

Indemnizaciones por despido y FOGASA: divergencias con la doctrina comunitaria

(Comentario a la STJCE de 7 de septiembre de
2006, asunto Cordero Alonso)

Ana de la Puebla Pinilla

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO

- I. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: DELIMITACIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL DEL ÁMBITO OBJETIVO DE PROTECCIÓN
- II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL FOGASA—A) *Protección de los créditos por salarios de trámite: una primera aplicación del principio de igualdad comunitario*—B) *Alcance de la protección del FOGASA por las indemnizaciones por despido: nuevas rectificaciones al amparo del principio de igualdad comunitario*
- III. EL ASUNTO CORDERO ALONSO Y LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL ORDENAMIENTO LABORAL—A) *Doctrina comunitaria versus doctrina constitucional en la interpretación del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores*—B) *Primacía del derecho comunitario y efectos en la aplicación de la normativa reguladora del FOGASA*

I. PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE INSOLVENCIA EMPRESARIAL: DELIMITACIÓN COMUNITARIA Y NACIONAL DEL ÁMBITO OBJETIVO DE PROTECCIÓN

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-81/05, Cordero Alonso) resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la que se le pide una decisión sobre la adecuación al derecho comunitario de ciertos aspectos de la normativa española reguladora de la responsabilidad del FOGASA. En particular, se trata de decidir si la regulación contenida en el art. 33 ET es acorde con las prescripciones de la Directiva 80/987/CEE, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE.

La normativa comunitaria en esta materia, integrada básicamente por la Directiva mencionada, se adopta en el contexto de favorecer la supresión de las diferencias entre los Estados miembros que puedan comprometer el objetivo de consecución del mercado único pero su finalidad principal es la de proteger los intereses y derechos de los trabajadores ante situaciones de quiebra e insolvencia empresarial. Para ello se impone a los Estados miembros la obligación de articular instituciones o mecanismos de garantía que aseguren la percepción por los trabajadores de los créditos impagados que resulten de los contratos de trabajo, incluidas en algunos casos las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral¹.

En el ordenamiento español, el FOGASA es la institución que, ya desde antes de la incorporación de la Directiva a nuestro ordenamiento, garantiza la protección a los trabajadores en los supuestos contemplados en la norma comunitaria, asumiendo el pago de los créditos de los trabajadores². La entrada en vigor de la Directiva no afectó de forma esencial a la regulación de este organismo ni tampoco lo ha hecho su revisión en el año 2002³.

¹ La referencia a las indemnizaciones por finalización de la relación laboral fue incorporada por la Directiva 2002/74/CE. En su versión original, la Directiva se refería únicamente a los créditos impagados derivados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución.

² Dejando al margen otros precedentes más remotos, el FOGASA se crea por la Ley de Relaciones Laborales de 1976. El ET fijó las bases de su regulación definitiva, que ha sido modificada en varias ocasiones y desarrollada reglamentariamente por el RD 505/1985, de 6 de marzo.

³ Sobre el sentido y alcance de la modificación de la Directiva, analizando sus efectos sobre la regulación del Estatuto de los Trabajadores, vid. A. ARUFE VARELA, «La Directiva

Desde sus primeras regulaciones, el régimen jurídico del FOGASA dispone que éste abona no sólo los salarios adeudados a los trabajadores en caso de insolvencia empresarial sino también las indemnizaciones por despido o extinción del contrato de trabajo. Ahora bien, la protección de la institución de garantía no es ilimitada ni absoluta sino que está sometida a algunas condiciones que remiten, bien a cuantías que fijan el importe máximo de las cantidades a las que alcanza su responsabilidad, bien a la extensión del período a que se extiende la deuda por la que se responde, bien, finalmente, al título acreditativo de la deuda. La delimitación normativa de los dos primeros tipos de limitaciones ha suscitado algunas controversias jurídicas de orden interno⁴ pero no parece que plantee problemas desde el punto de vista de su adecuación a la normativa comunitaria. Los problemas se han concentrado, sin embargo, en el último de los requisitos o exigencias, el referido a los actos o títulos de reconocimiento de deuda necesarios para que opere la protección del FOGASA. En este punto, el art. 33 ET ofrecía, hasta fechas muy recientes, una regulación diferenciada en función de dos criterios. Por un lado, según si la deuda lo era por salarios o por indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo y, por otro, atendiendo a si tal deuda había sido fijada en conciliación o en resolución administrativa o judicial.

Así, por lo que se refiere a las deudas por salarios, el art. 33.1 ET declaraba que el FOGASA abona a los trabajadores los salarios pendientes de pago, entendiendo por salario «la cantidad reconocida como tal en acto de conciliación o en resolución judicial». La protección por deudas salariales alcanzaba también a los salarios de trámite pero, en este caso y conforme a la norma en su versión inicial, a los «que, en su caso, acuerde la jurisdicción competente». Precisión que la doctrina judicial interpretó en el sentido de que el FOGASA abona los salarios de trámite declarados por decisión judicial pero no los acordados en conciliación, sea ésta la conciliación administrativa prejudicial a que se refieren los arts. 63 a 68 LPL o la de carácter judicial contemplada en el art. 84 LPL. Finalmente, por lo que se refiere a las indemnizaciones, el art. 33.2 ET, hasta su reciente modificación, exigía que hubieran sido «reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa» lo cual, al igual que en el caso de los salarios de trámite, excluye la responsabilidad del FOGASA por indemnizaciones pactadas en conciliación⁵.

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», *AL*, 2004-2, pgs. 2160 y ss.

⁴ Referidas, entre otros extremos, a la determinación de si las pagas extraordinarias deben o no computarse para calcular el salario adeudado por la empresa, a la noción de salario mínimo interprofesional que debe emplearse para fijar el tope de la responsabilidad del FOGASA o al sistema de cálculo aritmético de dicho tope. Sobre estas cuestiones puede consultarse 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», *RMTAS*, núm. 38, 2002, pgs. 169-198.

⁵ El art. 14.2 RD 505/85, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del FOGASA, desarrolla esta previsión señalando que «se considerará crédito por indemniza-

Son estos dos últimos extremos, referidos a la responsabilidad del FOGASA por los salarios de trámite y por las indemnizaciones por despido, los que han generado un interesante diálogo entre la doctrina judicial de ámbito interno y la comunitaria que ha puesto de manifiesto importantes divergencias entre una y otra jurisdicción. En ese diálogo, en el que también ha participado nuestro Tribunal Constitucional, se han manejado –aun refiriéndose a distintos tipos de deudas– los mismos o similares argumentos. Interesa por ello, antes de abordar el análisis de la Sentencia de 7 de septiembre de 2006, hacer una referencia a tales pronunciamientos que, sin duda, constituyen un antecedente imprescindible para comprender el verdadero alcance de esta sentencia.

II. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL FOGASA

A) Protección de los créditos por salarios de trámite: una primera aplicación del principio de igualdad comunitario

En la Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (Asunto C-442/2000, Rodríguez Caballero)⁶, el Tribunal de Justicia resolvió una cuestión prejudicial en la que debía decidir si, conforme al derecho comunitario, una institución de garantía como el FOGASA debe responder de los salarios de tramitación pactados entre empresario y trabajador en trámite de conciliación judicial. En el asunto principal el trabajador había sido despedido y, en el marco de la conciliación judicial a que se refiere el art. 84 LPL, había alcanzado un acuerdo con la empresa en virtud del cual ésta reconocía la improcedencia del despido y asumía su obligación de abonar los salarios de tramitación generados desde el despido hasta la conciliación. A la falta de pago de tales salarios por el empresario le siguió la negativa de la institución de garantía y la consiguiente demanda ante los órganos judiciales que, en primera instancia, desestimaron la pretensión apelando a la regla fijada en el art. 33.1 ET, en la versión vigente en aquel momento, según la cual la garantía del FOGASA alcanza a los salarios de trámite únicamente cuando éstos sean acordados por la jurisdicción competente.

El órgano judicial que plantea la cuestión prejudicial advierte que la normativa española vigente en aquel momento, y la interpretación judicial de la misma, limitaba la responsabilidad del FOGASA por salarios de trámite a los decididos por la jurisdicción competente, concepto dentro del cual no se consideraban incluidos los acuerdos alcanzados en conciliación. Pero se cuestiona si dicha interpretación es acorde con la normativa comunitaria o si, por el contrario, debe aplicarse a los salarios de tramitación pactados en

ción la cantidad reconocida a favor de los trabajadores en sentencia, resolución de la autoridad laboral o resolución judicial complementaria de éstas».

⁶ Sobre esta sentencia, vid. A. MORALA GÓMEZ, «Los salarios conciliados en la cobertura del FOGASA. A propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de fecha 12 de diciembre de 2002», *Información Laboral*, núm. 4, 2003.

conciliación la misma solución que la prevista para los declarados por sentencia o auto judicial.

El Tribunal comunitario aborda la solución a este recurso desde la perspectiva del principio general de igualdad y no discriminación cuya observancia y respeto está encargado de garantizar. Desde este enfoque, se advierte que la normativa española otorga un trato diferente a los trabajadores con derecho a salarios de trámite en función exclusivamente de si tales salarios han sido reconocidos judicialmente o, por el contrario, han sido pactados por las partes. Sólo una justificación objetiva y razonable permitiría admitir esa diferencia de trato. Y, a estos efectos, no puede considerarse suficiente la motivación alegada por el gobierno español que se limita a mencionar la finalidad de evitar abusos por los trabajadores y empresarios como razón justificativa de la exclusión de los acuerdos conciliatorios de la protección. Según aprecia el Tribunal de Justicia, el FOGASA dispone de garantías suficientes para evitar todo tipo de fraudes. Por un lado, porque tiene la posibilidad de denegar el pago solicitado cuando se aprecie la existencia de abuso de derecho o fraude de Ley (art. 28.3 RD 505/85) y, por otro, porque la conciliación, cuando se celebra con arreglo al art. 84 LPL, está controlada por el órgano judicial que debe aprobarla. En definitiva, el Tribunal de Justicia resuelve que una normativa acorde con el derecho comunitario exige que, si está previsto que la institución de garantía alcance a los salarios de trámite, éstos se garanticen al margen de que los mismos se hayan reconocido mediante resolución del órgano judicial competente o en conciliación celebrada ante el juez.

Los efectos de este pronunciamiento sobre la doctrina judicial española fueron menos visibles de lo que inicialmente cabía esperar. Ello se explica porque, coincidiendo con la sentencia, la Ley 45/2002, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad, también de fecha 12 de diciembre, modificó el precepto en cuestión (art. 33.1 ET) para suprimir la referencia a la jurisdicción competente y sustituirla por una genérica referencia a la responsabilidad del FOGASA por «los salarios de tramitación en los supuestos que legalmente procedan», lo que supone ampliar la responsabilidad del FOGASA a los salarios de trámite, al margen de si los mismos se han decidido por sentencia o por conciliación. Dada la exacta coincidencia de fechas no puede decirse que la modificación legal sea inmediata consecuencia del pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Pero, en todo caso, lo que sí puede afirmarse es que la opción del legislador ha permitido conseguir la plena adecuación, en este extremo al menos, de nuestra normativa a las exigencias del derecho comunitario. Incluso puede afirmarse que la cobertura del FOGASA resulta más amplia que la que deriva de la Sentencia comunitaria de 12 de diciembre de 2002. En efecto, este pronunciamiento se refiere exclusivamente a las conciliaciones judiciales. Así lo advirtió el Tribunal Supremo, que no se demoró en concretar los efectos y consecuencias de la doctrina del Tribunal de Justicia y que en su sentencia 26 de diciembre de 2002 (RJ 2004, 3) afirmó que la decisión del Tribunal Comuni-

tario se refiere exclusivamente a la conciliación judicial sin que el razonamiento pueda aplicarse y predicarse de la conciliación extrajudicial⁷. Pero se trata de pronunciamientos sobre supuestos a los que hay que aplicar el art. 33.1 en su versión anterior a la Ley 45/2002, sin que por el momento se conozca doctrina unificada respecto de la nueva versión de este precepto⁸.

B) Alcance de la protección del FOGASA por las indemnizaciones por despido: nuevas rectificaciones al amparo del principio de igualdad comunitario

No habrá que esperar mucho tiempo para que el Tribunal de Justicia vuelva a pronunciarse sobre la adecuación al derecho comunitario del art. 33 ET, en este caso, en lo relativo a las indemnizaciones por despido o extinción del contrato. Y el debate se plantea en términos muy similares a los fijados en la Sentencia de 12 de diciembre de 2002.

También en este caso existía una doctrina unánime y consolidada de nuestro Tribunal Supremo. Este órgano judicial ya se había enfrentado a la duda referida a si la responsabilidad debía extenderse únicamente a las indemnizaciones fijadas por sentencia o por resolución administrativa, o si por el contrario, a pesar de la dicción del art. 33.2 ET que se refería literalmente «a las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa», también a las que se hubieran acordado en conciliación. En sentencia dictada en interés de Ley el Tribunal de Casación había afirmado que los únicos títulos que legitiman la exigencia de responsabili-

⁷ Como señala la sentencia: «1º- A través de toda la fundamentación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea se pone de manifiesto que el único supuesto que dicha resolución contempló, y sobre el que específicamente razonó y en definitiva decidió, fue el relativo a la conciliación llevada a cabo a la presencia judicial, como no podía ser de otro modo, por razones de congruencia con el planteamiento de la cuestión. 2º- Aparte de que en diversos pasajes de la Sentencia del Tribunal comunitario se hace alusión a que la intervención judicial, a cuya presencia se adopta el pacto, aleja la posibilidad de fraude, se encuentra un apoyo más concreto de la decisión en el apartado 37 al señalar que además los fundamentos de derecho del auto de remisión muestran que la conciliación, cuando se celebra con arreglo al art. 48 LPL, está estrictamente controlada por el órgano judicial que debe aprobarla. 3º- La anterior *ratio decidendi* no es predicable en modo alguno respecto de la conciliación previa a la vía judicial, tal y como aparece disciplinada en los arts. 63 al 68 de la LPL, pues ésta se lleva a cabo ante un funcionario del servicio administrativo correspondiente, quien carece de toda facultad de control sobre el contenido de lo acordado por parte de los conciliados, así como de competencia para aprobar o desaprobado lo pactado, sin que tampoco en esta vía administrativa esté legalmente prevista la posibilidad de aprobación o desaprobación por parte de ningún órgano jurisdiccional. En definitiva, ello lleva al Tribunal Supremo que no es posible extender esta doctrina ni solución a los supuestos de conciliación administrativa. Esta misma argumentación se reitera en la posterior STS de 17 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3649).

⁸ Vid. al respecto, C. MARTÍNEZ MORENO, «La protección de los créditos laborales frente a la insolvencia empresarial (Directiva 80/987/CEE y reformas posteriores)», en AA VV (Dir. J. GARCÍA MURCIA), *La transposición del Derecho Social Comunitario al ordenamiento español*, MTAS, 2005, pgs. 504-505.

dad al FOGASA son las resoluciones judiciales o administrativas pero no los acuerdos conciliatorios⁹ y esta misma solución se mantuvo en casación para unificación de doctrina¹⁰.

El Tribunal de Justicia abordó la cuestión de las indemnizaciones por despido o extinción en su sentencia de 16 de diciembre de 2004 (Asunto C-520/2003, Olaso Valero). Se trataba de un trabajador despedido que, en fase de conciliación judicial, alcanzó un acuerdo conforme al cual la empresa se comprometía a abonarle una determinada cantidad en concepto de indemnización por despido y salarios de trámite. Al igual que en los supuestos anteriores, tras el incumplimiento empresarial, el FOGASA denegó el abono de la indemnización apelando al ya conocido argumento de la inexistencia de responsabilidad por indemnizaciones acordadas en conciliación. La cuestión a resolver por el Tribunal de Justicia se centraba, en lo que aquí interesa¹¹, en decidir si la normativa contenida en el art. 33.2 ET es o no respetuosa con los principios de igualdad y no discriminación que deben presidir el tratamiento de los trabajadores con derecho a indemnización por despido improcedente. La solución no difiere a la aportada en la STJCE de 12 de diciembre de 2002, a la que expresamente se remite la sentencia en diversos pasajes, porque también en este caso, como ocurría con la regulación de los salarios de trámite, la diferencia de trato se proyecta sobre un mismo tipo de deudas en función exclusivamente de si han sido reconocidas en sentencia o pactadas en conciliación y porque, al igual que en aquel caso, no se aprecian razones que justifiquen convincentemente

⁹ STS de 4 de julio de 1990 (RJ 1990, 6052) que afirma que «los términos y expresiones gramaticales de este art. 33.2 son totalmente claros y diáfanos, y en ellos únicamente se establece la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial en “las indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia o resolución administrativa”, de lo que se infiere, obviamente, que no incluye ni comprende las indemnizaciones pactadas en acto de conciliación, se ante el Juzgado de lo Social, sea ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación (...) Es indiscutible que el acto conciliatorio es una transacción, es decir, un pacto o contrato, y que, por consiguiente no puede ser incluido, de ninguna forma, en las expresiones “sentencia o resolución administrativa” del comentado art. 33.2».

¹⁰ STS de 18 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9084). La doctrina adquiere tal firmeza que en diversos autos se inadmiten cuestiones planteadas en torno a esta cuestión por entender que la doctrina está ya unificada y fijada (ATS de 8 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 8413]) o porque la pretensión carece de contenido casacional cuando pretende un pronunciamiento en sentido diverso (ATS de 14 de abril de 1999 [RJ 1999, 4404]). Vid. al respecto, F. CAVAS MARTÍNEZ, «El fondo de garantía salarial (En torno al art. 33 ET)», REDT, 2000, núm. 100.

¹¹ Se plantea también en la sentencia la cuestión de si las indemnizaciones por despido están incluidas en el concepto de retribución al que se refiere la Directiva 80/987, porque la respuesta resultaba determinante para decidir si es o no aplicable la normativa comunitaria. Recuérdese que en su versión inicial el ámbito de aplicación de la Directiva quedaba limitado a la protección de las retribuciones adeudadas al trabajador, sin incluir las indemnizaciones por despido. Al respecto, la Sentencia de 16 de diciembre de 2004 señala que la decisión sobre si tales indemnizaciones forman parte o no del concepto retribución corresponde a las legislaciones de cada uno de los Estados.

tal diferencia. Idénticas cuestiones volverán a plantearse un año después y recibirán la misma respuesta en el Auto de 13 de diciembre de 2005 (Asunto C-177/2005, Guerrero Pecino).

No puede decirse que nuestro Tribunal Supremo haya asumido sin reparos esta doctrina. En la STS de 23 de abril de 2004 (RJ 2004, 3699) el Tribunal tuvo que decidir una vez más si el FOGASA respondía por indemnizaciones pactadas en conciliación con la peculiaridad de que en ese caso, como nuevo elemento de juicio, tuvo que considerar la decisión recogida en la STJCE de 12 de diciembre de 2002. Pero la Sentencia comunitaria, lejos de aportar razones para modificar el criterio de nuestro Tribunal, sirvió para reforzarlo porque, como expresamente señala la sentencia de 23 de abril de 2004, el pronunciamiento comunitario se refería exclusivamente a las conciliaciones judiciales y, sin embargo, la conciliación entre las partes en el caso controvertido se había alcanzado ante el órgano administrativo competente. Las diferencias existentes entre uno y otro tipo de conciliación tiene suficiente relevancia como para que las argumentaciones y conclusiones de aquella sentencia comunitaria no resulten ahora aplicables. Mayor perplejidad genera la Sentencia de 23 de noviembre de 2005 en la que el acuerdo sobre indemnizaciones se había alcanzado en conciliación judicial. En la fecha de la sentencia existía ya, desde hacía casi un año, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia declarando la responsabilidad del FOGASA por indemnizaciones pactadas en conciliación judicial aunque ninguna de las partes lo alegó en apoyo de sus pretensiones. Quizás esto explica que el Tribunal Supremo reitere su tradicional doctrina en sentido contrario sin mencionar, ni directa ni indirectamente, el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹².

III. EL ASUNTO CORDERO ALONSO Y LOS EFECTOS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL ORDENAMIENTO LABORAL

A) Doctrina comunitaria versus doctrina constitucional en la interpretación del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores

Los antecedentes señalados ponen de manifiesto que cuando el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León decide interponer una cuestión prejudicial ante el Tribunal Comunitario para que se pronuncie sobre la adecua-

¹² Sí se alegó, sin embargo, la STJCE de 12 de diciembre de 2002 pero dicha doctrina no resulta aplicable, según señala el Tribunal Supremo, porque «en dicha sentencia el indicado Tribunal resolvió una consulta relacionada con los salarios de tramitación y aun cuando aceptó que los pactos en conciliación judicial fueran abonados por el FOGASA lo hizo sobre el argumento fundamental de que se trataba de unos salarios (...). En el caso presente es preciso resaltar que lo único que se reclama y se pactó en la conciliación judicial que sirvió de base a la reclamación ante el FOGASA fue una indemnización por despido y que, por lo tanto, estamos ante un concepto que en modo alguno tiene la consideración de salario».

ción al derecho comunitario del art. 33.2 ET, éste contaba ya con una sólida doctrina en la materia.

El Sr. Cordero Alonso fue despedido por causas económicas de la empresa para la que prestaba sus servicios laborales. En conciliación judicial alcanzó un acuerdo con la empresa conforme al cual ésta asumía el pago de una determinada cantidad en concepto de indemnización por extinción del contrato. El incumplimiento de este compromiso determinó que el trabajador reclamara al FOGASA el abono de la citada deuda, solicitud que se rechazó alegando que la responsabilidad por indemnizaciones derivadas de la extinción de contratos no alcanza a las pactadas en conciliación. Esta decisión fue confirmada por el Juzgado de lo Social y recurrida por el trabajador ante el Tribunal Superior de Justicia competente. El debate en este proceso judicial giraba en torno a la validez y legitimidad de la regulación normativa conforme a la cual la responsabilidad del FOGASA sólo alcanza a las indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa y no a las alcanzadas por acuerdo entre empresario y trabajador en conciliación administrativa o judicial. En el contexto de este conflicto, el Tribunal Superior de Justicia advierte la existencia de interpretaciones contradictorias y difícilmente conciliables entre el Tribunal Constitucional español y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En efecto, ambos órganos judiciales han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación correcta de la citada normativa y sus valoraciones no han sido precisamente coincidentes. Ello explica que precisamente una de las cuestiones que se plantea al juez comunitario remita a la determinación de la interpretación que debe prevalecer y aplicarse.

Como ya se ha hecho evidente, las circunstancias que rodean al Asunto Cordero Alonso no difieren sustancialmente de las que concurrían en los Asuntos Olaso Valero y Guerrero Pecino. Se puede anticipar que tampoco la respuesta del Tribunal europeo varía, en lo que se refiere al fondo del asunto, respecto de la mantenida en aquellos pronunciamientos. Sin embargo, las cuestiones prejudiciales planteadas en este caso al Tribunal de Justicia presentan algunos perfiles y matices que no habían sido valorados ni juzgados con anterioridad. Quizás esto explica que el Tribunal, en lugar de resolver mediante Auto como hizo en el Asunto Guerrero Pecino, deba acudir en este caso a una resolución en forma de sentencia que dé respuesta a todas las cuestiones planteadas. La principal diferencia que presenta este supuesto frente a los anteriores reside en la expresa alegación, por el órgano judicial remitente, de la existencia de jurisprudencia constitucional que contradice abiertamente el criterio sostenido por el Tribunal de Justicia.

Y es que, en efecto, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido también la oportunidad de pronunciarse sobre la legitimidad constitucional de la ya conocida interpretación sostenida por el Tribunal Supremo con apoyo en la dicción del art. 33 ET conforme a la cual el FOGASA no responde de las indemnizaciones pactadas entre las partes en actos conciliatorios. También el análisis que efectúa el Tribunal Constitucional se hace desde la óptica del

principio de igualdad con la finalidad de decidir si el diferente tratamiento de las indemnizaciones según el origen de su reconocimiento es o no adecuado. En el conflicto planteado en la STC 306/1993, de 25 de octubre, los demandantes de amparo habían sido despedidos por cierre de la empresa en la que venían prestando sus servicios. Tras la pertinente demanda, los trabajadores alcanzaron un acuerdo con la empresa en fase de conciliación administrativa ante el IMAC en el que la empresa reconocía el derecho de los trabajadores a percibir una determinada indemnización en concepto de despido. Declarada la insolvencia de la empresa, los trabajadores solicitaron al FOGASA el abono de dicha indemnización. La solicitud fue denegada y los posteriores pronunciamientos judiciales confirmaron esta decisión. El recurso de amparo interpuesto por los afectados se fundamenta en que los pronunciamientos judiciales que confirmaron la negativa del FOGASA lesionaban el derecho a la igualdad en un doble sentido. Por un lado, porque esta solución judicial del orden social se aparta del criterio sostenido por la Sala III del Tribunal Supremo que, al respecto, viene estimando que la responsabilidad del FOGASA alcanza a las cantidades acordadas en conciliación judicial. Por otro, porque la aplicación de esta tesis resulta en sí misma discriminatoria en la medida en que supone que si el acuerdo conciliatorio se alcanza en fase preprocesal, ante órgano administrativo, no respondería el FOGASA en tanto que si dicha conciliación se produce ante el juez la solución es la contraria, lo que supone un trato desigual de situaciones equiparables.

La primera motivación se rechaza por el Tribunal Constitucional en la medida en que la igualdad en la aplicación de la Ley requiere que la decisión proceda de un mismo órgano judicial, exigencia que no concurre en el caso controvertido en el que el cambio de criterio judicial se atribuye a diversos órganos de la jurisdicción social frente al mantenido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo. La segunda argumentación, que sin duda es la que suscita mayor interés y complejidad, también se rechaza. El Tribunal advierte que, como se señaló con anterioridad, la doctrina del orden social viene aplicando la misma solución –no responsabilidad del FOGASA– para todos los supuestos de acuerdos alcanzados en conciliación, sea ésta administrativa o judicial. Desde este planteamiento se aborda la solución del conflicto planteado. La cuestión que se resuelve no se refiere pues al hipotético tratamiento distinto entre dos tipos de conciliación: la judicial y la administrativa sino el que se produce entre los supuestos de las indemnizaciones pactadas en conciliación y las fijadas en sentencia o resolución administrativa.

Partiendo de este planteamiento, el Tribunal afirma que no hay «tratamiento diferenciado de situaciones idénticas que permita trabar cabalmente un juicio constitucional de igualdad, toda vez que la situación de partida (trabajadores que acuerdan en conciliación) es objeto de igual tratamiento en la interpretación del órgano judicial. Y sólo ha contemplado de manera distinta la conciliación respecto de la sentencia judicial o resolución administrativa, pero es evidente que se trata de situaciones de partida distintas

cuyo tratamiento diferente –sobre todo desde el punto de vista de la prevención de posibles fraudes– en nada vulnera el art. 14 CE».

B) Primacía del derecho comunitario y efectos en la aplicación de la normativa reguladora del FOGASA

La STC 306/1993 ya existía cuando se plantearon y resolvieron por el Tribunal de Justicia los Asuntos Olaso Valero y Guerrero Pecino, pero es en la sentencia de 7 de septiembre de 2006 donde por primera vez se invoca expresamente la doctrina constitucional por el órgano judicial de remisión. La manifiesta contradicción entre la decisión del Tribunal Constitucional y la sostenida en sus pronunciamientos anteriores por el Tribunal de Justicia obliga al Tribunal comunitario a desarrollar un especial esfuerzo argumentativo dirigido a demostrar que la normativa controvertida forma parte del derecho comunitario. Esa premisa permitirá sostener su necesaria y obligatoria interpretación a la luz de los derechos fundamentales tal y como éstos son interpretados por el propio Tribunal de Justicia. Solo así podrá el Tribunal de Justicia responder a una de las cuestiones planteadas por el órgano judicial remitente: la referida a si, en caso de contradicción entre la interpretación comunitaria y la del Tribunal Constitucional, los órganos judiciales ordinarios están obligados y vinculados por la interpretación que efectúe el Tribunal europeo.

Las dudas sobre si la regulación de la garantía del FOGASA por indemnizaciones derivadas del despido o de la extinción del contrato de trabajo (art. 33.2 ET) está o no incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, en su versión modificada (Directiva 2000/74) surgen porque cuando se producen los hechos del litigio principal no había expirado aún el plazo de transposición de la Directiva 2002/74. Recuérdese que en su anterior versión, el art. 3.1 de la norma comunitaria sólo obligaba a los Estados miembros a garantizar los créditos impagados referidos a retribuciones. La referencia a las indemnizaciones por finalización de la relación laboral es una novedad de la Directiva 2002/74. Sin embargo, la normativa española reconocía, desde mucho antes de la aprobación de la Directiva modificada, la protección de las indemnizaciones por despido. La cuestión que se plantea es, por tanto, si para considerar que esa regulación forma parte del derecho comunitario es preciso un acto expreso de transposición a la normativa interna o si, por el contrario, basta con que el ordenamiento interno cumpla la finalidad de la Directiva con regulaciones anteriores a la misma. Esta segunda interpretación es la que se impone. Entre otros motivos porque el propio Tribunal de Justicia ha reiterado en diversos pronunciamientos que en el ámbito de aplicación de las Directivas están no sólo las disposiciones nacionales cuyo objetivo expreso es adaptar el derecho interno a las normas comunitarias sino también las disposiciones nacionales anteriores que garanticen la conformidad del derecho nacional con dichas normas comunitarias¹³. En definitiva, ello supone que la regulación del controver-

¹³ A este respecto, el Tribunal de Justicia ha reiterado que «según jurisprudencia reiterada, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una direc-

tido art. 33.2 ET está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y ello legitima su valoración por el Tribunal de Justicia desde la perspectiva del derecho comunitario¹⁴.

Esta afirmación es la que legitima el control de «constitucionalidad comunitaria» que, en un segundo paso, efectúa el Tribunal de Justicia. Y es que, como afirma la sentencia, «desde el momento en que una normativa nacional está comprendida en el ámbito de aplicación del derecho comunitario, debe ser conforme con los derechos fundamentales cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia». Ello es así, entre otras razones, porque la positivización de los derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea se realiza en términos según los cuales sólo pueden ser examinadas a la luz de los principios generales del derecho comunitario, entre ellos el principio de igualdad, las normas nacionales que estén comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario¹⁵, en fórmula que pretende asegurar el respeto a las competencias exclusivas que los Tribunales Constitucionales tienen sobre su normativa interna.

El análisis que, a partir de esta afirmación, efectúa el Tribunal de Justicia no difiere –ni en la perspectiva ni en el procedimiento– del efectuado en las sentencias que han sido mencionadas anteriormente. Al igual que en aquellos casos, el Tribunal insiste en que la regulación por la normativa nacional de la responsabilidad del FOGASA debe respetar los principios

tiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea suficientemente precisa y clara y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales (Sentencia de 23 de marzo de 1995, Comisión/Grecia, C-365/93, Rec. pg. I-499, apartado 9)» (STJCE de 10 de mayo de 2001, C-144/99, Comisión/Países Bajos).

¹⁴ En realidad, como advierte en sus conclusiones el abogado general, incluso aunque fuera aplicable la primera versión de la Directiva, la regulación de la protección del FOGASA respecto de las indemnizaciones por despido o extinción de contratos no estaría fuera del derecho comunitario y ello porque la Directiva 80/789, aunque sólo mencionara las «retribuciones» no impedía que los Estados incluyeran en el concepto «retribución» créditos de naturaleza no salarial, como las indemnizaciones por extinción del contrato. De hecho las anteriores sentencias del Tribunal de Justicia habían afirmado, aplicando la Directiva en su versión inicial, que si los Estados miembros garantizan también en los casos de insolvencia empresarial las indemnizaciones por extinción de los contratos, dicha protección cae dentro del ámbito de aplicación de la Directiva y se somete por ello a los criterios de aplicación fijados para la misma.

¹⁵ Vid. art. 51.1 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Niza, 7 de diciembre de 2000 (DOCE 18). Ya con antelación a esta Declaración de los derechos fundamentales, la STJCE de 18 de junio de 1991 (Asunto C-260/89) afirmaba que «el Tribunal de Justicia no puede enjuiciar, en relación con el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, una normativa nacional ajena al ordenamiento comunitario. Por el contrario, desde el momento en que semejante normativa entre en el campo de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe proporcionar todos los elementos de interpretación necesarios para la apreciación de la conformidad de dicha normativa con los derechos fundamentales».

generales del derecho comunitario entre los que ocupa lugar preferente el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación. Dada la similitud con los casos anteriormente analizados, la argumentación del Tribunal de Justicia es especialmente escueta limitándose a afirmar que «el Tribunal de Justicia ha declarado que, cuando deba considerarse, según la normativa nacional de que se trate, que las indemnizaciones por despido improcedente reconocidas en una sentencia o en una resolución administrativa constituyen, en virtud del Derecho nacional, indemnizaciones debidas al término de la relación laboral comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 3, apartado 1, de la Directiva 80/987 modificada, las indemnizaciones de la misma naturaleza establecidas en un procedimiento de conciliación judicial como el previsto en el art. 84 de la LPL, deben considerarse también indemnizaciones en el sentido de dicha disposición».

Lo relevante pues de esta Sentencia de 7 de septiembre de 2006 no es la conclusión alcanzada en la cuestión de fondo que se plantea, que no difiere en absoluto de la sostenida con anterioridad. Lo que destaca e interesa es la expresa afirmación de que esa interpretación se impone y prevalece sobre la que, respecto a la misma norma y en aplicación de un similar principio de igualdad, haya efectuado el propio Tribunal Constitucional¹⁶. Sorprende, sin embargo, que, sometida al test de igualdad una misma interpretación –la que el orden social de la jurisdicción viene haciendo del art. 33.2 ET–, se produzca esa divergente interpretación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia. Máxime porque la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia en torno a los derechos fundamentales, inicialmente identificados con el término «principios generales», se ha nutrido directamente de los valores constitucionales reconocidos en las Constituciones tal y como han sido garantizados por los Tribunales Constitucionales y del Convenio Europeo de Derechos Humanos según la interpretación dada al mismo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷. No parece pues que el contenido y alcance del principio de igualdad debiera ser diferente en la interpretación del Tribunal Constitucional y del Tribunal Comunitario.

La razón quizás pueda encontrarse en que el juicio de igualdad que ambos órganos judiciales aplican no se proyecta sobre la misma situación y, por tanto, los elementos de comparación utilizados no son equiparables. El juicio de igualdad es, en esencia, de carácter relacional, «es siempre una rela-

¹⁶ En palabras del propio Tribunal, «dado que el principio de igualdad y de no discriminación es un principio de Derecho comunitario, los Estados miembros están vinculados por dicho principio tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. Ello también es así cuando, según la jurisprudencia constitucional del Estado miembro de que se trate, la normativa nacional en cuestión es conforme a un derecho fundamental análogo reconocido por el ordenamiento jurídico interno».

¹⁷ Vid. G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y A. VALLE GÁLVEZ, «El derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales», *RDCE*, núm. 2, 1997, pgs. 335-337.

ción que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones»¹⁸. Pero además exige un término de comparación frente al que el trato desigual se produzca, de manera que sólo puede afirmarse que dos individuos o situaciones son iguales, «esto es, que pertenecen a una misma clase lógica, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce»¹⁹. La clave es, por tanto, el criterio con que se agrupan las situaciones o los individuos o, en otras palabras, los factores que contribuyen a crear una clase lógica. Siguiendo esta terminología, las clases lógicas manejadas por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal de Justicia no son las mismas y quizás eso explique las distintas consecuencias que alcanza ambos órganos judiciales. En la sentencia del Tribunal Constitucional el juicio de comparación opera sobre las resoluciones judiciales y administrativas, por un lado, y los acuerdos conciliatorios, ya sean judiciales o administrativos, por otro. El problema es que ambas situaciones integran dos categorías diferenciadas –en la conciliación, judicial o prejudicial, los derechos y obligaciones que de la misma derivan provienen de la voluntad de las partes que reglamentan sus intereses de la manera que les parece más conveniente, en tanto que la resolución judicial procede de un tercero que resuelve conforme determine la norma aplicable– de modo que sobre ellas no puede operar un juicio de igualdad. El Tribunal de Justicia, sin embargo, maneja categorías de contenido asimilable: por una parte las resoluciones judiciales y, por otra, la conciliación judicial. En ambas situaciones se aprecia un elemento común cual es la intervención judicial que decide o que, en conciliación, controla estrictamente el contenido del acuerdo alcanzado en su presencia por las partes, pudiendo denegar su aprobación cuando lo convenido perjudique gravemente a alguna de las partes o comporte fraude de Ley o abuso de derecho. El factor de la intervención judicial marca una identidad entre los supuestos comparados y, por tanto, justifica la exigencia de un trato igual.

En todo caso, la prevalencia de la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia en un caso como el comentado pone de relieve cómo el reconocimiento de derechos fundamentales en la Comunidad está influyendo en el papel tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción ordinaria interna. El Tribunal Constitucional ya no es el único órgano que puede decidir sobre la validez de las normas, de modo que «el diálogo sobre la validez de la Ley ya no se establece sólo entre el juez ad hoc y el Tribunal Constitucional. Este último deja de ser el único legitimado para privar de eficacia a este tipo de normas. Ahora son los jueces ordinarios quienes, en colaboración con el Tribunal de Justicia y como guardianes de los derechos

¹⁸ F. RUBIO LLORENTE, «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción», *REDC*, 1991, núm. 31, pg. 12.

¹⁹ I. DE OTTO, «El principio general de igualdad en la Constitución Española», en AA VV, *Igualdad, desigualdad y equidad en España y en Méjico*, Instituto de Cooperación Iberoamericana, Colegio de Méjico, 1983, pg. 347.

fundamentales, inaplican leyes estatales que vulneran esas facultades utilizando un parámetro distinto a la Constitución interna»²⁰.

A partir de esta afirmación, la conclusión y la respuesta a la cuestión planteada sobre el alcance de la vinculación de los órganos judiciales nacionales a la doctrina del Tribunal de Justicia es evidente. Los jueces nacionales, al igual que el resto de las instituciones de los Estados miembros, deben dejar de aplicar las disposiciones nacionales que resulten discriminatorias desde la perspectiva del derecho comunitario, sin necesidad de esperar a que tales disposiciones se deroguen expresamente y al margen de que dicha normativa haya superado el control de legalidad constitucional ejercitado por el órgano competente. El principio de primacía, como criterio ordenador de las relaciones entre derecho comunitario y derecho nacional, impone esta consecuencia en la medida en que significa que cualquier norma de derecho comunitario prevalece sobre las de derecho interno cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Sala IV en diversas ocasiones señalando que «teniendo en cuenta el principio de primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y reconocido con claridad en nuestro ordenamiento (art. 93 de la Constitución y jurisprudencia del Tribunal Supremo también reiterada), no ofrece dudas la prevalencia o primacía de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina o jurisprudencia de los tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho comunitario»²¹. Así, lo ha admitido también el Tribunal Constitucional en su Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y determinados artículos del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

Por último, y volviendo al estricto ámbito de la regulación de las prestaciones ofrecidas por el FOGASA, no puede dejar de valorarse el impacto que este pronunciamiento pueda tener en nuestro sistema de relaciones laborales. Y al respecto, de nuevo hay que afirmar, como ocurría con la regulación de los salarios de trámite, que una reciente intervención del legislador ha venido a atemperar drásticamente cualquier potencial efecto de la sentencia comunitaria. El reciente RD Ley 5/2006, de 9 de junio, para la Mejora del Crecimiento y del Empleo, ha dado una nueva redacción al art. 33.2 ET conforme a la cual el FOGASA «abonará indemnizaciones reconocidas como consecuencia de sentencia, auto, acto de conciliación judicial o reso-

²⁰ P. BIGLINO: «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», RDCE, núm. 14, 2003, pg. 59.

²¹ STS de 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9481). En particular, el principio de primacía ha sido expresamente apelado por el Tribunal Supremo para aplicar la doctrina del Tribunal de Justicia en supuestos en los que expresamente nuestro Tribunal de casación ha manifestado explícitamente su desacuerdo con tal doctrina. Es lo que ha ocurrido, señaladamente, en materia de sucesión empresarial. Vid, al respecto, SSTS de 20 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7162) y de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202).

lución administrativa a favor de los trabajadores a causa de despido o extinción de los contratos», acogiendo así, en lo que se refiere a las conciliaciones judiciales, una solución coincidente con la del Tribunal comunitario. Las modificaciones que la mencionada norma incorpora en la regulación del FOGASA no se limitan a la identificación de nuevos títulos acreditativos de los créditos por los que responde esta institución de garantía sino que alcanzan a otros aspectos distintos de su régimen jurídico. Todas esas novedades responden a una misma finalidad declarada en el Preámbulo del RDLey 5/2006 cual es la de ampliar y mejorar la protección dispensada por el FOGASA incrementando los límites y topes de cálculo actualmente aplicados (cuantía del salario mínimo, consideración de las pagas extraordinarias, número de días de salario e indemnización adeudados) e incluyendo entre las deudas protegidas por el FOGASA algunas que anteriormente no estaban contempladas en el art. 33 ET²². No es por tanto la incidencia de la doctrina comunitaria el motivo principal que ha inspirado la mencionada modificación normativa. Pero quizás tampoco deba menospreciarse su influencia porque es evidente que, cada vez con más frecuencia, y como prueba de las interacciones producidas entre el sistema normativo comunitario y el nacional, las decisiones de nuestro legislador y las interpretaciones de nuestra doctrina judicial resultan condicionadas por las decisiones e interpretaciones procedentes de los órganos comunitarios.

²² Esta mejora en la protección del FOGASA se hace posible a la vista de los saldos excedentarios que se han registrado en las liquidaciones presupuestarias de esta institución durante los últimos años y que han permitido, paralelamente a la ampliación de las prestaciones del FOGASA, una reducción del tipo de cotización empresarial al FOGASA. Vid. al respecto, R. ROQUETA BUJ, «La ampliación de las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial», en AA VV (Coord. J. CRUZ VILLALÓN) *La reforma laboral de 2006*, Lex Nova, 2006, pgs. 170-200.