandante, pese a no residir legalmente en ese país, tenía la condición de trabajador asalariado conforme al Derecho civil neerlandés, lo que le permitía, por ejemplo, acudir a los tribunales y solicitar al empresario el pago de su remuneración, por ser titular de un contrato de trabajo. Por ello, preguntaba dicho tribunal si la Directiva 80/987/CEE se oponía a una normativa nacional como la holandesa que deniega la cobertura salarial a un nacional de un país tercero que no reside legalmente en los Países Bajos aun cuando le dé la consideración de trabajador a efectos del Derecho civil y cumpla los demás requisitos para acceder a dicha protección.

Para responder a este dilema, el TJUE hace ver en primer término que la competencia para intervenir en materia laboral y social reconocida a las instituciones de la Unión Europea por su Tratados básicos no se limita únicamente a los nacionales de los Estados miembros sino que puede abarcar también a los nacionales de terceros países, y que la restricción del estatuto de residente de larga duración previsto en la Directiva 2003/109 a quienes acrediten residencia legal no significa que otras normas comunitarias (como la Directiva 80/987 en este caso) no puedan dirigirse

a nacionales de países terceros. En ese marco, recuerda asimismo que el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para definir el término de “trabajador asalariado” que utiliza esta Directiva comunitaria no es ilimitado, y que ningún precepto de la misma excluye a los nacionales de países terceros de su ámbito de aplicación, cosa que tampoco permite hacer, de manera expresa, a los Estados miembros. Advierte el TJUE, por otra parte, de que la posibilidad prevista en diversos pasajes de la Directiva de que los Estados miembros excluyan a determinadas categorías de trabajadores asalariados de su ámbito de aplicación sólo se refiere a casos específicos, en alguno de ellos en razón de la existencia de otras formas de garantía que compensen los efectos de la exclusión.

En ese contexto, entiende el TJUE que si el Derecho civil neerlandés da la consideración de trabajador asalariado a cualquier persona vinculada a un empresario por un contrato de trabajo, independientemente de su nacionalidad o de la legalidad de su residencia en el país, no parece que se cumplan las exigencias de la Directiva, ni su finalidad social, si se excluye de la garantía salarial a esas personas sin concederles al menos una protección equivalente para casos de insolvencia de la empresa. Es la finalidad social de la Directiva 80/987, de nuevo, la que a juicio del TJUE limita el margen de apreciación del que disponen los Estados miembros, de modo que si en la definición de “trabajador asalariado” encaja toda relación de trabajo que permite generar créditos frente al empresario como contraprestación del trabajo efectuado (como efectivamente sucede en el Derecho civil neerlandés), sería contrario a esa norma comunitaria privar de la protección a quienes poseen esa condición de trabajador aun cuando no residan legalmente en el país de referencia²⁵. En consecuencia, ha de entenderse que la Directiva 80/987 se oponen a una normativa nacional relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario que excluye a un nacional de un país tercero cuando dicha persona tiene la consideración de trabajador asalariado en virtud de las disposiciones del Derecho civil de ese Estado miembro. A juicio del TJUE, no puede alegarse frente a esa conclusión el hecho de que los nacionales de países terceros en situación de residencia irregular no tengan derecho a trabajar en los Países Bajos, pues esas mismas personas, cuando trabajan, tienen la consideración legal de trabajadores asalariados.

²⁵ El TJUE invoca a este respecto, por analogía, la sentencia de 17 de noviembre de 2011 (*van Ardenne*, C-435/10), también relativa a un asunto procedente de los Países Bajos, aunque relativo en ese otro caso a la exigencia de registro como demandante de empleo como condición para acceder al correspondiente mecanismo de garantía salarial impuesta por la legislación de dicho país, según veremos después.

Tampoco acepta el TJUE que la denegación de prestaciones en tal caso pueda tener amparo en la habilitación que la Directiva 80/987 concede a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias para evitar abusos, pues se daba la circunstancia de que en este supuesto concreto la empresa del demandante había aportado las cotizaciones previstas por la legislación nacional para financiar el sistema de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.

5. Bibliografía

- Alonso Olea, M., “Salarios: el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Diecisiete Lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales*, Universidad de Madrid, 1977.
- Arufe Varela, A. “La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, n. 2, 2004.
- Bragado Alfageme, J.C., “El Fondo de Garantía Salarial. Un estudio comparado”, *Revista Española de Derecho del Trabajo (Civitas)*, n. 7, 1981.
- Escudero Rodríguez, R. y Mercader Uguina, J.R., “Convenio 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español”, *Relaciones Laborales*, n. 2, 1995.
- Espiniella Menéndez, A., “Trabajadores extranjeros en situación irregular e instituciones de garantía salarial”, *La Ley Unión Europea*, n. 22, 2015.
- García Murcia, J., “El Fondo de Garantía Salarial tras las reformas legales de 2011 y 2012”, *Actualidad Laboral*, n. 7, 2012.
- Miranda Boto, J.M., “Breve análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre el Fondo de Garantía Salarial”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas*, MTAS, Madrid, 2006.
- Quintero Lima, M.G., “Un nuevo ejemplo de la actividad profiláctica del Tribunal de Luxemburgo: a propósito de la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto *Van Ardenne*)”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, n. 1, 2012.
- Rivero Lamas, J., “Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario”, *Actualidad Laboral*, n. 1, 1988.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. y Fernández Llesa, C.R., “Altos cargos y FOGASA. La postura del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. Comentario de urgencia a la sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993 (*Wagner-Miret*)”, *Relaciones Laborales*, n. 1, 1994.

Roqueta Buj, R., *El Fondo de Garantía Salarial*, La Ley-Actualidad, Madrid, 2009.

Red Internacional de ADAPT



ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo