

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

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

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Directores Científicos*

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), 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*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

12

*Comité Evaluador*

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M<sup>a</sup> José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

*Comité de Redacción*

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), 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*)

## Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador 1992 (núm. 173)

Virgilio TÉLLEZ VALLE\*

---

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene como finalidad comentar el Convenio n. 173 de la OIT en cuanto norma internacional más moderna que intenta proteger los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario a través de dos mecanismos: un privilegio y una institución de garantía. Igualmente, respecto de esta última medida protectora, se hará una breve referencia a la Directiva 2008/94/CE, para terminar analizando la adecuación del derecho español a esas normas supranacionales e internacionales.

*Palabras clave:* Créditos laborales, protección, insolvencia empleador.

**SUMARIO:** 1. Introducción. 2. Ámbito subjetivo de aplicación. 3. Concurrencia del presupuesto: la insolvencia. 4. Protección del crédito laboral. 4.1. La determinación del crédito laboral digno de protección. 4.1.1. Las previsiones al respecto del derecho español. 4.1.2. Las limitaciones cuantitativas del crédito. 4.2. Protección por medio de un privilegio. 4.2.1. La extensión temporal del privilegio. 4.2.2. El rango del privilegio. 4.3. Protección por medio de una institución de garantía. 4.3.1. La institución de garantía en el derecho español. 4.3.2. La extensión temporal de la garantía. 5. Conclusiones. 6. Bibliografía.

---

\* Letrado de la Seguridad Social. Profesor asociado de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Extremadura.

## Protection of Workers' Claims (Employer's Insolvency) Convention 1992 (No. 173)

---

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to comment on ILO Convention No. 173 as the most modern international standard that seeks to protect worker claims in the event of the insolvency of the employer through two mechanisms: a privilege and a guarantee institution. Likewise, with respect to this last protective measure, a brief reference will be made to Directive 2008/94/EU, to finish by analysing the adaptation of Spanish law to these supranational and international norms.

*Key Words:* Workers' claims, protection, employer's insolvency.

## 1. Introducción

La expresa protección de los créditos laborales a nivel internacional tuvo su punto de arranque con la aprobación del Convenio n. 95 de 1 de julio de 1949 sobre protección del salario<sup>1</sup>, en cuyo art. 11 se estableció la preferencia del crédito salarial en caso de quiebra o liquidación judicial de una empresa. No obstante, con el paso de los años y la evolución económica/jurídica de los países más avanzados, citado Instrumento dio muestras de insuficiencia y de necesitar una mejora, pues limitaba las preferencias del salario a supuestos de ejecución colectiva del patrimonio del empleador y, además, sin referencia alguna a la existencia de una institución de garantía, que asegurase el cobro en caso de insuficiencia patrimonial. Esa situación vino a corregirse con el Convenio n. 173 sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, de 23/6/1992, que entró en vigor de forma general el 8/6/1995<sup>2</sup>, y para España, el 18/5/1996, doce meses después de haberse registrado la ratificación por nuestro país<sup>3</sup>, que tuvo lugar por Instrumento de 28/4/1995<sup>4</sup>.

La relevancia del presente Convenio sobre su precedente radica en que el foco no se centra exclusivamente en la protección del crédito salarial mediante un privilegio; protección que se reitera y perfecciona, sino que, además, como subraya su Preámbulo, se considera que deben tenerse presentes otros principios hasta entonces ajenos, como la rehabilitación de empresas insolventes, que permitan la continuidad de la actividad empresarial frente a la liquidación de las empresas, como demostración del mayor beneficio que para la sociedad y, por extensión, a los propios trabajadores, produce, habida cuenta que se favorece de ese modo el mantenimiento del empleo y el impulso de la actividad económica. A lo anterior, debe añadirse igualmente que la experiencia de muchos estados miembros en la constitución de instituciones de garantía del crédito laboral ha mostrado una mejor protección del mismo, llevando a adoptar

---

<sup>1</sup> Ratificado por España el 12/6/58 y publicado el 22/8/59. Como antecedente más remoto podría citarse el art. 11 del Convenio n. 17 sobre la indemnización por accidente de trabajo de 1925 (ratificado por España el 24/5/1928), que estableció la garantía en relación con la indemnización a abonar a las víctimas de accidentes laborales o sus causahabientes en caso de insolvencia del empleador.

<sup>2</sup> Una vez transcurridos doce meses desde que fue registrada por el Director General de la Oficina Internacional del Trabajo la ratificación de Australia, segundo país en llevarla a cabo (art. 16.2 del Convenio).

<sup>3</sup> Conforme dispone el art. 16.3 del propio Convenio.

<sup>4</sup> *BOE*, 21 junio 1995. Hasta la fecha, ha sido objeto de ratificación por 21 países miembros.

una norma en tal sentido.

El presente Convenio resulta completado, con el valor que corresponde<sup>5</sup>, por la Recomendación R180 de 1992, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. Del mismo modo, debe tenerse presente que con similares objetivos en el marco de la Unión Europea se aprobó la Directiva 2008/98/CE del Parlamento y del Consejo de 22/10/08, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, si bien ésta sólo aborda la materia de las instituciones de garantía<sup>6</sup>. Tal Directiva ha supuesto tanto la codificación de la anterior normativa<sup>7</sup>, como el cumplimiento de la Carta Social de los derechos fundamentales de los trabajadores adoptada el 9/12/89, cuyo punto 7 dispone la reglamentación de los procedimientos de despido y quiebras como uno de los modos de obtener una mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores de la Comunidad.

El análisis del Convenio 173 y, en menor medida de la Directiva, obligará a preguntarnos igualmente si el derecho interno se acomoda o no a las previsiones que contienen, lo que nos llevará a estudiar el contenido de los arts. 32 y 33 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y los correspondientes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

Indicar por último que el presente comentario analizará los principales preceptos del Convenio, siguiendo su estructura. La norma se subdivide en tres partes bien diferenciadas: en la parte I, intitulada *Disposiciones Generales* donde se efectúa la definición del término insolvencia, clave a lo largo del articulado, y, además se trata la posibilidad de aceptación parcial del propio Convenio así como su el ámbito subjetivo de aplicación; en la parte II, se detalla la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, con concreción de los que resultan protegidos, así como la extensión, rango y limitaciones de esos privilegios; por último, en la parte III se trata la protección de los créditos por una institución de garantía.

---

<sup>5</sup> El de dirigir y orientar la acción política legislativa y práctica de los gobiernos, sin crear obligaciones jurídicas directas (*vid.* A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2002, pp. 76-77) y sin desconocer el valor interpretativo y aclaratorio que de los propios Convenios le atribuye a las Recomendaciones el Tribunal Constitucional (STC 184/1990 y STC 38/1981).

<sup>6</sup> En tal sentido J.L. GIL Y GIL, *El Convenio número 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario*, en *Documentación Laboral*, 1995, n. 46, p. 275.

<sup>7</sup> Habida cuenta las modificaciones que había sufrido la Directiva original 80/987/CEE del Consejo de 20/10/1980.

## 2. **Ámbito subjetivo de aplicación**

Conforme al art. 4 del Convenio, el mismo se aplica, de manera general, a todos los trabajadores asalariados<sup>8</sup> y a todos los sectores de actividad económica. Esa generalidad se ve no obstante matizada en el propio precepto<sup>9</sup>, donde se permite a las autoridades competentes la exclusión de determinadas categorías de trabajadores bien de la parte II, bien de la parte III, o de ambas, señalándose de modo expreso a los funcionarios por la particularidad de su relación de empleo, si bien se permite la extensión a otros colectivos a los que se les ofrezca una protección equivalente a la que se recoge en el propio Convenio<sup>10</sup>.

En aplicación de esas posibles excepciones, España, en el Instrumento de Ratificación, ha excluido expresamente de las obligaciones de la parte II del mismo al personal al servicio de la Administración Pública, lo cual resulta de todo punto lógico habida cuenta que la situación de insolvencia que posibilita la protección del crédito laboral que regula esa parte del Convenio, no es predicable por definición de la Administración Pública, cuyos bienes demaniales son inembargables<sup>11</sup>.

También ha excluido nuestro país, esta vez de la parte III, a las personas con relación laboral especial al servicio del hogar familiar. Esta exclusión, que ya venía anticipada en el Real Decreto que inicialmente reguló esta relación laboral especial<sup>12</sup>, se ha mantenido en su actual marco normativo<sup>13</sup>, lo que sin embargo resulta criticable, pues a diferencia de lo requerido por el Convenio, no existen otras garantías equivalentes a las que recoge el mismo para proteger los créditos laborales de este colectivo, que puede resultar afectado por la insolvencia del empleador como cualquier otro<sup>14</sup>. Y ello, sin desconocer las verdaderas razones que puedan

---

<sup>8</sup> Concepto que habrá que entender en los términos en los que se describa en cada una de las legislaciones nacionales, conforme al art. 2 del Convenio.

<sup>9</sup> En términos prácticamente idénticos se detalla por el art. 1.2 de la Directiva 2008/94/CE.

<sup>10</sup> Circunstancia esta última que se ha asociado a la posibilidad de que compañías aseguradoras protejan los créditos laborales en lugar de una institución pública, *ex art. 11.2 del Convenio*. *Vid.* M. RAMOS TORRES, *La protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. A propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la O.I.T. 1992*, en *Tribuna Social*, 1997, n. 74, p. 24.

<sup>11</sup> Art. 6.a, Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En cuanto a los bienes patrimoniales y el cumplimiento de resoluciones judiciales, art. 23 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

<sup>12</sup> Disposición Adicional del RD 1424/1985, de 1 de agosto.

<sup>13</sup> Art. 3, RD 1620/2011, de 14 de noviembre.

<sup>14</sup> J. GARCÍA MURCIA, *El fondo de Garantía Salarial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 135.

subyacer en esta exclusión, en cuanto a la facilidad para llevar a cabo actuaciones fraudulentas en un marco laboral basado en la confianza mutua<sup>15</sup>.

### 3. Concurrencia del presupuesto: la insolvencia

Como venimos indicando, la protección de los créditos laborales exige la insolvencia del empleador. Y ello, tanto al hablar de privilegios en el art. 5, como en el art. 9 para la institución de garantía. Es por ello, que el Convenio resulta obligado a definir ese concepto que abre la puerta a los mecanismos protectores que el mismo regula. En tal sentido, el art. 1.1 exige que se constate la apertura de un «procedimiento relativo a los activos de un empleador, con objeto de pagar colectivamente a sus acreedores»; esto es, la existencia de una ejecución universal frente a su patrimonio que, en el derecho patrio, se traduce en la institución del concurso de acreedores.

Esta situación de ejecución universal, que es la que únicamente se contempla en el Convenio n. 95 (art. 11) y la que se recoge en exclusiva en el art. 2.1 de la Directiva 2008/98/CE, se completa con posibles asimilaciones por el derecho interno de los estados miembros al concepto dado de insolvencia, «a otras situaciones en las que no puedan pagarse los créditos laborales a causa de la situación financiera del empleador<sup>16</sup>, por ejemplo cuando el monto del activo del empleador sea reconocido como insuficiente para justificar la apertura de un procedimiento de insolvencia»<sup>17</sup>. Sin embargo, se muestra insuficiente para abarcar todas las

<sup>15</sup> R. ROQUETA BUJ, *La acción protectora del FOGASA*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 68-69.

<sup>16</sup> Como podría ser el supuesto de embargo de bienes afectados al proceso productivo regulado en el art. 277 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social (LRJS), en el que se permite la declaración de insolvencia a los solos efectos de acceso a las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), si existe riesgo sobre la continuidad en las relaciones laborales de procederse a la ejecución de los bienes de la empresa. Con esta previsión sí que se cumple realmente con el principio informador de Convenio 173, novedoso respecto del 95, de no sólo centrarse en la insolvencia del empleador, sino también, de permitir la subsistencia de la empresa y el mantenimiento del empleo. *Vid.* M. RAMOS TORRES, *op. cit.*, p. 24.

<sup>17</sup> Este ejemplo, que también se contiene como opción en el art. 2.1.b de la Directiva, no resulta de aplicación en España, por cuanto que la inexistencia de un activo mínimo no puede esgrimirse como causa que impida la declaración de concurso, conforme a la doctrina de las Audiencias Provinciales. *Vid.* N.A. ORELLANA CANO, *Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, n. 10 (p. 4, PDF-La Ley 41746/2008).

posibles situaciones en que el empresario no puede abonar los créditos debidos a sus empleados, pues no contempla las comunes situaciones de impago que se constatan en procedimientos ante la jurisdicción laboral en los que, tras el correspondiente trámite ejecutivo instado por el trabajador, se disputa por un tercero un derecho de cobro preferente sobre el bien embargado (ejecución singular) o se acaba declarando la insolvencia del empleador. Y son estas precisamente las situaciones que también contempla la normativa española, amén de la prevista del concurso de acreedores, con lo que en este aspecto es más amplia y favorable<sup>18</sup> que la prevista en el Convenio. Así, en cuanto al mecanismo protector de la institución de garantía, el art. 33.1 ET exige la constatación de la insolvencia<sup>19</sup> o el concurso del empresario y, en cuanto a los privilegios del crédito, dispone el art. 32.5 ET que las preferencias del salario se aplican a todos los supuestos en que los créditos laborales concurren con otro u otros sobre bienes del empresario, siempre que no estuviera declarado éste en concurso, pues, en otro caso, habrá que acudir a lo dispuesto expresamente en la Ley Concursal. Esto es, el derecho español contempla la protección del crédito laboral tanto en ejecuciones singulares como universales, partiendo de la base de que en los supuestos de ejecuciones singulares, en los que las preferencias se ejercitan a través de la tercería de mejor derecho, en teoría no resulta necesaria la declaración de insolvencia, aunque en la práctica, la disputa por el orden de cobro respecto al importe a obtener sobre el bien embargado haga presumirla de facto<sup>20</sup>.

#### 4. Protección del crédito laboral

Siendo el objeto del Convenio la protección del crédito laboral, el mismo prevé, como anticipamos, dos mecanismos al efecto; por un lado, la atribución de un privilegio al referido crédito, de manera que lo proteja frente a otro u otros acreedores no privilegiados del empresario con los que pueda concurrir (parte II) y, por otro lado, la protección de esos

<sup>18</sup> R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, J.R. MERCADER UGUINA, *Convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento jurídico español Junio-Julio 1995*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 2 (p. 4, PDF-La Ley 1130/2001).

<sup>19</sup> Insolvencia que, conforme el art. 33.6 ET, se entiende que existe cuando instada la ejecución en la forma establecida en la LRJS, no se consiga la satisfacción de los créditos laborales.

<sup>20</sup> En el mismo sentido, B. RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n. 38, p. 188.

mismos créditos por una institución de garantía, cuando no puedan ser saldados por la constatada insolvencia del empresario (parte III). Como España ha ratificado expresamente esas dos partes del Convenio<sup>21</sup>, por aplicación del art. 3.6 del mismo, se ponen fin a las obligaciones dimanantes del art. 11 del Convenio n. 95 de 1949, sobre protección del salario, habida cuenta que la parte II del Convenio 173 supera el listón protector consignado en su precedente.

La razón última de estos mecanismos de protección tiene su justificación en que, para la inmensa mayoría de los trabajadores, el salario es la principal o única fuente de ingresos, por lo que debe constituir una preocupación político-social de primer orden la puntual y efectiva percepción de los mismos<sup>22</sup>. Esa importancia nos lleva a analizar por separado esos dos mecanismos de garantía, si bien, con carácter previo, detallaremos los créditos laborales que son objeto de protección por ambas soluciones.

#### 4.1. La determinación del crédito laboral digno de protección

Los arts. 5, parte II, y 9, parte III, definen esos créditos laborales como los adeudados a los trabajadores por sus empleadores, en razón de su empleo, para concretarlos posteriormente en los arts. 6 y 12 en salarios, las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas u otras ausencias retribuidas y las indemnizaciones por fin de servicios debidos al trabajador con motivo de la terminación de una relación de trabajo<sup>23</sup>. Vemos cómo, por tanto, que se protege el “crédito laboral”, concepto más amplio que el de “salarios”, empleado por el art. 11 del precedente Convenio n. 95, al incluirse en el texto en vigor expresamente las indemnizaciones por fin de servicios. No obstante, se dejan así al margen los créditos por impagos del empresario de las cuotas debidas a la Seguridad Social, que sí gozan de una protección diferente en el derecho interno<sup>24</sup>, y que también son objeto de tratamiento por la Directiva (art. 6), si bien, sin carácter vinculante, al

---

<sup>21</sup> El art. 3 del Convenio permite la ratificación por separado de cada una de las partes o de ambas conjuntamente, con diferentes consecuencias en cada caso respecto de las obligaciones derivadas del art. 11 del Convenio n. 95.

<sup>22</sup> B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984, p. 36.

<sup>23</sup> La Directiva 2008/94/CE en su art. 3 circunscribe la protección a los créditos impagados a los trabajadores que resulten de los contratos de trabajo o relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el derecho interno.

<sup>24</sup> Arts. 25 y 162, RD Legislativo 8/15, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS).

supeditarse su protección por una institución de garantía a la voluntaria decisión de cada estado miembro.

#### 4.1.1. Las previsiones al respecto del derecho español

Resulta ahora necesario analizar si las disposiciones hasta ahora detalladas del Convenio ratificado son cumplidas por el derecho español, tanto a efectos de privilegio como de protección por la institución de garantía.

Comenzaremos por los privilegios. Como venimos haciendo, hay que distinguir entre privilegios en ejecuciones singulares<sup>25</sup> y colectivas. En el primer caso, la regulación se contiene en el art. 32 ET; precepto que habrá que relacionar – por remitirse indirectamente – con el art. 26 ET en cuanto al concepto de salario, el cual incluye no sólo las percepciones en dinero o en especie por la prestación de servicios, sino también, las retribuciones por los periodos de descanso computables como de trabajo, cubriéndose por ello, tal y como exige el art. 6 del Convenio, tanto las cantidades abonadas por vacaciones, como las que tengan origen en descanso semanal, fiestas y permisos retribuidos. Del mismo modo, el art. 32.3 ET también incluye dentro de la garantía las indemnizaciones por despido, previsión ésta más estricta, que no se adecúa a la amplia referencia del Convenio a las «indemnizaciones por fin de servicios»<sup>26</sup>. Es por ello que, partiendo de que el sistema español se califica de «monista moderado»<sup>27</sup> en el sentido de que las normas contenidas en Convenios Internacionales – como los de la OIT – son directamente aplicables e invocables siempre que se hayan publicado oficialmente, y dada su posición jerárquica situada entre la Constitución y las leyes ordinarias<sup>28</sup>, puede defenderse la ampliación del privilegio a otro tipo de indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato, en los términos que recoge el propio art. 33.2 ET, habida cuenta que el art. 6.d del Convenio está redactado con la suficiente precisión como para considerarlo en este aspecto autosuficiente (*self-executing*), no necesitado de

---

<sup>25</sup> Privilegios de gran tradición histórica en el derecho español hasta el favorecimiento de los créditos hipotecarios por el Código Civil y la Ley Hipotecaria de 1861. *Vid.* B. RÍOS SALMERÓN, *Los privilegios del crédito salarial*, cit., p. 89.

<sup>26</sup> M. RAMOS TORRES, *op. cit.*, p. 27.

<sup>27</sup> B. RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, cit., pp. 89-90.

<sup>28</sup> Arts. 96.1 CE y 1.5 CC. *In extenso* sobre este particular A. ARIAS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 125 ss.

complemento legislativo nacional<sup>29</sup>.

Por el contrario, en el caso de las ejecuciones universales, la normativa patria pasa con nota la comparación, y ello, a pesar de que la aprobación de la LC suprimió el derecho de ejecución separada que el art. 32.5 ET reconocía a los créditos laborales en los supuestos de ejecución colectiva, obligándoles ahora a concurrir con los restantes acreedores. La protección actual de los créditos laborales en este tipo de ejecuciones puede ser, de ordinario, cuádruple:

- 1) como créditos contra la masa los salarios de los últimos 30 días previos a la declaración del concurso hasta el doble del SMI (art. 84.2.1 LC), o los generados tras su declaración, más las indemnizaciones por despido o extinción de los contratos (art. 84.2.5 LC);
- 2) como créditos con privilegio especial los que tengan naturaleza refaccionaria (art. 90.1.3 LC);
- 3) como créditos con privilegio general los restantes créditos por salarios hasta el triple del SMI por el número de días de salario pendientes de pago y 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, así como las indemnizaciones derivadas de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, devengados con anterioridad a la declaración del concurso (art. 91.1 LC);
- 4) como créditos ordinarios todos los demás (art. 89.3 LC)<sup>30</sup>.

De lo expuesto igualmente observamos cómo los créditos protegidos lo son por salarios, que incluirían por tanto todos los conceptos del art. 26.1 ET ya referidos, mientras que, en cuanto a las «indemnizaciones por fin de servicios» comprobamos cómo los arts. 84 y 91 LC cumplen con tal previsión, pues no solo hacen referencia a las derivadas del despido (como vimos en el art. 32 ET), sino, de manera mucho más amplia, a las que

---

<sup>29</sup> De esa opinión, aunque extendiendo la cobertura a todo tipo de indemnizaciones, B. RÍOS SALMERÓN, *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, cit., p. 90, a pesar de lo decidido por el TS en sus sentencias de 21/10/2001 (rec. 102/2001) y 26/12/2001 (RJ 2002\2205), que entendieron que las indemnizaciones por fin de obra recogidas en un convenio colectivo no estaban contenidas en la redacción del art. 33.2 ET a la sazón vigente, por cuanto que tanto este precepto como el art. 12.d del Convenio (de directa aplicación) sólo se referían a indemnizaciones debidas cuando la terminación del contrato se producía a iniciativa del empleador.

<sup>30</sup> La categoría de créditos subordinados queda, salvo para los intereses por mora (art. 92 LC), vedada a los créditos de los trabajadores. *Vid.* I. BAJO GARCÍA, *Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras*, en *Aranzadi Social – Revista Doctrinal*, 2013, n. 6 (p. 19, PDF-BIB 2013/1562).

tengan su origen en la «extinción de los contratos»<sup>31</sup>, adecuándose así a la previsión de la norma internacional.

En cuanto a la institución de garantía, el art. 33.1 ET sí entendemos que cumple con las previsiones internacionales, delimitando los créditos laborales a proteger en idénticos términos tanto para los supuestos de ejecución singular como colectiva. Se protegen los salarios pendientes de pago, con remisión en cuanto a su concepto al citado art. 26.1 ET y, por tanto, incluyendo las referencias del Convenio a las vacaciones y las ausencias retribuidas, a lo que, además, el texto estatutario incluye los salarios de tramitación. Por otro lado, en materia de indemnizaciones, la previsión del Convenio respecto de la cobertura por las que correspondan por «fin de servicios adeudadas a los trabajadores con motivo de la terminación de su relación de trabajo» el art. 33.2 ET incluye las indemnizaciones por despido (como en exclusiva hace el art. 32.3 ET) o extinción de los contratos conforme a los arts. 50, 51 y 52 ET y 64 LC, a lo que se añaden además las debidas por terminación de contratos temporales en los casos que legalmente procedan. Por tanto, entendemos que sí se produce el ajuste del precepto con la previsión del Convenio ya que esas indemnizaciones por fin de servicios deben interpretarse estrictamente referidas a las que tienen su iniciativa en el empleador y no de común acuerdo o a instancia del trabajador, tal y como ha reconocido el TS<sup>32</sup> y corroborado la propia Oficina Internacional del Trabajo de la OIT<sup>33</sup>.

#### 4.1.2. Las limitaciones cuantitativas del crédito

De manera idéntica tanto para los créditos protegidos por un privilegio (art. 7), como por una institución de garantía (art. 13), el Convenio prevé que los mismos puedan resultar limitados por un monto prescrito, que no

---

<sup>31</sup> Incluyendo todos los supuestos de extinción indemnizada, como los previstos en los arts. 40 y 41 ET. *Vid.* B. RÍOS SALMERÓN, *Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales*, en *Relaciones Laborales*, 2003, n. 23 (pp. 9 y 14, PDF-La Ley 1944/2003).

<sup>32</sup> Sentencias citadas de 21/10/2001 y 26/12/2001.

<sup>33</sup> A través de opiniones informales formuladas proponiendo esa interpretación, tal y como recoge expresamente la Solicitud Directa de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) – Adopción: 2004, Publicación: 93ª reunión CIT (2005) – al analizar las memorias remitidas por el Gobierno de España en relación con el Convenio 173, donde se hacía referencia a las referida STS de 26/12/2001. De opinión diferente, en favor de una interpretación amplia que incluya las indemnizaciones de los arts. 40 y 41 ET, B. RÍOS SALMERÓN, *Comentarios al artículo 33 ET*, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2005, p. 244.

deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable<sup>34</sup> Con ello, se intenta salvaguardar un reducto de dignidad, el cual, para evitar los estragos de la inflación, necesita ser reajustado cuando proceda, para mantener su valor (art. 7.2).

En el derecho español, esos límites están expresados en los arts. 32 y 33 ET con referencias al doble o triple del Salario Mínimo Interprofesional (SMI), según los créditos<sup>35</sup>. En las ejecuciones universales, idénticas referencias se prevén en el art. 91.1 LC en cuanto créditos con privilegio general (triple SMI) y en el art. 84.2.1 LC en cuanto créditos contra la masa los 30 últimos días (doble SMI). Ese suelo mínimo salarial tiene prevista igualmente su actualización anual, o incluso semestral, conforme a los parámetros contenidos en el art. 27.1 ET.

## **4.2. Protección por medio de un privilegio**

### **4.2.1. La extensión temporal del privilegio**

Como venimos indicando, la parte II del Convenio principia en su art. 5 con la obligación de proteger los créditos laborales con un privilegio<sup>36</sup> como modo de que resulten saldados con preferencia a otros acreedores concurrentes que no ostenten un beneficio equivalente. La extensión del mismo debe alcanzar unos mínimos temporales que se concretan en el art. 6 para los créditos salariales del siguiente modo:

- los salarios correspondientes a los tres meses previos a la insolvencia o a la extinción de la relación laboral;
- las cantidades debidas en concepto de vacaciones correspondientes al año en curso en que sobreviene la insolvencia o la extinción de la relación, así como las correspondientes al año anterior;

---

<sup>34</sup> Conforme a la Recomendación n. 180, para la fijación de la aceptabilidad del monto deberían tenerse en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria.

<sup>35</sup> Con importantes reducciones operadas por el RDL 20/2012, de 13 de julio, para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, al dar nueva redacción al art. 33.1, 2 y 3 ET en cuanto a la protección por el FOGASA, pasando el monto mínimo del triple al doble del SMI en cuanto a salarios pendientes de pago y los tomados como base para el cálculo de la oportuna indemnización, bien en ejecuciones singulares o en concursos de acreedores.

<sup>36</sup> Debe tenerse presente que, conforme al art. 3.5 del propio Convenio, los créditos protegidos por la institución de garantía podrán ser excluidos de este privilegio, si el Estado Miembro ha aceptado las obligaciones de la parte II y la III.

- las cantidades debidas por otras ausencias retribuidas por periodo de al menos tres meses computados de idéntico modo.

El derecho español se adecúa a las anteriores previsiones, como podemos comprobar de seguido. Para el supuesto de ejecuciones singulares por cuanto que si bien el art. 32 ET (apartado 1) limita los créditos superprivilegiados a los debidos por los últimos 30 días de trabajo (previsión temporal inferior a la del Convenio), los apartados 2 y 3 del mismo precepto, compensan tal restricción al no establecer limitaciones temporales ni para los créditos refaccionarios, ni para los restantes con privilegio general, de modo que si concurren con otros acreedores podrán hacerse valer cualquiera que haya sido la fecha de devengo de los mismos. En materia de ejecuciones universales, debemos hacer extensiva la anterior reflexión afirmativa pues, como anticipamos, la limitación temporal sólo es predicable por los salarios de los últimos 30 días de trabajo efectivo previos a la declaración del concurso (art. 84.2.1 LC), sin que afecten a los refaccionarios (art. 90.1.3 LC) ni a los restantes créditos salariales (art. 91.1 LC), ni a los generados por la continuidad de la actividad (art. 84.2.5 LC).

#### 4.2.2. El rango del privilegio

La parte II del Convenio termina con el art. 8, que establece la obligación de las legislaciones nacionales de atribuir a los créditos laborales un rango de privilegio superior a la mayoría de los demás créditos privilegiados, y especialmente frente a los créditos públicos de Hacienda y Seguridad Social. No obstante, y respecto a los de naturaleza pública, no será necesario ese rango superior si los créditos laborales estuvieran protegidos por una institución de garantía, que asegure de este modo su percepción en caso de insolvencia. Así ocurre en el derecho español, no sólo por la propia existencia del FOGASA, sino también, por cuanto que los créditos públicos, por naturaleza y de manera general, al margen de beneficios derivados de su anotación de embargo en el Registro de la Propiedad, tienen un nivel de protección inferior al que corresponde a los créditos laborales, tanto en ejecuciones singulares<sup>37</sup>, como en sede de concurso de acreedores, donde los créditos por salarios de los últimos 30 días se

---

<sup>37</sup> Art. 1924.1 Código Civil, en relación con el art. 25 TRLGSS y art. 77 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. En estas ejecuciones, los créditos superprivilegiados y refaccionarios son preferentes incluso frente a los garantizados con derecho real, siendo éstos los únicos que se antepondrían al resto de créditos laborales (art. 32.3 ET).

consideran créditos contra la masa (art. 84.2.1 LC) y se satisfarán de manera inmediata, sin atender al criterio del vencimiento (art. 84.3 LC) y con preferencia a los créditos concursales (art. 154 LC); los refaccionarios gozan de privilegio especial (art. 90.1.3 LC), y se abonarán con preferencia con cargo a los bienes y derechos afectos (art. 155 LC); y los restantes créditos por salarios y las indemnizaciones, tendrán la consideración de privilegiados generales, conforme al art. 91.1 LC<sup>38</sup>, satisfaciéndose conforme al orden de ese precepto, siendo que los créditos públicos se encuadrarán en el 91.2 LC (retenciones) o en el 91.4 LC hasta el 50% de su importe, considerándose el resto ordinarios o subordinados, los cuales serán abonados por ese orden con posterioridad a los privilegiados de quedar remanente (arts. 157 y 158 LC).

### 4.3. Protección por medio de una institución de garantía

Como venimos indicando, el Convenio 173 no sólo perfecciona el carácter preferente del crédito salarial, sino que mejora su protección con la introducción de una institución de garantía que asegure su cobro en caso de insolvencia del empresario, a la cual se le dedica la parte III. La existencia de esa institución de garantía resulta obligatoria cuando el pago no pueda ser efectuado por insolvencia del empleador (art. 9), previendo igualmente la posibilidad de que los países puedan adoptar las medidas que resulten apropiadas para evitar posibles abusos (art. 10).

Como anticipa el Preámbulo del Convenio, los privilegios crediticios han devenido insuficientes para proteger al trabajador, lo que, unido a la situación creada por la persistente crisis económica, ha motivado el establecimiento de organismos públicos de garantía<sup>39</sup>. Es por ello que este conocido como “seguro de salarios” es una figura generalizada en nuestro entorno que, además, cumple con uno de los principios inspiradores del presente Convenio: la conservación de la empresa y el mantenimiento del empleo<sup>40</sup>.

El Convenio (art. 11) se remite a la legislación o práctica nacional de cada Estado en cuanto al modo en que se articulará esa institución de garantía,

---

<sup>38</sup> Salvo que se hayan generado tras la declaración del concurso como consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial, en cuyo caso serán créditos contra la masa (art. 84.2.5 LC) que se satisfarán conforme a su vencimiento con preferencia a los concursales.

<sup>39</sup> R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, J.R. MERCADER UGUINA, *op. cit.* (p. 6, PDF-La Ley 1130/2001).

<sup>40</sup> M. RAMOS TORRES, *op. cit.*, p. 25.

tanto en su funcionamiento como en su financiación, permitiendo incluso que sean entidades privadas como las compañías de seguros las que desempeñen esta función.

#### 4.3.1. La institución de garantía en el derecho español

En España, como sabemos, la función de garantía se otorgó al Fondo de Garantía Salarial, organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al actual Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, con personalidad jurídica propia para el cumplimiento de los fines contenidos en el art. 33 ET, que tuvo su origen en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 y con desarrollo reglamentario actual contenido en el RD 505/1985, de 6 de marzo. Su financiación tiene lugar fundamentalmente a través de las cotizaciones *ad hoc* a cargo exclusivo del empresario público o privado que emplee trabajadores por cuenta ajena<sup>41</sup>, y las cantidades obtenidas por subrogación en los derechos de los trabajadores, sin perjuicio de las transferencias que puedan fijarse en los Presupuestos Generales del Estado (art. 3, RD 505/85).

#### 4.3.2. La extensión temporal de la garantía

La finalidad garantizadora de la institución debe cubrir unos mínimos temporales que aseguren la efectividad de los créditos, que se computarán desde la declaración de la insolvencia o la finalización de la relación laboral. El periodo asegurado diferirá en función de la naturaleza jurídica del crédito (art. 12). Así:

- en caso de salarios, un mínimo de ocho semanas;
- en el supuesto de vacaciones pagadas, correspondientes a un periodo determinado, que no deberá ser inferior a seis meses;
- en caso de otras ausencias retribuidas correspondientes a un periodo que no podrá ser inferior a ocho semanas;
- en caso de indemnizaciones por fin de servicios, no se establece limitación temporal alguna.

El derecho español mejora los anteriores mínimos. Así, en cuanto a los créditos salariales la garantía se extiende por el art. 33.1 ET hasta un

---

<sup>41</sup> Calculadas sobre la base de cotización de contingencias profesionales (art. 33.5 ET) al tipo actual del 0,20% (art. 32 Orden TMS/83/2019, de 31 de enero).

máximo de 120 días<sup>42</sup>, mientras que en el caso de las indemnizaciones se establece sin embargo una limitación temporal máxima de una anualidad, sobre la base de 30 o 20 días de salario por año de servicio. Esta limitación anual, sin embargo, no supone contravención de la previsión del Convenio por cuanto que estaría incluida en la permitida restricción ya analizada (art. 13) del monto protegido con un mínimo socialmente aceptable<sup>43</sup>.

## 5. Conclusiones

1) El Convenio n. 173 ha supuesto un avance considerable respecto a la situación precedente constituida por el Convenio n. 95, pues, amén de perfeccionar el privilegio como método de protección del crédito laboral, introduce un nuevo mecanismo al efecto, con el fin de que una institución de garantía asegure el cobro de esos créditos privilegiados en caso de insolvencia del empleador. Y ello, a pesar de que, dada su vocación universal, sea una norma de mínimos que pueda parecer muy avanzada para algunos países y muy tímida en sus pretensiones para otros.

2) Este último mecanismo protector tiene su complemento y refuerzo en la Directiva 208/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22/10/08, en cuanto supone un nuevo impulso, esta vez en el ámbito comunitario, por garantizar unos mínimos protectores en este campo para los trabajadores de todos los estados miembros.

3) Las previsiones del derecho español superan ampliamente – salvo algún supuesto discutible – las medidas previstas por el Convenio n. 173 y la propia Directiva, constituyendo un cuerpo normativo moderno y desarrollado en materia de protección del crédito laboral, a pesar de sus incuestionables posibilidades de mejora, sobre todo después de las restricciones introducidas en el art. 33 ET por el RDL 20/2012.

## 6. Bibliografía

ARIAS DOMÍNGUEZ A., *La acción normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Laborum, 2002

---

<sup>42</sup> Plazo que, como anticipamos, venía fijado en 150 días hasta la aprobación de la limitación de esta responsabilidad por RDL 20/2012, de 13 de julio, para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

<sup>43</sup> En el mismo sentido, J.L. GIL Y GIL, *op. cit.*, p. 282.

BAJO GARCÍA I., *Cuestiones socio-laborales del proceso concursal: luces y sombras*, en *Aranzadi Social – Revista Doctrinal*, 2013, n. 6, pp. 147-177

ESCUADERO RODRÍGUEZ R., MERCADER UGUINA J.R., *Convenio 173 de la OIT sobre protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento jurídico español Junio-Julio 1995*, en *Relaciones Laborales*, 1995, n. 2, pp. 1240-1278

GARCÍA MURCIA J., *El fondo de Garantía Salarial*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983

GIL Y GIL J.L., *El Convenio número 173 de la OIT, sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empresario*, en *Documentación Laboral*, 1995, n. 46, pp. 275-282

ORELLANA CANO N.A., *Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008 relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 2009, n. 10, pp. 469-479

RAMOS TORRES M., *La protección de créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. A propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la O.I.T. 1992*, en *Tribuna Social*, 1997, n. 74, pp. 22-30

RÍOS SALMERÓN B., *Comentarios al artículo 33 ET*, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, 2005

RÍOS SALMERÓN B., *Garantías del salario y Fondo de Garantía Salarial: el privilegio y la institución de garantía como mecanismos de protección del crédito laboral*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2002, n. 38, pp. 143-199

RÍOS SALMERÓN B., *Los privilegios del crédito salarial*, Civitas, 1984

RÍOS SALMERÓN B., *Privilegios de los créditos laborales en situaciones concursales*, en *Relaciones Laborales*, 2003, n. 23, pp. 573-596

ROQUETA BUJ R., *La acción protectora del FOGASA*, Tirant lo Blanch, 2017

# 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](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it

*Construyendo juntos el futuro del trabajo*