

El principio de igualdad de tratamiento en la tutela de las indemnizaciones por despido a cargo del FOGASA (Olaso Valero). Comentario a la STJCE de 16 de diciembre de 2004 (Asunto C-520/03)

Dr. Daniel Martínez Fons
Profesor Lector de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

1. Hechos

En acto de conciliación celebrado el 15 de diciembre de 1999 ante el Juzgado de lo Social nº16 de Valencia la empresa “Valls y Llorente, SL” reconoció la improcedencia del despido del Sr. Olaso Valero. La empresa no cumplió con la obligación de abonar los salarios de tramitación y la indemnización a la que se había comprometido en los plazos aceptados en el acto de conciliación, el Juzgado de lo Social nº3 de Valencia con fecha de 10 de febrero de 2000 dictó un auto en el que se acordaba la ejecución del acuerdo alcanzado en conciliación. Año y medio más tarde, el 21 de septiembre de 2001, el mismo Juzgado de lo Social declaró la insolvencia de la empresa “Valls y Llorente, SL”.

El trabajador que en aquella fecha aún no había visto satisfecho su crédito, solicitó del FOGASA el abono de las cantidades adeudadas por la empresa en concepto de salarios de tramitación e indemnización por despido improcedente. El FOGASA, en resolución de 30 de octubre de 2001, le denegó el abono de dichas cantidades. En particular, respecto de la indemnización por despido improcedente, el Organismo Público señaló que no habían sido reconocidas en sentencia, resolución administrativa de la autoridad laboral de conformidad con lo previsto en los arts. 33 TRET y 14.2 RD 505/1985.

El Sr. Olaso Valero impugnó la decisión del FOGASA ante el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia que desestimó la demanda mediante sentencia de 20 de marzo de 2003. Se interpuso recurso de suplicación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Valenciana que presenta una cuestión prejudicial acerca de la adecuación de la legislación española a las prescripciones derivadas de la Directiva comunitaria 80/987 sobre protección de trabajadores ante la insolvencia de la empresa, parcialmente modificada por la Directiva 2002/74/CE.

El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana remitió cuestión prejudicial al TJCE inquiriendo sobre la adecuación de las disposiciones contenidas en el art. 33 TRET y en el RD 505/1985 en dos aspectos.

En primer lugar, respecto de la aplicación de la Directiva 80/987 a la indemnización por despido, en el momento del litigio, el art. 3.1 indicaba que la cobertura en caso de insolvencia se refería a la “retribución correspondiente al período anterior a una fecha determinada”. En este sentido, el término retribución en el Derecho español no se circunscribe a las percepciones salariales, de modo que salvo que, en virtud del art. 28 TRET, se realizase una interpretación extensiva del concepto de retribución podía incluirse en el referido concepto las indemnizaciones por despido improcedente. Ahora bien, es claro que la legislación española resultaba más favorable a los trabajadores que la norma comunitaria, pues recogía expresamente la tutela de la indemnización por despido y extinción contractual de los arts. 50, 51 y 52 c) TRET en las condiciones recogidas en el art. 33.2 TRET. Así pues, en lo relativo a esta materia entiende el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que no resultaría de aplicación las previsiones de la Directiva 80/987.

No obstante, debe destacarse que tras la nueva redacción del art. 3.1 dada por la Directiva 2002/74/CE los Estados miembros deben asegurar “*los créditos impagados de los trabajadores asalariados 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*”. Aclara el mismo precepto que por créditos se entenderán “*las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o, en su caso, después de un fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma*”.

La segunda cuestión alude a la restricción impuesta por el art. 33.2 TRET a los supuestos de cobertura por parte del FOGASA. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana albergaba dudas acerca de la compatibilidad de dicha regulación con el principio general de igualdad, puesto que si todos los trabajadores cuyo despido fuere declarado improcedente gozan del derecho a una indemnización en caso de no readmisión, la restricción impuesta por el art. 33.2 TRET en virtud del cual únicamente resultan garantizadas por el Fondo las reconocidas en sentencia o resolución administrativa de la Autoridad Laboral bien podrían considerarse contrarias al referido principio de igualdad.

2. Fundamentos Jurídicos

a) Sobre la primera de las cuestiones prejudiciales, el TJCE indica que corresponde al Derecho nacional precisar el concepto de “retribución”, así como definir su contenido. De este modo, interpretación de la Directiva en este punto remite al Derecho español, de lo cual se deriva que la norma comunitaria no excluye que dentro del concepto puedan incluirse las indemnizaciones por despido improcedente. En conclusión, indica el

Tribunal de Justicia Comunitario que corresponde al juez nacional especificar si dentro del concepto de retribución, tal y como lo define el derecho interno, incluye las indemnizaciones por despido improcedente. No obstante, la cuestión en los términos planteados carece de trascendencia, puesto que, tal y como se indicó más arriba, tras la modificación operada a través de la Directiva 2002/74/CE, se refiere expresamente a las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral.

b) Sobre la segunda de las cuestiones, la Corte Comunitaria indicará que la facultad del legislador de configurar las prestaciones a cargo del FOGASA queda supeditada al respecto de los derechos fundamentales, y en particular, al principio de igualdad. En este sentido, los trabajadores objeto de despido se encuentran en situación comparable por cuanto tienen derecho a una indemnización en caso de no readmisión, de manera que el diferente trato que ofrece el art. 33.2 TRET a dichos créditos según si han sido reconocidos o no por sentencia o resolución administrativa sólo podría admitirse en caso de que dicha distinción se sustentase en una justificación objetiva.

A partir de la referida consideración, concluye el Tribunal de Justicia que los créditos correspondientes a las indemnizaciones por despido improcedente reconocidos en acto de conciliación judicial deben ser considerados créditos de trabajadores asalariados derivados de contrato de trabajo o relaciones laborales cuyo trato diferenciado carece de justificación objetiva alguna. Así pues, el órgano jurisdiccional no debe aplicar la legislación española que, vulnerando el principio de igualdad, excluye los referidos créditos de la protección del FOGASA.

Sin lugar a dudas de las dos cuestiones prejudiciales resueltas por el TJCE en la sentencia referida merece destacarse la relativa a la vinculación de la protección pública del crédito derivado de la finalización de la relación laboral al principio de igualdad. Seguramente el lector conoce que el TJCE ya se había pronunciado anteriormente sobre esta materia. En la Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Asunto C-442/00 (Rodríguez Caballero) la Corte de Justicia tuvo ocasión de abordar por primera vez la legitimidad del art. 33 FOGASA que, en su redactado actual, excluye de la protección dispensada por el FOGASA a las indemnizaciones por despido fijadas en conciliación judicial. Indicaba el Tribunal en la referida Sentencia que no existía razón alguna que justificase el trato diferenciado que el legislador otorgaba a los créditos derivados del despido. Y más concretamente, en respuesta a las alegaciones del Gobierno español, afirmó que la garantía frente eventuales abusos no podía ser considerada razón suficiente para excluir de la protección a las indemnizaciones acordadas en acto de conciliación previa, puesto que el FOGASA contaba con garantías suficientes para evitar todo tipo de fraudes tales como la posibilidad de denegar el pago solicitado si se considera que la conciliación ha constituido un fraude de Ley. Además, añadía el TJCE, no podía olvidarse que la

conciliación judicial quedaba estrictamente controlada por el órgano jurisdiccional encargado de aprobarla. Doctrina que el Tribunal reitera de nuevo en la Sentencia Olaso Valero ahora comentada.

3. Valoración

A pesar de que, como acabamos de indicar, la doctrina contenida en la sentencia ahora comentada no es novedosa, creemos permite interrogarnos acerca del modelo legal sobre el que se articula la protección de los créditos laborales derivados de la extinción del contrato de trabajo en la legislación española. En este sentido, son varias las cuestiones que queremos plantear. La primera, evidentemente, alude a los requisitos legales exigidos para que el Organismo Público de garantía asegure los créditos derivados de las indemnizaciones derivadas de despido o extinción de contrato de trabajo. Es sabido que el Tribunal Supremo (SSTS de 26 de diciembre de 2002 y 23 de abril de 2004 RJ 2804/3003 y 3699, respectivamente) ha realizado una lectura restrictiva de la doctrina del TJCE contenida en la Sentencia Rodríguez Caballero, circunscribiendo su aplicación a los supuestos en los que la indemnización por despido es reconocida en conciliación judicial, y, por consiguiente, excluyendo que proceda la responsabilidad subsidiaria del FOGASA para los casos en los que la indemnización quede consignada en la conciliación extrajudicial. En opinión del Tribunal Supremo, el argumento determinante en la interpretación realizada por el TJCE en la antes referida Sentencia Rodríguez Caballero debe buscarse en las garantías que ofrece la conciliación judicial ante eventuales conductas fraudulentas. Así pues, concluye el Tribunal Supremo, que la “*ratio decidendi*” de la doctrina de la Corte de Justicia Comunitaria no encaja en los supuestos de conciliación preprocesal, regulada en los artículos 63 a 68 TRLPL. Por un lado, porque el funcionario del correspondiente servicio administrativo carece de facultades de control sobre el acuerdo que puedan ajustar las partes que se concilian, ni puede aprobar o rechazar el acuerdo; y, por otro, porque legalmente no se contempla la posibilidad de que un órgano administrativo conceda o deniegue la aprobación del pacto.

No obstante lo anterior, y siendo cierto que uno de los argumentos empleados por el TJCE gira entorno a la presencia del órgano jurisdiccional en el acto de conciliación, no lo es menos que la cuestión abordada es más amplia: se trata de dilucidar si existe justificación suficiente para rechazar la responsabilidad del FOGASA cuando la indemnización es acordada en conciliación judicial. En este sentido, la argumentación que maneja el TJCE no se fundamenta tanto en la naturaleza y funciones del órgano ante el que se celebra la conciliación como en el conjunto de instrumentos jurídicos que la prevé la legislación española para salvaguardar el interés público evitando los comportamientos fraudulentos. Así pues la justificación o no de la medida restrictiva en

relación con las indemnizaciones aseguradas por el Fondo no deberá buscarse solamente en la naturaleza del órgano, sino que deberá analizarse si la legislación prevé mecanismos efectivos o no para evitar conductas fraudulentas.

En nuestra opinión, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa. En primer lugar, la regulación del FOGASA ofrece instrumentos suficientes para evitar el fraude, puesto que tras la instrucción del expediente aquél goza de la facultad de decidir si considera o no procedente el abono de las indemnizaciones impagadas. Asimismo, en segundo lugar, la legislación procesal contempla la posibilidad de que cualquier perjudicado por el acuerdo de conciliación extraprocésal pueda impugnarlo en el plazo de 30 días desde que tuviere conocimiento del mismo. Creemos que el control del fraude no puede ser alegado como argumento suficiente para excluir las indemnizaciones reconocidas en conciliación extrajudicial de la protección del FOGASA. En definitiva, tratándose de situaciones sustancialmente similares deberían gozar de idéntico régimen legal.

La segunda de las cuestiones que queremos tratar brevemente se refiere al ámbito objetivo de tutela que dispensa el FOGASA a los créditos derivados de despido o extinción del contrato de trabajo. Como es sabido, en virtud del art. 33 TRET la responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía en relación con las indemnizaciones por finalización de contrato queda circunscrita a los supuestos de despido, extinción por voluntad del trabajador (art. 50 TRET), despido colectivo (art. 51) y extinción objetiva del 52 c) TRET; aunque, respecto de estos últimos, parece lógico que deben incluirse como protegidos por el FOGASA el resto de supuestos de extinción por causas objetivas que fueren declarados improcedentes. Así pues, la jurisprudencia y doctrina judicial ha rechazado sistemáticamente la responsabilidad subsidiaria del FOGASA respecto de las indemnizaciones derivadas de las resoluciones contractuales a instancia del trabajador en el ámbito de los artículos 40, 41 TRET (STSJ Cataluña de 14 de enero de 1997, AS 358), en supuestos de extinciones contractuales que derivadas de la desaparición, incapacidad o jubilación del empleador persona física en los que la legislación prevé una indemnización compensatoria para el trabajador (STSJ Cataluña de 24 de mayo de 1994, AS 1749) o, en fin, para los casos de indemnizaciones derivadas de la terminación de la obra o expiración del plazo convenido en el contrato (SSTS de 26 de diciembre de 2001 y 11 de marzo de 2002, RJ 2205/2002 y 4682, respectivamente). A la vista de la doctrina del TJCE, cabe preguntarse si existe justificación alguna para excluir de la tutela pública del FOGASA todas las indemnizaciones derivadas de los supuestos de terminación de la relación laboral ahora indicados.

El lector sabrá que el Tribunal Supremo, en las Sentencias de 26 de diciembre de 2001 y 11 de marzo de 2002 se ha pronunciado expresamente acerca de la diferencia de

tratamiento de las indemnizaciones. Recuérdese que en las referidas Sentencias el Alto Tribunal ha concluido que no puede ofrecerse un tratamiento unitario de todas las causas extintivas; indicando, además, que dicha distinción legal no contradice las obligaciones asumidas por España tras la ratificación del Convenio 173 OIT. Entiende el Tribunal Supremo que cuando el referido Convenio alude a las indemnizaciones por fin de servicio adeudadas al trabajador con motivo de la "terminación de la relación de trabajo" se está refiriendo exclusivamente, y en concordancia con el Convenio 158 OIT, a las que derivan en los supuestos en los que la terminación se produce "a iniciativa del empleador".

No obstante, a pesar de la corrección del argumento formal al que alude la referida jurisprudencia, creemos que la aproximación a la cuestión debe ser distinta. Tal y como indica el art. 3.1 de la Directiva, en su redacción dada por la Directiva 2002/74/CE, a diferencia de los créditos que resulten del contrato de trabajo, las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral también deberán asegurarse "*cuando así lo disponga el Derecho interno*". Es claro que nada se especifica acerca cuáles son los supuestos en los que cabe extender la garantía en los supuestos de insolvencia. Así pues, parece claro que de optarse por la protección de los créditos derivados de la finalización del contrato, la tutela pública de dichas cantidades deberá extenderse a toda indemnización derivada de la terminación laboral, sea cual sea la causa de extinción del contrato. En otras palabras, optando la legislación laboral por el aseguramiento de las indemnizaciones por finalización de contrato, la exclusión de alguno de los supuestos de finalización del contrato de la referida garantía deberá fundamentarse en razones objetivas suficientes que justifiquen el tratamiento diferenciado.

El denominar común de todas las extinciones excluidas de la protección dispensada por el FOGASA es la inexistencia de intervención pública, administrativa o judicial, en la declaración de la terminación de la relación laboral. Es dable considerar que la diferencia ahora referida es razón suficiente para explicar que las indemnizaciones previstas para determinados supuestos de finalización del contrato de trabajo queden fuera de la tutela del aseguramiento público, puesto que en tales casos no resulta garantizada la tutela del interés público frente a las conductas fraudulentas.

No obstante, no puede desconocerse que en supuestos análogos la legislación española articula mecanismos destinados asegurar la realidad del crédito que pretenda hacerse valer frente al FOGASA: el reconocimiento en resolución judicial o en acto de conciliación de los salarios adeudados al trabajador. En este sentido, si bien no existe analogía, desde el punto de vista de su naturaleza, entre salarios e indemnizaciones por finalización del contrato, en la medida en que la intervención judicial constituye un mecanismo tendente a asegurar la realidad y veracidad del crédito, debería concluirse

que, dándose la intervención judicial en alguno los referidos supuestos de finalización contractual, nada impediría que se extendiese también para tales casos la tutela del FOGASA. Así sucedería, por ejemplo, en los supuestos en los que se reclamase el reconocimiento de la deuda indemnizatoria o se discutiese acerca de la procedencia del ejercicio de la acción resolutoria o, en fin, de la cuantía de la indemnización. Sin embargo, ni siquiera en tales supuestos de intervención judicial el crédito indemnizatorio el legislador considera oportuno extender la tutela del FOGASA. Concluyendo, el tratamiento diferenciado no es consustancial a la causa de finalización del contrato de trabajo, sino que se infiere de la opción del legislador: la exclusión de la protección del FOGASA no obedece tanto a la naturaleza cuanto al propio sistema de garantía articulado en la Ley que impide que las indemnizaciones derivadas de la terminación del contrato sin intervención judicial puedan ser protegidas. En este sentido, creemos que no existe razón suficiente para justificar un tratamiento diferenciado de las deudas indemnizatorias en razón de la causa de terminación de la relación de trabajo.

Por último, la doctrina contenida en la Sentencia Olaso Valero permite interrogarnos asimismo acerca de la legitimidad, a la luz del principio de igualdad, de un sistema de tutela en el que el objeto (cuantía) de la garantía pública de aseguramiento definido sobre la causa de terminación del contrato. En este sentido, recuérdese que mientras que en las extinciones de los artículos 51 y 52 c) TRET calificadas de procedentes o improcedentes, el FOGASA garantiza la indemnización con el tope máximo del duplo del salario mínimo; para el despido improcedente o extinción del artículo 50 TRET, la indemnización garantizada se calcula sobre la base de 25 días por año de servicio sin que el montante total pueda superar el referido límite del duplo del salario mínimo.

Es indudable que, de conformidad con el art. 4.3 de la Directiva 80/987/CEE el Estado puede limitar la extensión de la garantía, sin embargo no tan clara resulta la introducción de limitaciones específicas o diferenciadas para supuestos concretos de finalización de la relación laboral. Ya se ha venido señalado que, de optarse por la protección de las indemnizaciones derivadas de la finalización de contrato, deberá aportarse justificación suficiente que explique la eventual diferencia de protección en función de la causa de finalización del contrato. Justificación que no creemos que pueda encontrarse únicamente en la naturaleza de la causa de extintiva. No obstante, es oportuno recordar que según podría inferirse de la posición mantenida por el Tribunal Supremo (STS de 15 de julio de 1991, RJ 5988) en los supuestos de declaración de improcedencia en los despidos colectivos y extinciones objetivas deberá aplicarse también el límite de los 25 días por año de servicio. Con todo, es claro que se trata de una interpretación que solamente sostenible desde una interpretación teleológica de la

norma, puesto que tanto desde un punto de vista gramatical como sistemático la conclusión que se alcanza es precisamente la contraria.