



Publicaciones CES-A  
**COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN**  
PRIMER PREMIO. CONVOCATORIA 2004

# El crédito salarial

Antonio Costa Reyes





## **EL CRÉDITO SALARIAL**



# EL CRÉDITO SALARIAL

Antonio Costa Reyes



**COSTA REYES, Antonio**

**El crédito salarial / Antonio Costa Reyes**

**Primera Edición: Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, mayo de 2005**

**456 páginas; 16 x 24 cm. (Colección Premio de Investigación)**

**D.L: SE-3007-05**

**ISBN: 84-689-1762-1**

© Antonio Costa Reyes

© Para esta edición: Consejo Económico y Social de Andalucía. Sevilla, 2005.

**AUTOR**

Antonio Costa Reyes

**EDITA**

Junta de Andalucía

Consejo Económico y Social de Andalucía

C/ Gamazo, 30. Sevilla. 41001

Tlf: 95 506 62 51

Fax: 95 506 58 07

E-mail: biblioteca.ces.cem@juntadeandalucia.es

**DISEÑO Y PRODUCCIÓN**

SumaySigue Comunicación S.L.L.

**FOTOGRAFÍA DE PORTADA**

Luis Serrano

**IMPRIME**

Imprenta Egondi

ISBN: 84-689-1762-1

DEPÓSITO LEGAL: SE-3007-05

*Esta publicación está disponible para la consulta y préstamo en el Centro de Documentación del Consejo Económico y Social de Andalucía, y accesible a texto completo en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/ces> (dentro del apartado "Trabajos y publicaciones").*

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en la tesis doctoral *El crédito salarial*, Primer Premio de la II Convocatoria (Año 2004) del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Andalucía, vincula exclusivamente a su autor, Antonio Costa Reyes, y no significa que el CES de Andalucía se identifique necesariamente con ellas, si bien ha considerado conveniente la publicación y distribución de la misma.





# Índice

<b>Prólogo</b>	15
<b>Presentación</b>	19
<b>Introducción</b>	25
I. El salario objeto de estudio	29
A. La “funcionalidad” del concepto de salario	29
B. La necesidad de un concepto de salario	33
II. El salario como elemento determinante del contrato de trabajo	35
<b>Capítulo 1. El salario como crédito</b>	39
I. Causa y naturaleza jurídica del crédito salarial	41
A. Causa	41
1. Insuficiencia de las teorías contractualistas clásicas y de puesta a disposición	42
a. Teoría contractualista: crítica de sus nuevas manifestaciones	42
b. Teorías de la puesta a disposición	45
2. Teoría del trabajo dependiente y por cuenta ajena	47
B. Naturaleza jurídica	54
1. Negación de la naturaleza alimentaria	54
2. Unidad de causa y de naturaleza. Diversidad de régimen jurídico	56
II. Requisitos, características y concepto	58
A. Requisitos de la prestación salarial	59
1. Licitud	59
a. Prestación ilícita del trabajador	60
b. Prohibición o limitación legal al empresario	61
2. Determinado o determinable	62
3. Posible	65
B. Características	66
1. Obligatoriedad	66
2. Patrimonialidad e individualizable	69
3. Determinabilidad	75
4. Periodicidad	75
5. Documentado	77
C. Concepto	77

III. Elementos	79
A. Subjetivos	79
1. Acreedor	80
a. Menores e incapaces	80
b. Terceros	81
c. Pluralidad de trabajadores	84
c.1. El auxiliar asociado	85
c.2. El contrato de grupo	85
2. Deudor: Pluralidad de empresarios en general	87
a. Contratas y Subcontratas	94
a.1. Sujetos responsables	96
a.2. Objeto de la responsabilidad	99
a.3. Plazo para exigir la responsabilidad solidaria	102
a.4. Límites cuantitativos	104
b. Cesión ilegal de trabajadores y ETT: art. 43 TRET	106
b.1. Cesión ilegal de trabajadores	106
b.2. Empresas de Trabajo Temporal	109
Tipo de responsabilidad	109
Alcance y contenido de la responsabilidad: ¿equiparación salarial?	111
c. La empresa en red: el fenómeno de la franquicia para el derecho laboral	118
c.1. Concepto y características	119
c.2. Responsabilidad	120
B. Objetivos	123
1. En dinero o en especie	123
a. En dinero...	123
b. ...o en especie	124
b.1. Concepto	124
b.2. Límites y valoración	126
2. Deuda nominal o de valor	131
<b>Capítulo 2. Vicisitudes del crédito salarial</b>	<b>137</b>
I. La huelga	139
A. Introducción	139
B. Efectos de la huelga: el descuento del salario	140
C. Criterios para proceder al descuento	144
1. El principio de proporcionalidad	144
2. Módulo de cálculo y momento del descuento	146
a. Módulo salario/día	146
b. Módulo salario/hora	147
c. Conclusión	147
D. Huelga y estructura del salario: el salario objeto de descuento	149
1. Salario base	149
a. Nominal	150
b. Complementos reconducibles: las pagas extraordinarias	151
b.1. Naturaleza jurídica	151
b.2. Efectos	153
2. Complementos	153
a. Personales	154

b. Circunstancias relativas al trabajo realizado	154
b.1. Residencia	155
b.2. Primas e incentivos a la productividad y el rendimiento	155
b.3. Primas antihuelga y antiabsentismo	157
Referencia expresa a la huelga	159
Silencio respecto a la huelga	160
c. En función de la situación y resultados de la empresa	162
E. Especial referencia a los periodos de descanso	164
1. Vacaciones: Coincidencia de las mismas durante el periodo de huelga	164
2. Descanso semanal	169
3. Días festivos	171
II. Incumplimientos del trabajador y salario	173
A. Introducción	173
B. Remuneración y sanciones	174
1. Objeto de la prohibición	174
2. Supuestos problemáticos	174
a. Pérdida de premios	174
b. Inasistencia e impuntualidad	175
c. Excepciones	177
C. Cumplimiento defectuoso	180
III. Imposibilidad de la prestación: art. 30 TRET	182
A. Requisitos	182
1. Imposibilidad de la prestación imputable al empresario	182
2. Vigencia del contrato y disponibilidad del trabajador	186
B. Objeto y naturaleza jurídica	187
IV. Modificación	189
A. Novación subjetiva	190
1. Novación subjetiva activa	190
a. Características generales	190
b. Transmisión mortis causa	191
c. Cesión y Subrogación	192
2. Novación subjetiva pasiva: art. 44 TRET	196
a. Apreciaciones generales	198
b. Art. 44.1 y .4 TRET: Subrogación en las obligaciones laborales	201
b.1. Cambio ante tempus	203
b.2. Supuestos especiales	205
Convenios que concluyeron su plazo de vigencia	205
La retroactividad del convenio colectivo	208
c. Art. 44.2 TRET: Responsabilidad solidaria	210
c.1. Sujetos afectados	210
c.2. Objeto	212
d. Relación entre los trabajadores de la empresa cesionaria y las obligaciones con los trabajadores de la empresa transmitente	219
e. Crisis empresariales	223
3. Algunas conclusiones sobre la novación contractual	226
B Novación objetiva	230
1. Delimitación	230
2. Supuestos	230

<b>Capítulo 3. Extinción</b>	233
I. Introducción	235
II. Pago	236
A. Requisitos	236
1. Identidad	237
2. Integridad e indivisibilidad	238
B. Lugar	240
C. Forma	243
1. Formalidades: Recibo de salarios	243
2. Medios de pago	246
a. Moneda de curso legal	246
b. Otras modalidades de pago	247
D. Gastos del pago	251
E. Tiempo	253
1. Períodos de pago	253
a. Naturaleza de las partidas	253
b. Fecha de pago	255
b.1. Retribuciones periódicas y regulares	256
b.2. Remuneraciones sin plazo de cumplimiento	256
2. Anticipos	258
a. Determinación y delimitación frente a otras figuras	259
b. Alcance del derecho recogido en el art. 29.1.2º TRET	263
3. Mora e incumplimiento	265
a. Elementos comunes	265
a.1. Incumplimiento	266
a.2. Objeto	267
a.3. Requisitos	267
Exigibilidad	267
Incuestionado y líquido	269
a.4. Culpabilidad	270
b. Mora	273
b.1. Requisitos: Interpelación	273
b.2. Efectos	275
¿Interés o recargo?	276
Salarial o no	279
b.3. Revalorización y mayor daño	281
c. Resolución contractual	281
F. Imputación de pagos	286
1. Introducción y requisitos	286
2. Procedimiento de imputación	288
G. Especial referencia al salario a comisión	291
1. Devengo	291
2. Liquidación y pago	293
3. Exhibición de los libros	294
a. Objeto	295
b. Sujetos	296
III. Otras causas de extinción	297
A. Imposibilidad sobrevenida	297

B. Condonación y compensación	299
1. Condonación	299
a. Derechos disponibles	300
b. Diferencias y similitudes con otras figuras afines	301
b.1. Transacción	301
Admisibilidad	302
Presupuestos	302
b.2. Prescripción	304
2. Compensación	305
a. Requisitos	306
b. Limitaciones	308
C. Dación en y para el pago	310
1. Datio pro soluto	311
a. Naturaleza jurídica	311
b. Alcance y límites	312
2. Datio pro solvendo	313
<b>Capítulo 4. Privilegios y garantías del crédito salarial</b>	<b>315</b>
I. Concepto y fundamento	317
II. Frente a los acreedores del trabajador: la inembargabilidad	319
A. Introducción: Fundamento	319
B. Elementos	321
1. Sujeto	321
2. Objeto	322
a. El salario y/o el crédito/obligación salarial	322
b. Partidas incluidas	323
c. Módulo	325
d. Período de referencia	326
e. Cuantías brutas o netas	329
3. Otras cuestiones	330
III. Frente a los acreedores del empresario	332
A. Introducción	332
B. Artículo 32 TRET: Privilegios sustantivos	336
a. Módulo cuantitativo: SMI	337
b. Naturaleza jurídica	339
c. Prescripción de los privilegios	341
1. El "superprivilegio" del art. 32.1 TRET	344
a. Objeto: "Los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo"	344
b. Límites: "El doble del salario mínimo interprofesional"	348
c. Alcance: "Gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca"	348
d. Supuestos problemáticos	351
d.1. Contratos con pacto de reserva/traslación de dominio	352
La venta en garantía	352
La reserva de dominio	354
d.2. El leasing	355
2. Crédito salarial refaccionario del art. 32.2 TRET	359
a. Objetos	362

b. Elaborados	363
c. Por los trabajadores	365
d. Propiedad o posesión	366
3. Privilegio general del art. 32.3 TRET	372
a. Créditos por salarios e indemnizaciones por despido	373
b. Límite cuantitativo	375
c. Grado de protección: los derechos reales preferentes	376
c.1. Hipoteca y prenda	379
c.2. Créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social	383
Créditos tributarios	384
Créditos de la Seguridad Social	387
c.3. Otros créditos preferentes: Hipoteca tácita de aseguradores y Comunidad de Propietarios	388
C. Créditos no protegidos en el art. 32 TRET	390
IV. Responsabilidad de terceros	392
A. Introducción	392
B. Administradores sociales	393
1. Responsabilidad por daños	395
2. Responsabilidad por incumplimiento (ex art. 262.5 LSA y Disposición Transitoria 3ª.3 y 6ª.2 in fine)	397
C. Breve reseña crítica al FOGASA	402
1. Naturaleza jurídica del Fondo	404
2. Régimen jurídico	409
a. Protección de los créditos de los trabajadores: crisis empresariales	409
a.1. Beneficiarios	412
a.2. Hecho causante	414
Pluralidad de responsables	415
a.3. Objeto de la protección y límites	417
Salarios e indemnizaciones	417
Límites	419
a.4. Subrogación del FOGASA	427
a.5. Prescripción	428
b. Apoyo a las empresas: Fuerza mayor y reestructuración de empresas de menos de 25 trabajadores	434
b.1. Supuestos y sujetos	434
b.2. Título habilitante	438
b.3. Límites: remisión	443
V. Conclusiones finales sobre los sistemas de protección del crédito salarial	444
<b>Abreviaturas</b>	451

## Prólogo



## Prólogo

El Consejo Económico y Social de Andalucía decidió poner en marcha en el año 2003 su Premio de Investigación, una iniciativa cuyo objetivo esencial es, no sólo alentar la labor investigadora en materias socioeconómicas y laborales, relativas a Andalucía, sino también aprovechar el enorme valor añadido que para la sociedad andaluza tienen este tipo de iniciativas y quienes las acometen. El resultado ha sido excelente y el CES-A cuenta ya con un importante bagaje de aportaciones que considera imprescindibles para el desarrollo de su labor y para poder acercarse, de una manera más certera, a las características de una región tan heterogénea como Andalucía.

La alta calidad de los estudios presentados llevó al Consejo Económico y Social de Andalucía a plantearse la creación de una nueva línea de publicaciones, como la mejor manera de evidenciar todos estos conocimientos y también de alentar a los autores de estos estudios, que sin haber sido premiados, destacan por su alta calidad. Esta idea es hoy una realidad y el libro de Antonio Costa Reyes, *El Crédito Salarial*, es el primer volumen de la Colección Premio de Investigación a la que auguro una larga vida.

El trabajo publicado recibió el Primer Premio de Investigación del CES-A, en la Convocatoria del año 2004. Partiendo de la innegable importancia que el salario tiene para el Derecho del Trabajo y las relaciones laborales en general, la tesis que hoy se publica se ha centrado en el análisis jurídico-privado de la obligación salarial, correlato necesario de la prestación laboral, en especial, en su aspecto positivo, esto es, en cuanto crédito del trabajador. El por qué de este enfoque responde según su autor a una necesidad técnico-jurídica pero también socio-económica, ante la insuficiencia de estudios del salario desde esta perspectiva pese a su innegable importancia jurídico-patrimonial.

Entre los diversos aspectos de interés de este estudio, destaca su utilidad para poder afrontar las nuevas cuestiones que se abren en torno al salario, fruto en gran medida de la relación creciente del Derecho laboral con la organización empresarial y por el desarrollo del protagonismo de la autonomía privada. Así, se analizan numerosas fórmulas retributivas muy novedosas pero cuya validez hay que determinar a partir de las limitaciones que los principios inspiradores de la norma laboral representan pa-

ra la autonomía de la voluntad, dada la posición de dependencia del trabajador y que vienen a justificar para el crédito salarial un tratamiento diferenciado al general de los créditos.

También se ha procurado aclarar con especial detenimiento los derechos retributivos del trabajador durante la huelga y el alcance sobre el salario de las operaciones crediticias en general, en concreto, en materia de circulación de créditos y renovación. Finalmente, el estudio investiga los sistemas de extinción del crédito del trabajador, concluyendo en la necesaria regulación de las cada vez más presentes formas de extinción distintas al pago (dación, transacción o compensación) y también analiza detenidamente los instrumentos de garantía, del crédito salarial, en los supuestos de concurrencia, especialmente tras la aprobación de la nueva Ley Concursal 22/2003, de 9 de Julio.

Espero y deseo que esta publicación sea de su interés y que le aporte, como al Consejo Económico y Social de Andalucía, una visión amplia y exhaustiva sobre la materia tratada.

**Joaquín J. Galán Pérez**

PRESIDENTE

## **Presentación**



## Presentación

El intercambio contractual que forma parte de la esencia del contrato de trabajo, esto es el de trabajo por salario, ha sido objeto de exhaustivos estudios que han dado lugar a un ingente bagaje doctrinal, tanto sobre las cuestiones generales relativas a la retribución a que tiene derecho el trabajador como contraprestación al trabajo prestado por el mismo, como sobre los aspectos específicos de su regulación en nuestro derecho. En esas condiciones, puede parecer que abordar, y más en el marco de la elaboración de una tesis doctoral, el estudio del crédito salarial, es una tarea con poca posibilidad de innovación. Y, sin embargo, la lectura de este libro demuestra lo contrario.

En la evolución reciente de las relaciones laborales aparecen, en efecto, factores nuevos, que obligan a una consideración detenida de las cuestiones salariales. La tendencia, más o menos marcada según los casos, a la individualización de las relaciones laborales, la aparición de nuevas formas retributivas, de difícil encaje en las precedentes instituciones laborales, la nueva consideración de la retribución en especie, los intentos de búsqueda de una cada vez más apreciada "optimización fiscal" de las retribuciones, son, entre otros, factores de novedad que exigen una puesta al día en los tradicionales estudios sobre el salario y el crédito salarial.

En esa perspectiva, el trabajo de investigación del profesor Antonio Costa Reyes, que se plasma en este libro, parte del innegable crecimiento e importancia que la autonomía de las partes está adquiriendo en los últimos tiempos en el ámbito de las relaciones laborales. Ese hecho, entre otros aspectos, lleva a que el estudio sobre el salario se realice atendiendo esencialmente a sus aspectos contractuales, a efectos de poder resolver diversas cuestiones que esa nueva situación está planteando.

Para ello, el autor considera oportuno, ante todo, desentrañar la razón de ser o causa contractual del salario, por cuanto que sólo así podrán afrontarse con un mínimo de solvencia las nuevas cuestiones que se abren en torno al mismo, fruto en gran medida, junto a los factores señalados, del peso creciente que en las relaciones laborales y contractuales tienen las cuestiones relacionadas con la organización empresarial y también, como antes indicábamos, por el desarrollo del protagonismo de la autonomía privada en este terreno. En efecto, como pone de manifiesto la lectura de esta obra, a poco que se analice el nuevo escenario en que se sitúan las cuestiones salariales o retributivas, puede comprobar-

se que ese creciente campo de la libertad contractual de las partes no viene acompañado por un desarrollo paralelo de los estudios sobre su alcance desde la posición del trabajador, en concreto, respecto a su salario; de tal forma que en numerosas ocasiones ese impulso de la autonomía individual no hace sino ocultar que lo que verdaderamente amplía su ámbito de acción es la libertad de empresa, en detrimento incluso de la libertad contractual.

Esta razón viene también a justificar, adicionalmente, la necesidad de un estudio como el presente: una gran parte de las nuevas fórmulas retributivas, es fruto, en su configuración, de la autonomía de la voluntad, siendo preciso determinar su validez teniendo en cuenta el alcance que dicha autonomía tiene en el ámbito laboral, y las limitaciones que en el mismo se le imponen. Pero además, es preciso resaltar que recientes pronunciamientos de los Tribunales (también del Tribunal Supremo), han debido hacer uso de la normativa civil para resolver diversas cuestiones salariales.

Todo ello requiere, para el autor, un análisis de las operaciones propias del tráfico patrimonial, por cuanto que el crédito salarial del que es titular el trabajador implicará -ante la indesligable conexión entre el trabajo y la persona que lo presta- matizaciones o limitaciones a las reglas generales, debido a la peculiaridad de su causa y a las exigencias que en relación con el mismo puedan derivar de la proclamación del Estado Social (artículos 1.1 y 35 CE).

A tal efecto, el primer capítulo del libro se dedica a analizar los elementos configuradores de toda obligación y su plasmación en la obligación salarial. De todo ello se extrae también que la consideración del aspecto contractual del salario permite justificar en gran medida las peculiaridades del mismo (por ejemplo, el derecho al salario pese a la inexistencia de prestación efectiva de servicios), y pone en cuestión la configuración que las partes hacen de numerosas partidas cuya importancia práctica es sin duda creciente (*stock options*, partidas vinculadas a la productividad, resultados de la empresa, etc.). Las reglas contractuales comunes posibilitan, como así están haciendo ver los Tribunales, resolver los problemas que todo ello plantea (falta de determinación, discrecionalidad en la fijación y otorgamiento de partidas retributivas, etc.).

Especialmente importante es la cuestión referida al sujeto pasivo del crédito salarial, esto es, el deudor; sobre todo teniendo en cuenta la creciente complejidad de las estructuras empresariales y el desarrollo de la descentralización productiva como paradigma de nuestro modelo productivo. El estudio plantea, tras el análisis de las principales figuras interpositorias recogidas en la legislación laboral (contratas y subcontratas, empresas de trabajo temporal), la necesidad de una reforma dirigida a garantizar la posición contractual y acreedora del trabajador.

La segunda parte del estudio se dedica a las vicisitudes del crédito del trabajador, con especial detenimiento en las figuras laborales reconducibles a supuestos de novación objetiva y subjetiva (transmisión de empresa, sucesión de contratas, y otras). Con todo, esta parte comienza con el análisis de situaciones en las que, pese a la falta de prestación de servicios o ante la prestación irregular de los mismos, el trabajador puede mantener el derecho a su salario. Así, figuras como la huelga son estudiadas a efectos de determinar su repercusión sobre el crédito del trabajador, y poder así resolver acerca de las partidas que, en su caso, deban mantenerse pese a la suspensión del contrato que implica el ejercicio del

mencionado derecho fundamental. De nuevo, el análisis contractual del salario permite al autor ir resolviendo las cuestiones que esas vicisitudes plantean, sin necesidad de tener que acudir a conceptos o planteamientos metajurídicos o meramente sociales.

El capítulo tercero del libro se dedica íntegramente a la cuestión de la extinción del crédito salarial, aspecto especialmente complejo cuando el mismo tiene lugar por operaciones distintas al pago (dación, compensación, transacción, etc.). La falta de una regulación adecuada de estas operaciones en relación a las peculiaridades del crédito salarial, plantea novedosas cuestiones a las que el autor presta la atención requerida por su creciente uso en el ámbito de las relaciones laborales. No obstante, quisiéramos destacar que en el estudio sobre el pago del salario se evidencia la necesaria explicación contractual de las exigencias del mismo. Algunas de las conclusiones actuales sobre la imputación de pagos, el recargo por mora, el momento y lugar del pago del salario, la extinción contractual por falta del mismo, etc., se ven cuestionadas por el profesor Costa Reyes, desde la perspectiva jurídico-privada que plantea en su estudio. Sin duda, como pone de manifiesto el autor, el refuerzo de la consideración contractual del salario no sólo no impone una merma de las garantías salariales, sino que posibilita atender con mayor solvencia estos aspectos.

Finalmente, el estudio presentado concluye con el análisis de los instrumentos de garantía del crédito salarial. En concreto, se estudia y explica la inembargabilidad (parcial) del salario, la responsabilidad de terceros ajenos a la relación laboral y al fruto del trabajo prestado, con especial detenimiento en aspectos del interés de los administradores sociales o la posición y razón de ser de instrumentos como el FOGASA. Pero sin duda, la parte más extensa de este análisis es la referente al sistema de privilegios laborales. En este sentido, el autor dedica especial interés al análisis de la concurrencia singular, plasmada en el art. 32 TRET, y sin perjuicio de las referencias a la situación concursal. El hecho de centrarse en este precepto laboral, sin embargo, no obvia las cuestiones que se plantean en el concurso, por cuanto que como expresamente señala la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003, Concursal, la mayor parte de los privilegios laborales que ésta recoge se basan en los previstos en el referido art. 32 TRET. En definitiva, el estudio de éste permite al autor mantener y trasladar las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el sistema de privilegios que recoge a cuestiones propias de la concurrencia universal (alcance, contenido, límites, objeto, etc. de los privilegios), amén de permitir comprender mejor la diferencia de trato del crédito del trabajador en una u otra concurrencia (singular o universal).

Por todo esto, considero que la obra del profesor Costa Reyes, cuya tesis doctoral defendida en la Universidad de Córdoba, mereció la calificación de sobresaliente *cum laude*, y el posterior reconocimiento que implica la concesión del premio a tesis doctorales convocado por el Consejo Económico y Social de Andalucía, constituye, desde su publicación, un referente imprescindible para un tratamiento actualizado de los problemas relativos al crédito salarial. Dicha publicación nos permite disponer de una guía segura para afrontar los problemas, complejos y desconocidos en nuestros precedentes análisis jurídicos, que plantean las nuevas formas retributivas y la dinámica que respecto de ellas se está generando en todos los sistemas de relaciones laborales.

Córdoba, febrero de 2005

**Federico Durán López**



# Introducción



## Introducción

Si bien parece indiscutible el interés e importancia de la cuestión salarial, nos parece conveniente subrayar, aunque sea brevemente, algunos elementos de carácter socio-económico, que nos permitan una mejor comprensión del alcance e interés de nuestro trabajo. Por un lado, debe destacarse la indiscutible importancia que en nuestro modelo social y económico tiene el consumo –motor imprescindible del mercado–<sup>1</sup>; cuya traducción económica se refleja en que “la gran parte de la renta disponible se gasta directamente en bienes de consumo, en una voraz carrera en la que prácticamente todo lo que se gana en un año se gasta en objetos de consumo al año siguiente”<sup>2</sup>. Ciertamente, “el moderno sistema de producción industrial, con su constante creación de necesidades artificiales, está produciendo un tipo de hombre que gasta regularmente su renta y trabaja regularmente, porque siempre necesita más”<sup>3</sup>.

Y por otro lado, es de recalcar tanto la rapidez y facilidad de las transacciones e intercambios económicos como el hecho de que una inmensa cantidad de las mismas se hace partiendo no de un pago inmediato del bien, derecho o servicio adquirido, sino relegando el pago a un momento posterior y facilitando de esta forma la adquisición y consumo mediante la concesión de crédito. Proceso que se ha visto intensificado en los últimos años en nuestro país, donde la bajada de los tipos de interés y la relativa estabilidad de la inflación están llevando a un rápido y creciente endeudamiento de las familias españolas<sup>4</sup>.

Por todo lo señalado, cobra una mayor importancia garantizar la existencia de alguna fuente de ingresos que asegure el pago de ese crédito concedido, con el objeto de facilitar, como decimos, el consumo y, por ende, la propia continuidad del sis-

<sup>1</sup> Un estudio al respecto, ZUBERO BESKOETXEA, I., El trabajo en la sociedad; UPV, 1998, en especial, págs.138-140. Sobre el carácter de sociedad de consumo de la sociedad española y sus consecuencias; véase ALONSO BENITO/CONDE GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, Historia del Consumo en España; ed. Debate, 1994.

<sup>2</sup> ALONSO BENITO/CONDE GUTIÉRREZ DEL ÁLAMO, Historia del Consumo...; cit., pág. 152.

<sup>3</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., “La cuantía salarial”; RDP, 1971, pág. 399.

<sup>4</sup> Es interesante en este sentido el informe emitido por el Banco de España en el primer semestre del año 2002, donde se pone de manifiesto como una de las características el progresivo endeudamiento de las familias; Banco de España, Boletín Económico; abril-2002, págs. 15, 48, 49. También, (Diario) El País, Economía, 24 de julio de 2002, pág. 64. Situación que se viene confirmando e incluso agravando, como pone de manifiesto MALO DE MOLINA/RESTOY, Evolución reciente del patrimonio de empresas y familias en España: implicaciones macroeconómicas; Documento ocasional nº 0402, Banco de España, 2004, especialmente, pág. 12.

tema económico que nos hemos dado. Recordaremos en este sentido que el trabajo, como una de las fuentes originarias de riqueza, permite al trabajador obtener los recursos necesarios para poder adquirir otros productos<sup>5</sup>. En consecuencia, es indudable la trascendencia que tiene el trabajo y su remuneración. Centrándonos en el trabajo por cuenta ajena, si bien éste impide al trabajador adueñarse de la propiedad de lo que produce o presta, sí le permite la obtención del correspondiente salario<sup>6</sup>. Obsérvese que al disponer de su trabajo, mantiene una potencial fuente de riqueza y por ello, de permanentes recursos, lo que sin duda tiene mayor relevancia si cabe en el modelo de sociedad consumista al que hacíamos referencia, ya que le permite adquirir los bienes y servicios que se le ofertan *ad infinitum*<sup>7</sup>. A esta importancia del trabajo y del salario debe unírsele, sin duda alguna y como una de las premisas de nuestro estudio, el hecho de sea éste la principal (y única) fuente de ingresos de la mayoría de la población.

En este contexto dado, debemos recordar otra de las características básicas del salario y, de nuevo, premisa de este trabajo, a saber, que éste se manifiesta –por mor del principio de post remuneración– como un crédito (de carácter periódico) que el trabajador dispone frente a su empresario-deudor en tanto no se produzca el pago debido<sup>8</sup>. En otras palabras, “el salario es así concebido y estructurado sobre la base de un derecho de crédito”<sup>10</sup>, ya que en las obligaciones sinalagmáticas, “cuando las prestaciones se distancian temporalmente, el que cumple primero concede crédito”<sup>11</sup>.

En otro orden de cosas, razones técnico-jurídicas también justifican este estudio, entre otros motivos, para poder afrontar con un mínimo de solvencia las nuevas cuestiones que se abren en torno al salario, fruto en gran medida de la relación creciente de nuestra disciplina con la organización empresarial y por el desarrollo del protagonismo de la autonomía privada<sup>13</sup>. En efecto, a poco que analicemos este proceso constatamos que ese creciente campo de la libertad contractual de las partes no viene acompañado con un desarrollo paralelo de los estudios sobre su alcance desde la posición del trabajador, en concreto, respecto a su salario; de tal forma que en numerosas ocasiones ese impulso de la autonomía individual no hace sino ocultar que lo que verdaderamente amplía su ámbito de acción es la libertad de empresa, en detrimento incluso de la libertad contractual<sup>14</sup>. Esta razón, como decimos, viene también a justificar la necesidad de un estudio como el presente, como de hecho lo acreditan las nuevas fórmulas retributivas, porque en una gran parte de ellas su configuración es fruto de la autonomía de la volunta, siendo preciso determinar su validez atendido al alcance que

<sup>5</sup> Véase el ya clásico estudio de ADAM SMITH, *La riqueza de las naciones*; Alianza ed., 1994.

<sup>6</sup> MARX, C.; *El capital*, I; Fondo de Cultura Económica, 1986, págs. 448 y sgs.

<sup>7</sup> Destacando esa relación entre el trabajo asalariado y el consumo, GORZ, A., *Metamorfosis del trabajo*; ed. Sistema, 1997, págs. 65, 67 y 180.

<sup>9</sup> MARX, C.; *El capital*, I; cit., pág. 127.

<sup>10</sup> HERRERO NIETO, B., “Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo”; RDP, 1958, pág. 124.

<sup>11</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; T. II, Civitas, 1993, pág. 114.

<sup>13</sup> *Vid.* DURÁN LÓPEZ, F., Prólogo, a la obra de ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*; CES, 2000, págs. 12 y 13.

<sup>14</sup> ALONSO GARCÍA, M., *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo*; BsCh, 1958, especialmente, págs. 78 y sgs. y 93 y sgs. Sobre la distinción entre autonomía de la voluntad y libertad individual; *ibidem*, págs. 13, 23 y sgs.

ésta tienen en el ámbito laboral. Pero además, es preciso resaltar que recientes pronunciamientos de los tribunales (también del Tribunal Supremo), han debido hacer uso de la normativa civil para resolver diversas cuestiones salariales (v. gr., responsabilidad, naturaleza de las *stock options*, etc.).

Todo ello requiere, a nuestro modo de ver, un análisis de las operaciones propias del tráfico patrimonial, por cuanto que el crédito salarial del que es titular el trabajador implicará –ante la indesligable conexión entre el trabajo y la persona que lo presta– matizaciones o limitaciones a las reglas generales, debido a la peculiaridad de su causa y a las exigencias de un Estado Social (arts. 1.1 y 35 CE).

## I. El salario objeto de estudio

### A. La “funcionalidad” del concepto de salario

Pese a ser el salario una de las cuestiones fundamentales desde el origen del Derecho del Trabajo, tanto desde el punto de vista individual como colectivo, hoy día continua siendo uno de los principales problemas que se encuentra el laboralista<sup>15</sup>. Dificultad que se acentúa tanto por la enorme tipología de partidas que pueden incluirse dentro de dicha expresión, como por la diversidad de nociones que con ese vocablo pueden entenderse<sup>16</sup>.

De este modo, el salario puede ser analizado desde diversos ángulos.

– Desde un punto de vista *económico*, en cuyo caso se entiende como parte del coste de la fuerza de trabajo; es decir, concibiendo ésta como una mercancía, el salario expresaría su precio, cuya determinación se debería llevar a cabo por las reglas de mercado, conforme a la ley de la oferta y la demanda<sup>17</sup>. Se considera de esta forma el trabajo humano como un factor más que supone unos costes dentro del proceso productivo<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Se dijo que se trataba de un tema con “uno de los tratamientos más insatisfactorios en la doctrina laboral jurídica”, VI-DA SORIA, J, “Prólogo”, en MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., El Salario Mínimo Legal; Universidad de Málaga, 1986, pág. 5.

<sup>16</sup> Como se ha puesto de manifiesto por MASSIMO ROCCELLA (I Salari ; ed. Il Mulino, 1.986 , pág. 98), se trata de un problema bastante generalizado en nuestro entorno jurídico-cultural.

<sup>17</sup> Un estudio clásico, SMITH, A., La riqueza de...; cit.. También, Encyclopédie Dalloz, T. IV, « Salaire » (Définit/forme), 1977, pág. 2. Una profunda crítica a la ley de la oferta y la demanda en la determinación del valor de la fuerza del trabajo, en MARX, C., El capital, I; cit., págs. 450 y sgs.

<sup>18</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (y II)”; REDT, nº 41, 1990, págs. 79 y 80. Esa visión limitada del salario, fue criticada desde muy pronto por la doctrina *ius laboralista* que veía en ella una simplificación de las variables de las que ha de depender el salario, como «mercancía» *sui generis*. A este respecto, *vid.* CORNÉLISSEN, C., Théorie du salaire et du travail salarié ; ed. Giard/Brière, 1908

– También puede considerarse desde un punto de vista *social*, como renta para sufragar las condiciones de vida del trabajador, reflejo en nuestro ordenamiento de la exigencia del art. 35.1 CE<sup>19</sup>. En este sentido, el salario supone el medio de subsistencia básico del trabajador para satisfacer sus necesidades personales y familiares<sup>20</sup>. Esta concepción social del salario ha permitido dejar atrás su rígida concepción económico-jurídica originaria, en el sentido de superar la visión del salario como precio o coste, reflejando en el plano jurídico la repercusión y trascendencia que tiene para una gran parte de la población y las peculiaridades en cuanto al objeto<sup>21</sup>.

– Y finalmente, el salario puede ser entendido en sentido *jurídico*, como contraprestación patrimonial de una de las partes de la relación laboral. Este será el objeto de nuestro estudio, un análisis jurídico del salario en cuanto contraprestación debida al trabajador. Por lo tanto, no pretendemos agotar la noción y significado del salario, sino que nuestro objeto es determinar qué es jurídicamente, en cuanto contraprestación, el salario y qué consecuencias se extraen.

Sin embargo, esto no supone obviar su sentido y alcance económico y social, pues el Derecho, como pretensión de regulación de las relaciones humanas (sociales, económicas, etc.), no puede entenderse sin tomar en cuenta esas consideraciones<sup>22</sup>. Lo contrario, limitarnos en exclusiva al análisis técnico del Derecho, sin atender a las dimensiones socioeconómicas, políticas, filosóficas, etc. nos dejaría en el “racionalismo supuestamente lógico y autosuficiente que caracteriza al pseudojurista”<sup>23</sup>.

No obstante esta primera delimitación, el salario sigue siendo un concepto no homogéneo, sino diverso, en cuanto que el legislador no suele utilizar un concepto único de salario y emplea como sinónimos términos que no lo son<sup>24</sup>. Además, no ha optado por una definición cerrada y única para todo el ordenamiento jurídico, sino que se trata de una definición relativa, determinada por la rama del Derecho a la que estamos haciendo referencia. Podemos afirmar pues que el salario es un concepto funcional; esto es, un término que se amolda a cada realidad sobre la que quiere o debe actuar o servir, y según la finalidad que persigue en cada momento<sup>25</sup>.

Ejemplo de lo que estamos diciendo lo veremos al contrastar los conceptos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores, frente al que recoge el Derecho Tribu-

<sup>19</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de Derecho del Trabajo, T.I, 1991-1992, t/11, pág. 2

<sup>20</sup> ALMANSA PASTOR, J.M., “La obligación salarial”, en (AA.VV.) Estudios sobre la Ordenación del Salario; Univ. De Valencia, 1976, pág. 79.

<sup>21</sup> SALA FRANCO, T. (Direc.), Derecho del Trabajo, 11 ed., Tirant lo Blanch, 1997, págs. 211 y 212

<sup>22</sup> RIVERO, J./SAVATIER, J., Droit du travail, P.U.F., 1.993, pág. 596.

<sup>23</sup> MONTOYA MELGAR, A., “Sobre el derecho del Trabajo y su ciencia”; REDT, nº 58, 1993, pág. 182 (citando a ALONSO OLEA).

<sup>24</sup> GARCÍA MURCIA, J., “Concepto y estructura del salario”, en REDT, nº 100, nota 1; y CRUZ REQUEJO, J.A., “Cumplimiento de la obligación retributiva”, en (AA.VV.) Estudios sobre la ordenación...; cit., pág. 357. Una crítica a la falta de precisión jurídica de los términos jurídicos y sus consecuencias en la elaboración de la ciencia jurídica, en MONTOYA MELGAR, A., “Sobre el derecho del Trabajo y su ciencia”; cit., en especial, págs. 179-181.

<sup>25</sup> LYON-CAEN, G.; Le salaire (Droit du travail), Dalloz, 1.981, págs. 237 y 238. En este sentido también, ANTONMATTEI, P-H ; “La qualification de salaire”; D.S., nº 6, 1.997, pág. 572.

tario o el de la Seguridad Social<sup>26</sup>. Esto se explica por lo que acabamos de señalar sobre su carácter funcional, pues cada una de estas ramas del ordenamiento responde a una finalidad distinta y tiene por ello pleno sentido que las partidas que engloban y el concepto que establezcan no tengan por qué coincidir<sup>27</sup>. Así, tanto la definición dada por la normativa tributaria, como la de seguridad social asumen un término amplio de salario, ya no sólo desde un punto de vista estrictamente contractual, sino incluso desde la perspectiva laboral que, como comprobaremos, también recoge un concepto extensivo desde el punto de vista civil<sup>28</sup>.

Cabe pues hacer una segunda delimitación en el objeto de nuestro estudio. El salario queda así determinado no sólo por el ángulo de su análisis (jurídico), sino que además se referirá con especial atención a la noción *ius privatista*, y más específicamente, desde el punto de vista laboral, con el objeto de identificar las particularidades del crédito salarial dentro de la dinámica y operaciones de los créditos en general<sup>29</sup>. Analizaremos el aspecto positivo de la obligación salarial, esto es, el crédito salarial, por cuanto que uno de los elementos que van a caracterizar al salario-contraprestación es precisamente, como ya adelantábamos, su cualidad de crédito, consecuencia del principio de la post remuneración<sup>30</sup>. En efecto, este principio implicará necesariamente que el trabajo prestado es por lo general retribuido en un momento posterior, por lo que podemos decir que hasta el pago, el empresario ha dispuesto de ese crédito que le otorga el trabajador, manifestado en un trabajo que sólo será remunerado en un momento posterior, después de que el empresario haya hecho uso de ese trabajo<sup>31</sup>.

En la primera parte de este trabajo corresponde determinar qué es salario en un sentido técnico-jurídico, lo que nos permitirá a su vez delimitar qué partidas de las que percibe el trabajador del empresario, lo son como contraprestación<sup>32</sup>. Definiendo el concepto técnico de salario a la luz también de la normativa laboral, podremos posteriormente hacer frente al estudio de multitud de partidas cuya naturaleza o carácter salarial es en ocasiones difícil de precisar. Sin embargo, como iremos observan-

<sup>26</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Las percepciones extrasalariales, Mc Graw Hill, 1999, pág. 6.

<sup>27</sup> HENNEBELLE, D., Essai sur la notion de salaire; Presse Univesitaires d'Aix-Marseille, 2000, págs. 129, 131 y sgs. Pese a que como veremos los términos utilizados por la normativa tributaria y de Seguridad Social no hacen referencia específica al vocablo *salario* en su enunciado, debemos considerar que "rendimientos de trabajo" y "base de cotización" son, respectivamente, los conceptos fiscal y social de salario. *Ibidem*, págs. 28 y 31-32. Ahora bien, en materia tributaria debe recordarse que "todo salario es rendimiento de Trabajo Personal, pero no todo Rendimiento de trabajo Personal es un salario"; GARCÍA-MONCÓ, A.M., "La tributación del salario ante el nuevo Impuesto sobre la Renta de las personas físicas: aspectos destacables"; D.L., nº 36, 1992-I, pág. 11.

<sup>28</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones...; cit., t/11, pág. 2; y CORDERO SAAVEDRA, L., "Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa"; RL, nº 5, 2002, pág. 14.

<sup>29</sup> Pese a esta pretensión de un análisis de estas características, debemos de tener presente desde el principio la dificultad que existe para acomodar las nociones y exigencias del Derecho del Trabajo dentro de la Teoría general de los contratos de Derecho Civil; *vid.* LYON-CAEN, G., "Le role des principes généraux du droit civil en droit travail"; *Reveu Trimestral du Droit Civil*, 1.974, pág. 238.

<sup>30</sup> Toda obligación, como lo es la salarial, tiene un aspecto pasivo, en cuanto deuda, y otro activo, como crédito; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. I, Reus, 1988, págs. 42 y 43.

<sup>31</sup> MARX, C.; *El capital*, I; cit., págs. 126 y 127.

<sup>32</sup> Desde esta perspectiva, el carácter retributivo se manifiesta como el elemento esencial y determinante del carácter salarial de una partida, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., *Las percepciones...*; cit., pág. 60; también, SÁNCHEZ TORRES, E., "Naturaleza jurídica de las aportaciones empresariales a los planes y fondos de pensiones", *Aranzadi Social*, 1997-V, págs. 411-412.

do a lo largo de este trabajo, tampoco existe en el Derecho del Trabajo un concepto claro y preciso de lo sea el salario, pese a la noción legal que nos da el legislador en el art. 26 TRET, porque él mismo no respeta ese término a lo largo de toda la normativa laboral (v gr., arts. 36.2, 37.2 y.3; 38, 45.2 TRET, etc)<sup>33</sup>. En consecuencia, será preciso en muchas ocasiones desentrañar en el caso concreto la intención y el alcance de dichos conceptos<sup>34</sup>.

Así pues, no es posible, ni quizás oportuno, mantener un único concepto de salario para todo el ordenamiento jurídico<sup>35</sup>, siendo de mayor interés que éste se ajuste a los fines y objetivos que en cada momento se persigan, es decir, que una hipotética concepción jurídica del salario debiera tener en cuenta ese carácter funcional del salario que hemos señalado anteriormente, de tal suerte que su mayor o menor extensión dependiera del objetivo que se persigue en cada caso<sup>36</sup>. Ya que, por ejemplo, no debiera entenderse lo mismo a la hora de hablar de salario a efectos de cálculo de las vacaciones, indemnizaciones, etc., que cuando se pretenda aplicar garantías y privilegios a los créditos del trabajador, pues en este último caso, las concepciones socioeconómicas de lo que sea salario, debieran primar sobre la técnica jurídica. En conclusión, si bien es conveniente un concepto de salario, el mismo debe ser moldeable a los objetivos que se pretendan, la rama del derecho a que se haga referencia, etc.<sup>37</sup> Mas esto no esto no debe estar reñido con que le sea exigible al legislador una mayor precisión y claridad en los términos que utiliza, ya que el propio TRET toma de forma diversa el mismo vocablo<sup>38</sup>.

Ciertamente, esa falta de claridad ocasiona graves problemas, pues la necesidad de delimitar un concepto técnico-jurídico de salario es de una gran importancia, ya que el régimen jurídico aplicable a aquellas partidas que reciba el trabajador en tal concepto llevan aparejadas una regulación y un tratamiento jurídico específico de gran trascendencia y bien diferente de otras partidas que no lo sean<sup>39</sup>.

Por lo tanto, no estamos ante una cuestión meramente formal para el Derecho del Trabajo, pues afecta a la causa principal que lleva al trabajador a aceptar prestar su trabajo y someterse al poder empresarial y por ende, a la principal obligación que el empresario adquiere con aquél<sup>40</sup>. Es por ello que subrayamos desde el principio lo cri-

<sup>33</sup> Vid. MARTÍN VALVERDE/GARCÍA MURCIA (Dir./Coord.), Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social; Aranzadi, 2002, pág. 854

<sup>34</sup> Similar problemática se plantea en el derecho francés; PÉLISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du Travail; Dalloz, 2000, págs. 1002 y 1003. Sobre esta cuestión y en lo referente al principio de igualdad, vid. MONTROYA MELGAR, A., "Igualdad salarial por razón de sexo", en (AA.VV.) El salario y las garantías salariales, CGPJ, 1993, pág. 157

<sup>35</sup> MASSIMO ROCCELLA, I Salari; cit., págs. 197 y 198

<sup>36</sup> Consideramos que lo que haya que entenderse como salario difiere según esa meta, como así ocurrió en la definición de salario del art. 26 TRET (que sigue la misma formulación que el contenido del art. 2 DOS) y que pretendía una claridad y precisión en el concepto, con vistas a sus repercusiones, entre otras, en el ámbito de la Seguridad Social, cfr. GARCÍA MURCIA, J., "Concepto y estructura del salario", en REDT, n° 100, pág. 610

<sup>37</sup> VARELA AUTRÁN, B., "El concepto de salario a los fines de ejecución separada, en proceso singular laboral o integrada en un proceso concursal o de quiebra"; RGD, 1993, n° 588, pág. 8551.

<sup>38</sup> Difiero en este punto de quienes como SÁNCHEZ TORRES, E. ("Naturaleza jurídica de las..."; cit., pág. 427), reclaman en general y para todos los casos un concepto de salario más amplio.

<sup>39</sup> PIGNARRE, G., "Saltaire et accessoires"; JURIS CLASSEUR, Travail, Vol. 3, Fasc. 25-10, 1.999, pág. 4.

<sup>40</sup> DOCKÈS, E., "Consécration de la nature contractuelle du salaire"; RJS, n° 3, 1.998, pág. 168.

ticable de esta situación, pues pese a ser elemento esencial social y jurídicamente, el salario, por la complejidad y diversidad de partidas, se convierte en un “continente” de impreciso contenido, con los perjuicios que ello conlleva para el trabajador, por cuanto que en muchas ocasiones le es enormemente difícil saber realmente cuál es el objeto de la prestación a la que se comprometió su contraparte (empresario)<sup>41</sup>.

## B. La necesidad de un concepto de salario

Es difícil para el jurista trabajar con conceptos tan poco precisos y delimitados como lo es en ocasiones el de salario. Sin embargo y como ya hemos indicado, la pluralidad de factores que intervienen en dicho concepto, así como la diversidad de disciplinas que tienen relación con él, nos obligan a trabajar y a aceptar un concepto relativo del mismo<sup>42</sup>.

Pero esto no puede suponer su indeterminación absoluta, porque pese a los diferentes conceptos jurídicos que venimos señalando que pueden existir de salario, no podemos olvidar tampoco que originariamente todos ellos tienen como denominador común el haber partido de una noción jurídico-laboral. Es esta rama del ordenamiento la que fija lo que pudiéramos denominar como el *mínimo* de dicha noción, pues independientemente de cuáles sean los añadidos en otras ramas del ordenamiento, lo cierto es que todo aquello que se considera como tal desde el punto de vista laboral, se extenderá también a esas otras ramas del ordenamiento<sup>43</sup>. Cobra así un especial interés el intentar delimitar en cada rama del Derecho a qué responde la voz de *salario*, teniendo presente que ésta se ajusta a las características de adaptabilidad a la realidad social concreta que generalmente caracterizan al Derecho del trabajo frente al civil<sup>44</sup>.

En este sentido, debemos recordar que las finalidades a las que responden el Derecho tributario y el de la Seguridad social exigen un concepto amplio y extenso de rentas del trabajo o de salario<sup>45</sup>. En efecto, el primero persigue fines más amplios que el de delimitar jurídicamente cuál es la contraprestación por el trabajo que compromete el trabajador, ya que su objetivo pasa por gravar todo enriquecimiento patrimonial (*renta*) del trabajador que proceda de dicho trabajo o que se perciba con ocasión de éste, es decir, cualquier retribución, derecho, ventaja, etc. recibida directa o indirectamente del trabajo o de haber trabajado, por lo que no es preciso que estemos ante contraprestación en sentido estricto<sup>46</sup>. De hecho, el término utilizado por el legislador no es el de salario, sino el de “rendimientos de trabajo” (art. 24 LIRPF); razón por la cual

---

<sup>41</sup> Como se ha señalado, la diversidad de términos y la pluralidad de partidas que integran la contraprestación laboral causan y acrecentan esta dificultad en su determinación, D'ANTONA, M., “Le nozioni giuridiche della retribuzione”; GDLRI, n° 22, 1984, págs. 269-271.

<sup>42</sup> COUTURIER, G.; Droit du travail, T.1 (Relation individuelles de travail); P.U.F., 1.992, pág. 424.

<sup>43</sup> SÁNCHEZ TORRES, E., “Naturaleza jurídica de las...”; cit., págs. 411 y 412.

<sup>44</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, pág. 81.

<sup>45</sup> AA.VV. (GARCÍA AÑOEROS, Dir.) Manual del Sistema Tributario Español, 3ª ed., Civitas, 1995, pág. 81, y MATO-RRAS DÍAZ-CANEJA, A., Las percepciones...; cit., págs. 8 y 9.

<sup>46</sup> BANACLOCHE, J., “El IRPF: los rendimientos del trabajo”; Impuestos, n° 7, 2000, pág. 1 y 2; y CORDERO SAAVEDRA, L., El deportista profesional; Lex Nova, 2001, págs. 209 y 210.

se van a considerar a efectos tributarios como sueldo o salario el exceso en la cuantía de determinadas percepciones que laboralmente tienen la consideración de indemnización o suplido<sup>47</sup>.

Mientras, por su parte, en el Derecho de la Seguridad Social se habla de *remuneración* (art. 109.1 TRLGSS), término más amplio que el de salario, de ahí que lleguen a incluirse en la base de cotización determinadas partidas que tienen una innegable naturaleza extrasalarial, obviando la tradicional identificación entre lo extrasalarial y lo exento de cotización<sup>48</sup>. Este distanciamiento sea quizás consecuencia del paralelo acercamiento a la normativa tributaria, a la que en ocasiones la normativa social se remite en bloque, fruto de esa tendencia a la equiparación de ambos<sup>49</sup>.

Sin embargo, considero oportuno que en el ámbito laboral se defina claramente un continente mínimo que precise qué es salario, en cuanto contraprestación del trabajo humano por cuenta ajena y dependiente (subordinación), independientemente de la mayor amplitud posible de su contenido, e incluso, como venimos diciendo, la variabilidad según el objetivo perseguido<sup>50</sup>. Las razones que aconsejan esa definición técnico-jurídica responden al principio constitucional de la seguridad jurídica (art. 9 CE), pues la ausencia de una definición clara origina no pocos problemas de determinación del contenido de lo que deba ser salario. En este sentido, conviene señalar algunas de las cuestiones que la doctrina ha subrayado y que manifiestan esa demanda de una mayor precisión terminológica:

– Deslindar qué partidas tienen carácter salarial o extrasalarial es de una enorme importancia a la hora de practicar el régimen de compensación y absorción que define el art. 26.5 TRET<sup>51</sup>, o para aplicar el régimen jurídico del salario, etc.

– Determinar qué se entiende por “salarios de inactividad”, “salarios de tramitación”, contenido de la indemnizaciones, etc.<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> AA.VV. (GARCÍA AÑOEROS, Dir.) Manual del...; cit., pág. 83. Sobre las percepciones que pueden ser reconducibles al concepto de rendimiento de trabajo, *vid.* GALERO FLORES, R., “Los rendimientos de trabajo personal en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Estudio de las retribuciones en especie. Indemnización por despido”; A.S., nº 9, 2003.

Antes de la actual LIRPF 40/1998, la Ley 18/1991 se recogía el supuesto específico de “rentas salariales”, que también tenía un contenido más amplio que el salario jurídico-laboral, al respecto *vid.* DE LA VILLA GIL, J.M., “Régimen fiscal de las rentas salariales”, en AA.VV. (DE LA VILLA, Coord.) Estudios sobre el Salario, ACARL, 1993.

<sup>48</sup> MORADILLO LARIOS, C., “Las retribuciones salariales en especie y su nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social”; RMTAS, nº 19, 1999, pág. 33. Sobre la relación entre remuneración y salario, como la existente entre género y especie, en la que éste sería un componente a incluir dentro de aquélla; *vid.* MASSIMO ROCCELLA, I Salari; cit., págs. 99 y 100.

<sup>49</sup> AA.VV. (DE LA VILLA GIL, Dir.), Derecho de la Seguridad Social; Tirant lo Blanch, 1999, pág. 222

<sup>50</sup> La subordinación, como elemento definidor del trabajo que estamos analizando, englobaría tanto la ajenidad como la dependencia, por lo tanto, al hablar de trabajo subordinado se hace referencia a ambas notas; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual”; D.L., nº 39, 1993-I, pág. 39.

<sup>51</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Régimen jurídico de la retribución”, en (RAMÍREZ/SALA, Coords.) Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal Laboral (Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Efrén Borrero Dacruz); Tirant lo Blanch, 1999, págs. 213-215. Sobre esa importancia, así como sobre la definición y distinción de los términos absorción y compensación; STS, de 22 de julio de 2002 (RJ 2632); respecto a su finalidad y requisitos, *vid.* SSTS, de 9 de julio de 2001 (RA 7437); y de 2 de diciembre de 2002 (A.L., nº 13, 2003, ref. 393). En extenso, THIBAUT ARANDA, J., La compensación y absorción de salarios; Tirant lo Blanch, nº 129, 2002, especialmente, págs. 44 y sgs.

<sup>52</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Las percepciones...; cit., págs. 20-22.

- Identificar qué partidas son alcanzadas por los privilegios y garantías del salario.
- La aparición de nuevas formas de remuneración cuyo carácter salarial o no es preciso aclarar.

## II. El salario como elemento determinante del contrato de trabajo

Es fácil deducir de una simple visión a lo largo de la historia del Derecho del Trabajo el enorme interés e importancia que tiene el salario, llegándose a decir que nuestra disciplina está construida en torno a la cuestión del salario<sup>53</sup>. Pero no es éste el aspecto sobre el que queremos incidir ahora, sino sobre el plano contractual, pues fuera de la trascendencia general que el salario representa para la disciplina laboral, lo cierto es que en el plano individual-contractual también deviene básico<sup>54</sup>.

Así es, en la relación entre las partes individuales, el salario tiene un protagonismo central para el trabajador pues, sin duda, es la razón fundamental que le lleva a aceptar el trabajo, y por otra parte, es la obligación principal y básica del empresario<sup>55</sup>. Pero también jurídicamente tiene una relevancia extraordinaria respecto a la existencia y delimitación de la relación laboral y del contrato de trabajo. Es el carácter oneroso de dicho contrato el que exige la existencia de una retribución, porque de lo contrario no estaríamos ante tal relación laboral<sup>56</sup>. Por lo tanto, no se trata de una mera característica o condición en la que se presta el trabajo subordinado, sino de su causa, requisito necesario para la existencia de la relación laboral y elemento definidor del contrato de trabajo, encontrándose unido de forma inseparable a la economía general del contrato<sup>57</sup>.

Esto conlleva importantes consecuencias, ya que al ir ligado el salario a la definición de contrato de trabajo y no a las condiciones de la relación laboral, afectará enormemente a las características y exigencias de validez del salario y por ende, al propio contrato<sup>58</sup>, así como al régimen de modificación de condiciones de trabajo. Todo lo cual se analizará posteriormente.

Por otro lado, como elemento esencial del contrato de trabajo, conlleva que éste no puede existir sin salario. Y en segundo lugar, que la mera percepción de salario en sentido técnico supone y acredita la existencia de una relación contractual de ese tipo<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 1.

<sup>54</sup> BORRAJO DACRUZ, E., "Configuración jurídica del salario"; RPS, nº 50, pág. 26.

<sup>55</sup> HUSSON, R., "Definition et composition de la remuneration"; RPDS, nº 615-616, 1.996, pág. 221.

<sup>56</sup> LLUIS Y NAVAS, J., *Manual de Derecho Laboral*; Bosch, 1975, pág. 167; y MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*; Instituto de Estudios Políticos, 1.975, págs. 121 y 122.

<sup>57</sup> DOCKÈS, E., "Consécration de la nature..."; cit., pág. 168.

<sup>58</sup> Ha llegado a afirmarse que el error en la remuneración puede suponer la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, cfr. LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 5.

<sup>59</sup> LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 5; y PIPPI, F., *De la notion de salaire individuel a la notion de salaire social*; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.966, pág. 31.

Pasamos a explicar todo ello: De la primera de las afirmaciones se deduce que el salario deviene en elemento necesario para hablar de contrato de trabajo y por otro lado, que la mera existencia de prestación de servicios no es suficiente para que estemos en presencia de un contrato de trabajo si no va acompañada de retribución, pues en este caso falta el carácter obligatorio de la prestación del trabajador<sup>60</sup>. Téngase en cuenta que, conforme al art. 26.1 TRET, el salario se percibe por la prestación *profesional* de los servicios, lo que de forma indubitada exige la existencia de retribución/onerosidad<sup>61</sup>.

Cabe hacer en este sentido una crítica a la proliferación de elementos remuneratorios que carecen de carácter salarial, pues en la medida en que como señalamos el contrato de trabajo se basa en la existencia de salario como contraprestación, el desarrollo de partidas que no responden a ese principio de reciprocidad suponen un cuestionamiento del propio contrato de trabajo<sup>62</sup>. Adviértase que el problema no sólo deriva de la imposibilidad que se tendría para aplicar el régimen jurídico del salario a dichos elementos (pues no son salario), con el consiguiente perjuicio para el trabajador; sino que además afecta como venimos diciendo a la causa misma del contrato de trabajo, o lo que es lo mismo, la institución y razón de ser del Derecho del Trabajo, fundamento y justificación de la apropiación del producto del trabajo del trabajador<sup>63</sup>.

En segundo lugar, la simple presencia del salario sirve como base para sostener la existencia de un contrato de trabajo y por ende, de una relación laboral<sup>64</sup>. Esto no significa que para hablar de contrato de trabajo sea suficiente cualquier adquisición patrimonial por el trabajador, sino que se ha de tratar de salario en sentido estricto, en cuanto contraprestación por su trabajo<sup>65</sup>. En efecto, la prestación de trabajo puede legitimar a quien lo realiza a exigir una retribución por ello<sup>66</sup>; pero eso es distinto de la existencia del contrato de trabajo, el cual requiere, irremediamente, la existencia de salario en sentido técnico-jurídico<sup>67</sup>. En este sentido, el salario (estructura, etc.) se manifiesta como “un instrumento mediato de control sobre la acción de la contrapar-

<sup>60</sup> Por todos RIVERO LAMAS, J., “Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo”; ADC, 1972, T. XXV, pág. 174. La obviedad de esta cuestión hizo a este autor criticar los excesos doctrinales en el estudio de la necesidad o no del elemento salarial para identificar una relación laboral en sentido estricto, como fue el caso de TREU, T. (Onerosità e corresponsabilità nel rapporto di lavoro; Giuffrè, 1968, págs. 63 y sgs.). También, Encyclopédie Dalloz, T. IV, « Salaire » (Définition/forme), 1977, pág. 3.

<sup>61</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica del salario; Comares, 2001, pág. 37; y CORDERO SAAVEDRA, L., El deportista profesional; cit., págs. 49 y sgs. Así lo indica nuestro legislador en el art. 1.3 d) y e) TRET, que manifiestan claramente esto que estamos observando, pues en ambos, es la gratuidad del trabajo prestado el que justifica su exclusión de la regulación laboral, cfr. DURÁN LÓPEZ, Lecciones...; cit., t/11, pág. 3. Sobre la evolución jurisprudencial comparada en este tema, vid. LARDY, S., Les syndicats français aux nouvelles formes de rémunération; L'Harmattan, 2000, pág. 15.

<sup>62</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, págs. 586 y 587.

<sup>63</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de Derecho del Trabajo, T.I, 1991-1992, t/4, págs. 1 y 2 (multicopias).

<sup>64</sup> Un estudio detallado de la concepción contractualista del Derecho del Trabajo; MARTÍN BLANCO, J., El contrato de trabajo; EDESA, 1957.

<sup>65</sup> El salario contiene esa doble característica de contraprestación y de elemento constitutivo y necesario del contrato de trabajo; GARCÍA MURCIA, J., “Concepto y estructura del salario”, en REDT, n° 100, págs. 616 y 617. En derecho comparado, vid. VELLIEUX, P., “Les limites de la notion de salaire: oeuvres sociales et cotisations sociales”, D.S., n° 12, 1.994, pág. 720. Vid. STSJ de Madrid, de 25 de octubre de 2002 (A.L., n° 2, 2003, ref. 61).

<sup>66</sup> DJOUDI, J; “Les nulités dans les relations individuelles de travail”, Rec. Dalloz (Chr.), 1995, pág. 192.

<sup>67</sup> HENNEBELLE, D., Essai sur la notion...; cit., pág. 35. Vid. STSJ de Aragón, de 11 de febrero de 2002 (A.L., n° 25, 2002, ref. 786).

te del contrato de trabajo", porque permite plasmar mejor que otros la subordinación<sup>68</sup>. De ahí la importancia de conocer la causa del salario, pues nos permitirá delimitar incluso si estamos ante una relación laboral o no.

En tercer lugar, la trascendencia del salario va más allá y se manifiesta también en el hecho de que es posible el derecho al mismo aun cuando el contrato de trabajo no sea válido, y ello debido a las peculiaridades que la teoría general sobre los contratos (en concreto, del régimen de la nulidad) manifiesta en el Derecho del trabajo<sup>69</sup>. Así y en general, en los casos de nulidad o anulabilidad del contrato de trabajo se puede mantener el derecho al salario en sentido estricto<sup>70</sup>. Efectivamente, nos parece que el art. 9.2 TRET está refiriéndose también al salario en sentido técnico jurídico, porque como ya hemos señalado, éste se encuentra dentro del concepto más amplio de "*remuneración*" al que hace referencia el precepto y que tiene como finalidad garantizar al trabajador que le abonen todos aquellos conceptos que le adeuda su empresario como consecuencia o con ocasión de la prestación de sus servicios, y sin perjuicio de que, obviamente, no puedan tener lugar las indemnizaciones por despido ni salarios de tramitación, toda vez que éstos no podrán darse al tratarse de una relación nula<sup>71</sup>. Además, no tendría mucho sentido la previsión del legislador laboral si lo debido no se considerase salario a todos los efectos, pues para poder exigir el pago hubiera bastado haberse remitido a las reglas civiles del enriquecimiento injusto (arts. 1.895 y sgs. C.Civ.)<sup>72</sup>. De ahí también la razón de ser del art. 9.2 TRET, pues las especiales características del trabajo objeto del Derecho del Trabajo impiden que esas partidas puedan quedar fuera del régimen jurídico aplicable al salario (garantías, privilegios, etc.)<sup>73</sup>.

Por otro lado, no es posible mantener en la relación laboral la exigencia o máxima de que la nulidad conlleva la inexistencia jurídica del contrato y que por lo tanto es preciso una vuelta al *status quo* ante mediante la restitución de las prestaciones<sup>74</sup>.

<sup>68</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., "La determinación y estructura del salario"; RPS, n.º 141, 1984, pág. 58. En extenso, ROMÁN DE LA TORRE, M.D., Poder de dirección y contrato de trabajo; Grapheus, 1992, págs. 273 y 274.

<sup>69</sup> LYON-CAEN, G., "Le role des principes généraux..."; cit. pág. 285.

<sup>70</sup> PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Derecho del trabajo, 6.º ed., Ceura, 1998, pág. 726, y GIL SUÁREZ, L., "Validez e invalidez del contrato de trabajo", REDT, n.º 100, pág. 366.

<sup>71</sup> ROQUETA BUJ, R., Los beneficiarios de las prestaciones del F.O.G.A.S.A.; Tirant lo Blanch (monografías), n.º 138, 2000, pág. 266. Bajo la expresión *remuneración* se incluye el "conjunto de percepciones económicas percibidas por el trabajador, sea cual fuere su causa de atribución"; cfr. VALDÉS DAL-RE, F., "La garantía de ingresos salariales mínimos a favor de los trabajadores puestos a disposición"; R.L., n.º 2, 2001, pág. 9.

La introducción en el ámbito laboral de un concepto extra-jurídico como es la remuneración, supone también una mayor complejidad a la cuestión, MASSIMO ROCCELLA, I Salari; cit., págs. 99 y 100.

<sup>72</sup> De hecho, algunos autores han pretendido justificar lo percibido por el trabajador en caso de nulidad como una indemnización recibida para evitar el enriquecimiento injusto del empresario, cfr. ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo, 17.ª ed. Civitas, 1999, págs. 121-122 y 206. Sobre el enriquecimiento injusto, véase la obra de DE LA CAMARA/DÍEZ-PICAZO, Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa; Civitas, 1988, especialmente págs. 29 y sgs.; y MÉNDEZ/VILALTA, El enriquecimiento injusto; Bosch, n.º 30, 2000.

<sup>73</sup> GARCÍA MÁIQUEZ, J.M., El régimen Jurídico del Fondo de Garantía Salarial; Trivium, 1992, pág. 40; y ROMERO DE BUSTILLO, S., "El Fondo de Garantía Salarial: Puntos críticos (y II)"; A.L., 1994-1, pág. 37. Véase también la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 3 de julio de 1998 (AS 3498) que expresamente sostiene que los salarios derivados del art. 9.2 TRET "están protegidos por el Fondo de Garantía Salarial". En el derecho comparado existen limitaciones al pago por parte de esos Fondos cuando el contrato es declarado nulo; HENNEBELLE, D., Essai sur la notion...; cit., pág. 379

<sup>74</sup> DJOUDI, J., "Les nulités dans les relations..."; cit., pág. 192.

Y decimos que no encaja bien en el ámbito laboral, porque no es posible la restitución de la prestación a la que se compromete el trabajador; por lo que, una vez realizada, el empresario se convierte en deudor salarial del trabajador, independientemente de la validez del contrato<sup>75</sup>.

Efectivamente, las peculiaridades del Derecho del trabajo y del trabajo objeto de éste, exigen afrontar las cuestiones desde una perspectiva distinta a la civil, con la pretensión de garantizar a quien presta su trabajo una retribución por ello, matizando así las reglas civiles<sup>76</sup>. Sin embargo, esto no significa excluir las posibilidades que en materia de reequilibrio contractual y protección del contratante débil está incorporando el Derecho Privado, toda vez que lo esencial es aplicar los medios que el ordenamiento otorga para satisfacer las pretensiones de la parte contractualmente débil, aprovechando las nuevas posibilidades que en tal sentido abre el Derecho Privado, en la medida que no se contraríen los principios laborales<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Vid. STSJ Andalucía/Málaga de 22 de octubre de 1999 (RDTSS-EF, nº 204). Nos referimos a supuestos de nulidad que no tengan su causa en un hecho criminal; cfr. GIL SUÁREZ, L., "Validez e invalidez..."; cit., pág. 366.

<sup>76</sup> PÉLISSIER, J., "Droit civil et contrat individuel de travail", D.S., nº 5, 1.988, pág. 393. Ese espíritu protector del trabajador es quien modula las consecuencias de la nulidad en el ámbito civil; al respecto MARTÍN BLANCO, J., El contrato de...; cit., pág. 186.

<sup>77</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "La emancipación del derecho del trabajo del derecho civil"; A.L., 1996-2, págs. 63 y 66.

## **El salario como crédito**



# El salario como crédito

## I. Causa y naturaleza jurídica del crédito salarial

### A. Causa

Por *causa*, algunos autores entienden, desde una concepción objetiva, que nos referimos a la causa del contrato, en cuyo caso se define como el fin jurídico inmediato o “el propósito de alcanzar un determinado resultado empírico con el negocio”, que, en defecto de propósito específico, será la “finalidad genérica típica del negocio”<sup>1</sup>.

Sin embargo, debe precisarse que en un sentido técnico-jurídico, la causa no lo es del contrato, sino de las obligaciones<sup>2</sup>. Siguiendo esta idea, del carácter bilateral del contrato de trabajo surgen una pluralidad de causas<sup>3</sup>, pues se derivan obligaciones para el trabajador y para el empresario, siendo el objeto de cada una de ellas el trabajo dependiente y por cuenta ajena, y el salario, respectivamente<sup>4</sup>.

Así queda plasmado en la legislación civil, pues al tratarse el contrato de trabajo de un contrato oneroso<sup>5</sup>, el art. 1274 del C.Civ. nos precisa que la causa para ca-

<sup>1</sup> DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. I, 7ª ed.; Tecnos, 1990, pág. 531.

<sup>2</sup> ALBALADEJO, M., “La causa”; RDP, 1958, págs. 317 y 318; y CASTÁN TOBENAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Vol. 2º; Reus, 1982, pág. 768. Un estudio general de las diferentes acepciones de la causa en DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., “El concepto de causa en el negocio jurídico”; ADC, 1963, T. XVI, fasc. I. De opinión contraria, sosteniendo que en los contratos la causa es única, con independencia de las obligaciones que integra, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica del salario; Comares, 2001, págs. 139 y sgs.

<sup>3</sup> SANCHO REBULLIDA, F., “La causa de la obligación”, en Estudios de Derecho Civil I; EUNSA, 1978, págs. 148 y 150; y ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. I, vol. 2; Bosch, 1989, págs. 268 y 269.

<sup>4</sup> Debe advertirse, como algunos autores ya manifestaron, la dificultad de identificar dicha causa separándola del propio objeto, de ahí que en ocasiones éste y aquélla puedan equipararse, aunque no sean en puridad lo mismo; cfr. PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “La nulidad parcial del contrato de trabajo”; Tecnos, 1975, págs. 88 y 134. Sobre la confusión entre estos dos conceptos y su distinción, *vid.* SAN JULIÁN PUIG, V., El objeto del contrato; Aranzadi, 1996, págs. 45 y sgs.

<sup>5</sup> Por todos, PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1944, pág. 75.

da una de las partes en este tipo de contratos es «la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte». En consecuencia, la causa de la obligación salarial a la que se obliga el empleador, será la prestación de la contraparte (trabajador), unidas ambas de forma interdependiente o sinalagmática<sup>6</sup>.

Conviene precisar cuál sea la causa de la obligación salarial, un tema cuya importancia es clave ya que condiciona gran parte de las soluciones que pretendamos aportar a la hora de resolver cuestiones tales como la determinación de la naturaleza de algunas partidas (carácter salarial o no), el alcance en situaciones como la huelga, etc.

Trataremos de dar una breve visión general de las diferentes teorías más importantes que han tratado de explicar cuál sea la causa del salario, para pasar posteriormente a una reconstrucción de dicha causa en atención a las exigencias legales y a la que consideramos es la concepción más acertada<sup>7</sup>.

## 1. Insuficiencia de las teorías contractualistas clásicas y de puesta a disposición

### a. Teoría contractualista: crítica de sus nuevas manifestaciones

Desde una concepción tradicional, salario y prestación de servicios se entienden como las obligaciones recíprocas e interdependientes de las partes. Por lo tanto, el salario se limita a retribuir la prestación de servicios por parte del trabajador<sup>8</sup>. Se indica así que el trabajador ha de prestar sus servicios efectivamente para que tenga derecho a la retribución, alegándose para ello el principio de sinalagmaticidad de las prestaciones surgidas del contrato de trabajo. Algunos autores han querido ver plasmada esta teoría en la propia normativa laboral, al excluir el derecho al salario en las interrupciones por descanso dentro de la jornada diaria (art. 34.4 TRET). Obviamente, si este principio impone que el cumplimiento de la obligación de una de las partes encuentra su causa en la prestación de la otra, faltando el de una no debe realizarse el de la otra, pues de lo contrario estaríamos ante una obligación sin causa<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> GHEZZI/ROMAGNOLI, Il rapporto di lavoro; Zanichelli Bologna, 1987, pág. 203. RIVERO LAMAS, J. (“Tipificación y estructura del Contrato de Trabajo”; ADC, 1972, T. XXV, pág. 158, –citando a diversos autores) afirma que la sinalagmaticidad se da cuando ambas obligaciones están mutuamente condicionadas, de tal forma que guardan entre sí una relación de causalidad o mutua dependencia o reciprocidad. Sin embargo, él mismo sostiene que el contrato de trabajo crea para las partes obligaciones bilaterales y recíprocas, pero no sinalagmáticas o interdependientes, de tal forma que se puede sostener cierta independencia y autonomía entre las obligaciones de las partes (*ibidem*, págs. 162 y 163).

<sup>7</sup> Esa brevedad nos faculta para obviar el desarrollo de algunas teorías que también han tratado de dar respuesta a esa causa (comunitarista, la mera existencia de relación laboral, etc.), pero que están claramente superadas o simplemente son reconducibles a las que aquí exponemos, aunque con algún matiz añadido.

<sup>8</sup> SAINT-JOURS, Y., “Du salaire a revenu salarial”, en (AA.VV.) Les transformation du Droit du Travail (Études offertes a G. LYON-CAEN); Dalloz, 1.989, pág. 317; y AA.VV., La pratique du salaire; ed. Francis Lefebvre, 1.998, págs. 48 y 51.

<sup>9</sup> Sobre esta cuestión y las dudas de origina el salario en la concepción contractualista-sinalagmática, *vid.* TREU, T., Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro; Giuffrè, 1968, págs. 201 y 213 y sgs. No podemos compartir la explicación del texto, pues ello puede responder a evitar que el trabajo desarrollado en jornada continua (que por exigencias del trabajo humano exige una protección vía descanso de su salud ante los largos ritmos de trabajo, cfr. GARCÍA NI-NET, J.I., “Ordenación del tiempo de trabajo”, en (BORRAJO, Dir.) Comentarios a la Leyes Laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores, T. I, vol. 2<sup>o</sup>; Edersa, 1994, pág.41), suponga necesariamente un encarecimiento del coste en comparación a la jornada partida, que no conllevaría en la mayoría de los casos la necesidad del referido descanso.

Esta solución es en muchas ocasiones consecuencia de una falta de ruptura con la teoría civil de los contratos, en concreto, por la asimilación del contrato de trabajo al arrendamiento de servicios<sup>10</sup>. Esta concepción olvida que la realidad que sirve de fundamento al contrato de trabajo es bien distinta a la de los contratos civiles, razón que impulsó su reconocimiento como un contrato atípico en el ámbito civil que respondía a una causa distinta<sup>11</sup>. En este sentido, debe recordarse que el ordenamiento laboral prevé diversos supuestos en los que sobre el empleador sigue recayendo la obligación de pagar el salario pese a la inexistencia de prestación efectiva (vacaciones, festivos, etc.)<sup>12</sup>. Para superar estos inconvenientes la teoría contractualista (sinalagmaticidad clásica) se ve forzada a considerar a la cuantía pagada por el empresario en estos casos, o bien como estrictamente indemnizatoria (*previdenziale*), ya que se trata de supuestos de imposibilidad jurídica de la prestación del trabajador en la que el riesgo debe soportarlo el empresario; o bien, lo que se denomina salario diferido, devengado por el trabajo ya desarrollado o prestado anteriormente<sup>13</sup>.

Es más, las teorías contractualistas no sólo son insuficientes para explicar la razón de pagar esos periodos de inactividad, sino que tampoco encajan correctamente ante las nuevas partidas salariales que se prevén, ni con el concepto legal de salario (art. 26.1 TRET). Efectivamente, la posición contractualista, adoptando una concepción sinalagmática clásica no logra resolver la cuestión relativa a aquellas partidas que legalmente vienen a considerarse como salario y que no responden a una relación con la prestación de servicios del trabajador<sup>14</sup>. Finalmente, esta teoría tampoco explica el derecho del trabajador a su salario pese al cumplimiento defectuoso de su prestación<sup>15</sup>.

Como vemos, son muy numerosas las *excepciones* a ese sinalagma que pretenden ser explicadas de diversas formas<sup>16</sup>; pero para nosotros esas situaciones lo que deben conllevar es un cuestionamiento del sinalagma clásico (servicios-salario), ya que lo que expresan es que no puede seguir sosteniéndose que la causa de la obligación salarial es la prestación de servicios sin más<sup>17</sup>.

<sup>10</sup> No se han agotado las voces que reclaman la reintegración el contrato de trabajo al Código civil como especie "del género arrendamiento de servicios"; BUSTOS PUECHE, J.E., "Sobre el posible retorno del contrato de trabajo al Código Civil"; D.L., nº 52, 1997-II, págs. 101-104. Del mismo autor, "Apuntes sobre una posible reducción del ámbito subjetivo del contrato de trabajo a favor del Derecho Común"; RDP, Diciembre, 2000, págs. 940 y sgs.

<sup>11</sup> No consideramos cuestionable la atipicidad civil del contrato de trabajo; por todos PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Derecho del Trabajo; Ceura, 1998, pág. 622 y sgs.

<sup>12</sup> OLIET GIL, B., "Liquidación y pago del salario"; D.L. (monográfico), octubre, 1987, pág. 156.

<sup>13</sup> Sobre todas ellas y su crítica, TREU, T., *Onerosità e...*; cit., (citando y criticando la teoría de LOTMAR), págs. 215 y sgs., 273 (notas 2 y 3) y sgs., y 286 y sgs.

<sup>14</sup> BOUILLLOUX, Alain; "Conteniu du SMIC"; Recueil Daloz (somm. Comm.), 1995, pág. 372. El art. 26.3 TRET considera como complementos del salario, y por lo tanto con la misma naturaleza que este, a los referidos a la situación y resultados de la empresa, partidas que no tienen por qué tener conexión con dicho trabajo; NICCOLAI, A., "Retribuzione variabile, minimi salariali e autonomia individuale"; L&D, 1998, nº 2, pág. 357. Sobre esta idea en el derecho francés, *vid.* COUTURIER, G., *Droit du Travail (T. 1 Relation individuelles)*; PUF, 1992, pág. 432. Más detenidamente, REVET, T., *La force de travail*; Litec, 1.992, págs. 264 y sgs.; y ROMA, G., *Le funzioni della retribuzione*; Cacucci ed., 1997, págs. 271 y 272.

<sup>15</sup> Algunos autores han visto en la apropiación originaria del fruto del trabajo por parte del empresario la razón que fundamenta el percibo del salario pese al cumplimiento defectuoso; *cfr.* REVET, T., *La force de travail*; cit., págs. 319 y sgs.

<sup>16</sup> Sobre las diferentes razones que se alegan para justificar el pago en los periodos de inactividad, *vid.* SAVATIER, J., "Les salaires d'inactivité"; DS, nº 12, 1.984, pág. 713.

<sup>17</sup> En este sentido, PÉLISSIER, J., "Droit civil et contrat individuel de travail"; D.S., nº 5, 1.988, pág. 389.

En nuestra opinión, pues, todas esas *excepciones* se justifican sin duda, por las especiales consideraciones que merece el trabajo humano y las condiciones en que se presta en una relación como la laboral<sup>18</sup>. Esas características exigen como precisaremos más adelante, una ruptura con el sinalagma tradicional salario-prestación de servicios, fruto de la teoría contractualista clásica del salario. Esta concepción no explica lo que ella misma entiende como *excepciones* a ese correlato directo entre salario y prestación de servicios, correlato que debe encontrarse superada en una sociedad como la nuestra que asienta sus bases en un Estado Social que propugna la igualdad y la justicia como valores supremos del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)<sup>19</sup>.

Sin embargo, debemos señalar que en la práctica estamos asistiendo a una «recontractualización» de la relación prestación de servicios-salario<sup>20</sup>. Como dijimos, lo jurídico no queda al margen de lo económico y en este sentido, la conceptualización del salario como precio de la mercancía trabajo está llevando a que algunas modalidades de contratación (tiempo parcial, temporalidad, etc.), mal conducidas por los deseos de reducción de los costes laborales, vuelvan a esa relación salario-servicios que ya desde los orígenes del Derecho del Trabajo se cuestionó<sup>21</sup>. En efecto, ciertas formas de trabajo que de nuevo empiezan a florecer buscan que el empresario retribuya exclusivamente el trabajo *neto*, entendido éste como el “estrictamente indispensable para satisfacer las necesidades de la empresa”, lo que de forma innegable afecta a la “aplicación de las reglas generales sobre el tiempo de trabajo y los descansos” y en consecuencia, a la propia concepción de la causa del salario<sup>22</sup>.

Obviamente, aunque no se llegue a las posiciones contractualistas extremas, este tipo de prácticas empresariales vuelven a relegar al trabajo humano a un concepto puramente mercantil, pues parte del denominado *empleo precario* y de las teorías contractualistas pretenden –bajo una mal entendida eficiencia económica– que únicamente se retribuya la prestación del servicio, olvidando que el trabajo humano exige unas miras más amplias<sup>23</sup>. No sólo es un retraso social el llevar a cabo esa conexión salario-servicios, sino que de esa forma se queda sin retribuir algo tan esencial en el con-

<sup>18</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, pág. 583. Como ha sido reiterado en ocasiones, el concepto contractual-civil de salario se muestra muy insuficiente en el ámbito laboral; BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo, vol. I; Marcial Pons, 1964, pág. 414.

<sup>19</sup> ALMANSA PASTOR, J.M., “La obligación salarial”; cit., pág. 79. Sobre el alcance del Estado Social en el sentido apuntado; *vid.* GARRONERA MORALES, A., El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho; Tecnos, 1984, págs. 101 y 102.

<sup>20</sup> LOI, P., “L’analisi economica del diritto e il diritto del lavoro”; GDLRI, n° 84, 1999, pág. 573.

<sup>21</sup> Al respecto, en relación con las ETT, *vid.* MOLINA NAVARRETE, C., Nuevas reglas de competencia en el mercado de las empresas de trabajo temporal; Univ. de Jaén, 2000, págs. 118 y 119. La importancia cuantitativa de la contratación temporal, y dentro de ella la prevalencia (pese a su reducción respecto a años anteriores) de los contratos cuya duración es inferior a un mes, manifiesta esta idea que queremos señalar. Véanse al respecto los datos estadísticos recogidos en CES, Economía, Trabajo y Sociedad. Memoria sobre la situación socio-económica y laboral 2003; CES, 2004, págs. 239 y sgs.

<sup>22</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Una reflexión crítica sobre las empresas de trabajo temporal: la temporalidad y la formación como paradigma extremo de flexibilidad laboral”; RDS, n° 11, 2000, pág. 13. Como consecuencia de esta práctica, son cientos de miles los trabajadores que tienen serias dificultades para disfrutar, por ejemplo, de su derecho de vacaciones; *vid.* UGT, “Temporales y, además, sin vacaciones”; <http://www.ugt.es/comunicados/2000/agosto/COMPRE000803.HTM>; y MTAS, “Más de 15.000 empresas despidieron a sus trabajadores en vacaciones para volver a contratarlos después”; <http://www.tt.mtas.es/periodico/laboral/200104/lab20010411.htm>.

trato de trabajo como es la subordinación, rompiéndose como veremos el principio de proporcionalidad de toda relación contractual de este tipo y volviéndose a repetir el error de considerar a la relación laboral como una especificidad del arrendamiento de servicios<sup>24</sup>. Cabe en consecuencia, exigir al jurista, a los agentes sociales y al legislador una mayor atención en la regulación y explicación de esas modalidades contractuales, pues de lo contrario se corre el riesgo de volver a situaciones poco deseables<sup>25</sup>.

Estas afirmaciones y críticas son también trasladables a algunas nuevas formas de remuneración, fruto en muchos casos de la denominada "individualización salarial". En ellas toma especial importancia y protagonismo el resultado o el trabajo prestado, procurando que la remuneración se circunscriba en la mayor medida posible al rendimiento y aportación del trabajador, considerado como una mercancía cuyo valor se hace depender cada vez más de lo que produce y relegando a un segundo plano toda la visión social y jurídica que el salario representa para el trabajo subordinado<sup>26</sup>.

## b. Teorías de la puesta a disposición

Ante los problemas que genera la teoría contractualista en cuanto que no explica numerosos supuestos en los que la ausencia de prestación de servicios no supone una privación de la prestación principal del empresario, surge la opinión de que el salario retribuye la mera puesta a disposición del trabajador<sup>27</sup>. Por lo tanto, lo que el empresario paga no es tanto la prestación efectiva, cuanto la posibilidad de disponer de la fuerza de trabajo<sup>28</sup>. Desde esta posición se explicaría el derecho al salario pese a la inexistencia de trabajo efectivo, ya que sólo cuando no se dé esa disposición (por ejemplo en casos de huelga), el empresario quedará también exonerado de tener que retribuir<sup>29</sup>.

---

Consideramos interesantes a estos efectos las reflexiones realizadas por ADAM SMITH (La riqueza de las naciones; Alianza ed., 1994, págs. 157 y 158) sobre la necesidad de los trabajadores temporales obtengan una retribución mayor que quienes no lo son, lo que reitera la injusticia social y económica que en la realidad práctica de hoy implican esas formas de trabajo. Sobre los datos en nuestro país, véase RUESGA, S./RESA, C., "Informe cuatrimestral sobre el Mercado de Trabajo en España"; R.L., nº 20, 2002, especialmente, pág. 105.

<sup>23</sup> LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., págs. 201 y 202. Como acertadamente señalara ALARCÓN CARACUEL, M.R. (La ordenación del tiempo de trabajo; Tecnos, 1988, págs. 151 y 152), cualifica la sinalagmaticidad del contrato el reconocer que "la prestación laboral constituye un todo, y por consiguiente, tampoco sería acorde con la lógica contractual valorar los segmentos temporales de menor utilidad en sí mismos sin tener en cuenta que ellos resultan indispensables para el cabal cumplimiento de la prestación laboral en su conjunto".

<sup>24</sup> Negando esa equiparación, DURAND, P., "Le particularisme du droit du travail"; D.S., 1.945, págs. 298 y 299.

<sup>25</sup> GRANDI, M., "Il lavoro non è una merce"; *Lavoro e Diritto*, 1997, nº 4, especialmente, pág. 572.

<sup>26</sup> Sobre la evolución de las concepciones del salario y las pugnas hasta el creciente y preeminente papel de la "individualización salarial", *vid.* LARDY, S., *Les syndicats...*; cit., págs. 13, 14 y 123 y sgs. Algunos autores no dudan en reclamar una vuelta a la vinculación estricta con la prestación efectiva de servicios para que pueda calificarse una partida como salarial, amén de pedir mayor libertad (¿?) a las partes para poder decidir sobre la naturaleza salarial o no de ciertas partidas; ZOLI/ZILIO GRANDI, "Qualificazione e quantificazione delle attribuzioni patrimoniali del lavoratore", AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. I, Jovene editore, 1994, especialmente, págs. 214 y sgs.

<sup>27</sup> LYON-CAEN, A., "De la notion de travail effectif"; *Recueil Dalloz (Somm. Comm.)*, 1994, pág. 318. Se llegó incluso a afirmar que la obligación de pago nace de la "mera presencia del trabajador en la empresa", LLUIS Y NAVAS, J., *Manual de Derecho Laboral*; Bosch, 1975, págs. 165 y 166.

<sup>28</sup> RIVERO/SAVATIER, *Droit du travail*; P.U.F., 1.993, pág. 599. De "energías laborales" habla HERRERO NIETO, B., "Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo"; RDP, 1958, págs. 125 y 131.

<sup>29</sup> *Encyclopédie Dalloz*, T. IV, "Salaire" (Définit/forme), 1977, pág. 6.

Así es, frente a la exigencia de prestación de servicios por parte del trabajador como causa del salario, se alega que el propio ordenamiento conforma como obligación del empresario el proporcionar trabajo<sup>30</sup>, mientras que para el trabajador se configura como un derecho (art. 4.2.a TRET), correspondiendo a aquél hacer efectiva y concretar esa puesta a disposición<sup>31</sup>. De esto se deduciría que sobre el trabajador no pesa una obligación de trabajar, sino de estar a disposición de su empresario, para que sea éste quien, en cumplimiento de ese deber, concrete y disponga de la fuerza de trabajo<sup>32</sup>.

Con este planteamiento se acierta a entender supuestos como el del art. 30 TRET, que reconoce el derecho al salario (en sentido técnico), pese a la inexistencia de prestación de trabajo, cuando el trabajador se encuentre a disposición del empresario<sup>33</sup>. La no prestación de trabajo por causa no imputable al trabajador se trataría, en definitiva, del incumplimiento del empresario de una de sus obligaciones, que conllevaría el deber de pagar la prestación del trabajador (puesta a disposición)<sup>34</sup>. Aunque como indican algunos de estos autores, en sentido técnico-jurídico lo que se produce es una asimilación al salario de la cuantía percibida, porque en realidad lo que se estaría produciendo es un pago que, por una parte, retribuye la puesta a disposición y, por otra, indemniza al trabajador por el incumplimiento del empresario<sup>35</sup>.

Por otro lado, al no partir del sinalagma salario-servicios, estas teorías no tienen mayor problema en aceptar como salariales aquellas partidas que no tienen relación directa con la prestación de trabajo. Salario será pues, todo lo que el trabajador perciba del empresario por la puesta a disposición de su fuerza de trabajo, sin necesidad de tener que mantener los esquemas tan rígidos como los que la teoría contractualista sostenía<sup>36</sup>.

Siguiendo esta idea, algunos autores llegan a asimilar el contrato de trabajo al de alquiler de cosa, en cuanto que al igual que en éste, el arrendador (trabajador) se obliga a poner a disposición de la contraparte (empresario) la cosa (fuerza de trabajo), correspondiendo al arrendatario el derecho de uso y los frutos de ésta<sup>37</sup>. Y por lo tanto, el pago del salario no depende de la utilización real o de la prestación de servicios, sino de la mera puesta a disposición efectiva del trabajador.

<sup>30</sup> RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., "Derechos y deberes laborales"; REDT, nº 100, 2000, págs. 265 y 266.

<sup>31</sup> AA.VV., *Le travail, marchés, conventions*; ed. SALAIS/THÉVENOT, 1.986, págs. 316 y 317.

<sup>32</sup> PIGNARRE, G., "Salaires et accessoires"; JURIS CLASSEUR, Travail, Vol. 3, Fasc. 25-10, 1.999, pág. 6.

<sup>33</sup> BORRAJO DACRUZ, E., "Configuración jurídica del salario", RPS, nº 50, pág. 21. Véase también la STSJ de Castilla-La Mancha, de 15 de julio de 1998 (AS 2800).

<sup>34</sup> BOTANA LÓPEZ, J.M., "Imposibilidades de la prestación y sobre las gratificaciones extraordinarias"; REDT, nº 100, 2000, pág. 669; y JUANES FRAGA, E., "Derecho al salario sin prestación de servicios", en AA.VV. (DE LA VILLA, Coord.) *Estudios sobre el Salario*; ACARL, 1993, págs. 159 y 160.

<sup>35</sup> REVET, T., "L'objet du contrat de travail"; D.S., nº 11, 1.992, págs. 869 y 870.

<sup>36</sup> GARCÍA VALVERDE, M.D., "Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial"; D.L., nº 45, 1995-I, pág. 122.

<sup>37</sup> REVET, T., *La force de travail*; cit., págs. 357 y sgs.

Por nuestra parte, rechazamos desde el principio aquella interpretación y las conclusiones extraídas del art. 4.2.a) TRET, pues lo que el ordenamiento pretende con la imposición del deber del empresario de ocupación efectiva de su empleado es tutelar algunos derechos del trabajador (dignidad, profesionalidad, etc) y tiene un sentido inverso a la interpretación arriba defendida, por cuanto que con la exigencia recogida en aquél precepto laboral lo que se pretende es facilitar al trabajador el cumplimiento de su contraprestación<sup>38</sup>. Del mismo modo, estas teorías tampoco resuelven totalmente cuestiones tales como el deber de mantener el salario pese a la inexistencia de disponibilidad de la fuerza de trabajo (vacaciones, días de descanso, etc.). Es más, al hacer depender la cuantía salarial en gran medida del factor tiempo, se muestran insuficientes para explicar algunas partidas, como son las vinculadas a los resultados de la empresa, etc., pues en estos casos, su percepción depende más del beneficio de la empresa y de la propia utilidad de trabajo prestado que de la simple puesta a disposición<sup>39</sup>.

En definitiva, esta posición peca en parte de las mismas críticas hechas a los "contractualistas" y, al igual que ocurría con éstos, no existe tampoco base legal para sostener que la causa del salario sea la mera puesta a disposición. Pero sobre todo, creemos que es un error minimizar como lo hace esta teoría la importancia de la prestación de trabajo, por las razones que ahora pasamos a explicar.

## 2. Teoría del trabajo dependiente y por cuenta ajena

Desde nuestro punto de vista, las teorías analizadas se muestran insuficientes para resolver cuál sea la causa de la obligación salarial, no pudiendo explicar cuestiones tales como el derecho al percibo del salario en periodos en los que no hay ni prestación de trabajo ni puesta a disposición, o el carácter salarial de partidas no vinculadas a dicha prestación. Todo lo cual va a encontrar puntual reflejo además en la falta de apoyo legal de esas teorías<sup>40</sup>.

Se puede decir que el salario retribuye la relación laboral definida por el art. 1.1 TRET, esto es, la prestación de servicios subordinada (dependiente y por cuenta ajena)<sup>41</sup>. De esta forma, que el trabajador se comprometa a prestar su trabajo y que el empresario se vincule con éste por dicha razón, es una cuestión clara sociológica y económicamente<sup>42</sup>. Pero además se manifiesta a lo largo de la normativa laboral, por ejemplo:

---

<sup>38</sup> Cfr. MATÍA PRIM, J., "Consideraciones sobre el derecho a la ocupación efectiva", en Lecciones de Derecho del Trabajo (homenaje a los profs. BAYÓN y DEL PESO); Facultad de Derecho-Universidad Complutense, 1980, págs. 156 y sgs.

<sup>39</sup> D'ANTONA, M., "La retribuzione ad incentivati"; en Opere, T. III, 2000, pág. 1052.

<sup>40</sup> De la misma opinión, PIPPI, F., De la notion de salaire individuel a la notion de salaire social; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.966, págs. 39 y sgs.

<sup>41</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.D., Poder de dirección y contrato de trabajo; Grapheus, 1992, págs. 53 y 54. Aceptamos como propio el concepto general de subordinación o dependencia que en su momento elaboró RODRÍGUEZ-PINERO, M., "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo"; RPS, nº 71, 1966, especialmente, pág. 159. En la doctrina extranjera, LYON-CAEN/PELLISSIER/SUPIOT, Droit du Travail; Dalloz, 19° ed., 1.998, pág. 962.

<sup>42</sup> MATÍA PRIM, J., "Consideraciones sobre el derecho..."; cit., pág. 128; y PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., pág. 82. Como señala SANGUINETI RAYMOND, W. ("La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales. ¿un criterio en crisis?"; T.L., nº 40, 1996, pág. 60), el resultado final del trabajo "es lo que a fin de cuentas le interesa" al empresario.

– Cuando se señala que el TRET será de aplicación a todos los trabajadores que voluntariamente *presten sus servicios* (art. 1)<sup>43</sup>;

– En el derecho recogido en el art. 4.2.a) TRET, ya que “la ocupación efectiva es componente de (...) la causa (...) del contrato de trabajo, puesto que de otro modo se daría origen a una relación puramente formal, sin sustrato real y verdadero”<sup>44</sup>.

– El art. 8.1 del mismo texto legal presume la existencia de contrato de trabajo cuando, entre otros, se presta y se recibe un servicio.

– Los deberes laborales del trabajador (art. 5, a TRET), señalando en primer lugar: “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo (...)”; lo cual presupone que se prestan los servicios, debido a ese carácter específico y detallado de las funciones que engloba el puesto de trabajo (delimitación máxima en el objeto del trabajo)<sup>45</sup>. Más aún si tenemos en cuenta que el deber de obedecer las instrucciones del empresario se recoge como otra obligación específica y distinta de la de cumplir la prestación (art. 5, c TRET), porque si nuestra normativa respondiese a la teoría de la puesta a disposición, bastaría con haber recogido únicamente esta última.

– El art. 9.2 TRET, que exige para que el trabajador tenga derecho al percibo de retribución cuando el contrato de trabajo sea nulo, que se hayan prestado efectivamente los servicios<sup>46</sup>.

– El propio art. 26.1 TRET, al señalar que el salario se recibe por la *prestación profesional de los servicios*<sup>47</sup>. Y cuando se refiere a lo percibido por periodos de descanso computables como de trabajo. También, ha de observarse que las referencias a la cuantía que percibirá el trabajador en los casos de no prestación de servicios o de indemnizaciones, se conectan al salario que le correspondería en caso de haber prestado los servicios<sup>48</sup>.

– El principio de no discriminación en la remuneración, tal y como se define legal y jurisprudencialmente, tiene como referencia la prestación de trabajo (art. 28 TRET), pues de no ser así todos los trabajadores (al menos los del mismo grupo o categoría) deberían percibir la misma cuantía, en cuanto que todos quedan a disposición del empresario.

– Incluso el art. 30 TRET, que ya desde su intitulado (*Imposibilidad de la prestación*) subraya la importancia de la prestación de los servicios como causa determinante del derecho al salario, de ahí la necesidad de hacer esta observación<sup>49</sup>.

<sup>43</sup> Con esta terminología jurídica lo que quiere señalarse es que el trabajador se obliga a trabajar, cfr. ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 55.

<sup>44</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 647.

<sup>45</sup> LLUIS Y NAVAS, J.; Manual de Derecho Laboral; cit., págs. 141 y 142.

<sup>46</sup> GIL SUÁREZ, L., “Validez e invalidez del contrato de trabajo”; REDT, nº 100, pág. 366.

<sup>47</sup> Como señalara GARCÍA MURCIA, J. (“Concepto y estructura del salario”; REDT, nº 100, pág. 617): “Sólo es salario, así pues, lo que tenga su causa en el *trabajo efectivamente prestado*” (el subrayado es nuestro).

<sup>48</sup> SAVATIER, J., “Les salaires...”; cit., págs. 725 y sgs.

<sup>49</sup> En este sentido también, CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Huelga y derecho al salario de los no huelguistas”; A.L., 1998-1, ref. 1, pág. 4.

En conclusión, el salario retribuye prestación de trabajo y no la mera puesta a disposición<sup>50</sup>. Opinión que se corrobora cuando vemos cómo la negociación colectiva tiene asignados unos complementos específicos (de disponibilidad, retén, etc.) para los supuestos de mera disponibilidad y que pueden o no suponer también el pago de la prestación de servicios que, en su caso, se realice efectivamente<sup>51</sup>.

No obstante, esta afirmación no impide justificar la razón por la cual el empresario deba retribuir al trabajador en periodos de inactividad, pues como dijimos más arriba, y pese a la importancia de la prestación de servicios, dicha afirmación sería una solución insuficiente<sup>52</sup>. Que como hemos afirmado, trabajar sea un elemento o requisito fundamental para que se tenga derecho a la retribución, no significa que sea suficiente ni que el salario retribuya únicamente la prestación de servicios<sup>53</sup>, porque junto a esta obligación del trabajador, tiene una importancia decisiva e inmediata la subordinación (dependencia y ajenidad), cuyo alcance no se conseguiría con el contrato de civil de arrendamiento de servicios<sup>54</sup>. Ciertamente, por un lado, la dependencia aparece como una característica esencial del contrato de trabajo que lleva también al empresario a convertirse en contraparte y a pagar el salario<sup>55</sup>. Y por otro, junto a esa dependencia, adviértase además que es el contrato de trabajo el título que por sí justifica la apropiación originaria de los frutos del trabajo, por lo que de forma innegable en la causa de éste (mejor dicho, de la obligación salarial) está incluida necesariamente la ajenidad<sup>56</sup>.

Contrastemos lo afirmado en la propia normativa laboral:

– El art. 1.1 TRET hace referencia a que los servicios retribuidos son aquellos prestados *por cuenta ajena y bajo la dirección* del empleador; elementos determinantes en el ámbito contractual-individual<sup>57</sup>.

<sup>50</sup> También de la jurisprudencia se extrae esta regla general, cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, M., "Unificación de doctrina en las relaciones colectivas de trabajo (sindicatos, negociación colectiva, huelga y cierre patronal)", en (RAMÍREZ/SALA, Coord.) Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral; Tirant lo Blanch, 1999, págs. 433 y 434; y CEINOS SUÁREZ, A., La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga; Comares, 2000, pág. 142. Como se señala en la STSJ de La Rioja (de 28 de marzo de 2000; A.S. 1839): "el trabajador debe al empresario, a cambio de un salario, un tiempo de trabajo y además también un trabajo durante un tiempo (...)". Así, RODRIGUEZ DEVESA, C., El salario, la jornada de trabajado y su jurisprudencia; Aranzadi, 1982, pág. 37.

<sup>51</sup> Vid. C.Col. "Central Nuclear de Trillo, S.A." (BOE 26/4/2000), art. 38. Como señalan las SSTSJ de Andalucía/Sevilla, de 9 de febrero de 1999 (A.L., nº 29, 1999, ref. 1171); y de Canarias/Las Palmas de 30 de enero del 2001 (AS 2087): "el complemento de disponibilidad no responde a una actividad (...), sino una disponibilidad (...)".

<sup>52</sup> ALMANSA PASTOR, J.M., "La obligación salarial"; cit., págs. 81 y 85; y PIGNARRE, G., "Salaire et accessoires"; cit., pág. 4. De *semplificistica* califica ZOPPOLI, L. ("Retribuzione, politiche dei redditi e tecniche regolative"; GDLTI, nº 71, 1996/3, pág. 366) la afirmación de que sin prestación de servicios no hay derecho a retribución alguna.

<sup>53</sup> PIPPI, F., De la notion de...; cit., págs. 227 y 228

<sup>54</sup> VELLIEUX, P., "Les limites de la notion de salaire: ouvres sociales et cotisations sociales"; D.S., nº 12, 1.994, pág. 721. En el mismo sentido, ROMÁN DE LA TORRE, M.D., Poder de dirección y...; cit., pág. 58; y DOCKÈS, E., "La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail"; D.S., nº 2, 1997, pág. 150

<sup>55</sup> FERRARO, G., I contratti di lavoro; Cedam, 1998, págs. 9 y sgs. (especialmente, 9, 13 y 19); RIVERO LAMAS, J., "Tipificación y..."; cit., pág. 169; SALA FRANCO/LÓPEZ MORA, "Art. 1.1. Contrato de Trabajo"; (BORRAJO, Dir.) Comentarios a la Leyes Laborales, T. I, EDESA, 1990, págs. 6 y 16; y DEAKIN, S./WILKINSON, F., "Il diritto del lavoro e la teoria económica: una rivisitazione"; Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali, nº 84, 1999-4, pág. 604. Véase también REYNAUD, B., Le salaire, la règle et le marché; ed. Christian Bourgois, 1.992, págs. 18 y 19

<sup>56</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.D., Poder de dirección y...; cit., págs. 54, 55, 87, 88 y 273; GALANTINO, L., Qualità e rapporto di lavoro; Giuffrè, 1995, págs. 24 y 25; y TAPIA HERMIDA, A., "Revisión unilateral de los salarios por parte de la empresa, tras el fracaso de la negociación colectiva"; Estudios Financieros, Jurisprudencia, nº 209-210, Comentario 48/2000, pág. 168

<sup>57</sup> MONTOYA MELGAR, A., "El poder de dirección del empresario"; REDT, nº 100, 2000, pág. 676

– En el mismo sentido, el art. 8.1 del mismo cuerpo legal se guarda bien de reiterar la *ajenidad* y la *subordinación* como elementos unidos al de la prestación de servicios.

– En la definición del art. 26.1 TRET, el legislador señala que será salario lo que perciba el *trabajador* (art. 1.1 TRET) del empresario por su prestación de servicios *por cuenta ajena*.

Por lo tanto, jurídicamente el salario retribuye más que la mera prestación de servicios<sup>58</sup>, pues forma también parte de la causa esa situación de subordinación en la que se presta el trabajo humano<sup>59</sup>. En otras palabras, con el salario no se compra el trabajo, sino la fuerza de trabajo en acción, para ser utilizada y consumida en aquello que requiera el empresario<sup>60</sup>. Efectivamente, si traemos aquí el concepto de causa a la que hacíamos referencia más arriba, tenemos que la finalidad del contrato de trabajo es el intercambio de trabajo dependiente y por cuenta ajena y la prestación salarial<sup>61</sup>. El propio legislador se cuida en ocasiones de evitar esa equivalencia entre prestación concreta y salario (v. gr. art. 39.3 TRET: movilidad funcional descendente), considerando que la subordinación del trabajador está teniéndose en cuenta por encima incluso de las tareas desempeñadas por aquél<sup>62</sup>.

Lo dicho nos sirve para justificar el carácter salarial y el deber de retribuir algunos periodos de inactividad<sup>63</sup>. Razón por la cual no compartimos la opinión de quienes consideran que el principio de sinalgmaticidad entre las prestaciones debidas por las partes no puede explicar esos periodos ni justificar la naturaleza salarial de lo perci-

<sup>58</sup> ALMANSA PASTOR, J.M., "La obligación salarial"; cit., págs. 94 y sgs.

<sup>59</sup> PIGNARRE, G., "Salaire et accessoires"; cit., pág. 4; y COUTURIER, G., *Droit du Travail*; cit., pág. 433. Resaltando esa peculiaridad del sujeto- acreedor del salario, MOLERO MANGLANO, C., *La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo*; Instituto de Estudios Políticos, 1.975, pág. 101

<sup>60</sup> MARX, C., *Trabajo asalariado y capital*; Nova Terra, 1970, págs. 25 y 27

<sup>61</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*; Tecnos, 1997, pág. 268; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El trabajo subordinado como tipo contractual"; D.L., n° 39, 1993-I, pág. 42; y OJEDA AVILÉS, A., "La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoética a la crisis del Derecho del Trabajo"; REDT, n° 111, 2002, pág. 339. Afirma LYON-CAEN, G. (*Le salaire*; cit., pág. 4) que el salario existe desde que hay trabajo subordinado.

<sup>62</sup> D'ANTONA, M., "Le nozioni giuridiche della retribuzione"; GDLRI, n° 22, 1984, pág. 296.

Pese a las críticas que se han vertido contra la subordinación como elemento definidor de la contraprestación a la que se compromete el trabajador, acentuadas con la aparición de las denominadas "nuevas formas de trabajo", compartimos la opinión de quienes afirman que éstas "están poniendo en entredicho no tanto la categoría de la subordinación, como alguno de los indicios hasta ahora utilizados para desvelarla"; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "El trabajo subordinado...", cit., pág. 45; MARTÍN VALVERDE, A., "El discreto retorno al arrendamiento de servicios", en AA.VV., *Cuestiones actuales de D.T (Estudios ofrecidos al prof. Alonso Olea)*, Madrid, MTSS, 1990, especialmente, págs. 235y 236, y SANGUINETI RAYMOND, W., "La dependencia..."; cit., págs. 55-57. Más recientemente, MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo"; REDT, n° 91, 1998, especialmente págs. 722 y 723.

Junto a ello, queremos precisar que ante la nueva y cambiante realidad del trabajo debe pensarse que la subordinación o dependencia relevante –a efectos de extender la normativa compensadora o tutelante del Derecho del Trabajo a sujetos que en principio quedan fuera de la definición estricta de trabajador del art. 1.1 TRET– no sólo es la jurídica, sino que también debe extenderse a supuestos de "dependencia económica" o "integración en la empresa de otro", como ya señalara RODRÍGUEZ-PIÑERO (*ibidem*, págs. 162 y sgs.), y más recientemente, DE LOS REYES MARTÍNEZ-BARROSO, M., "Los difusos contornos del trabajo dependiente"; D.L., n° 66, 2001-III, págs. 59 y 60.

<sup>63</sup> También, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*; Tecnos, 1997, pág. 583.

bido durante ellos<sup>64</sup>. En su lugar, estos autores lo han explicado mediante lo que llaman "dualidad dimensional" del salario; esto es, que en la estructura del salario, junto con la *obligación conmutativa* (o de reciprocidad por el trabajo), aparece la denominada *obligación social*, "no reconducible a la lógica de cambio (...) cuyo monto viene fijado prescindiendo de la utilidad acarreada a la organización empresarial (...) A esta vertiente sería reconducible el principio de suficiencia o los salarios debidos en ausencia de la prestación laboral o sin un *ligamen* jurídicamente relevante con ésta"<sup>65</sup>.

En nuestra opinión, en cambio, es posible –e incluso necesaria– esa justificación contractual de las prestaciones a las que se obligan ambas partes, y ello no sólo por las exigencias legales ya apuntadas de que el salario se percibe por la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena, sino porque los problemas de rigidez e insuficiencia que plantean las teorías contractuales clásicas derivan precisamente de que no han tenido suficientemente en cuenta los cambios y exigencias que se extraen del modelo axiológico-constitucional que nos hemos dado y de que no han superado la conceptualización civilista del arrendamiento de servicios y la noción clásica del sinalagma, obviando equivocadamente el contenido obligacional que se busca con el contrato de trabajo, esto es, cuál sea en verdad su causa (obligaciones incluidas en el sinalagma)<sup>66</sup>. Esta pudiera ser la razón por la que un importante número de autores, pese a admitir la superación del sinalagma en sentido clásico (salario-prestación de servicios), terminan resolviendo la cuestión de los periodos de inactividad con derecho a salario no intentando descubrir cuál sean realmente las obligaciones que lo forman, sino que se limitan a sostener la existencia del principio general de la sinalagmaticidad y junto a él y sin que suponga excluirlo, afirmar la presencia de una serie de excepciones legal o convencionalmente establecidas, lo que le lleva a mantener que el principio de sinalagmaticidad "*ha (...) un valore pratico e relativo, e può quindi esse operante solo in certe ipotesi e non in altre*"<sup>67</sup>.

Indudablemente no compartimos este pensamiento, porque, junto con otros autores, consideramos más correcto entender que el contrato de trabajo termina por atraer a su esfera determinados valores propios de la relación laboral, tales como la dependencia y la ajenidad, con independencia de que sea dentro de la relación laboral donde éstos se modulen y plasmen y de su diferente alcance<sup>68</sup>. Somos conscien-

<sup>64</sup> Los problemas para justificar el derecho al salario en todos estos casos ha llevado también a que nuestra doctrina haya mantenido un fuerte e interesante debate sobre si la sinalagmaticidad debe o no formar parte de la estructura del contrato de trabajo; sobre las diferentes opiniones que han podido señalarse puede verse, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica...*; cit., págs. 349-379 y, especialmente, 386 y sgs. (v. también notas).

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica...*; cit., págs. 404 y sgs. En parecidos términos, ZOPPOLI, L., "L'art. 36 della costituzione e l'obbligazione retributiva", AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. I; cit., págs. 98, 99 y 119 y sgs. Si bien no negamos la necesaria protección de un cierto status social, creemos con ROMAGNOLI que éste no tiene porqué venir dado en función de la categoría o posición contractual de trabajador por cuenta ajena, sino más correctamente, por su posición en cuanto ciudadano ("Carta abierta a los juristas del trabajo. Trabajo y ciudadanía"; RDS, nº 19, 2002, especialmente, págs. 16 y 17).

<sup>66</sup> En este sentido parece expresarse también MOLINA NAVARRETE al afirmar que "para la configuración jurídica del salario, el concepto civilista clásico de conmutatividad o reciprocidad exige importantes revisiones o matizaciones (...)" ("La dimensión jurídico-salarial de los employee stock options plans: la doctrina legal ¿zanja o relanza la polémica?"; RTSS, Estudios Financieros, nº 229, 2002, pág. 55). *Vid.* también, MONEREO PÉREZ, J.L., "La crítica del contrato de trabajo en los orígenes del Derecho del Trabajo"; REDT, nº 96, 1999.

<sup>67</sup> Por todos, TREU, T. *Onerosità e...*; cit., especialmente, págs. 321 y sgs. y págs. 339-final.

<sup>68</sup> MENGONI, L., en (GIUGNI/MENGONI/VENEZIANI) "Tre comment alla Critique du Droit du Travail di Supiot"; DLRI, nº 67, 1995, 3, pág. 475; y ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y...*; cit., págs. 87 y sgs.

tes de que, frente a ello, otro sector de la doctrina mantiene que la subordinación y la ajeneidad “no actúan en el plano del «contrato de trabajo», sino en el plano de la «relación de trabajo», fruto del divorcio entre contrato (relación de cambio) y relación de trabajo (relación de producción)”<sup>69</sup>. Sin embargo, como decimos, no compartimos esta afirmación, pues como acertadamente se ha defendido “*in realtà, il divorzio fra contratto e rapporto risulta artificioso, poiché il secondo non può essere caratterizzato da elementi estranei alla causa del primo*”<sup>70</sup>.

Por todo ello, indudablemente, el ordenamiento laboral, impregnado además de las exigencias constitucionales manifestadas, no puede permanecer extraño a la peculiaridad con la que se prestan los servicios en la obligación laboral y a su objeto (fuerza de trabajo humana), lo que necesariamente le lleva a tener muy en cuenta y de forma inseparable al sujeto o factor humano, indesligable del propio acto de la prestación del trabajo<sup>71</sup>. Esto y las propias exigencias del contrato de cambio, reclaman que la retribución atienda en su causa a las necesidades sociales y humanas del propio trabajador, y en especial, protegerlo y mantenerlo en un estado óptimo<sup>72</sup>. Todo ello se traduce, entre otras cosas, en la necesidad humana de descansos periódicos debidos precisamente al desgaste físico, psicológico, intelectual, etc. que supone para el trabajador prestar su trabajo<sup>73</sup>, ya que, reiteramos, en su trabajo se ve implicada su propia persona<sup>74</sup>. Es lógico además que si el trabajador no puede cargar sobre el producto de su trabajo esos costes (al ser su trabajo apropiado *a priori* por el empresario) y por lo tanto, al no incluirse en lo percibido por él un lucro o beneficio especial por el fruto de su trabajo<sup>75</sup>, corresponda también a aquél (empresario) retribuirlos como parte unida al propio trabajo, esto es, como salario<sup>76</sup>.

<sup>69</sup> Por todos, DURÁN LÓPEZ, F., “Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: El poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador”; RPS, nº 123, 1979, págs. 15 y sgs.

<sup>70</sup> GALANTINO, L., *Qualità e rapporto...*; cit., págs. 20 y 21.

<sup>71</sup> SAVATIER, J., “Les salaires...”; cit., pág. 714; y HENNEBELLE, D., *Essai sur la notion de salaire*; Presse Universitaires d’Aix-Marseille, 2000, págs. 24 y 25. En la doctrina italiana, MENGONI, L., en (GIUGNI/MENGONI/VENEZIANI) “*Tre comment...*”; cit., págs. 474; y GRANDI, M., “*Il lavoro non...*”; cit., especialmente, págs. 573 y 574. *Textualmente*: “*il lavoro non è più protetto come un’astrazione oggettiva, di cui interdittore la mera considerazione commerciale, ma come un valore di refinito di diritti umani pertinenti alla persona*”; (ibidem, pág. 570).

<sup>72</sup> MARX, C., *El capital*, I; Fondo de Cultura Económica, 1986, págs. 179 y 180. En este sentido, resaltando la peculiaridad del factor trabajo y la insuficiencia de las reglas civiles para regularlo, SUPLOT, A., “*Pourquoi un droit du travail?*”; D.S., nº 6, 1.990, pág. 487. *Vid.* AJS nº 13, Madrid de 31 de julio del 2001 (A.L., nº 44, 2001, ref. 1638).

<sup>73</sup> D’ANTONA, M., “*Le nozioni...*”; cit., págs. 274, 279 y 280; y FARGNOLI, B., *La retribuzione*; Giuffrè Ed., 2002, pág. 128. También, AA.VV., *Memento Práctico. Salario 2002-2003*; Francis Lefebvre; 2001, pág. 32 (680)

<sup>74</sup> CORNÉLISSEN, C., *Théorie du salaire et du travail salarié*; Ed. Girard/Brière (Bibliothèque Internationale d’Economie Politique), 1908, pág. 36; y CRUZ REQUEJO, J.A., “Cumplimiento de la obligación retributiva”, en (AA.VV.) *Estudios sobre la ordenación del salario*; Universidad de Valencia, 1976, pág. 359. Como señala MONEREO PÉREZ: “el trabajador compromete en su trabajo toda su personalidad (...), más allá de la unilateral atención prestada a la dimensión objetiva del trabajo mismo” (“Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”; R.L., nº 15/16, 2001, págs. 17 y 20). Un desarrollo amplio del tema en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica...*; cit., págs. 166 y sgs. (sus implicaciones constitucionales, págs. 196 y 197).

<sup>75</sup> SALA FRANCO/LÓPEZ MORA; “Art. 1.1. Contrato de Trabajo”; cit., págs. 27 y 28. Sobre esta idea de la ajeneidad en la economía clásica; MARX, C., *El capital*, I; Fondo de Cultura Económica, 1986, pág. 137

<sup>76</sup> Sobre todo ello, *vid.* CABRERA BAZÁN, J., “Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo”, en (AA.VV.) *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*; Tecnos, 1980, págs. 170 y sgs.; y ZOPPOLI, L., “*L’art. 36 della...*”; cit., págs. 122 y 126, quien añade que ciertos supuestos en los que, pese a no existir trabajo, se debe el salario (*v. gr.* descansos, festivos, etc.), también responden al interés del empresario de tener al trabajador “*in piena efficienza psico-fisica*”. Esto ha llevado a afirmar que “*l’interesse alla sal-*

Por otro lado, la razón por la que el empresario debe retribuir al trabajador cuando no haya prestación de servicios por parte de éste (art. 30 TRET), ni tampoco nos encontremos dentro de algunos de los supuestos de los calificados como “periodos de descanso computables como de trabajo” (art. 26.1 TRET), hay que buscarla tanto en la insuficiencia de esa expresión, por cuanto deja fuera periodos no trabajados retribuidos con salario pero que no son considerados como de descanso (v. gr. art. 37.3 TRET), como sobre todo en la dependencia y en la ajenidad<sup>77</sup>. Así es, el contrato de trabajo hace un determinado reparto de los riesgos con el objeto de que sobre el trabajador no recaigan los que son propios del proceso productivo, que corresponde soportar al empresario, del que sólo podrá librarse en los supuestos de fuerza mayor<sup>78</sup>. Además, si permitiésemos que el simple hecho de no prestar trabajo pudiera condicionar por sí el derecho del trabajador a percibir su salario, se estaría contraviniendo el art. 1.256 C.Civ., por cuanto que al corresponder al empresario el poder de dirección y organización (y la consecuente dependencia jurídica del trabajador), podría determinar cuándo se presta el trabajo y por ende, cuándo se tiene derecho a la retribución<sup>79</sup>. Efectivamente, si del empresario depende que el trabajador pueda prestar sus servicios y de esta prestación depende a su vez la percepción del salario, aquél no se estaría obligando realmente, ya que cumplir su prestación (retribuir) requeriría de su voluntad de suministrar o no trabajo<sup>80</sup>.

Finalmente, considerar que la causa del salario es el trabajo subordinado también permite explicar el carácter estrictamente salarial de aquellas partidas que no conseguían ser explicadas desde una estricta postura contractualista: participación en beneficios, primas de productividad colectiva, etc.<sup>81</sup>. Si aplicamos la ya mencionada teoría contractualista, es realmente difícil poder conectarlas (reciprocidad) con la prestación de servicios del trabajador particular, ya que el derecho a su devengo, su cuantía, etc. quedan al margen de cuál sea su aportación real y concreta<sup>82</sup>. En efecto, considerar que causa del salario es la prestación subordinada de trabajo, implica la inclusión del trabajador dentro de la organización productiva de su empresario y en consecuencia, que aunque esas partidas puedan quedar desvinculadas de los servicios efectivamente prestados por el trabajador, sí se conectan con el hecho de que esa prestación se rea-

*vaguardia della salute del lavoratore (...) fa parte del sinallagma contrattuale (...)*; en *“Irrelevanza dello sciopero ai fini del trattamento retributivo per il lavoratore in malattia”*, Il Diritto del Lavoro (Parte II), nº 6, 1999, págs. 526 y 529

<sup>77</sup> Como han señalado SALA FRANCO/LÓPEZ MORA (“Art. 1.1. Contrato de Trabajo”; cit., págs. 8 y sgs.), no debemos confundir este concepto de ajenidad con el de trabajos por cuenta ajena en el ámbito civil y mercantil.

<sup>78</sup> JUANES FRAGA, E., “Derecho al salario sin...”; cit., págs. 148, 159 y 160. En derecho francés, véase DURAND, P., « Le particularisme du...»; cit., pág. 300; y REVET, T., *La force de travail*; cit., págs. 319 y sgs.

<sup>79</sup> JUANES FRAGA, E., “Derecho al salario sin...”; cit., págs. 159 y 160.

<sup>80</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. II, vol. 1º, 1983; Bosch, pág. 446 (especialmente, nota 1). Sin perjuicio de la indemnización (que no salario) que corresponda al trabajador por tal perjuicio.

<sup>81</sup> Sin embargo, sí debe subrayarse cómo algunas de estas partidas, al vincular su percepción y cuantía a los resultados de la empresa, parecen desdibujar esa ajenidad en los riesgos que define al contrato de trabajo, aunque no tenga por qué suponer una transformación del contrato de trabajo siempre que se respeten unas mínimas exigencias; al respecto D'ANTONA, M., “La retribuzione ad incentivi”; en *Opere*; cit., pág. 1049-1052.

<sup>82</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1.997*, Tirant Monografías, nº 86, 1.998, págs. 41 y 42; GARCÍA ORTEGA, J., “El salario en régimen de participación en beneficios”, en DE LA VILLA GIL (Coord.) *Estudios Sobre el Salario*, ACARL, Madrid, 1.993, pág. 505. Sobre su concreción práctica por los negociadores, COSTA REYES, A., “La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva”; R.L., nº 7, 1999, pág. 46.

liza dentro de ese ámbito de organización y producción que es la empresa. En conclusión, con esas partidas se está retribuyendo también el trabajo por cuenta ajena y dependiente (dentro de esa concreta organización).

## B. Naturaleza jurídica

### 1. Negación de la naturaleza alimentaria

Algunos autores defienden la naturaleza alimentaria del crédito salarial, alegando para ello que en su determinación y régimen jurídico se tienen en cuenta las necesidades personales del trabajador y su familia, y que con él se pretende garantizar al trabajador una renta mínima para sufragar sus condiciones de vida y el sustento personal y familiar<sup>83</sup>. Con este fundamento se explicarían por sí solas, según otros autores –y entre otras cosas– las actuales garantías y privilegios del salario<sup>84</sup>.

En un primer momento histórico se tiende a esa equiparación entre salario y alimentos, para evitar tener que someterlo a las reglas generales de los contratos, deudas, etc., porque éstas implicaban grandes perjuicios y situaciones lamentables en las condiciones de vida de los trabajadores<sup>85</sup>. Pero no creemos que actualmente sea sostenible esa opinión, y sin que esto suponga negar la exigencia de tener en cuenta dichas necesidades –reconocida por el propio constituyente en el art. 35 CE–, ni el hecho innegable de que esa finalidad cuasi alimentaria del salario supuso grandes transformaciones del concepto de salario<sup>86</sup>. En efecto, si analizamos los créditos alimentarios y los comparamos con el salarial, vemos que son más las diferencias que las semejanzas, pues pese a la asimilación originaria, lo cierto es que la deuda salarial no se ajusta no sólo a la teoría civil de las obligaciones en general sino mucho menos a las deudas alimentarias en particular<sup>87</sup>.

En primer lugar, el crédito salarial y el alimentario tienen un origen bien distinto: aquél es debido como consecuencia de una relación laboral creada entre dos partes (trabajador-empresario) y por lo tanto, de origen contractual. Sin embargo, los alimentos derivan y nacen por una pura exigencia legal<sup>88</sup>.

<sup>83</sup> PIGNARRE, G., "Le regime juridique des creances salaires"; DS, 1997, pág. 589. Más recientemente, FARGNOLI, B., *La retribuzione*; cit., págs. 50, 53 y 126.

<sup>84</sup> RIVERO/SAVATIER, *Droit du travail*; cit., pág. 636.

<sup>85</sup> Como explica LYON-CAEN, G. (*Le salaire*; cit., pág. 443), es la asimilación originaria entre salario y crédito alimenticio la que permitió extender a los trabajadores un régimen más protector.

<sup>86</sup> PIPPI, F.; *De la notion de salaire...*; cit., pág. 145.

<sup>87</sup> LYON-CAEN, G., "Le role des principes généraux du droit civil en droit travail", *Reveu Trimestral du Droit Civil*, 1.974, pág. 245; y HENNEBELLE, D., *Essai sur la...*; cit., págs. 220. Seguiremos parcialmente el esquema de análisis de BORRAJO DACRUZ, E., "Configuración..."; cit., págs. 24 y sgs.

<sup>88</sup> Partimos de un concepto estricto de alimentos, pues desde una visión laxa, nada impediría aceptar como tales los que tienen su origen en un contrato o acuerdo; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, T. IV*; Bosch, 1985, pág. 281.

Por otro lado, uno y otro crédito no responden a la misma causa, ya que mientras que el salario, como hemos visto, es contraprestación por el trabajo subordinado, el crédito alimentario responde a los deberes familiares de socorro; esto es, el fundamento se encuentra en el vínculo de solidaridad y en la comunidad de intereses que representa el grupo familiar, pues tanto la causa que las justifica como las personas implicadas están unidas por vínculos de familiaridad (art. 143 C.Civ.), no existiendo contraprestación alguna<sup>89</sup>. Algo que es completamente ajeno a la relación laboral<sup>90</sup>.

En segundo lugar, en los alimentos la determinación del *quantum* está condicionado únicamente por las necesidades del alimentario y por la capacidad económica del alimentista (art. 146 C.Civ.)<sup>91</sup>. Sin embargo, en la relación laboral no se hace referencia a estas circunstancias<sup>92</sup>, ya que en muy escasas ocasiones el trabajador concreto y sus circunstancias personales y familiares son tenidas en cuenta para fijar su salario<sup>93</sup>. De igual forma y a diferencia del crédito alimenticio (art. 147 C.Civ.), en el salario no se tienen en cuenta los cambios en la situación económica de ambas partes, ya que en principio el trabajador no tiene condicionado el percibo de su salario a la situación económica de la empresa, pues la especial trascendencia social que tiene su salario (fruto de la ajenidad) lleva a que el trabajador no deba ver afectado el pago del mismo pese a situaciones de crisis de la empresa, manteniendo su derecho a recibir exacta y puntualmente su salario, con independencia de todo ello<sup>94</sup>. Jurídicamente distinto es que el trabajador pueda verse afectado debido tanto a los mecanismos expresamente previstos para situaciones de crisis (*v. gr.*, “cláusulas de descuelgue”), como a la proliferación creciente de las partidas variables, ligadas a índices de productividad, beneficios, etc.<sup>95</sup>. De la misma forma, las alteraciones en la situación personal y/o económica del trabajador no supondrán *a priori* ni necesariamente cambio alguno en su salario<sup>96</sup>.

Por último, la concurrencia del crédito alimenticio y el salarial no se resuelve conforme a las reglas de estos últimos (arts. 144 y 145 C.Civ.), sino que termina primando el primero sobre el segundo. La expresión más clara de ello lo vemos en materia de embargos, donde los créditos alimenticios priman sobre el principio de inembargabilidad parcial del salario (art. 608 LEC).

<sup>89</sup> CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil Español, Común y Foral, T. V, vol. 2º; Reus, 1985, pág. 359. De hecho, el apoyo constitucional de uno y otro son diferentes, pues mientras el salario ya vimos que se encuentra en el art. 35 CE, los alimentos lo hacen en el art. 39 CE.

<sup>90</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo; cit., pág. 415. Señala GRANDI, M. (“Il lavoro non...; cit., pág. 559): “la realtà dello scambio (...) qualifica la funzione causale fondamentale del rapporto (di lavoro)”.

<sup>91</sup> Sobre este tema, *vid.* ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. IV; Bosch, 1991, págs. 19 y sgs.

<sup>92</sup> LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., pág. 3.

<sup>93</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; cit., pág. 371.

<sup>94</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M; “Extinción del contrato por voluntad del trabajador”; REDT, nº 100, 2000, págs. 1080 y 1081. En derecho comparado, LYON-CAEN, G., Le Salaire; cit., pág. 368.

<sup>95</sup> Sobre esta idea, *vid.* MERCADER UGUINA, J.R., Modernas tendencias en la ordenación salarial; Aranzadi, 1996. Sobre su desarrollo en Italia, *vid.* D'ANTONA, M., “La retribuzione ad incentivi”; en *Opere*, T. III, 2000, págs. 1045 y 1046.

<sup>96</sup> Ejemplo claro de ello es que el trabajador puede percibir diversos salarios, en función, por ejemplo, de que realice otro trabajo distinto para el mismo empleador o que trabaje para diferentes empleadores, y sin que exista ninguna incompatibilidad entre ambas percepciones; PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., págs. 88 y 89.

En definitiva, la única razón que pretendidamente se alega para asemejar en ocasiones ambos créditos es determinar el régimen jurídico aplicable al salario, lo cual no tiene por qué afectar a su naturaleza jurídica<sup>97</sup>. El salario responde a la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena (subordinado), lo que no significa olvidar el alcance social que tiene en cuanto renta básica para la gran mayoría de las personas y familias, y que puede justificar un régimen jurídico más protector que el de los créditos ordinarios en general<sup>98</sup>. Sin embargo, como veremos, son también otras las razones las que van a demandar una especial tutela por parte del legislador, debidas en mayor medida a las notas de dependencia y ajenidad que definen la relación laboral<sup>99</sup>.

## 2. Unidad de causa y de naturaleza. Diversidad de régimen jurídico

Que el trabajador disponga únicamente de su trabajo para poder conseguir los recursos necesarios, supone que su salario debe servir para cubrir sus necesidades personales y familiares (ex art. 35 CE)<sup>100</sup>. Sin embargo, querer identificar lo que percibe el trabajador con los créditos alimentarios es, como hemos visto, jurídicamente erróneo<sup>101</sup>.

De nuevo constatamos la insuficiencia de las categorías civiles para responder a las figuras laborales, sobre todo en el ámbito del crédito salarial<sup>102</sup>. Se trata éste de un crédito con un contenido y una función social innegables por las razones antes apuntadas; pero distinto es reconocer al crédito salarial una trascendencia de este tipo que considerarlo como crédito alimenticio, ya que este error de base condiciona enormemente la solución de diversas operaciones económicas a las que deba someterse el crédito salarial y que veremos en este trabajo<sup>103</sup>.

Ahora bien, el legislador no puede obviar que el trabajador precisa de su salario para poder disponer de una renta mínima vital, ni las limitaciones a las que se ve sometido por prestar su trabajo subordinado. De esta forma se establece un régimen jurídico tendente a garantizar esos mínimos vitales y que tenga en cuenta la situación en la que se encuentra el trabajador, al que la subordinación, si bien le podría evitar tener que soportar ciertos riesgos, también le limita el acceso a determinados mecanismos de garantía frente a su empresario.

<sup>97</sup> PIPPI, F.; De la notion de salaire...; cit. , pág. 228.

<sup>98</sup> RIVERO/SAVATIER, Droit du Travail; cit., pág. 595.

<sup>99</sup> PIPPI, F.; De la notion de salaire...; cit. , pág. 40; y PIGNARRE, G., "Le regime juridique des..."; cit., pág. 589.

<sup>100</sup> Véase la explicación económica de ello, en MARX, C., El capital, I; cit., pág. 125.

<sup>101</sup> Para un estudio más detallado de estas diferencias, puede verse la monografía de COBACHO GÓMEZ, J.A., La deuda alimenticia; ed. Montecorvo, 1990; especialmente, págs. 15 y sgs. y 25 y sgs. Se señala así que el salario puede tener una naturaleza alimentaria desde un punto de vista sociológico, pero no jurídico; LLUIS Y NAVAS, J., Manual de Derecho Laboral; cit., pág. 168.

<sup>102</sup> Liasons Sociales, "Le salarie", n° 12.413, 1997, pág. 3.

<sup>103</sup> Señala SAVATIER, J. ("Les salaires..."; cit., pág. 710), que el salario tiene una función alimenticia, en cuanto que debe garantizar al trabajador una estabilidad suficiente, sin embargo, afirma que el salario es también el precio del trabajo.

Entendemos también que existe una parte del salario que pretende garantizar al trabajador cubrir al menos lo esencial. En este sentido se puede hablar de que esa parte del salario cumple una función *quasi*-alimentaria, y de ahí que esa porción esté sometida a un régimen jurídico específico. Generalmente, ese mínimo del salario se identifica históricamente con el SMI, aunque éste sólo responda parcialmente a las exigencias de suficiencia del art. 35.1 CE<sup>104</sup>. Es cierto que si sometemos el SMI a un análisis comparativo con las deudas alimentarias, vemos como existen algunas similitudes, principalmente, la idea de que responde prioritariamente a esa función alimentaria<sup>105</sup>.

En primer lugar, porque aunque su percepción requiere de la existencia de trabajo, su cuantía no está determinada con relación al trabajo prestado, sino que es un mínimo general aplicable a cualquier sector o profesión, con el objetivo de cubrir elementos esenciales de la vida<sup>106</sup>. Las revisiones en su monto no tienen en consideración los cambios en ningún sector o profesión, sino que generalmente atiende a datos referidos al coste de la vida, procurando garantizar o mantener permanente el poder adquisitivo de su receptor (art. 27 TRET), si bien el legislador ha descuidado en muchas ocasiones esta exigencia<sup>107</sup>. Tercero, porque es inembargable frente a los acreedores no alimentarios del trabajador, lo que manifiesta ese espíritu de garantizar unos ingresos que aseguren un suelo mínimo de cobertura<sup>108</sup>.

Por lo tanto, esa parte del salario que coincide con el SMI o con la cifra que el legislador ha entendido como mínima, sí puede asimilarse en su protección y garantías a los alimentos, como de hecho hace el legislador al extender la garantía de la inembargabilidad propia de los alimentos a una parte del salario (arts. 607 LEC)<sup>109</sup>. Pero eso no supone, como decimos, desnaturalizar el salario, sino simplemente traer los principios del régimen jurídico de alimentos a esa cuota<sup>110</sup>. Por encima de esta

<sup>104</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "Inembargabilidad y embargabilidad de las pensiones"; R.L., 1989-II, págs. 37 y 38. También, manifestando sus dudas de que el SMI sea la plasmación de la exigida suficiencia, DURÉNDEZ SÁEZ, I., La regulación del salario en España; CES, 1997, pág. 129.

<sup>105</sup> Sobre las distintas funciones que el SMI ha tenido en el derecho europeo y occidental en general, *vid.* CSERC, Le SMIC; La documentation Française, Paris, 1999, especialmente, págs. 15 y sgs. y 46 y sgs.

<sup>106</sup> Como señala SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. ("Instrumentación jurídica del principio de suficiencia del salario"; RPS, nº 85, 1970, pág. 183): El SMI "no tiene en cuenta de modo específico la contraprestación de trabajo exigible para la entrega de salario", pues su fijación "atiende a un interés social".

<sup>107</sup> En este punto convendría resaltar la continua pérdida de poder adquisitivo de los trabajadores, sobre quienes en muchas ocasiones parece pesar los criterios de control de la inflación, hasta el punto de que la moderación salarial que se les exige les lleva a que sus salarios crezcan incluso por debajo del IPC; RUESGA BENITO/RESA NESTARES, "Informe cuatrimestral de coyuntura laboral"; R.L., nº 3, 2001, págs. 92 y 93. Y en relación con ello creemos oportuno repetir aquí las palabras de ADAM SMITH: "La retribución abundante del trabajo (...) también es el síntoma natural de una riqueza nacional creciente. La magra subsistencia del trabajador, por otro lado, es el síntoma natural de que las cosas están estancadas (o que) están retrocediendo rápidamente" (La riqueza de las naciones; Alianza ed., 1994, pág. 119).

<sup>108</sup> LYON-CAEN/PELLISSIER/SUPIOT, Droit du Travail; cit., pág. 962. En este sentido, REVET, T., La force de...; cit., pág. 411 y 412.

<sup>109</sup> GARRIDO, J.M., Tratado de las preferencias del crédito; Civitas, 2000, pág. 398, nota 366.

<sup>110</sup> En efecto, aunque se niegue la equiparación jurídica entre ambos, se siguen asimilando para poder extender al salario las garantías propias de los alimentos; Encyclopedie Dalloz, T. IV, R-V, voz SALAIRE (paiement), 1977, pág. 2; y HENNEBELLE, D., Essai sur la...; cit., págs. 221 y sgs.

cuantía sigue existiendo otra serie de cantidades que igualmente disfrutan de una especial tutela, también éstas van a tener en cuenta las especiales características de la relación de trabajo y que son también las que van a justificar esas medidas proteccionistas.

En conclusión, no existe diversidad de naturaleza jurídica dentro del crédito salarial, pues todo él responde y obedece a la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena. Pero existe un régimen jurídico distinto según el tramo al que estamos haciendo referencia, ya que cuanto más no alejemos del mínimo vital, lo cierto es que el régimen aplicable tiende a asimilarse al de cualquier crédito ordinario en general<sup>112</sup>.

## II. Requisitos, características y concepto

Identificada la causa del salario, conviene ahora analizarlo en cuanto prestación debida por el empresario, esto es, identificar cuál sea el contenido u objeto de la obligación a la que éste se ha comprometido.

Las dificultades a las que hemos estado haciendo referencia sobre la cuestión del salario, su determinación y delimitación frente a otras partidas que recibe el trabajador del empresario exigen, a nuestro modo de ver, que necesariamente aclaremos cuáles son las características que identifican a la prestación salarial. Obviamente ello nos será de gran ayuda para excluir algunas partidas o para poner en evidencia algunas deficiencias a las que lamentablemente nuestra negociación colectiva no ha sabido responder adecuadamente. Esta cuestión enlaza, como decimos, con la delimitación del carácter salarial o no de determinadas partidas; tema éste, sin duda, de gran trascendencia, pues como ya hemos afirmado, el papel central del salario en el contrato de trabajo puede condicionar la existencia jurídica del mismo, así como identificar qué partidas servirán al cómputo del salario mínimo legal o convencional, etc.

Tomando en cuenta lo dicho más arriba sobre el aspecto positivo (crédito) y negativo (prestación/deuda) de la obligación salarial, trataremos en un primer momento los requisitos de la prestación a la que tiene derecho el trabajador, para posteriormente, referirnos a las características del crédito salarial.

---

<sup>112</sup> De esta opinión, CHAGNY, Y., "La situation des salariés de l'entreprise en difficulté"; cit., pág. 751.

## A. Requisitos de la prestación salarial

Como toda prestación, también la salarial ha de cumplir unos requisitos mínimos cuya existencia condiciona el propio nacimiento de la obligación<sup>113</sup>. Es por ello que nos parece conveniente analizarlos, porque en último término, pueden determinar la naturaleza y la existencia del crédito al que tiene derecho el trabajador. A su vez, hay que tener presente lo señalado en el art. 9 TRET para supuestos en los que el trabajador haya ya prestado su trabajo, pues en cuanto a nosotros interesa, se produce una superación o cierta "ineficacia de la invalidez" con las que el Derecho civil sanciona, entre otros, la falta de las exigencias que ahora enunciamos<sup>114</sup>.

### 1. Licitud

Para resolver las cuestiones relativas a este tema, debemos poner en conexión los arts. 1271 a 1275 del C.Civ. La prestación es ilícita ya porque lo sea en sí misma, ya porque lo sea la contraprestación en la que tiene su causa<sup>115</sup>. Siguiendo esto, y como ya vimos anteriormente, en los contratos onerosos la causa de cada una de las prestaciones debidas por las partes se encuentra en la prestación o promesa a la que cada obligado se compromete (art. 1274); señalándonos ahora el art. 1275 C.Civ. que no producen efectos los contratos (obligaciones) cuando su causa se opone a las leyes o la moral.

De estos preceptos nos surgen dos cuestiones: por un lado, qué ocurre en los supuestos en los que la prestación salarial tiene su causa en una prestación ilícita del trabajador (comisión de algún delito, ejercicio de la prostitución, determinados trabajos realizados por un menor, etc.). Y por otro, qué ocurre cuando la propia prestación salarial del empresario es ilícita (por ejemplo, cuando la cuantía pactada contraviene los mínimos legales o convencionales: SMI, etc.)<sup>116</sup>. Uno y otro supuestos pueden llevar a consecuencias distintas, de ahí que procedamos a un análisis separado.

<sup>113</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º, 7ª ed., Bosch, 1983, pág. 19 y FERRARO, G. I contratti...; cit., pág. 35. Sobre la diferencia entre elementos y requisitos, *vid.* GARCÍA VALVERDE, M.D., "Los elementos esenciales del contrato de trabajo: visión jurisprudencial"; D.L., nº 45, 1995-I, pág. 93.

<sup>114</sup> TREU, T., Onerosità e...; cit., págs. 58, 146 y 147; y ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 206. Con todo, debe precisarse que la nulidad no tiene por qué suponer inexistencia de todo efecto, siendo por ello compatible con otras posibles consecuencias, VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones y contratos, Tirant lo Blanch, 1994, págs. 421 y 422. También se alegan razones sociales para justificar el derecho del trabajador a su retribución, pese a la nulidad del contrato; DJOUDI, J; "Les nulités dans les relations individuelles de travail"; Rec. Dalloz (Chr.), 1995, pág. 192.

<sup>115</sup> SANCHO REBULLIDA, F., "La causa de la..."; cit., págs. 160 y 161. La ilicitud de la causa puede derivar no sólo de que ésta sea ilícita en sí, sino también de la finalidad que las partes buscan con el negocio, *vid.* DIEZ- PICAZO/GULLÓN, Sistema de...; cit., vol. I, 1990, pág. 530 y 531.

<sup>116</sup> El SMI debe respetarse siempre y en todo caso, en proporción a la jornada que retribuye y con independencia de cuál sea el sistema o la forma de retribución (por unidad de tiempo o de obra, mixta, etc.); GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago del salario", en Comentarios a las Leyes Laborales, «Nuevo régimen jurídico del salario»; EDESA, vol. 1, 1994, pág. 268. En el derecho comparado, LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., págs. 53, 54, 206 y 207; y CABINET BARTHÉLÉMY ET ASOCS./IEEIT, "Les clauses du contrat individuel de travail relatives à la rémunération"; Études et Chroniques, nº 366, Semaine Juridique, J-C. per., nº 24, 1994, págs. 290 y 291. Sobre la semejanza económica entre salario por tiempo y por unidad de obra; *vid.*, MARX, C., El capital, I; cit., págs. 463 y 464.

### a. Prestación ilícita del trabajador

En estos casos, de considerar no aplicable lo previsto en el art. 9 TRET y si seguimos lo preceptuado en los arts. 1305 y 1306 C.Civ., tendremos que concluir que al ser nulo dicho contrato, el trabajador no tendrá derecho a percibir su contraprestación (salario)<sup>117</sup>. Pero conviene analizar estas normas civiles a la luz de los principios que inspiran el Derecho del Trabajo ante la ya reiterada insuficiencia de las reglas civiles, pues las consecuencias que de ello pueden derivarse son importantes<sup>118</sup>.

Entiende parte de nuestra doctrina que si se trata de trabajos en los que la ilicitud es esencial, por serlo en sí la prestación a la que se compromete el trabajador, resolveremos que ninguna de las partes podrán reclamarse ni exigirse el cumplimiento de las prestaciones a las que se hayan comprometido<sup>119</sup>. En supuestos como estos no son aplicables los mecanismos de conservación del negocio y por lo tanto, tampoco sería de aplicación lo recogido en el art. 9.2 TRET<sup>120</sup>.

Sin embargo, considero que es preciso matizar y distinguir dos supuestos: Por un lado, aquellos casos en los que la ilicitud deriva de que la prestación en sí es un hecho susceptible de sanción penal (tráfico de drogas, “trata de blancas”, etc.), en los que el art. 9.2 TRET cede ante lo preceptuado en el art. 1305 C.Civ. en aras a garantizar el mínimo de orden social que pretende el derecho penal, por lo que el negocio carecería de todo efecto, siempre y cuando, obviamente, el trabajador tenga conocimiento de la ilegalidad del hecho, pues de lo contrario sí entraría en juego el art. 9.2 TRET<sup>121</sup>. Y por otro, aquéllos en los que la causa de la nulidad sea otra distinta (inmoralidad del objeto o la causa –v. gr. prostitución–), ya que en éstos considero que debe desplegarse el art. 9.2 TRET, sin perjuicio de la nulidad del contrato, pero debiéndose abonar al trabajador los salarios que les son debidos<sup>122</sup>. A la misma conclusión habría que llegar cuando la prestación del trabajador no es en sí el ilícito penal, pero sí queda inserto su trabajo en una actividad prohibida por la ley (v. gr., camarero que trabaja en un negocio de juego clandestino, o en un prostíbulo), pues lo contrario (excluir

<sup>117</sup> Sin embargo, algún autor ya señaló que no existe una situación diferente en el ámbito civil y la prevista en el ordenamiento laboral, pues la aplicación del art. 1303 C.Civ., llevaría a la misma solución que el art. 9 TRET; PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., Nulidad parcial del contrato de trabajo; Tecnos, 1975, págs. 142 y 143. No comparto esta solución, pues lo que el trabajador obtendría de no existir este precepto laboral sería una indemnización equivalente al salario no percibido, y no salario en sentido estricto, razón por la cual entiendo que lo que el art. 9 TRET viene a establecer es una nulidad *ex nunc*.

<sup>118</sup> Se trata de aplicar el espíritu protector que caracteriza al Derecho del Trabajo a situaciones no previstas, PÉLISSIER, J., “Droit civil et contrat individuel de travail”; D.S., nº 5, 1988, págs. 391 y sgs. A favor de esa autointegración del Derecho del trabajo, *vid.* DURAND, P., « Le particularisme du...»; *cit.*, pág. 303.

<sup>119</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo; *cit.*, pág. 285 y 286.

<sup>120</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de Derecho del trabajo, T.I, 1991-1992, t/6, pág. 5. El art. 9 TRET se muestra como un claro reflejo del principio de conservación del negocio; PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., Nulidad parcial...; *cit.*, pág. 71.

<sup>121</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* GIL SUÁREZ, L., “Validez e invalidez del contrato de trabajo”; REDT, nº 100, págs. 363 y 366.

<sup>122</sup> HAVA GARCÍA, E., “Prostitución y delitos contra los derechos de los trabajadores”, RDS, nº 11, 2000; en especial, págs. 184 y 185 y jurisprudencia citada. Véase asimismo el voto particular a la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 4 de diciembre de 2003 (AS 3638). De opinión contraria, RIVERO LAMAS, J., “Tipificación y...”; *cit.*, págs. 171 y 172; y PIGNARRE, G.; JURIS CLASSEUR, Travail, Vol. 3, Fasc. 26-22, 1.999, pág. 3.

la posibilidad de retribución en esos casos) implicaría desconocer la finalidad perseguida con el art. 9 TRET y el propio principio de ajenidad<sup>123</sup>.

Aunque sólo sea brevemente, quisiéramos recoger la afirmación judicial de que en los casos de prostitución nunca podrá existir una actividad por cuenta ajena, pues la “necesidad de consentimiento de la trabajadora (para el yacimiento carnal), anularía el poder de dirección y la naturaleza de contrato de trabajo”, ya que “la capacidad de decidir y la libertad sexual está por encima de la pretendida dirección y organización empresarial” (art. 5.c) TRET)<sup>124</sup>. Frente a esta posición, consideramos que sería perfectamente posible que ciertas actividades como la prostitución pudieran desarrollarse por cuenta ajena (como de hecho ocurre en otros países de nuestro entorno)<sup>125</sup>. Adviértase que esta consideración es contraria a que pueda implicar algunas matizaciones al poder empresarial en atención a otros derechos que deben tutelarse. Efectivamente, limitar el poder de dirección empresarial no implica negar la existencia de contrato de trabajo, pues como bien señala el art. 5.c) TRET, el trabajador debe cumplir aquellas órdenes del empresario que lo sean en el ejercicio regular de sus facultades, de tal forma que no elimina ese poder el hecho de que determinados comportamientos del trabajador requieran su consentimiento previo, o al menos, que no conste su negativa, puesto que aquél poder conseguiría manifestarse también en otras cuestiones (v. gr., sometiéndose a un horario, exigir una vestimenta determinada, lugar de trabajo, etc.)<sup>126</sup>; y sin perjuicio de la ponderación de los derechos implicados y de las modulaciones que los derechos fundamentales tienen al insertarse el trabajador en una relación laboral<sup>127</sup>. En definitiva, partiendo de la necesaria regulación de tales actividades, se trataría, como en otras ocasiones, de “valorar en cada caso concreto, hasta qué punto la libertad (organizativa del empresario) resulta afectada, vulnerada o desconocida por el ejercicio del derecho fundamental” (o la dignidad)<sup>128</sup>.

## b. Prohibición o limitación legal al empresario

Diferente será la solución cuando la ilicitud derive no ya de que la prestación del trabajador sea esencialmente ilícita, sino porque la ley imponga a la prestación del empresario determinadas exigencias que no son respetadas. En aquellos casos en los que el

<sup>123</sup> TREU, T., Onerosità e...; cit., págs. 192-194. Algunos ejemplos en relación con la actividad en lugares de alterne, BENLLOCH SANZ, P., “¿Trabajadores del sexo? En torno al carácter laboral de la actividad de «alterne»”; AS, nº 17, 2004, págs. 66 y 67.

<sup>124</sup> SJS de Vigo, nº 2, de 9 de enero de 2002 (AS 260).

<sup>125</sup> En Holanda, por ejemplo, se ha despenalizado el ejercicio de la prostitución por cuenta ajena. <http://www.nodo50.org/mujeresred/holanda-prostitucion.html>. Incluso responsables de la OIT han manifestado expresamente que “en el caso de la prostitución de los adultos, se puede adoptar el criterio de que, allí donde se permite la prostitución, se deben ofrecer a los trabajadores del sexo unas condiciones de trabajo adecuadas y aplicárseles la legislación laboral igual que al resto de los empleados”; Entrevista realizada a la Dra. Lin Lean Lim, editora de “The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia”; Revista de la OIT, nº 26, 1998 (<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/inf/magazine/26/sex.htm#ref1>).

<sup>126</sup> BENLLOCH SANZ, P., “¿Trabajadores del sexo?...”; cit., págs. 64 y 65.

<sup>127</sup> Vid. LASKOWSKI, S.R., “The New German Prostitution Act –An important step to a more rational view of prostitution as an ordinary profession in accordance with European Community Law”; The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations; vol. 18, Issue 4, 2002, especialmente, págs. 482 y 483.

<sup>128</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.D., Poder de dirección y...; cit., pág. 329.

empresario estipule un salario inferior al mínimo legal o convencional o establezca una discriminación salarial, etc., el resultado no será la nulidad radical del negocio, pues ello pudiera beneficiar a quien estableció esa cláusula (en general, el empresario). El ordenamiento laboral opta en estos casos por el principio de conservación del negocio, declarando nulas esas partes y completándolas con los preceptos jurídicos adecuados a su legitimidad, subsistiendo el resto del contrato (art. 9 TRET)<sup>129</sup>.

## 2. Determinado o determinable

Como elemento esencial del contrato de trabajo, también es predicable de la prestación salarial que ésta se encuentre determinada al momento de surgir la obligación, o que al menos se hayan fijado los criterios para su determinación posterior<sup>130</sup>. La determinación juega un papel básico en el nacimiento y validez del contrato y del cumplimiento de la prestación (salarial en este caso), pues sólo la adecuación de lo realizado y lo programado supondrá el cumplimiento de lo debido, en otro caso, estaremos ante un incumplimiento<sup>131</sup>.

En este sentido, el art. 1273 C. Civ. nos indica que la indeterminación puede serlo en cuanto a la especie o referida a la cuantía<sup>132</sup>. Respecto al primero de ellos, parece no existir mayores problemas, pues los arts. 26.1 y 29.4 TRET nos resuelven esta problemática al manifestar que el salario se pagará en dinero y, en su caso y parcialmente, en especie.

Queda por resolver sin embargo la segunda de las cuestiones, esto es, la especificación de su cuantía. Al respecto el C.Civ. establece dos reglas: La primera, que esa posible indeterminación no condicionará la existencia del contrato si puede concretarse sin necesidad de un nuevo convenio entre las partes. Y segunda, que dicha determinación no se deje al arbitrio de una de las partes (arts. 1449 y 1690.2º C.Civ.). Es por ello que no es fácil la existencia de supuestos de este tipo en el ámbito laboral, pues de no fijar las partes el *quantum* salarial, siempre se podrá estar a lo establecido por el convenio aplicable o, en su defecto, por los mínimos legales<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> Solución similar a la adoptada en derecho civil, VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 426.

<sup>130</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º; Bosch, 1983, págs. 22 y sgs. Debe señalarse también que la normativa comunitaria ha introducido como derecho del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo el conocer la cuantía de su salario, *vid.* MOLINA GARCÍA, M., "El derecho de información del trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo"; RDS, nº 7, 1999, pág. 52.

<sup>131</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 103.

<sup>132</sup> El término especie recogido en la normativa civil debemos entenderlo como género; *cfr.* ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 27.

<sup>133</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Instrumentación jurídica...; cit., pág. 181, y GIL SUÁREZ, L., "Validez e invalidez...; cit., pág. 362. Como señala la STSJ de Andalucía/Sevilla (A.L., nº 37, 1999, ref. 1553), la falta de prueba de la cuantía salarial no puede ser suplida sin más con el SMI, sino que se ha de indagar y aplicar el correspondiente según el Convenio vigente.

Esta cuestión enlaza con la existencia de partidas en las que su cuantía no es conocida *a priori*, sino que su montante es variable, en función de ciertos factores. En principio, el que haya partidas de este tipo no tiene por qué afectar a la determinabilidad del salario, pues una y otra son cuestiones diferentes: la variabilidad se conecta con la incertidumbre de cuál sea el *quantum*, mientras que la determinabilidad lo hace con la existencia de criterios que permitirán conocer finalmente el contenido de la prestación. Ahora bien, teniendo en cuenta el alcance y significado de la segunda de las limitaciones que hemos señalado que establece el ordenamiento civil a la determinación del objeto (el salario en nuestro caso), pueden darse algunos problemas en la práctica, por cuanto que la prohibición de que sea una de las partes la que determine la prestación alcanza no sólo a los supuestos en los que “se le confía lisa y llanamente, sino también cuando prácticamente queda en sus manos”<sup>134</sup>. Efectivamente, tal y como se configuran en ocasiones esas partidas salariales, en las que las reglas para su concreción son tan difusas e imprecisas, no previéndose en ocasiones la intervención-control por parte de los trabajadores, hace que el empresario tenga tal margen en la decisión de su cuantificación que realmente ello supone una verdadera indeterminación<sup>135</sup>.

Por lo tanto, no es que la existencia de partidas variables por sí sea el problema para la determinabilidad del salario, pues en nada se puede cuestionar la validez de este tipo de partidas, sino que lo que aquí tratamos de decir es que la prestación salarial sólo quedará debidamente configurada si su determinación no depende de la voluntad unilateral de una de las partes (el empresario generalmente), sino de criterios externos (elementos objetivos, etc.)<sup>136</sup>. Ciertamente, siendo el pago del salario la obligación principal del empresario, no puede depender de su voluntad el determinar su *quantum*, debiéndose admitir su determinación por otra fórmula (un tercero, como puede ser el convenio colectivo, etc.)<sup>137</sup>. De no ser así, también se contravendría el art. 1256 C.Civ. por cuanto que en este caso cumplimiento y determinación van irremediablemente unidos, de tal forma que aquél depende necesariamente de ésta<sup>138</sup>.

<sup>134</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 23.

<sup>135</sup> LARDY, S., Les syndicats français aux nouvelles formes de rémunération; L'Harmattan, 2000, págs. 164 y sgs. Sobre las deficiencias en su configuración, *vid.* COSTA REYES, A., “La nueva estructura...”; cit., pág. 42.

*Vid.* el convenio de “AGFA Gevaert, S.A.U.” (BOE 23/08/2003), art. 22.d.; o el de “Alitalia” (BOE de 28/02/2002), art. 22, cuando señala que el 40% de la prima de productividad “será distribuido en su totalidad según criterio discrecional de la Dirección de la Empresa”. O finalmente, el del “Instituto de Crédito Oficial” (BOE 05/12/2003) respecto al derecho al complemento variable (art. 41) dependerá “su cobro de la voluntad del Instituto y de acuerdo con el sistema de cumplimiento de objetivos que el Instituto establezca al efecto”.

<sup>136</sup> También, ALFONSO MELLADO, C.L., “Salarios y negociación colectiva”; Ponencia a las Jornadas de Estudio sobre el Salario (EU de Relaciones Laborales/Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO); Albacete, 22 y 23 de mayo, 2003, especialmente, págs. 31 y 32.

<sup>137</sup> DOCKÈS, E., “La détermination de l’objet des...”; cit., pág. 150 y 151. Deben considerarse como tales las Comisiones Mixtas que en ocasiones se crean en los convenios para el seguimiento y control de la evolución de las partidas salariales, información al respecto y sobre el derecho a su percibo; convenio de “Ondeo Degremont” (BOE 16/04/2002), Anexo I, 5. Rechazamos por ello que estemos ante un supuesto de determinación por tercero el supuesto en el que la validez del *quantum* que los contratados habían acordado depende de que un sujeto ajeno a las partes confirme o no dicha cuantía (de opinión contraria, STSJ de Cataluña, de 21 de enero de 2003; AS 912). Para ello nos basamos en que en este caso sí existe determinación, siendo más correcto considerar que lo que acontece es una condición suspensiva, pues en tanto que este tercero no la confirme no producirá efectos entre las partes contratantes, pero sin que ello implique negar la validez del contrato (art. 1115 C.Civ.); *vid.* STS (Civil), de 19 de octubre de 1996 (RJ 7508).

<sup>138</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; CEURA, 1983, pág. 110; y SAN, de 18 de septiembre de 2001, (A.L., nº 6, 2002, ref. 167). Esa falta de objetividad y claridad y su excesiva discrecionalidad pueden llevar también a que este tipo de partidas encubran represalias contra los trabajadores; al respecto, GIL PLANA, J., “Un supuesto de indemnidad: retribución por objetivos como instrumento de represalia”; AS, nº 12, 2001, especialmente, pág. 49.

En esta línea, debe ponerse también de manifiesto que es francamente criticable que la proliferación de este tipo de partidas que se vinculan de alguna forma con el desarrollo y situación de la productividad o beneficios empresariales, no lleve aparejado el reforzamiento y surgimiento de mecanismos de intervención de los trabajadores en las decisiones de gestión y económicas de la empresa<sup>139</sup>. Ciertamente, es difícilmente aceptable (*ex art.* 1256 C.Civ.) que el salario de los trabajadores se vincule a unos resultados económicos o a la situación empresarial, cuando éstos dependen en muchas ocasiones –y en mayor medida– de las decisiones empresariales adoptadas (organizativas, inversiones, etc.), sobre las que poca o ninguna capacidad de intervención tienen los trabajadores, por cuanto que, como decimos, esos resultados y situación van a obedecer más a las decisiones económicas de quien es el obligado salarial (el empleador) que al trabajo en sí<sup>140</sup>. Lamentablemente esa conexión trabajo-productividad no está respondiendo a las exigencias de un Estado Social y Democrático, toda vez que la participación de los trabajadores en la determinación de esa relación es casi inexistente, burlando así la idea de que “el procedimiento de ajustar los salarios a la productividad tiene como exigencia ineludible la participación de sindical en la toma de decisiones económicas, la exigencia de democratización de los centros de decisión tanto a nivel empresarial como a niveles superiores”<sup>141</sup>. En definitiva, una nueva manifestación de la relativización de unos de los indicios de la ajenidad (en los riesgos) no lleva aparejada otro tanto respecto a la subordinación<sup>142</sup>.

Retomando nuestra cuestión inicial, la consecuencia civil de esa indeterminación sería la nulidad del contrato, afirmándose incluso por algunos laboristas la invalidez del contrato de trabajo en estos casos<sup>143</sup>. No puede ser ésta una solución compartida por nosotros, pues se estaría premiando a quien como hemos dicho, es generalmente el beneficiario de esa indeterminación. En suma, consideramos más correcto entender que en caso de que el trabajador haya actuado de buena fe, tendrá derecho al percibo de la correspondiente partida variable, aún cuando la indeterminación de ésta sea consecuencia de que no se hayan especificados los objetivos a alcanzar o los criterios para definir la porción a la que el trabajador tiene derecho, etc.<sup>144</sup>. En estos casos, entienden los tribunales que si es la empresa quien incumple al no especificar los

<sup>139</sup> Como claramente han querido dejar plasmado los agentes sociales: “en la definición de los conceptos variables deberían tenerse en cuenta criterios de objetividad y claridad en su implantación (y) los derechos de información y participación en la empresa de los representantes de los trabajadores”; en “Acuerdo para la Negociación Colectiva 2002”; RDS, nº 16, 2001, pág. 209.

<sup>140</sup> En similares términos, ALFONSO MELLADO, C.L., “Salarios y negociación colectiva”; cit., pág. 33.

<sup>141</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., “La cuantía salarial”; RDP, 1971, pág. 401.

<sup>142</sup> Sobre estas cuestiones, también FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica...; cit., págs. 346-348.

<sup>143</sup> COUTURIER, G., “Qui touche au salaire touche au contrat”, en CHAMPEAUX, F., *Jurisprudence Sociale 1998-1999*; ed. Liasons, 1999, pág. 130.

<sup>144</sup> Por ejemplo, actúa de buena fe el trabajador que solicita a su empresa que fije dichos objetivos –STSJ de Cataluña, de 10 de octubre de 2001 (AS 31/2002)–. Sin embargo, no es exigible en todo caso que el trabajador requiera a su empresa, pues es posible que de las circunstancias concurrentes se pueda concluir que sea la empresa a quien corresponda también tomar la iniciativa para la determinación, debiendo abonar al trabajador la partida en caso de no haber siquiera solitado a éste acordar los objetivos y aunque dicho trabajador, como decimos, no hubiera instado a la empresa para que fijase los mencionados objetivos; STSJ del País Vasco, de 23 de octubre de 2001 (AS 1091/2002).

objetivos y factores determinantes del devengo y cuantía, a los trabajadores les corresponde simplemente “acreditar la inherencia del incentivo al puesto de trabajo desempeñado y la realización de la actividad propia del mismo (...), y a la empresa (...) incumbía acreditar (...) si habían desarrollado su trabajo en los términos [exigidos]. La falta de prueba en este punto a ella debe perjudicar (...)”<sup>145</sup>.

### 3. Posible

Al consistir la prestación del empresario esencialmente en un dar, la *posibilidad* va referida a un poder ser o existir no de la prestación en sí, sino del objeto, esto es, del salario<sup>146</sup>. Como tendremos oportunidad de analizar, el crédito salarial consiste en una prestación que, salvo el tope del salario en especie, se concreta en una suma de dinero. Por lo tanto, debemos analizar cómo afecta el requisito de la posibilidad en los supuestos de que lo debido sea dinero u otra cosa. Pero antes de ello debemos aclarar que nos estamos refiriendo a la imposibilidad originaria y objetiva, es decir, relativa a la cosa al “momento mismo de la constitución del vínculo jurídico” y cuando la imposibilidad lo es en sí y para toda clase de personas<sup>147</sup>.

En el primero de los casos, al ser el *dinero* una cosa fungible y genérica por excelencia, no existe riesgo de imposibilidad, pues “dinero siempre hay”, diferente será que el deudor tenga disponibilidad de fondos, algo que queda fuera de lo que en sentido técnico es que el objeto de la prestación sea posible<sup>148</sup>. Por lo tanto, nunca podrá alegarse por parte del deudor salarial la imposibilidad de realizar su prestación dineraria para eximirse de su obligación o dejar sin efectos el contrato de trabajo por imposibilidad del objeto<sup>149</sup>.

En los supuestos en los que parte de la retribución se paga en especie es posible que la cosa debida no exista al constituir el vínculo (imposibilidad de hecho) o que existiendo, no pueda el deudor salarial disponer de ella (de derecho: por ser *extra-com-*

<sup>145</sup> STSJ de Madrid, de 4 de marzo de 2003 (A.L. n.º 25, 2003, ref. A101), y STSJ de Andalucía/Sevilla, de 25 de junio del 2001 (A.L., n.º 48, 2001, ref. 1746). Debe advertirse, no obstante, que ésta última sentencia reconoce que lo que realmente corresponde a los trabajadores es una indemnización por daños y perjuicios (ex art. 1101 C.Civ.), equivalente a la suma salarial que no pudieron alcanzar. En cualquier caso, reiteramos, queda la empresa en el deber de probar que no se alcanzaron los objetivos previstos, so pena de atentar contra lo dicho en el art. 1256 C.Civ., GARCÍA-PERROTE/MARTÍN FLÓREZ, “La naturaleza no salarial de las opciones sobre acciones (stock options)”; R.L., n.º 25/16, 2000, pág. 67. Lejos e incluso contraria a esta solución se muestra la STSJ de Madrid, de 19 de diciembre del 2000 (AL, n.º 22, 2001).

<sup>146</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 90.

<sup>147</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., T. 3, págs. 72 y 73.

<sup>148</sup> BONET CORREA, J., Las deudas de dinero; Civitas, 1981, pág. 270. Se discute sobre si las obligaciones de dinero son genéricas o un *tertium genus*, por las diferencias que pueden establecerse entre ambas (cfr. CORBAL FERNÁNDEZ, J., “Las deudas pecuniarias: los intereses moratorios”, en Cuadernos de Derecho Judicial, <Derecho de obligaciones>; CGPJ, 1996, págs. 363-365; y HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 190), sea cual fuere la solución, no parece que afecte a lo que a nosotros interesa.

<sup>149</sup> GIL SUÁREZ, L., “Validez e invalidez...; cit., pág. 362. Distinto de la posibilidad del objeto, es la falta de capacidad de alguna de las partes para contratar, ya que esto no hace referencia a los requisitos del objeto; consecuentemente, consideramos errónea la apreciación como causa de nulidad por imposibilidad *ex iure* del pago del salario la situación de quiebra del empresario-deudor que afirma MOLERO MANGLANO, C., La supletoriedad del...; cit., pág. 107.

*mercium*, etc.). Entiendo que en estos casos, debido a los límites cuantitativos al salario en especie, nos encontramos ante una imposibilidad parcial que, por lo tanto, no acarreará el defecto de que en su totalidad se entienda por no nacida la obligación o el contrato, sino que –en todo caso– sólo lo será en esa parte<sup>150</sup>. En este caso, y haciendo una interpretación analógica para los supuestos de nulidad, interesa recordar que en casos de nulidad parcial del contrato de trabajo es de aplicación el art. 9.1 TRET, lo que conectado con los arts. 26.1 y 29 TRET (que manifiestan una clara preferencia por el pago en dinero), y a salvo de lo que pudiera decir el órgano judicial, nos permitiría sostener que debería abonarse el equivalente dinerario de esos bienes o servicios imposibles, al menos hasta cubrir los mínimos legales o pactados (individual o convencionalmente)<sup>151</sup>.

## B. Características

Una vez analizados los requisitos esenciales de la prestación salarial, pretendemos ahora estudiar las características que definen a una partida como tal. Se trata de constatar aquellas notas que son propias de todo elemento retributivo que quiera calificarse como salario, lo cuál nos dará luz para intentar resolver las numerosas cuestiones que se pueden plantear en torno a las percepciones que el trabajador recibe del empresario (naturaleza jurídica, consideración a efectos de cómputo de otras partidas, garantías, etc.).

En principio, y sin perjuicio de algún desarrollo posterior, debemos destacar de la obligación salarial el ser una obligación recíproca-sinalagmática, duradera de ejecución y generalmente, de tracto sucesivo o periódica, porque imponen al deudor la realización de actos reiterados durante cierto tiempo (pagar el salario), cuyo cumplimiento debe realizarse (periódicamente) a la llegada del plazo fijado<sup>152</sup>.

### 1. Obligatoriedad

Como observamos en su momento, el salario es el objeto de la prestación a la que se obliga el empresario y causa de la que a su vez compromete al trabajador. Es pues ese carácter oneroso del contrato de trabajo el que hace surgir obligaciones para ambas partes, siendo cada una de ellas causa de la otra. Por lo tanto, salario en sentido estricto lo será cuando la partida que recibe el trabajador lo sea no por una mera liberalidad de su empresario, sino como una obligación de éste, en contraprestación por las obligaciones que asume el trabajador<sup>153</sup>.

Efectivamente, el trabajador puede recibir no sólo su retribución, sino que también es posible que el empresario, en un acto de liberalidad, otorgue a favor de aquél algún otro tipo de ventaja. En este caso, no podemos considerar a esa ventaja

<sup>150</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, págs. 22 y 23.

<sup>151</sup> También, MARTÍN JIMÉNEZ, R., El salario en especie; Aranzadi, nº 13, 2002, págs. 44, 45 y 51.

<sup>152</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 36 y T. I. Vol. 2º, págs. 327 y 328.

<sup>153</sup> PIGNARRE, G., "Salaire et accessoires"; JURIS CLASSEUR, Travail, Vol. 3, Fasc. 25-10, 1.999, pág. 20.

como salario ni el trabajador puede exigirlo como tal, pues su abono no viene impuesto como consecuencia de la relación obligacional que une a las partes y que nace del contrato de trabajo, ni surge para cumplir con la contraprestación a la que se obliga el empresario, sino que responde a otras razones, a fines de liberalidad, dependiendo su entrega de la voluntad del otorgante y no del contrato de trabajo ni de la prestación de trabajo<sup>154</sup>.

Así pues, el empresario podrá libremente –y cuando estime oportuno– realizar o no este tipo de liberalidades, sin que su aparición en un momento determinado obligue a su continuidad, como sí sería predicable de una partida salarial<sup>155</sup>. Fuera de estos casos y como quiera que todo pacto tiene fuerza de ley entre las partes (art. 1091 C.Civ.), siempre que concurren las condiciones esenciales para su validez (art. 1278 C.Civ. en relación con el art. 3.1.c TRET), se presumirá que lo otorgado será en cumplimiento de una obligación, porque no otra cosa puede extraerse del carácter oneroso del contrato que une a empresario y trabajador, debiendo el empresario demostrar el carácter de liberalidad<sup>156</sup>. Por ello, desde ese momento no sería admisible que su cumplimiento se dejase al libre arbitrio de una de las partes (art. 1256 C.Civ.), y de ahí que consideremos nula la cláusula en virtud de la cual el cumplimiento dependa de la libre y subjetiva voluntad del empresario. En consecuencia, “la jurisdicción competente que a instancia de parte declare la nulidad (*deberá hacer*) el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones” (art. 9.1 párr. 2º TRET), y sin que la autonomía de las partes pueda contravenir esa exigencia estableciendo otra solución a favor de la voluntad de una de ellas, pues de hacerlo se estaría quebrantando el art. 1255 C.Civ. (en relación con el mencionado art. 1256 C.Civ.). En este sentido, nos parece poco acertada la opinión de quienes –en aras a un mal entendido progresismo y flexibilidad– aceptan como válidos aquellos pactos o acuerdos sobre ciertas percepciones de naturaleza salarial en los “que la empresa se reserve la posibilidad de modificar, reducir o suprimir (los mismos) en cualquier momento, (o) que se condicione su abono a la sola decisión caprichosa de la empresa, (...)”, argumentando que con ello se permite “una mejor y más idónea adecuación a la realidad socio-económica actual”<sup>157</sup>.

La conclusión a la que hemos llegado respecto a la negación del arbitrio de una de las partes debe extrapolarse también al caso en que se haya previsto que para tener derecho a una determinada partida hay que cumplir una concreta condición y ésta no se alcanza porque el obligado (empresario-deudor) lo impide voluntariamente

---

<sup>154</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “Régimen jurídico de la retribución”, en (RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO, Coords.) Unificación de doctrina del...; cit., págs. 212 y 213. Sólo la obligatoriedad para el empresario sirve de fundamento de la existencia del derecho de crédito del trabajador, LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., págs. 238 y 291. Véase la SAN de 22 de noviembre del 2000 (AL, nº 27, 20001, ref. A-123).

<sup>155</sup> PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; cit., págs. 66 y 67. *Vid.* STSJ Cataluña, de 3 de febrero del 2000 (AS 198).

<sup>156</sup> FARGNOLI, B., *La retribuzione*; cit., pág. 245 (referido a la retribución *in natura*); y GIACOMO FONTANA, “*Gratuità e onerosità nei rapporti di lavoro*”; RIDL, 2003-II, parte 2ª, págs. 242 y 243. La STSJ de Murcia, de 12 de febrero del 2001 (AL, nº 24, 2001, ref. 895) señala que “en un contrato bilateral, como es el de trabajo (...), salvo que sea manifiesto o claramente establecido, no cabe aceptar que los incentivos (...) tengan carácter graciable”.

<sup>157</sup> RODRÍGUEZ RÁVENA, P., “La retribución variable, incentivos o bonus: un debate sin resolver en la jurisprudencia”; R.L., nº 21, 2001, págs. 39, 41 y 44

y/o de forma ilícita (ex art. 1119 C.Civ.)<sup>158</sup>. Adviértase que para que opere esta previsión judicial es exigible del trabajador –al igual que en los casos de falta de determinación que analizamos *supra*– que actúe de buena fe, por ejemplo que de su comportamiento se deduzca la voluntad y posibilidad de alcanzar los objetivos que hacían surgir la concreta partida<sup>159</sup>.

Debe distinguirse este caso de aquél en el que se prevé que ciertas partidas conecten su percepción a que el trabajador esté vinculado a la empresa en una fecha concreta, como requisito para ejercer el derecho; en éste último, tal requisito no debe considerarse como una condición sino como un plazo o término para ejercer el derecho, y como tal, debe atribuírsele la categoría de parte esencial del contrato<sup>160</sup>. También en estos casos, aquellas actuaciones realizadas por el empresario que ilícitamente impidan que el trabajador pueda ejercer su derecho no evitarán que éste alcance ese derecho, en aplicación ya no del art. 1119 C.Civ., sino del art. 1256 C.Civ., esto es, porque no puede dejarse al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de los contratos<sup>161</sup>. En relación a esta cuestión, algún pronunciamiento ha exigido que se acredite no sólo la impropiedad de la extinción de la relación laboral decidida por la empresa, sino además la existencia de fraude o mala fe<sup>162</sup>. No llegamos a tender la justificación de imponer esa carga, por cuanto que el art. 1256 C.Civ. no reclama la existencia de fraude, sino tan sólo que la libre voluntad de uno de los contratantes no puede dejar sin efectos el contrato, sea cual fuere el motivo o finalidad que guía en ese comportamiento, pues lo que el precepto civil mencionado pretende es evitar que tal decisión sea arbitraria, abusiva o impuesta a la contraparte sin justa causa<sup>163</sup>, lo que creemos que acontece cuando la extinción es ilícita.

Obsérvese que lo afirmado no implica adelantar el ejercicio del derecho al momento en que acontece el actuar ilícito de la empresa, sino reconocer que el trabajador mantendrá el referido derecho para ser ejercitado en el momento que se alcance el plazo para poder hacerlo<sup>164</sup>. Por otro lado, y matizando la doctrina que estamos señalando, algún pronunciamiento ha sostenido que si el trabajador tiene conocimiento de cuándo se producirá su extinción y en ese ínterin pudo ejercitar su opción (por en-

<sup>158</sup> SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, de 15 de enero (AS 1215) y de 12 de marzo de 2001 (R.L., nº 21, 2001, TSJ-1669); y STSJ de Castilla la Mancha, de 28 de mayo de 2002 (AS 2252). También, GUAGLIANONE, L., "L'azionariato dei dipendenti e l'organizzazione sindacale nel diritto inglese"; GDLRI, nº 85, 2000-1, pág. 43.

<sup>159</sup> STJS de Andalucía/Granada, de 27 de abril de 2002 (AS 2592).

<sup>160</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., Jurisprudencia Social Unificada; A.S., noviembre 2001, pág. 26. *Vid.* SJS de Granada nº 5, de 2 de septiembre de 2002 (AS 2977)

<sup>161</sup> *Vid.* STS, de 24 de octubre del 2001; E.F., nº 226, rec. 4851/2000, F.J. 6º. Siguiendo esta doctrina, STSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de mayo de 2002 (A.L., nº 47-48, 2002, ref. 1477), y SSTSJ de Madrid, de 29 de abril de 2003 (A.L., nº 38, 2003, ref. 1132), y de 25 de octubre de 2002 (A.L., nº 2, 2003, ref. 61).

<sup>162</sup> STSJ de La Rioja, de 30 de diciembre de 2002 (AS 1339). En otras ocasiones se ha llegado a afirmar que no es preciso que concurra dolo en el contratante que impide el cumplimiento del contrato, bastando que la falta del mismo tenga lugar por una conducta meramente negligente; STSJ de Cantabria, de 9 de julio de 2001 (AS 3050). Sobre esta cuestión en el derecho galo, DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, "Las stock options como retribución laboral. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2001"; ALONSO/DESDENTADO/LIMÓN/SÁNCHEZ, *Stock options, tres perspectivas: mercantil, laboral y fiscal*; Aranzadi, 2002, págs. 74-76.

<sup>163</sup> SSTS, Civil, de 22 de septiembre de 1999 (RJ 7265); y de 16 de mayo de 1994 (RJ 3586).

<sup>164</sup> STSJ de Comunidad Valenciana, de 19 de abril de 2002 (AS 1122).

contrarse dentro del periodo pactado para ello), pero no lo hace, recaerá sobre él las consecuencias de su negligencia<sup>165</sup>.

Adviértase que en todos estos casos defendemos el mantenimiento del derecho, y no su consideración como salario en todo caso, pues extinguido el contrato se hace difícil aceptar el carácter salarial de la cuantía que se devengará posteriormente (al llegar el plazo señalado, cuando ya no existe relación laboral vigente)<sup>166</sup>.

Por último, la obligación viene referida al empresario-contraparte del trabajador, pero ello no es obstáculo para que se considere como salario también las partidas entregadas por terceros que lo hacen o bien por responsabilidad solidaria o subsidiaria derivada del beneficio empresarial de la prestación laboral y/o del incumplimiento por parte de aquél, o bien como consecuencia de su relación con dicho empresario-contraparte<sup>167</sup>. Así pues, en principio, sólo podrá defenderse su exclusión como salario de las partidas recibidas por el trabajador de terceros que no lo hagan en cumplimiento de la obligación salarial (v. gr., la propina)<sup>168</sup>.

## 2. Patrimonialidad y carácter individualizable

Todo aquello que el trabajador perciba en concepto de salario ha de ser susceptible de valoración económica individualizable, es decir, de ingresar en el patrimonio de aquél<sup>169</sup>. Quedan así fuera de la noción de salario numerosas ventajas que en ocasiones recibe el trabajador de su empresario, obligatorias incluso, pero que no son susceptibles de valoración patrimonial, o de serlo, dichas ventajas no son individualizables<sup>170</sup>. Dentro de estos supuestos podemos identificar ejemplos que van desde algunas ventajas en cuanto al acceso de los trabajadores a la adquisición de participaciones de la empresa, sobre las que se cuestionan que puedan no tener una traducción patrimonial directa<sup>171</sup>; hasta el uso de instalaciones de la empresa (economatos, comedores, biblioteca, salas de recreo, etc.)<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> STS de Cataluña, de 8 de febrero de 1999 (AS 6440).

<sup>166</sup> DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, "Las stock options como retribución laboral..."; cit., pág. 103.

<sup>167</sup> Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de Grupos de Empresas en el que la dirección de dicho Grupo concede a los trabajadores empleados en sus empresas algún tipo de partida (reparto de acciones, etc.); fenómeno éste previsto expresamente en la normativa fiscal, cfr. ROBLÁN, "La retribución a trabajadores ajenos"; Impuestos, 1999-II, págs. 1355-1358.

<sup>168</sup> Sin embargo, debe distinguirse este caso de aquel en el que el empresario recibe las propinas y sea él quien posteriormente haga el reparto de la misma entre los trabajadores con finalidad retributiva; cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Régimen jurídico de..."; cit., págs. 208-210. En este sentido, nos parece enormemente interesante la STEDH, de 24 de septiembre de 2002 (RA 51), en especial el voto particular a la misma.

<sup>169</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 582. Sobre qué haya que entender por valoración económica y patrimonialidad, *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. I; Tecnos, 1990, pág. 400. Por todas, STSJ de Madrid, de 17 de diciembre de 2002 (AS 1755).

<sup>170</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones...; cit., t/11, pág. 5; y GARCÍA MURCIA, J., "Concepto y estructura del salario"; REDT, nº 100, 2000, pág. 617. En la doctrina comparada, BOER, P., "Prestazioni in natura, servizi aziendali e contribuzione previdenziale"; RIDL, 1994-4 (I), pág. 526.

<sup>171</sup> *Vid.* convenio de "Oerlikon Soldadura, S.A." (BOE 07/08/2002), art. 32.

<sup>172</sup> *V. gr.* C.Cols. de "FASA-Renault" (BOE de 5 de noviembre de 1999), arts. 37 y 43, y "Equipos Nucleares, S.A." (BOE de 4 de agosto del 2000). Sobre la obligación de constituir comedores, diversos autores defienden la vigencia de la normativa preconstitucional que así lo exigía; VALDÉS ALONSO/ARÁNZAZU PADILLA FOUBELO, "Régimen jurídico laboral, fis-

Sobre las primeras, debe hacerse siquiera una pequeña mención a algunos supuestos que están originando importantes problemas en la práctica, al objeto de dilucidar su naturaleza salarial o no. Nos referimos a las *stock options*. Diversos pronunciamientos judiciales han llevado a soluciones aparentemente opuestas sobre esta cuestión, lanzándose nuestra doctrina en una disputa en argumentos a favor o en contra de su consideración como salario<sup>173</sup>. Las SSTs de 24 y 25 de octubre del 2001, dictadas en unificación de doctrina, pueden servir para aclararnos algunas cosas al respecto, aunque también debe subrayarse la existencia de un voto particular suscrito por tres magistrados disconformes con la decisión final de la sentencia<sup>174</sup>.

En todo caso, hacemos nuestra la idea expresada en la mencionada STS de 24 de octubre de 2001 de que debido a la gran diversidad de supuestos que pueden englobarse dentro de lo que se conoce como *stock options*, su calificación final como salario o no va a depender de la configuración concreta de cada plan, sin que sea posible “desde el punto de vista jurídico laboral un tratamiento único, una respuesta universal para todos ellos”, siendo por lo tanto necesario examinar en cada caso el plan o planes objeto del litigio. Por esta razón, en nuestra opinión, la solución sobre su naturaleza salarial puede girar, entre otros, en torno a la concurrencia de, al menos, los siguientes elementos:

Primero, y en buena lógica, la conexión entre la causa por la que se otorga ese derecho de opción y la prestación de trabajo subordinado, pues sólo si no existe un ligamen entre ambas (mediato o inmediato, y no por el mero hecho de ser trabajador o con ocasión de la simple existencia del contrato de trabajo), podremos cuestionar su naturaleza salarial<sup>175</sup>. En este sentido, creo que no será posible mantener el carácter salarial cuando falte la conexión con el trabajo subordinado, hecho que ocurre claramente, a nuestro modo de ver, cuando el derecho de opción se ejercita una vez que ya se extinguió la relación laboral, pues en este caso parece manifiestamente claro que no existe relación alguna, ya no sólo porque el valor en Bolsa no tiene por qué implicar ninguna relación con dicho trabajo, sino porque, como decimos, carecería de lógica ha-

---

cal y de Seguridad Social del «vale-comida»”; R.L., nº 19, 2003, págs. 96, 97 y 101. Estos mismos autores definen la distinción entre comedor y economato, pues mientras que éste último sí carece del carácter individualizable, el primero no, siendo su consideración como suplido el que justifica en todo caso su exclusión del concepto de salario, lo que se ve corroborado por la regulación al respecto en materia de cotización a la Seguridad Social; *ibidem*, págs. 102, 108-110.

<sup>173</sup> Sobre la exclusión de la naturaleza salarial de las denominadas *stock options*, véase la SJS nº 30 de Madrid, de 5 de junio de 200 (R.L. nº 25/16, 2000) y, en el mismo número, el comentario de ésta en GARCÍA-PERROTE/MARTÍN FLÓREZ, “La naturaleza no salarial...; cit. en derecho comparado, *vid.* BÉLIER/CORMIER; “Stock options et Droit du travail”; D.S., nº 9/10, 2000, págs. 838 y 840. Sin embargo, hay autores que sí las consideran como salario, basándose para ello en la presunción salarial del art. 26.1 y su no inclusión en los supuestos del art. 26.2 TRET; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Las percepciones extrasalariales; Mc Graw Hill, 1999. Véase también la STSJ de Madrid, de 22 de febrero de 2001 (AS 779/2001).

Algunos autores afirman califican a este debate como *desfasado*, porque “la ley, aunque no haya sido precisamente la ley laboral, ha dado una respuesta inequívoca a favor de la posibilidad de que las opciones sean una forma de retribución de trabajo”; DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, “Las stock options como retribución laboral...; cit., págs.97 y 98.

<sup>174</sup> SSTs, de 24 de octubre de 2001 (E.F., nº 226, 2002, rec. 4851/2000), y de 25 de octubre de 2001 (AS 2363).

<sup>175</sup> Así, PRADAS MONTILLA, R., “Opciones sobre acciones y Tribunal Supremo”; D.L., nº 66, 2001-III, págs. 13-15; y CORDERO SAAVEDRA, L., “Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa”; RL, nº 5, 2002, especialmente, pág. 15; si bien este último autor parece no admitir que el plan de opciones sobre acciones pueda desvincularse de la prestación de trabajo. Véase también la STSJ de Galicia, de 7 de

blar de salario cuando existe tal desconexión entre el trabajo (ni tan siquiera hay ya relación laboral) con respecto al valor de las acciones que en ese momento posterior (cuando se ejercite la opción) se adquieren<sup>176</sup>.

Ello no empece, a nuestro juicio, que manifestemos nuestra disconformidad con algunos argumentos esgrimidos en el voto particular de la mencionada STS para rechazar la naturaleza salarial de las opciones, por cuanto que al apoyarse en que no son expresión del vínculo salario-prestación de servicios, dicho voto manifiesta una visión propia de teorías contractualistas superadas y olvida que el legislador prevé expresamente partidas salariales que carecen de esa vinculación directa (v. gr., antigüedad, situación y resultados de la empresa, etc.)<sup>177</sup>. En efecto, adviértase que algunas percepciones salariales se basan en la misma razón que este voto particular utiliza para negar el carácter salarial de las *stocks options*; a saber, el hecho de estar conectadas no con la prestación efectiva de servicios (resultados, tiempo de trabajo efectivo, etc.), sino con la mera permanencia en la empresa<sup>178</sup>. Este razonamiento desconoce, como decimos, la propia doctrina del TS que afirma que en la mayoría de los supuestos se entiende que -v. gr.- en complementos como la antigüedad, lo que se retribuye es la vinculación ininterrumpida con la empresa y no tanto la experiencia<sup>179</sup>.

En relación con este punto, debe recordarse la presunción *iusuris tantum* del carácter salarial que, ex art. 26 TRET, pesa sobre las partidas económicas recibidas por el trabajador durante la relación laboral. En consecuencia, en caso de duda corresponderá a quien niegue dicha naturaleza salarial (el empresario) aportar los datos, indicios o elementos que permitan desacreditar dicha presunción (configuración del plan, etc.), pues si el trabajador la recibe estando en pie una relación laboral, es de aplicación la mencionada presunción<sup>180</sup>.

Y segundo, y más conectado con el apartado que ahora señalamos, la patrimonialidad o no de dichas opciones, "en cuanto que no aparecen como un valor económico real y actual que es susceptible de integrarse en el patrimonio del trabaja-

mayo de 2002 (AS 2253). En el Derecho galo; VIELLE/WILSON/BLONDIAU, "La Loi du 22 mai 2001, relative à la participation financière des travailleurs. Quelques aspects de Droit Social"; en (AA.VV.) La participation des travailleurs au capital et aux bénéficiés des sociétés; Bruylant, 2001, págs. 179.

<sup>176</sup> DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, "Las stock options como retribución laboral..."; cit., págs. 90 y 103.

<sup>177</sup> De la misma opinión, MOLINA NAVARRETE, C., "La dimensión jurídico-salarial..."; cit., págs. 35 y 53; y CASTRO CONTE, M., "Percepciones que presentan..."; cit., págs. 77 y 78.

<sup>178</sup> DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, "Las stock options como..."; cit., págs. 91 y 106. Sin embargo, no se nos escapa que no es exactamente lo mismo procurar la fidelización del trabajador que premiar su antigüedad en la empresa; ALONSO GONZÁLEZ, L.M., "La tributación de las «stock options» tras la reforma del IRPF"; AJA, n° 569, 2003, pág. 2.

<sup>179</sup> Por todas, STS, de 31 de octubre de 1.997 (RAJS 7687). DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, "Las stock options como..."; cit., págs. 90 y 91.

Sobre la desconexión entre la antigüedad y las cualidades profesionales del trabajador, ESCUDERO RODRÍGUEZ/PALOMO BALDA, "La reforma del régimen de los salarios"; R.L., n° 17-18 (Especial monográfico "La Reforma del Estatuto de los Trabajadores"), 1.994, págs. 33 y 34. Un estudio de su justificación y situación actual; vid. COSTA REYES, A., "La nueva estructura..."; cit., págs. 28 y sgs.

<sup>180</sup> MOLINA NAVARRETE, C., "La dimensión jurídico-salarial..."; cit., págs. 58 y 59; CASTRO CONTE, M., "Percepciones que presentan controversias en relación con el artículo 26.1 ET: las «STOCK OPTIONS»"; A.S., n° 11, 2003, pág. 73, si bien descarta que en el caso de las *stock options* pueda mantenerse (*ibidem*, pág. 75). Véase la STSJ de Murcia, de 24 de septiembre de 2001 (A.S. 864/2002).

dor”<sup>181</sup>. Al respecto destacamos que algunos autores parecen confundir las acciones adquiridas como consecuencia del ejercicio de la opción y las *stock options* propiamente dichas, las cuales (en general) simplemente recogen una posibilidad de compra<sup>182</sup>. Efectivamente, como contrato, el único derecho que entrañan los planes de opciones sobre acciones es a comprar o a adquirir un determinado activo (acciones) –debe resaltarse que el derecho de opción no es el beneficio patrimonial o renta que pueden implicar las acciones finalmente compradas o recibidas (denominado *activo subyacente*)–, ya que puede que llegado el momento establecido para ejercer la opción de compra de dichas acciones, éstas tengan un valor inferior a su coste y por ello, no interese al trabajador su adquisición (ejercicio del derecho de la *stock option*), por lo que no existiría ganancia alguna<sup>183</sup>.

Antes de proseguir en esta cuestión, considero oportuno tener en cuenta las valoraciones que en esta materia se realiza desde la perspectiva tributaria, pues pueden arrojar luz importante sobre todo lo que aquí tratamos. En este sentido, nos señala la doctrina tributaria que debe diferenciarse el valor generado por el ejercicio de las *stock options* (renta), de su carácter patrimonial o no, pues éste no se duda, ya que el simple derecho de opción tiene un innegable contenido patrimonial (valor económico), “si bien se requerirá el ejercicio cierto de la opción para que la renta llegue a devengarse (...)”. En otros términos, “la mera obtención de la opción sin su ulterior ejercicio –o transmisión onerosa– nada produce en términos de renta a causa de su no realización sin perjuicio (...) de su valor patrimonial”<sup>184</sup>. En consecuencia, nos parece acertada la afirmación que sólo cuando se ingresan materialmente en el patrimonio del trabajador puede hablarse de que las ventajas obtenidas son susceptibles de valoración patrimonial e individualizables<sup>185</sup>.

En definitiva, que respecto al valor de las acciones las *stock options* sólo son un mera expectativa de derechos no consolidada, por cuanto que el valor intrínseco de la opción no depende de ella misma, sino de su relación con el valor de las acciones que pueden adquirirse al momento de ejercerse la opción<sup>186</sup>. Adviértase que nuestra afirmación respecto al carácter de mera expectativa de derecho no contradice la opinión que

<sup>181</sup> TAPIA HERMIDA, A., “¿Son salario las opciones sobre acciones (Stock Options)?”; E.F.-RDTSS, nº 209-210, Jurisprudencia, Comentario 52/2000, pág. 195.

<sup>182</sup> FERNÁNDEZ PROL, F., “Régimen de cotización a la Seguridad Social de las retribuciones en especie”; A.L., nº 42, 2002, págs. 933 y 934.

<sup>183</sup> Vid. CUENCA GARCÍA, A., Régimen Jurídico de las opciones sobre acciones en el mercado español de opciones y futuros; Comares, 1999, págs. 76, 77, 242 y 243. Sobre las opciones; GONZÁLEZ PASCUAL/FERRUZ AGUDO; Aspectos contables y financieros de las opciones; Gestión 2000; 1994, pág. 17.

<sup>184</sup> ALONSO GONZÁLEZ, L.M., “Fiscalidad de las stock options”; ALONSO/DESDENTADO/LIMÓN/SÁNCHEZ, Stock options, tres perspectivas...; cit., págs. 115 (nota 2, *in fine*), 123, 124, 127 (especialmente, nota 16), 131 y 132.

<sup>185</sup> GARCÍA-PERROTE/MARTÍN FLÓREZ, “La naturaleza salarial de las opciones sobre acciones (*stock options*) y la necesidad de considerar el período remunerado”; RDS, nº 16, 2001, pág. 161.

<sup>186</sup> COLBURN, J.T., Opciones sobre futuros; Gesmovasa, 1992, págs. 4 y 16-18. También, CORDERO SAAVEDRA, L., “Los sistemas retributivos...”; cit., págs. 11 y 15; y CUENCA GARCÍA, A., Régimen Jurídico de..., cit., pág. 6; señala este autor que las opciones sobre acciones son un instrumento financiero derivado, cuyo valor depende del precio de otra variable (v. gr. las acciones). De opinión contraria, IBÁÑEZ JIMÉNEZ (Stock options: Regulación, economía, política retributiva y debate social; Dykinson, 2001, págs. 121 y 122), quien afirma que “la percepción económica del trabajador consiste idealmente en la oportunidad de lucrarse”, por lo que “al concederse las opciones, ya existe retribución: el derecho opcional, de valor fijo (...)”.

sobre esa cuestión viene formulada en las SSTs de 24 y 25 de octubre del 2001 (incluido el voto particular), ya que en ellas se atribuye a los planes de opciones el carácter de verdadero derecho –y no de mera expectativa– respecto a la posibilidad de ejercer el mencionado derecho de opción, sin embargo, lo que estamos defendiendo ahora es su carácter de mera expectativa respecto al valor de las acciones finalmente obtenidas<sup>187</sup>, no de si las *stock options* integran un derecho en sí, hecho que no dudamos<sup>188</sup>.

Por lo tanto, sólo, y en todo caso, podrán tener naturaleza salarial los beneficios ingresados en el patrimonio del trabajador por haber ejercido la opción, ya que las opciones no ejercitadas no computan como tal<sup>189</sup>. En palabras del propio TS: “las opciones sobre acciones suscritas, tendrían naturaleza salarial (...) Pero sólo aquellas que hubiesen ingresado en el patrimonio del trabajador por haber ejercitado la opción (... De lo que se deriva que) las condiciones retributivas contenidas en los planes de opción sobre acciones, una vez ejercitadas y obtenido el beneficio por el trabajador, tienen cabida en el número 3 del repetido artículo 26 del ET (...)”<sup>190</sup>

En esta línea, otros autores determinan la naturaleza salarial o no de los planes de opciones sobre acciones en función del momento en que se encuentra el actor respecto al derecho de opción, de tal suerte que si todavía no se ha ejercitado carecería del carácter salarial<sup>191</sup>. Ahora bien, y como ya hemos mencionado, ese carácter también es predicable de la opción si el propio derecho de opción fuera en sí transmisible de forma onerosa por el trabajador, único caso en el que también la propia opción podría cuantificarse actualmente y por tanto, ser salario<sup>192</sup>.

En conclusión, para dar respuesta a esta cuestión debemos diferenciar entre el plan de opción de compra no negociable y, por otro lado, el plan de opción negociable y la materialización o ejercicio de aquella opción mediante la adquisición ventajosa de acciones<sup>193</sup>. Estos últimos casos (el propio plan de opción y las acciones) sí podrían tener

<sup>187</sup> STSJ de Cataluña, de 23 de noviembre de 2001 (AS 243/2002); y SEMPERE NAVARRO, A.V., Jurisprudencia Social...; cit., pág. 31. Este carácter aleatorio y virtual de la plusvalía parece ser la causa de la negación de su naturaleza salarial en el ordenamiento galo; VIELLE/WILSON/BLONDIAU, “La Loi du 22 mai 2001 ...”, cit., págs. 170, 171, 179 y 180

<sup>188</sup> De la misma opinión; PRADAS MONTILLA, R., “Opciones sobre...”; cit., pág. 7; y MOLINA NAVARRETE, C., “La dimensión jurídico-salarial...”; cit., págs. 22 y 23. No parece entenderlo así CASTRO CONTE, M., “Percepciones que presentan...”; cit., págs. 74 y 75. “El contrato de opción se perfecciona por el consentimiento y en el momento que confluyen las voluntades de las partes que lo suscriben. La empresa queda obligada, vinculada desde ese instante a respetar el derecho de optar del empleado y éste tiene el derecho a ejercitar esa opción cuando llegue el momento (...)”; STSJ de Comunidad Valenciana, de 19 de abril de 2002 (AS 1122).

<sup>189</sup> Así, STSJ de Canarias/Las Palmas, de 18 de julio de 2003 (AS 874/2004).

<sup>190</sup> STS, de 24 de octubre de 2001; cit. (el subrayado es nuestro).

<sup>191</sup> Como afirma TAPIA HERMIDA, A. [“ESOPs (Employee Stock Option Plan). Naturaleza salarial de las opciones laborales sobre acciones”]; E.F., nº 226, 2002 (Comentario 2/2002), págs. 209 y 210]: la mencionada STS priva de trascendencia económica al valor intrínseco de las opciones.

<sup>192</sup> DEL REY GUANTER/BONILLA BLASCO, “La naturaleza jurídica de las stock options: a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 22 de febrero de 2001”; AL, nº 31, 2001, especialmente págs. 656 y 657. Estos autores también señalan otros elementos que permitirían seguir sosteniendo el carácter salarial de una parte de la *stock options* (conexión de su entrega con el trabajo a realizar por el beneficiario, etc.); de forma similar a la ya mencionada STS, de 24 de octubre (F.J. 7º).

<sup>193</sup> Adviértase que el carácter transmisible de la *stock options*, amén de cuestionar su finalidad (fidelizar la permanencia en la empresa), añade una mayor complejidad a esta figura (DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, “Las stock

el carácter de salario<sup>194</sup>, en concreto y pese a la opinión del TS, de salario en especie, por las razones que luego veremos<sup>195</sup>. Sólo si se tratase de aquellas modalidades de opciones que implican un pago directo en metálico, sí podría hablarse de salario en dinero<sup>196</sup>.

Por lo que respecta a su valoración, en consecuencia, se hará de acuerdo a lo señalado en el apartado específico sobre el salario en especie<sup>197</sup>. Así pues, será cuantificado como salario, conforme a la normativa fiscal, el beneficio obtenido por el trabajador como consecuencia de la diferencia entre la cantidad satisfecha por el beneficio de la opción (prima) o de las acciones pagadas/donadas y el valor de mercado de éstas (prima o acción) el día que se ejercite el derecho de opción<sup>198</sup>. Obsérvese que se consideraría salario a la diferencia entre el valor de adquisición (que puede llegar a ser *gratuito*) y el valor real o de mercado de la prima o de las acciones al momento de ejercer la opción<sup>199</sup>; y no a la diferencia con el beneficio obtenido por su venta a un tercero en un momento posterior o inmediato, pues en este último caso el hecho causante del mayor beneficio sería el contrato de compraventa realizado, algo ajeno a la relación laboral y a las fases que integran el propio contrato de opción<sup>200</sup>.

Por finalizar con esta cuestión, creemos que en los casos en los que termine por considerarse el carácter salarial del concreto plan de opciones sobre acciones, éste haría referencia a una forma de retribuir y no a una concausa concreta, al igual que en su momento ocurrió con los mal llamados complementos en especie (art. 5, E) DOS 2380/1973) y como parece haber entendido erróneamente la tan comentada STS que los califica como complementos. En consecuencia, habrá que estarse a cuál sea la causa que los origina para determinar el tipo de partida ante la que estamos (salario

options como...; cit., págs. 106 y 116), de forma que su cuantificación material (renta) no precisa del ejercicio efectivo de la opción; ALONSO GONZÁLEZ, L.M., "Fiscalidad de las stock options"; cit., pág. 132.

Como señalan GONZÁLEZ PASCUAL/FERRUZ AGUDO (Aspectos contables...; cit., págs. 119 y 120) la existencia de un mercado continuo sobre opciones "motiva el que podamos negociar con opciones de la misma forma a como se opera normalmente con cualquier otro activo financiero negociable en bolsa". Sobre el desarrollo de la cotización y mercado de las propias opciones sobre acciones; COLBURN, J.T., Opciones...; cit., págs. 5 y 6

<sup>194</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., Jurisprudencia Social...; cit., págs. 31 y 32

<sup>195</sup> Sobre el carácter de salario en especie, ALAIMO, A., "Retribuzione e azionariato dei lavoratori"; GDLRI, n° 71, 1996/3, pág. 585; CORDERO SAAVEDRA, L., "Los sistemas retributivos...; cit., págs. 17 y 18; y AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., págs. 112-114 (especialmente esta última, -1506-). Para el derecho tributario, ALONSO GONZÁLEZ, L.M., "La tributación de ...; cit., pág. 1. Del mismo autor, "Fiscalidad de las stock options"; cit., págs. 127 y sgs.

<sup>196</sup> Por ejemplo, las denominadas *stock appreciation rights* (SARs), que actúan a modo de cláusula valor, por lo que en rigor técnico puede dudarse de su consideración como *stock options*; al respecto IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., Stock options...; cit., págs. 77 y sgs.

<sup>197</sup> ABELLA POBLET, E., Régimen fiscal de las retribuciones del trabajo en especie; Fundación Confemetal, 2000, págs. 60 y 61.

<sup>198</sup> Vid. RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y pago del salario"; REDT, n° 100, 2000., págs. 658-660; y CORDERO SAAVEDRA, L., "Los sistemas retributivos...; cit., págs. 20, 21 y 26. También ex SJS n° 3 de León, de 30 de noviembre del 2000 (A.L., n° 10, 2001, ref. 350), y art. 10.3 RD 214/1999, Reglamento del IRPF.

<sup>199</sup> ALONSO GONZÁLEZ, L.M., "Fiscalidad de las stock options"; cit., págs. 127 y 128. En materia laboral, DESDENTADO BONETE/LIMÓN LUQUE, "Las stock options como retribución laboral...; cit., pág. 89.

<sup>200</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL/THIBAUT ARANDA, "Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones"; AS, n° 4, 2001, págs. 40, 41, 48 y 49; e IBÁÑEZ JIMÉNEZ, J., Stock options...; cit. pág. 122. Vid. también la STS, de 1 de octubre de 2002 (A.L., n° 1, 2003, ref. 29). No parece entenderlo de esta forma, o al menos así nos lo sugiere, la STS de 24 de octubre del 2001, cit., cuando afirma que el valor será la diferencia entre "el precio de las acciones en el momento inicial y el que puedan tener en el de la venta (...)"

base/complemento salarial: personales, por trabajo realizado, situación de la empresa)<sup>201</sup>. En este sentido, compartimos la idea de quienes consideran erróneo asimilar sin más el beneficio obtenido con el ejercicio de la opción y los complementos en función de la situación y resultados de la empresa, pues ni el rendimiento de la empresa ni el trabajo de los trabajadores de una empresa tienen una relación directa con las fluctuaciones en Bolsa del valor de las acciones, razón por la cual, reiteramos, será preciso atender a los diferentes elementos que configuran el plan de opciones<sup>202</sup>.

### 3. Determinabilidad

Se trata éste de un punto que hemos tratado al hablar de los requisitos de la prestación salarial, por lo que nos remitimos a lo dicho en su momento. Sin embargo, recalamos también ahora que “el salario es una percepción económica garantizada, que se caracteriza, entre otras cosas, por su determinabilidad (...)”<sup>203</sup>. Ésta lo ha de ser tanto en su aspecto cuantitativo como cualitativo (dinero o especie)<sup>204</sup>.

### 4. Periodicidad

Las prestaciones a las que se obligan en principio el trabajador y su empresario son de carácter duradero, esto es, que tienden a perdurar en el tiempo, no agotándose en un solo acto<sup>205</sup>. Esta extensión en el tiempo (*tracto sucesivo*), unida a la importancia que el percibo del salario tiene para el trabajador, en cuanto medio principal de vida para éste, llevan a que necesariamente se estipule un pago periódico, es decir, a que regularmente el empresario abone al trabajador la parte del salario que le corresponde por el trabajo realizado en el período de referencia<sup>206</sup>. Esto origina que el pago del salario se realice con posterioridad al cumplimiento de la prestación laboral, pues pese a la re-

---

<sup>201</sup> En similares términos, PRADAS MONTILLA, R., “Opciones sobre...”; cit., pág. 16; y MOLINA NAVARRETE, C., “La dimensión jurídico-salarial...”; cit., pág. 48, nota 93.

<sup>202</sup> HUERTA BISECA/RODRÍGUEZ RUIZ DE LA VILLA/VILLIERS “Una reflexión sobre el stock options plan de los administradores de las sociedades cotizadas (I y II)”; La Ley, 2000-4 (D-121), págs. 1466 y 1467; y SEMPERE NAVARRO, A.V., *Jurisprudencia Social...*; cit., pág. 29. De opinión contraria, afirmando la existencia de una conexión entre el trabajo y la situación bursátil de la empresa o grupo en el que se inserta, MOLINA NAVARRETE, C., “La dimensión jurídico-salarial...”; cit., págs. 60 y 61; y GÓMEZ FERNÁNDEZ, E., “Consideraciones acerca del posible carácter salarial de la retribución a los trabajadores mediante retribuciones basadas en acciones (*stock options*)”; La Ley, 2000-1, pág. 1522.

<sup>203</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Implicaciones laborales de las *stocks options*”; A.L., nº 4, 2001, pág. 66. Este argumento es también utilizado para excluir el carácter salarial de las opciones sobre acciones, toda vez que no existen criterios que puedan determinar el valor del beneficio, ya que, entre otras cosas se dice, las *stock options* no garantizan ganancia alguna y su cuantía depende de factores tan ajenos al trabajo como es su valor bursátil; cfr. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL/THIBAUT ARANDA, “Sobre la naturaleza...”; cit., pág. 44. Ver también el Voto Particular a la STS, de 24 de octubre; cit.; y el comentario a esto de NAVARRO, J.J., “Las opciones sobre acciones. *Stock Options*” (Comentario 3/2002); E.F., nº 226, 2002, pág. 217.

<sup>204</sup> MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *Las retribuciones en especie del trabajo personal en la Ley del IRPF*; Lex Nova, 1994, págs. 109 y 110.

<sup>205</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), *Derecho de obligaciones...*; cit., pág. 98. Sobre el salario, *vid.* MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *Las retribuciones...*; cit., pág. 112.

<sup>206</sup> BORRAJO DACRUZ, E., “Configuración...”; cit., pág. 19. Diferente de la periodicidad en el cumplimiento de la prestación, son las obligaciones a término, en las que este elemento accesorio (término o plazo) determina el momento en el que nacen (suspensivo) o cesan (resolutorio) los efectos del negocio jurídico; por todos, CASTÁN TOBENAS, J., *De-*

lación sinalagmática de las obligaciones a las que se comprometen las partes, no existe una simultaneidad en su realización; es lo que se denomina principio de "post-remuneración"<sup>207</sup>.

Este dato permite en ocasiones diferenciar a lo salarial de otras partidas indemnizatorias que puede recibir el trabajador y que al no estar retribuyendo prestación de trabajo, no tienen que responder a esa característica de durabilidad y periodicidad, pues únicamente pretenden compensar un hecho aislado, que se agota en un sólo acto, en este caso, el pago del perjuicio o gasto sufrido por el trabajador<sup>208</sup>.

Sin embargo, no es este un dato inequívoco del salario, pues pueden existir partidas que pagadas periódicamente no sean salario y otras que abonadas sólo una vez por el empresario a lo largo de toda la relación laboral, no dejan por ello de ser calificadas como salario (v. gr., ciertos complementos que se devengan sólo cuando se presta un determinado trabajo, la prima de fichaje de un deportista, etc.)<sup>209</sup>. Algunos autores señalan en este sentido que si bien la periodicidad no tiene la consideración de requisito de carácter esencial o constitutivo del salario, sí es un indicio del carácter salarial de la contraprestación, al presentarse como un elemento normal de éste<sup>210</sup>.

Por lo tanto, pese a la existencia de partidas que carecen de esa nota de periodicidad, no podemos obviar esta característica, al menos como decimos, porque nos sirve de indicio para determinar la naturaleza salarial o no de una partida. Asimismo, no podemos perder de vista que la periodicidad facilita al trabajador que se puedan actualizar importantes derechos de garantía y tutela que garantizan al salario. Sin lugar a dudas, el pago puntual del salario exige la existencia de una fecha en la que se declare vencida la obligación salarial, surgiendo para el trabajador el derecho a su devengo (arts. 4.2.f, 29 y 50.1.b TRET). Sobre este tema volveremos al tratar sobre el pago del salario.

---

recho Civil...; cit., T.I, vol. 2º, pág. 837. Que no sea lo mismo no significa que no sea posible fijar en la relación laboral un término, con independencia de la periodicidad, siendo aquel un elemento contractual que pueden incluir las partes cuando legalmente esté justificado, y ésta, la periodicidad, una exigencia legal que se ha de respetar en todo caso.

<sup>207</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., págs. 608 y 609. Es esta distancia temporal entre las prestaciones de ambas partes la que hace nacer el crédito a favor del trabajador, pues se termina retribuyendo por periodos de trabajo anteriores; GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago...; cit., págs. 264.

<sup>208</sup> Utilizando el argumento de la no continuidad para excluir la naturaleza salarial de la *stocks options*, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., "Implicaciones...; cit., pág. 66. La Directiva 91/533/CEE de 14 de octubre de 1991, relativa al deber de informar al trabajador sobre los elementos esenciales del contrato de trabajo, señala, al hablar del salario, que deberá indicarse al trabajador la periodicidad del pago del salario, sin referencia a las partidas extrasalariales; COUTURIER, G., "La rémunération élément du contrat de travail"; D.S., nº 6, 1998, pág. 524 y 525.

<sup>209</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones...; cit., t/11, págs. 7 y 8. Sobre el carácter salarial de esta última, ROQUETA BUJ, R., Las prestaciones del FOGASA, Tirant lo Blanch, nº 45, 1997, pág. 119. En extenso, CORDERO SAAVEDRA, L., El deportista profesional; Lex Nova, 2001, págs. 74-76; y FARGNOLI, B., La retribuzione; cit., págs. 356 y sgs.

<sup>210</sup> D'ANTONA, M., "Le nozioni...; cit., págs. 271, 282, 284 y 286 (del mismo autor, en *Opere*; T. III, 2000, págs. 985 y 1002); también, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica...; cit., págs. 59 y 60. En derecho comparado, LYON-CAEN, G., Le Salaire; cit., pág. 286. En el derecho italiano, ROMA, G., Le funzioni...; cit., págs. 132 y 133; y su reflejo en la jurisprudencia, en TRIVELLINI, R., "Il principio di onnicomprensività della retribuzione: Dottrina e giurisprudenza a confronto"; en (AA.VV.) Il Dialogo tra Dottrina e Giurisprudenza nel Diritto del Lavoro; INAIL, 1997, pág. 646 y 648.

## 5. Documentado

Por imposición legal, y sin perjuicio de que sea tratado posteriormente, debemos destacar el carácter documental del crédito salarial (art. 29.1, párr. 3º TRET)<sup>211</sup>. Con esta expresión queremos significar la exigencia de que el pago del salario conste por escrito y conforme a los imperativos legales. No se trata pues de un elemento esencial para la validez o no del acto (pago del salario), que no exige forma ad *solemnitatem*, sino simplemente de una exigencia legal impuesta al empresario y con la que se pretende facilitar a éste y al trabajador la constancia y el conocimiento de lo abonado<sup>212</sup>.

Cuando afirmamos que el crédito salarial es un crédito documentado, queremos resaltar tanto la exigencia legal al respecto<sup>213</sup>, como la importancia que como veremos tiene el boletín de pago en la prueba de lo percibido por el trabajador; pero en ningún caso que la inobservancia de la forma documental exigida conlleve la imposibilidad de poder probar por cualquier otro medio la existencia del cumplimiento por parte del empresario<sup>214</sup>, o en el otro extremo, la falsedad o insuficiencia de lo que conste en dicho boletín<sup>215</sup>.

## C. Concepto

Analizados todos los aspectos ya vistos sobre el salario, debemos hacer un pequeño análisis del art. 26.1 TRET, pues es en él donde nuestro legislador ha establecido lo que deba entenderse para la normativa laboral como salario en sentido estricto. Advertimos pues, como hacíamos al inicio, que esta definición que nos aporta el legislador no agota todo lo que por salario deba entenderse, ni siquiera jurídicamente.

Siguiendo la noción que nos ofrece el art. 26.1 TRET, obtenemos las siguientes consecuencias respecto a lo que jurídicamente se considera salario:

a) “*La totalidad de las percepciones económicas*”. En primer lugar, resaltamos esta concepción estricta y a la vez amplia de salario, estableciendo un presunción *iuris tantum* del carácter salarial de toda aquella percepción económica que el trabajador reciba de su empresario en pago de su prestación<sup>216</sup>.

<sup>211</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ/PALOMO BALDA, “La reforma del régimen de los salarios”; R.L., n° 17-18, pág. 40.

<sup>212</sup> Exigencia legal cuyo incumplimiento se traduce en la correspondiente sanción para el empresario, (arts. 6/7 LISOS). La constancia documental permite también al trabajador probar la existencia de una relación laboral, facilita a éste el conocimiento de su retribución, etc.; GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, “Liquidación y pago...”; cit., págs. 290 y sgs.

<sup>213</sup> Se ha llegado a decir que el deber de documentar el pago es de derecho necesario; MOLERO MANGLANO, C., La supletoriedad del...; cit., pág. 199.

<sup>214</sup> STSJ del Principado de Asturias, de 31 de mayo de 2002 (A.L., n° 40, 2002, ref. 1254).

<sup>215</sup> Liasons Sociales, “Le salarie”, n° 12.413, 1997, págs. 66 y sgs.; y GARCÍA ABELLÁN, I., “Art. 29. Liquidación y pago”, Comentarios a las Leyes Laborales, T. VI, EDESA, 1982, pág. 163.

<sup>216</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “El régimen jurídico...”; cit., págs. 96 y 97; RAMÍREZ MARTÍNEZ/ALFONSO MELLADO, El Salario, Tirant lo Blanch, 1.994, pág. 27. Vid. STSJ de Andalucía/Granada, de 11 de febrero de 1.998 (RAJS 1.319). La práctica llevada a cabo respecto a esta presunción ha impedido que en nuestro país se diesen los problemas que se plantearon en otros, en concreto Italia, respecto a lo que se llamó principio de *omnicomprensività*, y que fue progresivamente relajándose ante los cambios socio-económicos que motivaron esa creación jurisprudencial y ante los perjuicios que

b) “*Por la prestación profesional de sus servicios laborales por cuenta ajena (...)*”. Se destaca en este caso el carácter de contraprestación que debe tener la partida percibida<sup>217</sup>. Esto supone que el legislador, pese a aquélla presunción, no duda en excluir del concepto de salario por él definido todo aquello que se encuentre desconectado de la prestación de servicios dependiente y por cuenta ajena<sup>218</sup>. Conviene destacar dos elementos característicos que ha resaltado el legislador: la profesionalidad y la ajenidad de los servicios. Con el primero de los calificativos se quiere indicar que el trabajador presta sus servicios no de cualquier forma (por buena voluntad, amistad, esporádicamente, etc.), sino que hace de la prestación de dichos servicios su profesión, esto es, el ejercicio de una actividad como medio de obtención de ingresos y en cumplimiento de las obligaciones a las que se ha comprometido<sup>219</sup>. En consecuencia, se excluye tanto lo percibido por el trabajador que no sea debido al cumplimiento profesional, como todo lo recibido por sus servicios por cuenta propia, incluso de quien pueda ser a su vez empleador en otra relación (la laboral).

c) “*(...), ya retribuyan el trabajo efectivo (...), o los períodos de descanso computables como de trabajo*”. Destacábamos al inicio de este estudio, al referirnos a la causa del salario, que éste no retribuía sólo y exclusivamente la prestación efectiva de trabajo, sino que debido a la peculiaridad del trabajo objeto del contrato de trabajo (indesligable de la persona del trabajador), también existían períodos de tiempo no trabajados, pero remunerables con salario en sentido técnico. Cabe observar lo limitado de la definición contenida en este art. 26 TRET a la hora de determinar aquellos períodos que si bien no se trabaja, sí se percibe por ello salario en sentido estricto. Obsérvese que este precepto habla de períodos de descanso (computables como de trabajo), pero existen otros períodos de tiempo en los que, pese a no prestarse servicios ni ser reconducibles a la idea de descanso, sí son retribuidos con salario (v. gr., art. 30, art. 37.3 TRET, etc.). Por todo ello, debemos entender o bien que esa expresión de *períodos de descanso* se refiere también a aquellos en los que no se prestan servicios, pero en los que se mantiene el derecho al salario; o bien considerar que esos supuestos no reconducibles a dicha expresión, están incluidos dentro de la genérica trabajo por cuenta ajena.

Además de esta definición en positivo del salario, nuestro legislador recoge su negativo, es decir, lo que no puede entenderse como salario, en aras de cercar algo más las partidas que lo integran, pues las percepciones a las que hace referencia en el aptdo. 2 del art. 26 TRET carecen de las exigencias a las que responde el salario. En este apartado 2º se incluyen partidas que no encuentran su causa en la prestación de trabajo tal y como aquí lo hemos definido, sino que su objetivo es, en general, bien compensar al trabajador por los gastos que haya tenido con ocasión de su trabajo y que

---

ocasionaba en cuanto que llevaba en ocasiones a comprometer la libre iniciativa de las partes, comprometiendo incluso los delicados equilibrios que sostienen los acuerdos colectivos alcanzados; TRIVELLINI, R., “El principio di...”; cit., págs. 642 y sgs., especialmente, pág. 649.

<sup>217</sup> GARCÍA MURCIA, J., “Concepto y estructura...”; cit., págs. 616 y 617.

<sup>218</sup> BÉLIER/CORMIER; “Stock options et...”; cit., pág. 839.

<sup>219</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo; cit., pág. 308, y ALMANSA PASTOR, J.M., “La obligación salarial”; cit., pág. 84. La expresión *profesional* ha sido criticada por algún sector de la doctrina, MONTOLYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; cit., pág. 371. Sobre las diversas interpretaciones del término *profesional*, vid. FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica...; cit., págs. 37 y 38.

corresponderían en principio al empresario (v. gr. adquisición de herramientas, transporte, etc.), bien indemnizarle por los daños o perjuicios sufridos con ocasión de la relación laboral (v. gr. traslados, extinción de la relación laboral, etc.), o bien señalar aquellas percepciones que no son pagadas por la prestación de trabajo (v. gr. prestaciones de la Seguridad Social)<sup>220</sup>.

Por todo, podemos concluir señalando que, en sentido estricto, salario es *toda aquella percepción económica individualizable recibida por el trabajador en contraprestación del trabajo subordinado al que él se obliga*<sup>221</sup>. Esto sin duda, constituye el mínimo que nuestro legislador ha querido que se considere como salario y sin perjuicio de que, como dijimos, en otros lugares utilice el concepto de salario para incluir otras partidas que carecen de esos caracteres. Se trata pues del *mínimo* de lo que es legalmente salario, a partir del cual se pueden incluir otras partidas, pero sin que en sentido técnico-jurídico pueda reducirse, configurándose como el mínimo del que hablábamos al inicio de este trabajo, tanto para las diferentes ramas del ordenamiento como para el propio Derecho del Trabajo. En consecuencia, el crédito salarial será el derecho o poder del trabajador a exigir del deudor la ejecución de un acto o una serie de actos a su favor (el pago de dicha percepción económica), tendentes a la satisfacción de aquél<sup>222</sup>.

### III. Elementos

Corresponde estudiar ahora los elementos que caracterizan a la relación crediticia que une a las partes. Para ello, pretendemos en primer lugar especificar quienes son las partes en esa relación, es decir, quiénes son o pueden ser acreedores y deudores del salario, con especial atención a los supuestos de pluralidad de sujetos. También incumbe examinar aquí los elementos objetivos, esto es, los componentes de la obligación salarial.

#### A. Subjetivos

Como sabemos, el contrato de trabajo genera obligaciones recíprocas para las partes contratantes por lo que, en principio, ambas son deudoras y acreedoras respectiva, recíproca y simultáneamente (principio de sinalagmaticidad)<sup>223</sup>. Pero aquí sólo analizare-

---

<sup>220</sup> Para un estudio de las diferentes partidas que pueden incluirse dentro de las percepciones extrasalariales, vid. MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., Las percepciones extrasalariales; Mc Graw Hill, 1999. Sobre la inclusión de los *vales-comida* otorgados en los casos en los que no le es posible al trabajador acudir a su casa para comer; VALDÉS ALONSO/ARÁNZAZU PADILLA FOUBELO, "Régimen jurídico laboral..."; cit., págs. 99 y sgs.

<sup>221</sup> La contrapartida a la que responde el pago (trabajo vs perjuicio, etc.) determina la naturaleza jurídica de la partida en cuestión, vid. LYON-CAEN, G., Le Salaire; cit., pág. 270.

<sup>222</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, Reus, 1988, págs. 42 y 43.

<sup>223</sup> SANTORO-PASARELLI, F., Nociones de Derecho del Trabajo; IEP, 1963, págs. 130, y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 74. Una crítica a la conceptualización del contrato de trabajo como sinalagmático, en ORTIZ LALLANA, C., La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de incumplimiento; MTSS, 1985, págs. 30 y sgs.

mos la obligación salarial, dejando de lado, por no ser objeto de nuestro estudio, el análisis de la obligación del trabajador, en la que sólo entraremos cuando sea preciso para definir correctamente el crédito salarial. En este sentido, como toda relación obligacional, la salarial supone la existencia de una parte activa (acreedor) y otra pasiva (deudor), cada una de ellas a su vez puede estar, como veremos, integrada por una o varias personas<sup>224</sup>.

## 1. Acreedor

Cuando hablamos de acreedor nos estamos refiriendo a aquél que tiene derecho a exigir y recibir la prestación, o lo que es lo mismo, a quien se le atribuyen diversos derechos y facultades para poder reclamar de la contraparte el cumplimiento de lo debido (prestación salarial)<sup>225</sup>.

Siguiendo esta idea, no se plantearían más problemas en su determinación, pues acreedor sería el trabajador en sentido estricto que presta o prestó sus servicios en la relación laboral, esto es, trabajo dependiente y por cuenta ajena (art. 1.1 TRET)<sup>226</sup>. Ahora bien, es necesario atender a diversos supuestos que pueden presentar algún problema en la práctica. En primer lugar, todo sujeto puede ser en principio acreedor, aunque en los casos de incapacidad no pueda ejercer por sí mismo su derecho de crédito<sup>227</sup>. En segundo lugar, y debido a esa especial importancia que tiene el salario para el trabajador, debemos resolver las cuestiones que se suscitan en caso de pago a una persona distinta de él mismo<sup>228</sup>. Por último, pretendemos dar respuesta a los problemas que pueden presentarse en supuestos en los que la legislación laboral prevé la existencia de una pluralidad de acreedores (art. 10 TRET).

### a. Menores e incapaces

Para responder a la primera de las cuestiones es preciso señalar previamente que el art. 6.1 TRET no está recogiendo limitaciones a la capacidad de contratar, sino a la capacidad para trabajar; por lo tanto, aquélla se sigue regulando por el Derecho Común, mientras que ésta (trabajar) tiene una especial mención por razones de tutela en el ámbito labo-

<sup>224</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º, 7ª ed., Bosch, 1983, pág. 17. Partimos de la determinación del acreedor y el deudor de la obligación salarial, pero por su estrecha relación se analizarán también, aún tratándose de figuras distintas a la de acreedor y deudor, los posibles legitimados para cumplir (*solvens*) o recibir (*accipiens*) el pago del salario; CRISTÓBAL MONTES, A., "Elementos personales y reales del pago"; A.C., 1989-3, pág. 337.

<sup>225</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., T. 3, pág. 67.

<sup>226</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo; cit., pág. 306. Sin duda el *accipiens* por excelencia es el acreedor, pero, como veremos, no el único; VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 144-145.

<sup>227</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., T. 3, pág. 68. En el ámbito laboral, se nos plantea el problema del pago a menores o incapaces, que analizaremos ahora.

<sup>228</sup> Como señalan algunos tribunales (STSJ Murcia, 29/11/1999; Estudios Financieros, nº 204, 2000, Rec. nº 956/1999), con base en Convenio nº 95 de la OIT: "El pago debe ser percibido por el trabajador, ya que ello es una consecuencia necesaria (...), pues se desprende de la propia figura del contrato de trabajo. (...) Se admite, por tanto, el pago directo y, excepcionalmente, el indirecto (...)". ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. "Los requisitos del pago del salario"; T.S., nº 87, 1998, pág. 75.

ral<sup>229</sup>. Debe quedar claro que aquí no estamos haciendo referencia a los supuestos de trabajos realizados y a la consiguiente nulidad de los contratos acordados por menores de dieciséis años sin la debida autorización, cuestión que ya tuvimos oportunidad de aclarar más arriba al referirnos a la licitud como requisito de la prestación salarial; sino que lo que planteamos es la determinación de quién es el sujeto legitimado para reclamar el cumplimiento de la prestación salarial y a quién debe o puede realizarse dicho pago.

En el supuesto de pagos a menores de edad, pero mayores de 16 años, nuestra legislación civil y laboral dan pronta respuesta a esta cuestión. Efectivamente, al tratarse el pago del salario de un acto de administración ordinaria del patrimonio, el art. 164.2.3º C.Civ. lo exceptúa de la administración paterna, al haber sido adquirido por el trabajo del menor<sup>230</sup>. Así pues, cualquier menor de edad, pero mayor de 16 años (“independiente” – art. 319 C.Civ.– y emancipado o no) podrá, según lo señalado, recibir personalmente su salario<sup>231</sup>.

En otro caso, esto es, quienes carecen de capacidad para administrar los bienes fruto de su trabajo (menores de 16 años o incapacitados a los que alcance), no podrán recibir el pago de su salario, correspondiendo su entrega en estos casos a quienes ejercen la representación<sup>232</sup>. Cabe preguntarse qué ocurrirá en el caso en el que el empresario se lo entregue a aquéllos (menores-incapaces), pues pareciera que el pago no sería válido. Sin embargo, en atención a lo señalado en el art. 1163 C.Civ., debemos entender que el pago será admitido en aquello que haya sido útil para dicho incapaz, y por lo tanto, debiéndose restituir a los representantes, en su caso, sólo lo que restase por no haber sido útil<sup>233</sup>.

## b. Terceros

Como ya hemos recordado, el acreedor es el *solvens* o destinatario del pago por excelencia, pero no el único, pues existen supuestos en los que un tercero puede estar le-

<sup>229</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., t/5, pág. 3.

<sup>230</sup> Sobre el concepto de acto de administración, *vid.* GITRAMA, M., y sobre el calificativo ordinaria, *vid.* SANCHO REBULLIDA, citados por CASTÁN TOBEÑAS, J. (Derecho Civil...; cit., T. V, vol. 2, págs. 247 y 248). De opinión diferente, calificando el pago como un acto de ejecución y no de administración, CRISTÓBAL MONTES, A., “Elementos personales y reales del pago”; A.C., 1989-3, pág. 369 y 370.

<sup>231</sup> Incluimos por lo tanto, también los casos en los que el menor no está emancipado ni es “independiente”, pero ha recibido el consentimiento de los padres para contratar, supuesto que ha de entenderse admitido en la normativa laboral para que el menor pueda trabajar, pues de lo contrario no casan bien los arts. 7 TRET y 164.2.3º, 165 y 319 C.Civ. En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, vol. 2º, Reus, 13ª ed., 1982, págs. 181 y 182.

Difiere nuestra ordenación de la de otros países de nuestro entorno (*v. gr.* Francia), pues en ellos la falta de una regulación suficiente lleva a que sea la costumbre o la práctica de los tribunales la que resuelva la cuestión de la validez del pago a menores no emancipados, admitiendo la posibilidad de que los representantes del menor puedan negarse a que se le realice el pago a éste, o la necesidad de hacer el pago a los representantes o al menor debidamente autorizado; *vid.* PIGNARRE, G. “Salaire et accessoires”; JURIS CLASSEUR, Travail, Vol. 3, Fasc. 26-22, 1.999, pág. 4; y CHAMPENOIS, G., “Capacité, incapacité et contrat du travail”, en AA.VV. (TEYSSÉ, dir.) La Personne en droit du travail; ed. Panthéon Assas, 1.999, pág. 16.

<sup>232</sup> Otra posibilidad sería la consignación (art. 1176.2 C.Civ.), pero sólo en el supuesto de trabajadores que careciendo de capacidad, no han sido aún incapacitados; *vid.* LAURORA LACASA, M.E., El pago al acreedor incapaz; Civitas, 1990, págs. 77 y sgs., especialmente, 82 y 83.

<sup>233</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., T. 3, pág. 417.

gitimado para recibir la prestación salarial con efectos liberatorios para el deudor<sup>234</sup>. Debemos pues interrogarnos sobre qué es un tercero en la relación obligacional salarial que une a trabajador y empresario, y cuál es el valor de ese pago.

Al respecto debemos indicar que en principio sólo es válido el pago realizado al acreedor o persona autorizada por éste para ello (art. 1162 C.Civ.)<sup>235</sup>. No obstante, también es posible, conforme al art. 1163.2º C.Civ., que el pago realizado a un tercero sea válido “en cuanto se hubiera convertido en utilidad del acreedor”<sup>236</sup>. Sobre qué sea un tercero conforme a este último precepto, conviene señalar que por tal debemos entender toda persona extraña a dicha relación obligacional, que no sea tampoco ni representante o autorizado por el acreedor, ni, a lo que aquí interesa, el acreedor “aparente” (ex art. 1164 C.Civ.)<sup>237</sup>.

Siguiendo esta idea, nos proponemos examinar tres supuestos concretos. En primer lugar, los representantes legales de los trabajadores a los que alude el art. 29.1, párr. 2º TRET. Al igual que establece el art. 1.162 C.Civ., basta con la autorización del acreedor (trabajador) para que aquéllos puedan recibir, en este caso, los anticipos; pero a diferencia del precepto civil, se exige además que estos autorizados sean ya representantes del trabajador. La exigencia en el caso del crédito laboral parece, como vemos, mayor y más rígida, pues requiere que en el *accipiens* concurra esa doble condición de representante y autorizado, a diferencia del precepto civil, del que se inquiriere que pueden recibir el pago tanto los que ya son representantes, como quienes no siéndolo, reciben la autorización o designación para el cobro por parte del acreedor<sup>238</sup>.

En cualquier caso, partiendo del concepto de tercero que venimos de señalar, no puede sino afirmarse que éstos “representantes legales *autorizados*” no son terceros y que, por consiguiente, el pago hecho a éstos libera al deudor. Esta interpretación que mantenemos casa perfectamente con la segunda condición que exige el precepto, esto es, que sean *autorizados*, lo que requiere un mero acuerdo entre las partes o bien la simple voluntad del acreedor en ese sentido. Decimos que apoya nuestro razonamiento sobre a quiénes se extiende la expresión “*representantes legales*” porque esa autorización vendría impuesta desde el momento en que el pago del salario corresponde esencialmente y en exclusiva al trabajador, debido a su trascendencia estrictamente individual, lo que impediría en principio que pudiesen intervenir sus representantes legales en la empresa, porque éstos lo son de todo el colectivo de trabajadores<sup>239</sup>.

<sup>234</sup> BORRAJO DACRUZ, E., “Configuración...; cit., pág. 8.

<sup>235</sup> Ha de subrayarse que el precepto habla de persona autorizada, concepto mucho más flexible que el de representante, pues no exige poder de representación alguno; cfr. PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., pág. 283; y CRISTÓBAL MONTES, A., “Elementos personales y...; cit., págs. 370-372.

<sup>236</sup> MARTÍN SERRANO, A.L., “Lugar, tiempo y forma del pago de salarios”, en (AA.VV.) Estudios sobre el salario; cit., pág. 756.

<sup>237</sup> CRISTÓBAL MONTES, A., “Elementos personales y...; cit., pág. 381.

<sup>238</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones y contratos; Tirant lo Blanch, 1994, pág. 145.

<sup>239</sup> MONTOYA MELGAR, A.; Derecho del...; cit., págs. 549 y 550. Sobre la inadecuación de las teorías civilistas para explicar el fenómeno de representación en el ámbito laboral, así como sobre la cuestión de la representación del interés colectivo, *vid.* NAVARRO NIETO, F., La representatividad sindical; MTSS, 1993, especialmente, págs. 24 y sgs.

Resuelta esta cuestión, es preciso determinar quiénes son esos “representantes legales” a los se refiere el art. 29 TRET. Son diversas las apreciaciones que han ido sucediéndose sobre esta cuestión. Para hacer una sintética visión de las diferentes opiniones al respecto distinguiremos, por un lado, aquellos que consideran que se refiere a los representantes de los trabajadores, dividiéndose a su vez entre quienes entienden que hace referencia exclusiva a los representantes unitarios<sup>240</sup>, y los que junto a éstos, entienden incluidos también a los sindicales<sup>241</sup>. Y por otro lado, aquellos autores que consideran que con dicha expresión se quiere hacer referencia a quien desde una óptica civil es tal representante (padres, tutor, etc.)<sup>242</sup>.

Desde nuestra opinión, el art. 29.1 TRET, párr. 2º está refiriéndose únicamente a los representantes unitarios y a los sindicales, y ello básicamente por las siguientes razones: En primer lugar, no considero que pueda referirse a los representantes legales desde la óptica civil porque esta referencia queda superflua si tenemos en cuenta que ya viene establecida en el propio art. 1162 C.Civ., precepto éste que reconoce el derecho de los representantes legales (v. gr. los padres) a recibir el pago de aquellos que tienen su capacidad limitada (v. gr. el hijo menor)<sup>243</sup>. Ahondando en esta idea, cabría cuestionarse por qué el TRET, una norma laboral, entraría a regular una materia propia del Derecho civil, exigiendo ese plus respecto a la norma civil de ser representante y autorizado. Segundo, ha de tenerse en cuenta que es la negociación colectiva la que plasma y concreta la realización de esa facultad de solicitar esos anticipos a cuenta. Por último, existen numerosos ejemplos en los preceptos del TRET donde se hace referencia a los “representantes legales”, sin que en ninguno de ellos se haya planteado que pueda referirse a los de corte civil, deduciendo de todo ello que se trata de una terminología específica para el ámbito laboral con la que se quiere designar a los representantes unitarios y en su caso, sindicales.

Por otro lado, tampoco debe limitarse aquella expresión a los representantes unitarios y ello no sólo, como ha señalado algún autor, porque actualmente “se impone una acepción amplia que englobaría a ambos canales de representación”<sup>244</sup>; sino también porque los argumentos que se utilizan para excluirlos (v. gr. que el suceso previsto en el art. 29.1, párr. 2º TRET no está incluido dentro de los derechos a los que hace referencia el art. 10.3 LOLS) no son atendibles, toda vez que la posibilidad que prevé el art. 29.1 TRET párr. 2º no es un derecho del representante, sino más bien una facultad del trabajador.

En el segundo supuesto a examinar, y a expensas de un posterior estudio más detallado sobre otras cuestiones, debemos indicar que los sucesores del trabajador

---

<sup>240</sup> SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, Derecho Sindical; Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1992, págs. 288 y 289.

<sup>241</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, “Liquidación y pago...”; cit., págs. 274 y 275

<sup>242</sup> Entre otros, ALONSO OLEA/BARREIROS GONZÁLEZ, El estatuto de los trabajadores. Texto actualizado, jurisprudencia y comentario; Civitas, 1987, pág. 127; y GARCÍA ABELLÁN, I., “Art. 29. Liquidación y pago”; cit., pág. 167.

<sup>243</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; “Pago a tercero: especial referencia al acreedor aparente. El art. 1164 C.Civ.”; en (AA.VV.) Extinción de las obligaciones; cit., pág. 107.

<sup>244</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, “Liquidación y pago...”; cit., págs. 274 y 275. Los propios negociadores lo vienen entendiendo así, como por ejemplo se plasma en el C.Col. Estatal de Ladrillos, tejas y piezas especiales de arcilla cocida (BOE de 29 de septiembre de 2000), art. 37.

fallecido no son tampoco terceros, independientemente de que la sucesión sea tanto en concepto de heredero (por subrogarse en la posición jurídica del fallecido) como de legatario (al ser designado por el causante para que adquiera un determinado bien). Menos aún puede hablarse de tercero cuando se trata de los herederos que hayan aceptado la herencia, pues no sólo son sus representantes, sino que jurídicamente se subrogan en la misma posición en la obligación salarial que tenía el trabajador *causante*<sup>245</sup>. Por consiguiente, el pago hecho a ellos es igualmente liberatorio y obligado.

Finalmente, debemos referirnos a las entidades de crédito o ahorro (bancos, cajas, etc.), pues por algún sector de la doctrina vienen a calificarse como terceros<sup>246</sup>. En nuestra opinión, dicha postura no es correcta, pues la entidad bancaria en la que el trabajador tenga su cuenta corriente debe considerarse a todos los efectos como una persona (jurídica en este caso) autorizada a recibir el pago, porque en tanto el trabajador no manifieste su voluntad de no autorizar el pago de esta forma, debemos entender que la apertura de dicha cuenta supone, siquiera implícitamente, una aprobación al banco para recibir ingresos que se hagan en beneficio del trabajador-acreedor. En consecuencia, el pago realizado en dichas entidades tiene también efectos liberatorios para el deudor<sup>247</sup>.

### c. Pluralidad de trabajadores

Hemos afirmado al principio de este apartado que el trabajador es el acreedor salarial de su empresario y que debido a la trascendencia social del salario, tiene enorme importancia para él recibir el pago personalmente<sup>248</sup>. Sin embargo, hay en la legislación laboral supuestos en los que la determinación de quién sea el acreedor plantea ciertas dudas, porque aparecen casos en los que existe una pluralidad de trabajadores (art. 10 TRET), bien considerados en su conjunto, como totalidad (*contrato de grupo*), o bien en situaciones como la del *auxiliar asociado*. Cabe pues cuestionarse quién es el acreedor salarial en estos casos, para lo cual pasamos a analizar cada uno de ellos separadamente.

<sup>245</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., T.6, vol. I, 1989, págs. 82, 188 y 189. PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 888. Razón por la cual podrá reclamar a la empresa, por ejemplo, la indemnización debida por la extinción, aunque el trabajador-causante muriera antes de que se le realizara el pago de la misma; STS, de 13 de mayo de 2003.

<sup>246</sup> Como consecuencia de ello, se señala que el pago realizado a estas entidades sólo será válido si fue útil al acreedor (art. 11634 C.Civ.). De esta opinión, CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J.L.; "Pago a tercero..."; cit., pág. 119; y MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar tiempo y forma del pago de salarios"; en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, Coord.) Estudios Sobre el Salario; ACARL, Madrid, 1.993, pág. 760. Sobre lo que deba de entenderse por útil, *vid.* CRISTÓBAL MONTES, A., "Elementos personales y..."; cit., págs. 381 y sgs.

<sup>247</sup> Al respecto, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., T. 3, págs. 415 y 416, en especial la opinión de RODRIGO BERCOVITZ en la nota 2. En este sentido también, CRISTÓBAL MONTES, A., "Elementos personales y..."; cit., pág. 395. Un estudio jurisprudencial de la cuestión, en MENA-BERNAL ESCOBAR, M.J., El pago mediante ingreso en cuenta corriente; Tecnos, nº 2, 1990, especialmente, págs. 13 y sgs.

<sup>248</sup> STSJ del País Vasco, de 9 de noviembre de 1999 (AS 3799).

### c.1. El auxiliar asociado

Al respecto señalaremos que el art. 10.3 TRET está previendo el supuesto de que quien se encuentra trabajando con las características del art. 1.1 TRET asocie a su trabajo a otra persona, en cuyo caso y para evitar la utilización de sujetos interpuestos de forma fraudulenta, la legislación laboral considera que el empresario del trabajador principal o auxiliado, lo será también del auxiliar<sup>249</sup>. La relación que se origina, según se desprende de este corto precepto, no lo es del empresario con los dos trabajadores considerados globalmente, sino de aquél con cada uno de ellos. En consecuencia, existen dos contratos de trabajo y claro está, sendas relaciones laborales individualmente consideradas, entre el empresario (único) y cada uno de los trabajadores<sup>250</sup>. Sea cual fuere la solución a esta cuestión, lo que nos interesa ahora es que existe entre cada uno de los trabajadores y el empresario una relación directa, y tanto uno (empresario) como otro (auxiliar) son recíprocamente titulares individuales de los derechos y obligaciones que nacen del contrato de trabajo, al igual que ocurre con el trabajador auxiliado<sup>251</sup>.

De todo ello se extrae que tanto el trabajador-auxiliar como el auxiliado son –cada uno individualmente considerados– el acreedor directo e inmediato por su prestación de trabajo, sin que haya ningún sujeto/intermediario entre él y su empresario, y por lo tanto, el salario debe ser pagado personalmente a cada uno separada e individualmente, sin perjuicio de que sean aplicables las reglas antes vistas respecto del pago a terceros.

Lo que acabamos de mantener sobre el auxiliar es plenamente predicable del supuesto previsto en el apartado primero del art. 10 TRET, con lo que damos por reproducidos los razonamientos expresados.

### c.2. El contrato de grupo

De forma distinta al caso anterior hay que tratar el del *contrato de grupo* (art. 10.2 TRET), porque en él, a diferencia del auxiliar, el empresario no contrata ni es titular de derechos y obligaciones frente a cada uno de los componentes del grupo individualmente considerados. También difiere la figura que ahora analizamos de la prevista en el apartado primero del mencionado art. 10, por cuanto que en esta última lo que acontece es una pluralidad de relaciones jurídicas, porque como expresamente señala ese precepto, el empresario “conservará respecto de cada uno, *individualmente*, sus derechos y deberes”, “lo que (...) es la negación de contrato de grupo”; de lo que se concluye que “la acción para reclamar la porción de salario (... ha) de dirigirse por el

---

<sup>249</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; cit., pág. 527.

<sup>250</sup> De opinión contraria, considerando a esta modalidad como un supuesto específico de contrato de grupo y en consecuencia, defendiendo la existencia de un único contrato de trabajo, PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 672. A favor de la consideración del contrato que une a auxiliar y auxiliado como subcontrato de trabajo, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., citado en ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 108.

<sup>251</sup> Por todos, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 244.

trabajador, indudablemente, no contra el grupo ni contra el jefe mismo, sino contra el empresario”<sup>252</sup>.

Frene a ello, señala el art. 10.2 TRET que el empresario no tendrá frente a cada uno de los miembros del grupo los derechos y deberes (prestación salarial) propios, pues aquél contrata con el grupo globalmente considerado, es decir, no existe una pluralidad de contratos y vínculos jurídicos, sino que únicamente existe uno, entre el empresario y el grupo<sup>253</sup>.

Es en este punto donde se nos plantea la cuestión de quién es en este caso el acreedor salarial, porque del texto legal parece desprenderse que cada uno de los trabajadores que componen el grupo no son titulares del derecho de crédito que se genera por el cumplimiento de su prestación. Pareciera que el acreedor sería en este caso el grupo en cuanto totalidad, comprometiéndose el empresario al pago de un salario global para éste. Debe tenerse en cuenta además que dicho grupo deberá actuar a través de lo que la ley llama *jefe del grupo*, que ha de existir forzosamente para que se dé la figura del art. 10.3 TRET, y que debe ser a su vez uno de los trabajadores que integran el grupo<sup>254</sup>.

Así pues, afirma un sector de la doctrina, sería al jefe del grupo a quien –os–tentando la representación del grupo– correspondería ejercer los derechos de éste, entre ellos, el poder recibir y reclamar al empresario el referido salario global o del grupo en su conjunto<sup>255</sup>. Se establece de esta forma una doble relación en el grupo: a nivel externo, con el empresario, que se llevaría a cabo a través de dicho *jefe*, quedando aquél liberado con la entrega de dicho salario global a éste<sup>256</sup>. Y otra a nivel interno, entre los miembros del grupo, en la que éstos pueden reclamar a aquél (el jefe del grupo) los salarios que les fuesen entregados por el empresario para que sea repartido en función del trabajo que cada uno hubiera individualmente desempeñado<sup>257</sup>.

Parece desprenderse de todo lo dicho hasta ahora que ninguno de los trabajadores individualmente considerados podrá reclamar del empresario el pago de su salario, pues carecen de la cualidad de acreedor individual frente a él. Pese a esto, considero que –además de las acciones que pudieran ejercerse contra el jefe del grupo o

<sup>252</sup> ALONSO OLEA, M., Pactos colectivos y contratos de grupo; Comares, 2000, págs. 144 y 145.

<sup>253</sup> ALONSO OLEA, M., Pactos colectivos...; cit., págs. 139, 140 y 146; y SALA FRANCO (Direc.), Derecho del Trabajo; cit., pág. 379.

<sup>254</sup> RIVERO LAMAS, J., La novación del contrato de trabajo; Bosch, 1963, pág. 123. Más recientemente, RAMOS QUINTANA, M.I., “Trabajo en común y contrato de grupo”; REDT, n° 100, 2.000, pág. 387. Vid. STSJ Canarias/Las Palmas, de 26 de noviembre de 1999 (A.S. 1268).

<sup>255</sup> Solución que ya se preveía en el art. 19 de la derogada LCT (cfr. PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., pág. 114), pero cuyo principio puede deducirse de las reglas más elementales de la función de representación que corresponden al jefe; LLUIS Y NAVAS, J., Manual de derecho...; cit., pág. 288.

<sup>256</sup> Difiere esta solución de la extraída en la regulación anterior, en la que se posibilitaba que los trabajadores que integran el grupo pudieran dirigirse contra el jefe o contra el propio empresario; BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo, vol. II, 5ª ed., Marcial Pons, 1964, pág. 620. En derecho francés, la importancia del pago personal del salario supone que el empresario no se libera por la mera entrega del salario global a alguno de los trabajadores; Liasons Sociales, “Le salaire”, n° 12.413, 1997, pág. 60.

<sup>257</sup> RAMOS QUINTANA, M.I., “Trabajo en...; cit., pág. 391.

sus componentes— cada uno de los trabajadores que integran el grupo debe conservar individualmente los derechos y garantías que se le otorgan para la protección de ciertos intereses individuales y concretos (v. gr. el pago del salario). En otras palabras, que “del vínculo jurídico único que con él (contrato de grupo) se establece se derivan un haz de derechos y obligaciones concretas, algunas de las cuales, por virtud de la normativa general a la que está sujeto el contrato y que es ajena al contrato mismo, se refieren a cada trabajador en concreto”<sup>258</sup>. Tal es el caso, entre otros, de los privilegios y garantías salariales, de su cuantía mínima y de su inembargabilidad parcial, pues de lo contrario se debería poner en cuestión la admisibilidad de este tipo de figuras contractuales<sup>259</sup>.

## 2. Deudor: Pluralidad de empresarios en general

El sujeto pasivo de la relación salarial es aquel que contrajo la deuda (salarial) y por lo tanto, a quien corresponde el deber jurídicamente exigible de cumplir lo prometido<sup>260</sup>. En este sentido, es deudor —en principio— la contraparte del contrato de trabajo, pues es él quien se obliga al cumplimiento de la prestación salarial y, en principio, el único al que se le puede exigir el pago<sup>261</sup>.

Por otro lado, la prestación salarial carece del carácter personalísimo, esto es, que la determinación de a quién corresponde el cumplimiento de la prestación salarial no se hace atendiendo a la persona del deudor-contraparte<sup>262</sup>. En consecuencia, el cumplimiento de dicha prestación no tiene por qué referirse en exclusiva a quien de ordinario se denomina el empresario-contraparte, pues no debemos confundir entre quien es el empleador formal —contraparte del contrato de trabajo— y quien sea el deudor<sup>263</sup>.

Efectivamente, si la relación obligacional establecida para el pago del salario persigue la satisfacción del interés del acreedor<sup>264</sup>, y si aquélla no se ha contraído en atención a las cualidades de la persona del deudor (empresario) como es nuestro caso, cualquiera puede cumplir y satisfacer al trabajador-acreedor<sup>265</sup>. Este fenómeno, normal

<sup>258</sup> ALONSO OLEA, M., Pactos colectivos...; cit., págs. 147 y 148.

<sup>259</sup> SANTORO-PASARELLI, F. (Nociones de...; cit., pág. 152) mantiene que pese a existir un único contrato, con éste “se establece una relación de trabajo entre cada trabajador y el empresario”.

<sup>260</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; CEURA, 1983, pág. 286.

<sup>261</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 323. También, LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., pág. 362; y PIGNARRE, G., “Salaire et accessoires”; cit., Fasc. 26-22, 1.999, pág. 3. Podemos ver un intento de definición del deudor salarial de ALONSO GARCÍA, en RIVERO LAMAS, J., La novación del...; cit., pág. 118. Recientemente, DIÉGUEZ CUERVO, G. (“Empresarios con personalidad plural”; REDT, n° 108, 2001, especialmente, pág. 847) define al empresario laboral como “la persona que se obliga a pagar los salarios de los trabajadores que contrate (...)”.

<sup>262</sup> Recordamos que la prestación salarial consiste esencialmente en dar y las prestaciones personalísimas son predicables de las de *hacer* (art. 1161 C.Civ.); cfr. PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2°; Bosch, 1976, págs. 273 y 274.

<sup>263</sup> LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., pág. 363. Se dice, a nuestro modo de ver con razón, que en el derecho de obligaciones la importancia objetiva del cumplimiento está, salvo las excepciones señaladas, por encima del sujeto o deudor concreto; ALBIEZ DORMÁN, K.J., “Pago por tercero”; en (AA.VV.) Extinción de las obligaciones; CGPJ, 1997, págs. 17 y 18.

<sup>264</sup> CAMPUZANO TOME, H., “La intervención del tercero en una deuda ajena”; A.C., 1983-3, pág. 3502.

<sup>265</sup> RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil (Derecho de obligaciones I); Universidad Complutense, 1981, pág. 203. Es más, en numerosas ocasiones no es el empresario-contraparte quien directamente paga al trabajador, sino que lo hace

en el derecho general de las obligaciones, cobra una especial trascendencia en el ámbito de la obligación salarial, pues el ánimo y finalidad de tutela que también guía el Derecho del Trabajo debe implicar no sólo la aceptación como pago por quien no es deudor-contraparte, sino que debe extender la conceptualización de deudor, mediante determinados mecanismos de responsabilidad (solidaria, subsidiaria, etc.), a quienes son terceros en el contrato de trabajo, pero que reciben los frutos del trabajo, es decir, de quienes materialmente se benefician de la prestación por parte del trabajador<sup>266</sup>.

Esta pretensión cobra una mayor importancia si cabe ante la nueva y futura realidad organizativa de las empresas, caracterizada como sabemos por la proliferación de los fenómenos de descentralización y externalización, así como otras fórmulas de colaboración empresarial que pretenden la flexibilización y diversificación de sus estructuras para hacerlas más ágiles (y volátiles), buscando con ello en muchas ocasiones reducir los riesgos, entendidos en este caso como costes y responsabilidades laborales<sup>267</sup>. De ahí que el Derecho del Trabajo deba revisar sus viejas concepciones de empresario y de bilateralidad contractual como requisitos para la imputación de responsabilidades laborales, so pena de perder en gran medida su alcance real respecto a los derechos y garantías de los trabajadores, cuya prestación, como venimos señalando, se desarrolla en muchas ocasiones en beneficio de una pluralidad de empresarios<sup>268</sup>.

Por otro lado, la variación en el sujeto responsable del pago no cambiará la naturaleza de las partidas que se adeudan<sup>269</sup>.

Debe distinguirse el supuesto que venimos analizando de aquél en el que el pago lo realiza la propia empresa empleadora, pero a través de un representante, ya que en este caso, éste jamás podrá ser considerado como empresario deudor, pues el mero hecho de remunerar a los trabajadores no es suficiente para atribuir al pagador la condición de empresario, por cuanto que, además, no lo hace con dinero propio, sino de la empresa-contraparte. En definitiva, "que la actuación como apoderado de la empresa, por amplios que tales poderes sean e impliquen la firma de los pagos de las nóminas del personal, no atribuye la condición de empresario"<sup>270</sup>.

---

otra persona (representante, "encargado", etc.), en cuyo caso también sería de aplicación lo preceptuado en el art. 1160 *in fine* del C.Civ.

<sup>266</sup> LYON-CAEN, G., *Le salaire*; cit., pág. 364 y 365; y BORRAJO DACRUZ, E., "Prólogo" de la obra de LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas*; La Ley, 1999, pág. XX.

<sup>267</sup> Una definición sobre la descentralización, en MARTÍN VALVERDE, A., "El discreto retorno...", cit., pág. 225. Sobre los cambios en las configuraciones organizativas de las empresas, desde un modelo centralizado de dominio, a uno de "autocoordinación", caracterizado por un "cambio de estructura de las formas de control (que) coincide con una independencia horizontal de las organizaciones paralelas, subordinadas o participantes"; *vid.* BECK, U., *La sociedad del riesgo*; Paidós, 1998, págs. 271 y sgs.

<sup>268</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico laboral"; R.L., nº 7, 2001, especialmente pág. 57.

<sup>269</sup> Difiero de quienes establecen como requisito del salario que éste sea percibido por el trabajador de su empresario (GARCÍA MURCIA, J., "Concepto y estructura..."; cit., pág. 619), siendo el único requisito en todo caso, y como ya hemos defendido, que la entrega lo sea en cumplimiento de la obligación salarial de su empresario.

<sup>270</sup> STS, de 15 de enero de 2001 (RJA 768).

## Pluralidad de empresarios en general

Ante supuestos en los que concurren una pluralidad de empresarios y frente a los intentos de limitación y reducción de responsabilidades a través de mecanismos con que las técnicas jurídicas pretenden evitar los riesgos y costes inherentes a la actividad económica (dentro de los cuáles encontramos el coste salarial), el Derecho antepone en ocasiones la realidad económico-material a las construcciones jurídico-formales (el fenómeno de la independencia formal a través de las personas jurídicas), con el objetivo de proteger al trabajador, evitar ese fraude formal y que se queden sin retribuir los servicios prestados<sup>271</sup>. Sin embargo, debemos subrayar la escasísima y defectuosa regulación laboral para hacer frente a esos mecanismos de descentralización productiva a los que actualmente con más fuerza estamos asistiendo y que de no ser debidamente atendidos pueden –como de hecho está ocurriendo– generar enormes problemas de seguridad, igualdad e incluso retroceso en los derechos sociales<sup>272</sup>.

Por esta razón, traemos a esta parte de nuestro estudio –y no a la correspondiente a las garantías de la retribución de los trabajadores– los supuestos de responsabilidad de quien si bien no es contraparte en el contrato de trabajo, sí es receptor de la prestación subordinada (y de sus beneficios) y también manifiesta un innegable poder de disposición empresarial, criterios estos que deben ayudarnos para identificar la figura del empleador-deudor<sup>273</sup>. En definitiva, quien se sirva de esos trabajadores “dirigiendo, organizando y lucrándose, en última instancia, de su prestación laboral, consecuentemente, y de acuerdo con un mínimo de justicia conmutativa”, debe también asumir su posición de deudor-responsable por el trabajo recibido<sup>274</sup>.

Llegados a este punto, recordamos que en los casos de pluralidad de deudores, la concurrencia de éstos puede estructurarse de diversas maneras: Solidaridad, mancomunidad, alternatividad y subsidiariedad<sup>275</sup>. De todas ellas, el ordenamiento laboral sólo hace referencia a que la responsabilidad en la que incurren los deudores puede ser solidaria o subsidiaria<sup>276</sup>. La primera supone que el cumplimiento de la prestación

<sup>271</sup> Un interesante estudio jurisprudencial y bibliográfico sobre el fenómeno del “levantamiento del velo jurídico”, en DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *La doctrina del «levantamiento del velo»*; Civitas, 4ª ed., 1997.

<sup>272</sup> Sobre esta cuestión, véase VALDÉS DAL-RÉ, F., “La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa”; R.L., nº 18, 2001, especialmente, págs. 5-8; RIVERO LAMAS, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas de trabajo”, Ponencia General del X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; AEDTSS, Zaragoza, 1999; especialmente, págs. 12 y sgs.; y PLÁ RODRÍGUEZ, A., “La descentralización empresarial y el derecho del trabajo”, en (AA.VV.) *La descentralización empresarial y el derecho del trabajo*; Fundación de Cultura Universitaria, 2000, especialmente, págs. 18-21.

<sup>273</sup> A efectos de delimitar quién sea el empresario-deudor, aplicamos lo que vino a denominarse “teoría patrimonialista”; PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; cit., págs. 94 y 95.

<sup>274</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Sobre la inminente...”; cit., pág. 57. Ejemplo claro de lo que decimos, es que, pese a que el art. 32.4 TRET habla de bienes del empresario, no debe limitarse éste a quien fuera contraparte del contrato de trabajo, sino que también se consideran como empresario a estos efectos, los sujetos responsables, de ahí que también los privilegios del crédito salarial afecte a éstos últimos; por todos, RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia de los créditos laborales”; en (AA.VV.) *Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2*; CGPJ, 2000, págs. 380 y 405.

<sup>275</sup> En qué consista cada una de ellas, *vid.* FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., “Vicisitudes de las obligaciones en los casos de pluralidad de deudores”, en Cuadernos de derecho Judicial, <Extinción de las obligaciones>; CGPJ, 1996, págs. 538 y 539.

<sup>276</sup> Que estemos hablando de deudores, que conecta directamente con la parte pasiva de la obligación, y que ahora lo hagamos de responsabilidad, no afecta a que se siga siendo deudor, pues pese a la posible distinción teórica entre deuda y responsabilidad, lo cierto es que ambas son los elementos integrantes de la obligación. Por lo tanto, no hay res-

salarial puede ser exigida en su totalidad y simultáneamente a todos y/o cada uno de aquellos que se benefician del trabajo subordinado<sup>277</sup>. Sin embargo, y a efectos de poder exigirle el pago realmente a todos y cada uno de los obligados solidarios, sí puede darse la situación de litisconsorcio pasivo<sup>278</sup>. Ello es consecuencia de la nueva regulación planteada con la LEC 1/2000, por cuanto que en virtud del nuevo art. 542 LEC queda tácita y parcialmente derogado el art. 1141 C.Civ.<sup>279</sup>. Aunque creemos que, de cualquier forma, esta nueva regulación no afecta en lo sustancial a la consideración de este supuesto como situación de litisconsorcio pasivo cuasi necesario<sup>280</sup>, por cuanto que antes como ahora "la pluralidad de partes es eventual y originaria cuando la legitimación (...) corresponde a varias personas pero no de manera necesaria", por lo que sólo será preciso demandarlas cuando se pretenda que la resolución afecte a varios sujetos y al mismo tiempo<sup>281</sup>. Se diferencia así del litisconsorcio necesario, en el que la pretensión sólo puede ser ejercida cuando se incluyen en la demanda a toda esa pluralidad de sujetos<sup>282</sup>.

Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre regularmente en el derecho de obligaciones, la solidaridad es prevista de forma general en el ámbito laboral para la mayor parte de los casos y ello porque, frente a la responsabilidad subsidiaria, aquélla refuerza y responde mejor a esa finalidad tutelar<sup>283</sup>. Téngase en cuenta que el establecimiento de un sistema de responsabilidad solidaria facilita enormemente la extensión de los privilegios salariales sobre el patrimonio de los empresarios que están sujetos a esa responsabilidad, a diferencia de lo que ocurre en supuestos de responsabilidad subsidiaria como la fianza<sup>284</sup>.

---

ponible que no sea obligado y, en este caso, deudor; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; Tecnos, 1988, pág. 130 y 131.

<sup>277</sup> Sobre el concepto de responsabilidad solidaria, *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 140.

<sup>278</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo; Comares, 2000, págs. 219 y 220. De opinión contraria, para el supuesto de sucesión de empresas (art. 44 TRET); VALDÉS DAL-RÉ, F., La transmisión de empresas y las relaciones laborales; MTAS, 2001, págs. 74 y 75.

<sup>279</sup> BANACLOCHE PALAO, J., "Art. 542 LEC", en DE OLIVA SANTOS/DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ/VEGAS TORRES/BANACLOCHE PALAO, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil; Civitas, 2001, pág. 937.

<sup>280</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, II; Civitas, 1993, págs. 229 y 230

<sup>281</sup> Sin embargo, en caso de no reclamar conjuntamente a ambos empresarios, pero se pretenda hacer valer el contenido de la resolución obtenida en un proceso seguido sólo frente a uno de ellos, el empresario no demandado podría alegar la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994; Tecnos, 1995, pág. 160 y 161

<sup>282</sup> MONTERO AROCA, J., Introducción al proceso laboral; Marcial Pons, 2000, pág. 95; y RAMOS MÉNDEZ, F., Derecho Procesal Civil; T. I, Bosch, 1992, págs. 280 y sgs. (especialmente, págs. 290 y 291. Respecto al supuesto de responsabilidad entre ETT y empresa usuaria; AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., pág. 361 (3673). Como señala la STSJ de Extremadura, de 7 de junio del 2000 (A.L., nº 46, 2000, ref. A15), en las obligaciones solidarias "no existe situación de litisconsorcio pasivo necesario, al poder dirigir la acción contra cualquiera de las personas obligadas por ser deudores".

<sup>283</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad empresarial...; cit., pág. 215. Sobre esta idea, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil; cit., T.3, págs. 155 y 156; especialmente, nota 1 de ésta última. La preferencia de la subsidiariedad en las obligaciones civiles, PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; Bosch, 1976, pág. 157. Sobre el alcance de esa presunción y de los arts. 1137 y 1138 C.Civ., *ibidem*, págs. 169 y sgs.

<sup>284</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., "Garantías del salario", en Comentarios a las Leyes Laborales, T. VI; EDESA, 1982, pág. 346. Adviértase por lo demás que los privilegios salariales no recaen sobre el fiador, por cuanto que sobre él no existe una deuda laboral; RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 288. De opinión contraria, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral; Tirant lo Blanch, 1.998, págs. 298 y 299.

Encontramos supuestos de responsabilidad solidaria en el Derecho del Trabajo en el TRET en los arts. 42.2 (contratas y subcontratas), 43.2 (cesión ilegal de la mano de obra), y 44 (sucesión de empresas); de la empresa usuaria, en algunos supuestos previstos por la Ley de Empresas de Trabajo Temporal, o bien en construcciones jurisprudenciales como el fenómeno de los Grupos de Empresas<sup>285</sup>.

En algunos de estos ejemplos, se discute si estamos ante un supuesto de solidaridad o si se trata de fianza solidaria (v. gr. arts. 42 y 44 TRET)<sup>286</sup>. De tratarse del segundo caso, las peculiaridades de esta figura conllevarían que el *fiador* (contratista, cesionario, etc.) fuera responsable de una deuda ajena, pero existiendo dos relaciones obligacionales que unen al acreedor con su deudor (principal) por un lado, y con el fiador, por otro<sup>287</sup>. En definitiva, éste responde por una obligación distinta a la que une al acreedor (trabajador) y deudor principal (empresario-contraparte), pues es diferente la causa (una por el trabajo prestado, otra por garantizar una deuda ajena), y en consecuencia, también será distinta la naturaleza jurídica del crédito que se percibe<sup>288</sup>. Esto supondría para el trabajador que la cuantía recibida del considerado *fiador* no respondería a las características del crédito salarial, en tanto que como hemos visto, no manifiestan una misma causa y naturaleza. En efecto, el que se trate de una fianza solidaria no excluye la existencia de una fianza propiamente dicha, sino simplemente implica modificar el régimen de la relación externa entre el acreedor y el fiador, pero a los demás efectos seguimos ante tal tipo de obligación<sup>289</sup>. La consecuencia de todo ello sería —a nuestro modo de ver— que el trabajador no podría beneficiarse de las ventajas, garantías, etc. que conlleva el crédito salarial<sup>290</sup>; algo, desde luego, desterrado del espíritu con el que se regulan dichos preceptos del TRET<sup>291</sup>.

Por lo tanto, mantenemos que se trata de una asunción cumulativa de deuda ajena, en la que no se crea una obligación distinta, “sino que el nuevo deudor subentra, como solidario, en la misma obligación existente”, cumpliendo, en su caso, con la prestación debida por su codeudor; frente al caso del fiador que “cumple su propia obligación, accesoria pero distinta de la principal”<sup>292</sup>.

<sup>285</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Empresario”; Justicia Laboral, Lex Nova, n° 1, 2000, págs. 100 y 102.

<sup>286</sup> En este sentido, DURÁN LÓPEZ, F. (Lecciones...; cit., t/5, pág. 28) afirma que estamos ante el supuesto de una “fianza solidaria” del art. 1822.2° C.Civ. Sobre este tipo de fianza, *vid.* LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., Derecho de Obligaciones I; ed. Nomos, 1991, págs. 96 y sgs.; y PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2°; cit., págs. 198 y sgs.

<sup>287</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., págs. 248 y 249.

<sup>288</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., en (ALBALADEJO, Dir.) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T XXIII; EDERSA, 1980, págs. 8 y 9; y REYES LÓPEZ, M.J., Fianza y nuevas modalidades de garantía; Editorial General de Derecho, S.L., 1996, págs. 32, 36, 52 y 54. De opinión contraria, MONEREO PÉREZ, J.L. (Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa; MTSS, 1987, pág. 528), para quien incluso en ese caso, ambos empresarios (cedente y cesionario) responden por la misma obligación y no por diferentes. También, RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 314 y 315.

<sup>289</sup> CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriadad y contrato de garantía; La Ley, 1992, págs. 75 y 76. Debe advertirse con este autor de lo incorrecto de la comparación entre solidaridad y fianza solidaria, pues mientras aquélla hace referencia a un modo de obligarse, ésta lo hace a un tipo de obligación con un objeto específico; *ibidem*, pág. 74.

<sup>290</sup> PARENTE, F., Il sistema dei privilegi del credito; Giuffrè ed., 2001, págs. 164, 165, 179 y 180.

<sup>291</sup> RIOS SALMERÓN, B., Los privilegios del crédito salarial; Civitas, 1984, pág. 287.

<sup>292</sup> FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., “Vicisitudes de las obligaciones en...; cit., pág. 576. Para otros autores no puede hablarse de diferencia entre la asunción cumulativa y la fianza, cfr., CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriadad...; cit., págs. 148-150.

De cualquier forma, no se entiende bien la opinión que propugna el carácter de fianza solidaria –frente a la responsabilidad solidaria– de la obligación establecida en artículos como el 42 y 44 TRET, ya que las razones que se alegan para pretender que sea fianza solidaria y no solidaridad van en el sentido no de que sea diferente la naturaleza del pago en ambas obligaciones, sino de establecer una subsidiariedad en la petición del cumplimiento del crédito salarial. Ante ello, conviene precisar que para que el *fiador* deba pagar cuando el deudor requerido para cumplir se haya negado al cumplimiento, pese a no estar en una situación de previa insolvencia, será preciso que en la fianza no exista el beneficio de excusión, pero sí que se mantenga la subsidiariedad. Sólo en este caso no será precisa la insolvencia del deudor (principal), bastando simplemente que, “de cualquier forma, el acreedor haya intentado previamente cobrarse del deudor”<sup>293</sup>. Sin embargo, se olvidan aquellos autores que nada de ello acontece en el caso de la fianza solidaria, por cuanto que en la relación externa de la fianza solidaria (responsabilidad en la que incurren los empresarios-deudores frente al trabajador-acreedor) se siguen las reglas de la solidaridad, como consecuencia de que se pierde el beneficio de excusión<sup>294</sup>. O más exactamente, se pierde el carácter de subsidiariedad y, por ende, el beneficio de excusión, ya que el acreedor puede demandar directamente y en primer término al fiador, sin necesidad de requerir al deudor (principal), por cuanto “el fiador está obligado a cumplir con independencia de que el deudor se haya negado a pagar”<sup>295</sup>.

Más escasos son aquellos supuestos en los que el legislador laboral establece la mera responsabilidad subsidiaria, pues conllevan, como decimos, una menor protección al trabajador, al presuponer la existencia de diferentes “grados” en los obligados: uno principal (en nuestro caso, el empresario-contraparte del contrato de trabajo) y otro cuya responsabilidad entra en juego cuando aquél no pueda cumplir. El fundamento de este deber está “en cierto nexo que existe, o que la ley presume que existe, entre los obligados (principal y subsidiario)”<sup>296</sup>. Como podemos deducir, este sistema de responsabilidad conlleva mayores inconvenientes para el trabajador, en cuanto que deberá constatar la insuficiencia patrimonial del obligado principal para poder dirigirse contra el patrimonio del responsable subsidiario.

En nuestra normativa laboral encontramos ejemplos como el del art. 16.3 de ETT (para los casos en los que expresamente la norma no haya previsto la solidaridad) y el art. 42.1 TRET, respecto a las cuotas de la Seguridad Social pendientes al momento de la contrata o subcontrata<sup>297</sup>. Si observamos detenidamente los supuestos de

<sup>293</sup> CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriadad...; cit., pág. 129.

<sup>294</sup> Cfr. FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., “Vicisitudes de las obligaciones en...; cit., págs. 583-585; PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; cit., T. II-2º, pág. 606, y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 257.

<sup>295</sup> CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriadad...; cit., págs. 76-78; y MARTÍNEZ LÓPEZ, E., “La ejecución forzosa en la jurisprudencia social frente a deudas que no nacen de la relación laboral: el avalista solidario”; A.S. (Presentaciones, 70), 1999, págs. 51 y 52. De opinión contraria, afirmando que no decae la subsidiariedad; CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, Tratado de los Derechos de Garantía; Aranzadi, 2002, pág. 91.

<sup>296</sup> GUILLERMO CABANELLAS, voz *Responsabilidad subsidiaria*, en Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; T. VII (R-S), ed. Heliasta, 15ª ed., 1982, págs. 202 y 203.

<sup>297</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; Civitas, 1999, pág. 114. Otros autores consideran que la responsabilidad a la que hace referencia el art. 42 TRET es solidaria, apareciendo la subsidiariedad sólo en los casos no previstos en dicho precepto: transcurso del plazo, certificado negativo o en los casos que no estemos ante *propia ac-*

responsabilidad subsidiaria, encontraremos que o bien van referidos a cuestiones no salariales (art. 42 TRET en relación con el art. 127.1 RD-Leg. 1/1994, TRLGSS), o bien a supuestos en los que el pago del salario pretende ser garantizado previamente a través de otros mecanismos (v. gr. “garantía financiera”, cap. II del RD 4/1995 de ETT); en definitiva, porque el trabajador queda protegido ante la pérdida de su retribución<sup>298</sup>. A pesar de ello, no nos parece acorde con los principios sociales del Derecho del Trabajo la decisión finalmente adoptada por el legislador sobre la responsabilidad subsidiaria en este último caso (ETT), pues supone una contradicción con la establecida en el art. 42 TRET, más aún cuando en este caso la empresa usuaria es la beneficiaria directa del trabajo<sup>299</sup>.

De lo que acabamos de exponer podemos deducir no sólo esa preferencia del legislador laboral por la solidaridad, sino también que ésta es preeminente cuando se trata de proteger el crédito salarial, debido al ánimo que guía la normativa laboral, la cual tiene muy presente no sólo la trascendencia social del salario para el trabajador, sino también la especial posición jurídica de éste con respecto al empresario<sup>300</sup>. Quizás sea esto también lo que explique el hecho de que la responsabilidad solidaria surja en el derecho laboral por voluntad de la ley, debido como decimos, a la situación de subordinación económica en la que se encuentra el trabajador y que le llevaría a no poder exigir contractualmente que se garantice solidariamente su prestación.

Así pues, el legislador laboral ha previsto la responsabilidad solidaria en los supuestos de pluralidad de sujetos que se benefician del fruto del trabajo, esto es, considera como obligados solidarios a todos ellos, ya que lo que se recoge en estos casos no es una sanción para el empresario (“material”), que sin serlo formalmente del trabajador, sin embargo se beneficia de su trabajo<sup>301</sup>. Por el contrario, lo que se prevé es una obligación que pesa sobre ambos, y ello porque la “responsabilidad la contrae no por haber incumplido, sino porque ha asumido el deber de cumplir (la obligación)”<sup>302</sup>. En efecto, no se trata de una sanción pecuniaria impuesta al empresario material, sino de responsabilidad, pues ésta no sólo se traduce siempre, y en todo caso, en una indemnización, sino que puede llevar aparejadas también otras consecuencias (v. gr. art. 43.3 TRET).

*tividad* (art. 127.1 TRLGSS), etc. En este sentido, LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad empresarial...; cit., págs. 277 y sgs., especialmente, pág. 281.

<sup>298</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., La cesión ilegal...cit., 1995, pág. 159. Sobre las razones que apoyan esa inversión de la regla de la solidaridad en el caso de las ETT, vid. LÓPEZ BALAGUER, M., Contrato de trabajo y remuneración en la nueva regulación de las Empresas de Trabajo Temporal; Tirant lo Blanch, nº 93, 2000, págs. 119, 120 y 126-128; y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “La cesión de trabajadores en el ordenamiento laboral español (II): Tipos de cesiones lícitas. Empresas de Trabajo Temporal”; en (AA.VV.) Cuadernos de Derecho Judicial. «Cesión de trabajadores. Empresas de Trabajo Temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas»; CGPJ, 1994, pág. 157.

<sup>299</sup> En el mismo sentido; CHACARTEGUI JÁVEGA, C., Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo; Tirant Monografías, nº 146, 2000, págs. 316 y sgs.; y ERMIDA URIARTE/CASTELLO, “Las Empresas de Trabajo Temporal”; en (AA.VV.) La descentralización empresarial...; cit., pág. 440.

<sup>300</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.; Las relaciones de trabajo en...; cit., pág. 518. Algunos autores han criticado la proliferación de este tipo de responsabilidad (solidaria), por entenderla atentatoria contra la legalidad y constitucionalidad; al respecto, vid. PÁRAMO MONTERO, P., Responsabilidades empresariales en el ámbito laboral y de Seguridad Social; CISS, 1995, pág. 14.

<sup>301</sup> De sanción habla PÁRAMO MONTERO, P., Responsabilidades empresariales en...; cit., pág. 14.

<sup>302</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 73 y 74.

Ahondando en esta idea, debemos subrayar que una característica del Derecho del Trabajo es el hecho de que, a diferencia del Civil, prescinde en numerosas ocasiones de la ficción jurídica, trascendiendo sobre lo formal para atender a la realidad material<sup>303</sup>. En ésta encontramos un único trabajador, un trabajo prestado y varios empresarios, de los que uno (“material”), pese a no ser la contraparte del contrato de trabajo, se beneficia de dicho trabajo. La solución a que se llega es considerar como co-obligados solidarios a todos aquellos que obtienen ese beneficio, con independencia de que dicha responsabilidad derive de una deuda ajena, pues como en toda obligación solidaria, también aquí existe un único “hecho que actúa de fundamento común al crédito o a la deuda”, vinculando a todos los que intervienen en la obligación<sup>304</sup>.

Procedemos ahora a realizar un estudio más concreto de los supuestos en los que el legislador establece la responsabilidad respecto del crédito debido al trabajador sobre quienes son terceros en la relación laboral, basándose generalmente en la existencia de la prestación de trabajo que benefició a este nuevo co-deudor: arts. 42 y 43 TRET. Aunque debemos advertir que tampoco se pretende ahora hacer un estudio exhaustivo de estos preceptos, pues no es materia directa del tema que estamos tratando, de ahí que nos limitemos a señalar las precisiones específicas en materia de responsabilidad salarial frente a los créditos que el trabajador tenga contra el empresario-deudor. Por lo que se refiere a la situación de los créditos del trabajador en el caso de la transmisión de la empresa, nos remitimos a lo que señalaremos al hablar de la novación subjetiva pasiva.

#### a. Contratas y Subcontratas

En el supuesto previsto en el art. 42 TRET, reformado parcialmente por la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), se establece –en lo que ahora nos interesa– que el empresario principal responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores. La nueva redacción dada al precepto hace desaparecer el anterior límite que establecía que dicha responsabilidad alcanzaba como tope lo que hubiera correspondido a un trabajador fijo de la empresa contratante que tuviera la misma categoría o puesto<sup>305</sup>.

Señalado esto, y pese a la ya mencionada reforma del art. 42 TRET, las cuestiones que surgen del precepto son diversas, aunque similares a las de antaño: quién responde solidariamente, de qué se responde (alcance de la expresión “obligaciones de naturaleza salarial”), a cuánto asciende lo debido (inclusión o no de las cuantías derivadas de meros acuerdos o mejoras individuales), y por último, si existe posibilidad de extender sobre el patrimonio del responsable los privilegios salariales de los trabajadores de la empresa contratista.

<sup>303</sup> DUPEYROUX, J.-J., “Avant propos. Droit Civil et Droit du Travail: l’impasse”; D.S., nº 5, 1988, especialmente, pág. 371.

<sup>304</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., Derecho de Obligaciones I; cit., pág. 89; y PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., págs. 19 y 20.

<sup>305</sup> Esa diferencia de régimen, en STS, de 3 de mayo de 2004 (RJ 4964).

Pero antes de entrar a responder estas cuestiones, quisiéramos dejar constancia de la necesaria reforma de aquellos mecanismos previstos en la legislación laboral para imputar a quien en principio es un tercero en la relación laboral los posibles riesgos de incumplimiento de los deberes salariales de quien es el empresario-contraparte; reforma que no debe ser limitada o concreta como la llevada a cabo, sino en profundidad<sup>306</sup>. Efectivamente, pese al imparable crecimiento de los procesos de descentralización productiva encauzados a través de las típicas figuras del contrato de arrendamiento de obra o de servicios, o bien mediante contratos atípicos, cabe subrayar que la regulación y práctica judicial en torno a la cuestión de las contratas y subcontratas están produciendo como efecto la marginalidad en la aplicación de preceptos como el actual art. 42 TRET<sup>307</sup>. Esto está implicando que una gran masa de trabajadores se vean privados de los mecanismos que originariamente preveía el ordenamiento laboral para procurar que quien se lucra de su trabajo también se responsabilice por los posibles incumplimientos laborales que sufra el trabajador que los prestó<sup>308</sup>. Aunque algunos de esos instrumentos pudieran servirnos para afrontar parcialmente esta nueva situación, lo cierto es que el legislador laboral debiera superar el inmovilismo que en este aspecto le caracteriza, mediante una readaptación de la normativa a las nuevas realidades económicas y organizativas de las empresas, con el claro objetivo de restablecer las funciones originarias del Derecho del Trabajo en esta materia (compensadora y protectora)<sup>309</sup>.

En torno a esta idea se ha señalado que estas nuevas formas de producción *“costringono il diritto del lavoro a ridefinire di giorno in giorno le proprie strutture connettive, andando veramente al cuore dei principi e dei valori irrinunciabili –senza il riconoscimento dei quali, e lasciando tutto al rapporti de mercato, la nostra disciplina non esisterebbe–”*<sup>310</sup>.

A tal efecto, la futura regulación debiera procurar trascender las meras construcciones jurídico-formales para que, como en otras ocasiones (v. gr. grupos de empresas), se atienda a la realidad que tras ella se esconde, cuando aquéllas construcciones puedan conllevar un serio perjuicio o, en cualquier caso, un desequilibrio para los trabajadores que vean cómo no perciben su salario pese a haber prestado su trabajo y haber enriquecido al titular de la obra o servicio contratado<sup>311</sup>.

<sup>306</sup> La escasa operatividad real y el desfase del art. 42 TRET ha sido puesto de manifiesto en numerosas ocasiones; por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Propósitos y despropósitos de la reforma laboral de 2001”; R.L., nº 10, 2001, pág. 132.

<sup>307</sup> Algunos aspectos relativos a esa doctrina judicial proclive a un menor campo de acción y protección del art. 42 TRET, vid. CASAS BAAMONDE, M.E. “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, en AA.VV. (ALARCÓN/MIRÓN Coords.), El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar; Marcial Pons, 2000, págs. 196 y 197. Sobre la actual línea –restrictiva– del TS en esta materia, vid. STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero del 2001 (AS 1428), F.J.3º, y las sentencias allí señaladas.

<sup>308</sup> SALINAS MOLINA, F., “Contratas y subcontratas: jurisprudencia unificadora”; RMTAS, nº 38, 2002, pág. 210.

<sup>309</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “La descentralización productiva y la formación...; cit., pág. 1; y AA.VV. (SUPIOT, coord.) Trabajo y Empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa; Tirant lo Blanch, 1999, págs. 61 y 62.

<sup>310</sup> MAGNANI, M., “Trasferimento d’azienda ed esternalizzazioni” (Opinión de MAGNANI/SCARPELLI); GDLRI, nº 82-83, 1999, págs. 485 y 486.

<sup>311</sup> MONEREO PÉREZ/ÁLVAREZ MONTERO, “La ‘Reforma’ del art. 42 del E.T.: ¿Se ha operado una verdadera ‘Reforma’ de envergadura en virtud de la Ley 12/2001”; T.L., nº 61 (Monográfico sobre la Reforma Laboral del 2001), 2001, págs. 282-285.

### a.1. Sujetos responsables

Doctrina y jurisprudencia han alcanzado en muchas ocasiones diferentes resultados a la hora de identificar a quién se extiende la responsabilidad solidaria por salarios prevista en el art. 42 TRET. En primer lugar, y en relación con la desaparición del límite salarial a efectos de responsabilidad del empresario principal, debemos observar que con esa modificación se vendría a clarificar que el empresario responsable al que hace referencia el art. 42 TRET no precisa ser un empleador del art. 1.2 del mismo cuerpo legal, por cuanto que la referencia a ese límite era el argumento principal utilizado por los tribunales para sostener lo contrario y exigir que aquél tuviera la consideración de empresario en sentido laboral<sup>312</sup>. Esta razón, unida a la propia lógica y finalidad del precepto (evitar que el trabajo quede sin remunerar, impedir la utilización de fenómenos interpositivos para eludir las responsabilidades laborales, etc.), hacen que sostengamos la idea de que no es precisa la condición de empleador en el sujeto responsable.

En segundo lugar, en los supuestos de pluralidad de empresarios principales y auxiliares, sigue latente la duda de quién y cómo responden, ante lo cual se han señalado tres soluciones posibles: Bien considerar que el empresario principal (comitente) es el único responsable solidario frente a las deudas salariales de los trabajadores empleados en las empresas contratadas o subcontratadas<sup>313</sup>. Bien limitar esa responsabilidad, circunscribiéndola a la empresa con la que se contrata, de tal forma que la empresa principal sólo responde respecto de los salarios de la contrata, pero no de los debidos a los trabajadores por las posteriormente subcontratadas, de los que sólo responderá la empresa que directamente las (sub-)contrató. Por último, que el art. 42 TRET plantea un supuesto de responsabilidad en cadena, de tal forma que el anterior en la cadena responde por las deudas salariales de los trabajadores de las empresas posteriores en la serie de contrataciones y subcontrataciones.

De las tres soluciones planteadas, son las dos últimas en las que parece centrarse atualmente la discusión doctrinal y jurisprudencial<sup>314</sup>. Brevemente, señalaremos que a favor de la opinión que defiende la responsabilidad limitada a las deudas salariales de los trabajadores de la empresa con la que directamente se contrata, se esgrimen los siguientes argumentos: En primer lugar, no puede exigírsele al empresario una responsabilidad que vaya más allá de su capacidad de control (terceras empresas subcontratadas por su contratista), pues de lo contrario, se le estaría responsabilizando por hechos sobre los que no tendría ninguna capacidad de respuesta<sup>315</sup>. Segundo, el carácter bipolar de la relación entre empresarios nacida de la contrata, pues ésta relación no puede afectar a terceros ni mucho menos, vincular al comitente frente a terceros (empresas subcontratadas), cuya relación con la empresa anterior en la cadena no tiene por

<sup>312</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C., "La modificación del art. 42 ET: una reforma insuficiente"; A.J.A., nº 492, 2001, pág. 2.

<sup>313</sup> STS, de 16 de septiembre de 1999 (R.L., 1999, TS-380).

<sup>314</sup> La primera de ellas fue descartada por absurda y desconectada del fundamento del precepto estatutario; por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (Editorial) "Cadena de contrataciones y responsabilidad del empresario principal"; R.L., 1996-I, pág. 48. En esta línea, más recientemente, LLANO SÁNCHEZ, M., "Innovaciones legales en materia de contratación y subcontratación de obras y servicios. Reforma del artículo 42 ETT por la Ley 12/2001, de 9 de julio"; A.L., nº 1, 2002, pág. 6.

<sup>315</sup> GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal; CISS, 1998, pág. 42.

qué haber sido consentida por quien ahora se pretende que sea el responsable<sup>316</sup>. Por último, y como consecuencia de las exigencias establecidas para exonerarse de responsabilidad en materia de deudas con la Seguridad Social, se señala que de entenderse que dicha responsabilidad alcanza a todos los implicados en la cadena en sentido vertical ascendente, se estaría responsabilizando a quienes ni tan siquiera están legitimados para pedir la mencionada certificación negativa de descubiertos prevista en el art. 42.1 TRET. Por esta razón, si la empresa “comitente inicial no juega papel alguno en el control de la solvencia de la subcontratista (...) no parece que tenga mucho sentido exigirle después responsabilidad por las deudas de esta empresa, sin que además tenga posibilidad alguna de quedar exonerado de la misma”<sup>317</sup>.

En nuestra opinión, sin embargo, la literalidad y espíritu del precepto parecen abonar la última de las soluciones antes apuntadas, decantándonos por la tesis de la responsabilidad en cadena<sup>318</sup>. Para ello, nos basamos en los siguientes argumentos:

Primero. La redacción del texto avala la idea de que se responde tanto por las deudas salariales de los trabajadores de la primera contrata como por las de los trabajadores de empresas subcontratistas. Fundamento que ya se daba con la anterior fórmula, tanto por el uso indiferenciado de ambos términos (contratista o subcontratista), como por la utilización del plural para referirse a los sujetos junto a los que se responde (subcontratistas)<sup>319</sup>. Con la nueva redacción dada por la Ley 12/2001, se constata esta idea, por cuanto que su artículo segundo introduce en el párrafo 1º del art. 42.2 TRET que el empresario principal responderá por las deudas salariales “contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores (...)”<sup>320</sup>.

Segundo. Razones de oportunidad, pues la limitación que apunta la opinión antes señalada podría provocar una fácil eliminación del sistema de protección para los créditos protegidos, ya que bastaría la existencia de una subcontrata posterior para

<sup>316</sup> Por todos, CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata y subcontratas”; R.L., 1992-I, págs. 125 y 126. La variante jurisprudencia sobre este tema ha conocido pronunciamientos a favor de la necesaria vinculación contractual entre los empresarios sobre los que se pretende recaiga la responsabilidad solidaria; GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Posición del trabajador en la subcontratación de obras y servicios”; A.L., 1994-3, pág. 619.

<sup>317</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., “Innovaciones legales...; cit., págs. 7 y 8.

<sup>318</sup> Vid. STS (UD), de 9 de julio de 2002 (RJ 10538), en GARCÍA PAREDES, M.L., “Guía de recursos de Casación para unificación de Doctrina (junio y julio de 2002)”; A.L., nº 45, 2002, G-6, 23, pág. G-267. Sin embargo, debe resaltarse que la sentencia indicada excluye la mera literalidad (junto con los antecedentes legales y jurisprudenciales), como criterio suficiente para justificar la respuesta.

<sup>319</sup> Sobre el significado de esos términos y el alcance del empleado por nuestro legislador laboral; MONTOYA MELGAR, A., “La protección jurídica del trabajo en contrata: Delimitación de los supuestos de hecho”; en (AA.VV.) Cuadernos de Derecho Judicial. «Cesión de trabajadores. Empresas de Trabajo Temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas»; CGPJ, 1994, págs. 107 y 109 y sgs.

<sup>320</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO/VALDÉS DAL-RÉ/CASAS BAAMONDE, “La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad»”; R.L., nº 7, 2001, pág. 19; y MONEREO PÉREZ/ÁLVAREZ MONTERO, “La ‘Reforma’ del art. 42...; cit., pág. 305. Vid. STS, de 9 de julio de 2002 (RJ 10538), F.J. 2º.5. Sobre el apoyo de esta tesis en la conjunción y, CAMPS RUIZ, M., “La subcontratación de obras y servicios tras el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”, en (ALBIOL MONTESINOS/CAMPS RUIZ/GOERLICH PESET) La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 5/2001; Tirant lo Blanch, nº 118, 2001, pág. 67. De opinión contraria, afirmando que no ha supuesto un cambio respecto a la extensión de los responsables; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Propósitos y...; cit., pág. 134 y 135.

exonerar de responsabilidad a los anteriores<sup>321</sup>. Asimismo, esto supondría excluir en la cadena de responsabilidades a quienes se encuentran en los niveles anteriores, que por regla son los que manifiestan una mayor solvencia económica<sup>322</sup>.

Tercero. De esta forma se tutelan mejor los derechos de los trabajadores implicados, no tiene por qué perjudicarse indebidamente a los empresarios afectados, se favorece la descentralización real y se evita que las empresas contratantes se desentiendan de las consecuencias de la descentralización para los trabajadores de cuyo trabajo se beneficiaron<sup>323</sup>. Realmente, la situación de dependencia económica y el escaso poder de negociación individual que en general tienen los trabajadores, les impide adoptar otras formas de tutela que pudieran serles igualmente intensas. Sin embargo, los empresarios contratantes sí pueden exigir de sus contrapartes garantías de solvencia o de cumplimiento de sus obligaciones para con los trabajadores implicados en la contrata (seguros, derechos de garantía, justificantes de solvencia económica, etc.)<sup>324</sup>. De no establecer la responsabilidad en cadena, los primeros se descuidarían de la situación de los trabajadores que realmente llevan a cabo la prestación, limitando su preocupación al resultado de la obra o servicio contratado.

En cuarto lugar. El propio debate parlamentario sobre el título de este artículo apoya la opinión que estamos defendiendo, pues la propuesta realizada de centrar la responsabilidad en un empresario concreto (en ese caso, el contratista), fue rechazada por limitadora de la responsabilidad<sup>325</sup>.

Por último. La propia finalidad del precepto exige mantener la opinión que aquí defendemos, pues una vez que ha sido superada la visión perniciosa de los procesos de descentralización productiva, si la razón de ser de la tutela contenida en el art. 42 TRET es evitar que la prestación del trabajador quede sin retribuir cuando ésta existe y alguien se enriqueció con ella<sup>326</sup>, este propósito quedaría seriamente limitado si no se estableciese la responsabilidad en cadena de todas las empresas intervinientes<sup>327</sup>.

Todo ello nos lleva a sostener, como decimos, la responsabilidad en cadena de todas las empresas involucradas en este fenómeno de descentralización productiva, que operará con independencia de la voluntad de las partes sobre el alcance y exten-

<sup>321</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., pág. 176; y MONEREO PÉREZ/ÁLVAREZ MONTERO, "La 'Reforma' del art. 42...; cit., págs. 289 y 290. Sin perjuicio, como señalan estos autores, de las acciones civiles que los empresarios pudieran ejercitar para reclamarse entre ellos.

<sup>322</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (Editorial) "Cadena de...; cit., págs. 49 y 50.

<sup>323</sup> Como acertadamente se ha señalado, "el sistema de garantías previsto en el art. 42 "per se" no supone un obstáculo a la libre articulación de la colaboración interempresarial a través de la técnica contractual de la subcontratación"; MONEREO PÉREZ/ÁLVAREZ MONTERO, "La 'Reforma' del art. 42...; cit., pág. 285.

<sup>324</sup> CAMPS RUÍZ, M., "La subcontratación de obras y servicios tras...; cit., pág. 66.

<sup>325</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (Dir.) Debate parlamentario sobre el Estatuto de los trabajadores; IES, T.II, 1981, pág. 244.

<sup>326</sup> MARTÍN VALVERDE, A., "Responsabilidad empresarial en el caso de subcontrata de obras y servicios"; en (BORRAJO, DIR.) Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores; T. VIII, 1988, págs. 264 y sgs.

<sup>327</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (Editorial) "Cadena de...; cit., págs. 49 y 50; y CAMPS RUÍZ, M., "La subcontratación de obras y servicios tras...; cit., págs. 65-67.

sión de su responsabilidad, pues el art. 42 TRET se configura como una norma de derecho necesario relativo<sup>328</sup>.

### *a.2. Objeto de la responsabilidad*

Continúa el texto estatutario señalando que se responde “solidariamente por las obligaciones de naturaleza salarial (...)”, lo que exige por nuestra parte definir cuáles son éstas. En primer lugar, queremos subrayar el progresivo retroceso en el alcance de la responsabilidad a la que queda obligado el empresario contratante<sup>329</sup>. Esta reducción se ha justificado en opinión de algunos autores, por el hecho de que el sistema de contrataciones y en general, la descentralización productiva, ha perdido el estigma que exigía una mayor tutela<sup>330</sup>. Desde nuestra posición no podemos compartir esa justificación, pues ni la realidad es tan concluyente como para obviar la debilidad patrimonial de las empresas que son (sub-) contratadas ni creemos acertada la decisión de sacrificar la posición de los trabajadores por una mal entendida facilidad de la descentralización, pues en nada debe perjudicar al empresario –cuya obra o servicio contrata o subcontrata con otra empresa– el hecho de que se le exija una diligencia en constatar la situación de quienes intervienen en un proceso productivo del que es origen o parte desencadenante. Es más, si se sostiene esa normalidad y pérdida del estigma que aconsejaba la extensión de responsabilidad, creo que sería conveniente “normalizar” también –y como ya hemos sostenido– la responsabilidad compartida por parte de todas aquellas empresas que se benefician del producto del trabajo, porque la generalización y normalización de estas prácticas de descentralización no puede suponer olvidar los derechos de los trabajadores, sino más bien al contrario, extender como decimos el sistema de responsabilidad en todos los supuestos de externalización y sobre todas las empresas que se benefician de ese trabajo.

Sea como fuere y al objeto de nuestro estudio, el art. 42.2 TRET limita la responsabilidad a las obligaciones de naturaleza salarial (y a las referidas a la Seguridad Social)<sup>331</sup>. Al objeto de nuestro estudio, es preciso poner en conexión este precepto con el art. 26 del mismo cuerpo legal, dejando fuera, por consiguiente, todas aquellas partidas de carácter indemnizatorio, suplidos, etc. A esta acotación en el objeto es preciso añadir otras limitaciones de carácter personal, temporal, etc. que ahora pasamos a analizar.

Respecto a las obligaciones de naturaleza salarial, y como señala el art. 26.1 TRET, éstas pueden ser en dinero o en especie, sin que el cambio en la persona del deudor implique que estas últimas deban reemplazarse por dinero, salvo que resultase de

<sup>328</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., pág. 218.

<sup>329</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial...; cit., pág. 267. El art. 19.2 LRL –donde se recogía este supuesto– hablaba de una forma más amplia de que la responsabilidad en caso de contrataciones se extendía a las “obligaciones contraídas por los subcontratistas con sus trabajadores (...)”.

<sup>330</sup> Los representantes empresariales no dudan en resaltar las supuestas bondades de este fenómeno, sobre todo, dicen, de cara a la creación de “nuevo empleo y de más calidad”; GÓMEZ ALBO, P.; “Descentralización productiva, externalización y subcontratación”; A.L., nº 10, 2000, especialmente, pág. 159.

<sup>331</sup> El TS viene manteniendo que deben excluirse de ellas las mejoras voluntarias; entre otras, STS, de 14 de febrero de 2000 (A.L., nº 28, 2000, ref. 1125). Una crítica a esta doctrina, en GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., “Los sujetos responsables de las mejoras voluntarias de la Seguridad Social en supuestos de contrataciones y subcontratas”; R.L., 2000-I.

imposible o muy difícil ejecución en sus propios términos<sup>332</sup>. Por otro lado, es oportuno indicar aquí algunos supuestos que plantean problemas sobre su inclusión o no dentro de la expresión señalada:

– En primer lugar, los *salarios de tramitación y del interés* a tanto alzado por mora<sup>333</sup>. Obviamente, la solución a su inclusión o no dentro de las obligaciones de naturaleza salarial de las que habla el art. 42.2 TRET depende de cuál sea la naturaleza que se les otorgue a esas cuantías<sup>334</sup>. No obviamos que el TS mantiene el carácter indemnizatorio de los salarios de tramitación por cuanto, afirma, “nunca pueden ser conceptuados como obligaciones de estricta naturaleza salarial”, a los efectos del art. 42.2 TRET<sup>335</sup>. Sin embargo, lo cierto es que no siempre ha sido ésta la opinión del TS, ni mucho menos es pacífica actualmente la opinión doctrinal y judicial al respecto<sup>336</sup>. En este sentido, cabe indicar que la actual posición del TS no se encuentra totalmente asumida por los tribunales inferiores, donde algunos de ellos siguen manteniendo, con buen criterio en nuestra opinión, su naturaleza salarial, ya que como bien sostienen, “resultaría ilógico que existiera responsabilidad de la empresa principal sobre las cuotas de Seguridad Social y no sobre los salarios (*de trámite*) gravados por ellas”<sup>337</sup>. En apoyo de esta posición, la actual línea doctrinal del TS parece contradecirse con la reforma operada con la Ley 45/2002, de 12 de diciembre para la Reforma del sistema de Protección por desempleo, correspondiente al RD-Ley 5/2002 (BOE de 13 de diciembre)<sup>338</sup>.

– Segundo, la cuantía a la que tiene derecho el trabajador por el incumplimiento del plazo de *preaviso* de la resolución contractual (arts. 49.1.c, párr. 3º, art. 53

<sup>332</sup> SALINAS MOLINA, F., “Ejecución dineraria: el embargo”; R.L., nº 15-16, 1999, pág. 5.

<sup>333</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial...”; cit., pág. 257.

<sup>334</sup> Con respecto a la inclusión de los intereses, véase MONEREO PÉREZ/ÁLVAREZ MONTERO, “La ‘Reforma’ del art. 42...”; cit., pág. 291 (nota 45); y la STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero de 2001 (AS 1428), que expresamente condena a la empresa principal al pago de los intereses (recargo) por mora.

<sup>335</sup> Por todas, SSTs, de 2 de octubre de 2000 (R.A. 8351) y 9 de diciembre de 1999 (A.L., nº 16, 2000, ref. 638). Recientemente, STSJ de Andalucía/Málaga, de 24 de mayo de 2002 (A.L., nº 12, 2003, ref. 348).

<sup>336</sup> Un estudio sobre las diferentes posiciones del TS en esta materia, en PEDRAJAS MORENO, A., “Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa; en (RAMÍREZ/SALA, Coord.) Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral; Tirant lo Blanch, 1999, págs. 233-235; y SALINAS MOLINA, F., “Contratas y subcontratas...”; cit., págs. 211 y 212.

Entre opiniones doctrinales favorables, se encuentran, entre otros, RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994; Tecnos, 1995, págs. 158 y 159; GALA DURÁN, C., “La responsabilidad en materia salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras o servicios: puntos críticos”; R.L., nº 1, 2000, págs. 25 y sgs.; y GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, Contrata y...; cit., págs. 46 y 47). En la posición contraria a su inclusión, LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., págs. 232, 233, 236 y 237; y STS de 2 de octubre del 2000 -GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Unificación de Doctrina Social”; A.L., nº 11, 2001, pág. G-181, ref. 0-bis.

Si parece existir mayor unidad de criterio a favor de su inclusión cuando los salarios de tramitación son la consecuencia de una extinción producida como consecuencia de una ilícita resolución de la contrata por parte de la empresa contratante o motivada por irregularidades en la ejecución por parte de la (sub)contrata; GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Posición del trabajador...”; cit., págs. 625 y 626. De la misma autora, “La subcontratación de obras y servicios”; en Cuadernos de Derecho Judicial. Cesión de...; cit., págs. 41 y 42.

<sup>337</sup> STSJ Comunidad Valenciana, de 18 de enero de 1999, y STSJ de Madrid, de 2 de abril de 1998 (A.S. 1335). Bajando un poco más, SJS nº 1 Cádiz, de 24 de marzo de 1999 (A.L., nº 27, 1999, ref. 1112).

<sup>338</sup> SJS de Madrid nº 25, de 14 de marzo de 2003 (AS 685), SJS de Madrid nº 33, de 17 de marzo de 2003 (AS 686) y de 10 de noviembre de 2003 (AS 424/2004), y SJS de Sevilla, nº 4, de 16 de mayo de 2003 (AS 2352). Véase también, MARÍN MORAL, I., “La responsabilidad solidaria entre empresa principal y contratista en el abono de los salarios de tramitación, amparo de la Ley 45/2002”; A.S., nº 13, 2003 (Presetaciones 48).

TRET, etc.), pues a nuestro parecer esas cuantías tienen naturaleza salarial (arg. ex art. 53.4 TRET)<sup>339</sup>.

– Por último, también se considerarán obligaciones salariales los *incrementos* en el salario acontecidos como consecuencia del pacto o convenio alcanzado incluso con posterioridad a la contrata, pero de efectos retroactivos<sup>340</sup>.

En nuestra opinión, parece excesivamente restrictiva la línea interpretativa llevada a cabo por la actual jurisprudencia del TS (aunque innegablemente motivada y consecuencia de los términos utilizados por el legislador), que no duda en excluir cualquier tipo de interpretación extensiva –basada en atención a los antecedentes históricos y el fin protector que debe presidir el orden laboral–, para determinar el alcance de la expresión “obligaciones de naturaleza salarial”<sup>341</sup>. Todo lo cual hace un flaco favor no sólo al espíritu y finalidad de la norma, sino también al desarrollo de procesos de descentralización productiva sin consecuencias precarizadoras para el trabajo<sup>342</sup>. Como ejemplo de lo que decimos puede señalarse que con la actual interpretación judicial quedan fuera de la responsabilidad los gastos que el trabajador tenga como consecuencia de la actividad que implica dicha contrata (desplazamientos, etc.)<sup>343</sup>. No es difícil pensar que el coste de aquéllos puede tener una cuantía importante, lo que en definitiva afectará al valor del salario que el trabajador va a recibir, perjudicándose así al trabajador adscrito en dicha contrata<sup>344</sup>. Por esta razón, y ante el innegable crecimiento de este fenómeno, sería conveniente una revisión del precepto, de tal forma que se cerrasen las posibilidades de que el trabajador que presta su trabajo dentro de una fase del proceso productivo de un empresario diferente a su contraparte laboral vea perjudicados sus derechos, al menos, los económicos<sup>345</sup>.

<sup>339</sup> En el derecho galo, LYON-CAEN, G., *Le salaire (Droit du travail)*; Dalloz, 1.981, págs.173 y 174; y SOUWEINE, C., *Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires*; Thèse, Université Pierre Méndez France, 1992, (ejemplar multicopiado), págs. 167 y 168. Nuestros tribunales no mantienen una postura única respecto a su caracterización como salario en los casos en los que se adeuda por falta de preaviso, pues mientras que en unas sentencias se considera salario, en otras se afirma que simplemente estamos ante una compensación indemnizatoria por incumplimiento del empresario; *vid.* SSTSJ del País Vasco, de 6 de marzo de 2001 (AS 850) y 22 de mayo de 2001 (AS 2408), respectivamente. Sobre le carácter indemnizatorio, también, MARÍN ALONSO, I., “La responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia del empleador alcanza la indemnización por falta de preaviso derivada del art. 52.c) ET”; A.S., nº 2, 2004, pág. 36.

<sup>340</sup> GALA DURÁN, C., “La responsabilidad...”; *cit.*, págs. 25 y 26; y PÁRAMO MONTERO, P., *Responsabilidad empresarial*; CISS, 1996, pág. 167.

<sup>341</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación”; R.L., nº 11, 1999, pág. 49.

<sup>342</sup> No comprendemos la justificación de la diferenciación tan grande que existe en materia de responsabilidad entre la cesión de trabajadores y los supuestos de contratas si tenemos en cuenta –como ha señalado la jurisprudencia– que es harto difícil la distinción práctica entre una y otra; SSTS, de 16 de junio de 2003 (RJ 7092), y de 14 de septiembre de 2001 (A.L., nº 6, 2002, ref. 158). También, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Jurisprudencia Social Unificada”; AS, Septiembre 2001, págs. 18 y 19; y MARTÍNEZ GARRIDO, L.R., “Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado”; RMTAS, nº 38, 2002, pág. 229, 232 y sgs.

<sup>343</sup> Por todas, STSJ de Asturias, de 25 de enero de 2002 (A.L., nº 21, 2002, ref. 646).

<sup>344</sup> MOULY, J., “Contrat de travail. Salaire. Frais professionnels. Remboursement par l’employeur. Forfait contractuel. Respect de la réglementation sur le salaire minimum”; D.S., nº 4, 2001, pág. 442.

<sup>345</sup> En esta línea, nos parece interesante señalar que algún pronunciamiento judicial extiende la responsabilidad ex art. 42 TRET a la indemnización por fin de contrato; STSJ del País Vasco, de 9 de abril de 2002 (AS 1765).

### a.3. Plazo para exigir la responsabilidad solidaria

El objeto de la responsabilidad solidaria no queda totalmente identificado con los datos señalados, pues precisa de algunas matizaciones a modo de limitaciones que el precepto estatutario establece. Las obligaciones sobre las que recae la responsabilidad son exclusivamente aquellas “contraídas (...) durante el periodo de vigencia de la contrata”; es decir, no las partidas devengadas durante ese periodo, sino las nacidas o surgidas en ese periodo, con independencia de cuándo sea su devengo, salvo el límite temporal que señala el propio art. 42.2 TRET<sup>346</sup>. Esto nos exige, a su vez, delimitar el momento en que comienza y concluye la contrata: el inicio será aquel que hubieran pactado las partes de forma expresa (verbalmente o por escrito) o tácita, como puede ser el inicio de los servicios, cuando se hubieran comenzado antes de aquel pacto. La finalización de la responsabilidad tendrá lugar cuando termine el tiempo contratado o se concluya la obra o servicio objeto de la contrata, o cuando se extinga *ante tempus* por causa justificada (so pena de defraudar la finalidad del precepto)<sup>347</sup>. Sin embargo, cuando la terminación anterior tiene lugar por el desestimiento del empresario principal, algunos pronunciamientos judiciales se decantan por exigir en este caso la continuación de la responsabilidad hasta que expire el plazo inicialmente pactado o se concluya la obra o servicio<sup>348</sup>.

En resumen, el empresario-deudor y los anteriores en la cadena de contrata responderán solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial surgidas durante el tiempo por el que se extienda la contrata y respecto a los trabajadores que presten sus servicios durante todo o parte de ese periodo<sup>349</sup>.

Dicha responsabilidad se mantiene hasta un año después de la terminación de la obra o servicio. Sobre esta limitación temporal se han planteado dudas tanto sobre su naturaleza (prescripción o caducidad), como sobre su sentido y alcance. Respecto a la primera de las cuestiones, existe una polémica doctrinal y judicial en la que la opinión mayoritaria de nuestros autores entiende que estamos ante un plazo de prescripción y no de caducidad. Sin embargo, la jurisprudencia no parece aceptar esta solución, basándose quizás en la distinción entre ambas figuras por razón de su diversa finalidad y/o de los derechos a los que afecta<sup>350</sup>.

Es innegable que en el supuesto del art. 42.2 TRET concurren ciertas notas que asemejan el plazo fijado al de prescripción; a saber: no se trata de un derecho po-

<sup>346</sup> Por todos, LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., pág. 264; STSJ de Galicia, de 28 de julio de 1999 (A.L. nº 44, 1999, ref. 1865). De opinión contraria, afirmando que sólo se responde de las deudas contraídas y devengadas durante la vigencia de la contrata; GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, Contrata y...; cit., págs. 48 y 49.

<sup>347</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., pág. 263.

<sup>348</sup> TOLOSA TRIBIÑO, C., “La modificación del art. 42 ET...; cit., pág. 4.

<sup>349</sup> En caso de que durante la contrata existieran varios empresarios (sub)contratantes, cada uno de ellos responderá por la parte de la partida concreta que proporcionalmente se devengó mientras actuó como tal, siempre que ese sea el criterio para el devengo; STSJ de Murcia, de 16 de julio del 2000 (A.L., nº 45, 2001, ref. 1662).

<sup>350</sup> Sobre esa numerosa doctrina judicial favorable a que el plazo dado lo es de caducidad; CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización...; cit., pág. 156, y LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., pág. 265. Un resumen de la jurisprudencia relativa a la distinción entre ambas figuras, en RUBIO TORRANO, E., “La caducidad en el derecho civil español”; (AA.VV.) Cuadernos de Derecho judicial. Prescripción y caducidad de derechos y acciones; CGPJ, nº XIV, 1995, págs. 46 y sgs.

testativo, pues no se pretende consolidar o modificar ninguna situación jurídica dudosa; segundo, son derechos de contenido patrimonial, y tercero, el plazo fijado no es corto si lo analizamos desde una perspectiva laboral<sup>351</sup>. Además, la opción dada por aquella doctrina mayoritaria –a falta de otros criterios y argumentos mejor y más fundados– debería prevalecer como solución que mejor casa con el principio *pro operario*, ante la imposibilidad de distinguir de forma clara cuándo estamos en un supuesto u otro<sup>352</sup>.

Sin embargo, no pueden obviarse tampoco los argumentos a favor de la caducidad, los cuales compartimos<sup>353</sup>. Entre ellos estaría el hecho de que el plazo establecido parece configurarse como aquél dentro del cual ha de ejercitarse el derecho, so pena de perderlo en aras de la seguridad jurídica. Segundo, con el plazo otorgado se pretende que el titular disponga de un tiempo para que decida si ejercita o no el derecho<sup>354</sup>. Y por último, por razones de lógica jurídica, pues de otra forma no tendría mucho sentido el plazo establecido en el art. 42.2 TRET, como ahora veremos.

La otra duda surge a la hora de definir cómo se compatibiliza ese plazo con el señalado de forma genérica para las obligaciones salariales recogido en el art. 59.2 TRET, y que también es de un año desde “que la acción pudiera ejercitarse”(devengo)<sup>355</sup>. Obsérvese que uno y otro no fijan el mismo periodo, pues el señalado en el art. 42.2 TRET puede englobar y por tanto, permitir la validez de la reclamación de cantidades que conforme al art. 59.2 del Estatuto ya hayan prescrito y a la inversa. Desde nuestro punto de vista, para responder adecuadamente es preciso reconstruir lo que el legislador está previendo en el mencionado art. 42.2 TRET. En primer lugar, pese a los términos en los que se expresa el texto legal (“durante el año siguiente a la terminación de su encargo”), no creemos que exista ningún inconveniente para que el trabajador pueda ejercer sus acciones antes de la conclusión de la contrata, pues de otra forma pudiera perjudicársele indebidamente, ya que vería retrasada la posibilidad de recibir sus salarios<sup>356</sup>. En segundo lugar, negamos que el plazo fijado en este precepto laboral pretenda únicamente equipararse al general del art. 59.2 TRET, pues en ese caso nada hubiera aportado el art. 42 TRET en este tema, ya que al responder solidariamente –y a falta de otra precisión– se haría en los mismos términos en lo referente a los plazos de prescripción (art. 1924.2º C.Civ.)<sup>357</sup>.

<sup>351</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., La caducidad en el derecho laboral; Aranzadi, 1995, págs. 68, 115, 116 y 198 y sgs.

<sup>352</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* GIL Y GIL, J.L., La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo; Comares, 2000, págs. 15 y sgs. Sobre el principio *pro operario* para resolver en los casos de duda, STSJ de Baleares, de 21 de diciembre de 2001 (AS 716/2002).

<sup>353</sup> También, MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial...; cit., pág. 268.

<sup>354</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., La caducidad...; cit., págs. 62, 63 y 68.

<sup>355</sup> No debe confundirse la fecha de devengo con la de vencimiento de la obligación salarial; STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 2002 (AS 1118/2003).

<sup>356</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Descentralización...; cit., pág. 156.

<sup>357</sup> PÁRAMO MONTERO, P., Responsabilidad empresarial; cit., pág. 170. De opinión contraria, defendiendo que se trata de una mera reiteración del plazo del art. 59 TRET para los salarios, aunque no así para las deudas de la seguridad social; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; Civitas, 1999, pág. 114. En este sentido, especificando que con ello se pretende no perjudicar al empresario responsable solidariamente, GALA DURÁN, C., “La responsabilidad...; cit., pág. 33

Por todo lo cual, pueden darse dos razones sobre la extensión del referido plazo: bien que el periodo de un año del que habla el art. 42.2 TRET habilita para ejercer durante él las acciones para reclamar salarios, hayan o no prescrito éstas para el empresario-deudor-contraparte del trabajador; o bien que aquél es el plazo máximo por el que se mantiene la responsabilidad del empresario principal, sin perjuicio de que las acciones puedan ejercerse en cualquier momento que sea posible (art. 59.2 TRET), pero en todo caso, no cabrá reclamaciones por las cuantías nacidas durante la contrata cuando haya transcurrido ese año. Por nuestra parte, consideramos más acertada esta segunda y descartamos la primera de las soluciones propuestas por el absurdo al que podría llevar el hecho de que una acción hubiera prescrito para el empresario-deudor-contraparte y no para quien es responsable solidario por deuda ajena<sup>358</sup>. Además, sostener lo contrario supondría desoír el sentido del art. 1974.1º C. Civ.

Así pues, reiteramos, la solución sería la segunda de las planteadas, de tal forma que puede ocurrir que una partida salarial nazca durante la contrata, pero que no sea exigible hasta un momento posterior a ella, o bien que habiendo surgido durante la misma y siendo ejercitable mientras está vigente la contrata, no se haya hecho efectiva, pero aún no hubiera prescrito; en ambos casos, la responsabilidad del empresario principal sólo alcanzará el plazo que señala el art. 42.2 TRET, con independencia de que la acción pueda ejercitarse todavía contra el empresario-contraparte-deudor, pero si esta acción se formaliza con posterioridad a ese año, el resultado no podrá oponerse al empresario principal o contratante<sup>359</sup>.

#### a.4. Límites cuantitativos

Con la finalidad de, se decía, "evitar posibles actuaciones fraudulentas entre (...) los trabajadores y las empresas auxiliares", la anterior redacción del art. 42.2 *in fine* TRET fijaba un tope máximo a la hora de determinar la cuantía de la que debía responder el deudor solidario<sup>360</sup>. Límite que parecía responder mejor, en nuestra opinión, a la voluntad política de favorecer o al menos, no afectar negativamente el fenómeno de descentralización productiva, por cuanto que ese inciso facilitaba la utilización de este fenómeno como mecanismo de abaratamiento de la mano de obra, más que en función de otras ventajas que se le atribuyen a la descentralización, primando esta fórmula productiva sobre la tutela de la igualdad entre los trabajadores, a diferencia de otras legislaciones de nuestro entorno<sup>361</sup>. En este sentido, considero oportuno, a efectos de evitar que la descentralización productiva sea utilizada como mero mecanismo de reducción de los derechos económicos de los trabajadores, que (legal o convencionalmente) se garantice a los trabajadores de la empresa contratista una retribución al menos igual

<sup>358</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización..."; cit., pág. 156.

<sup>359</sup> No existe ningún problema en aceptar que quienes sean responsables solidarios, aunque lo sean sobre la misma obligación, no tengan el mismo tipo y grado de vinculación; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*; Bosch, T. II, vol. 1º, 1983, págs. 92 y 93.

<sup>360</sup> GARCÍA DE PAREDES, M.L., "Posición del trabajador..."; cit., pág. 627.

<sup>361</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., *Responsabilidad...*; cit., págs. 258 y 259; en similares términos, GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, *Contrata y...*; cit., págs. 50 y 51. Sobre esta idea y las causas principales en el desarrollo de la descentralización, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., "Descentralización productiva y sistema de relaciones laborales"; RTSS, nº 13, 1994, págs.13-15, 18 y 19.

a la que correspondería a los trabajadores de la empresa contratante, al igual que ocurre –aunque con matices–, en la normativa sobre ETT y, como decimos, en otros ordenamientos de nuestro entorno<sup>362</sup>.

Aunque forme ya parte del pasado, conviene recordar que la cuestión de cuándo se alcanzaba ese tope (“lo que le correspondería si se hubiese tratado de su personal fijo en la misma categoría o puestos de trabajo”), fue resuelta de una forma algo particular por nuestros tribunales, toda vez que establecían una especie de presunción de que el salario total y real percibido por los trabajadores de la empresa comitente no era inferior al de los de la empresa auxiliar, salvo que el empresario responsable solidario probase que lo percibido por sus trabajadores era inferior<sup>363</sup>. Límite que, por otro lado, no jugaba en caso de que no existiesen trabajadores fijos del mismo puesto o, en su defecto, de la misma categoría (o equivalente, ex art. 22 TRET), que la del trabajador-acreedor, y/o cuando el convenio de la empresa comitente no hubiera previsto dicha categoría profesional (o equivalente)<sup>364</sup>.

Como hemos señalado, esta cuestión que tanto dio que escribir, ha sido resuelta por el legislador eliminando cualquier mención a límite comparable alguno, aunque ello no debe impedir al empresario responsable que “pueda alegar y probar la existencia de fraude cuando se produzcan reclamaciones salariales desproporcionadas”<sup>365</sup>.

La cuestión que ahora se suscita es, como ya hemos indicado, saber si dentro de la responsabilidad del contratista o subcontratista se incluyen también las percepciones salariales recibidas por el trabajador-acreedor en virtud de acuerdos individuales o decisiones unilaterales (condiciones más beneficiosas)<sup>366</sup>. En nuestra opinión, los términos reformados por el legislador parece que quieren buscar la indemnidad retributiva del trabajador, de tal forma que la prestación de su trabajo lleve aparejada el pago del salario al que por cualquier razón tiene derecho y con independencia de quién recibe materialmente su trabajo. Por lo tanto, el empresario principal será responsable del total de deudas salariales que por ese período de trabajo se le adeude al trabajador, con independencia de cuál sea su origen<sup>367</sup>. Sin embargo, debemos señalar que el alcance real de esta medida no parece que sea excesivo, pues son difíciles los casos en los que un trabajador de la empresa principal o contratante cobre menos<sup>368</sup>.

---

<sup>362</sup> En el derecho italiano, PIZZOFERRATO, A., “Forme di tutela dei crediti di lavoro”; AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. II, Jovene editore, 1994, pág. 220 y sgs.

<sup>363</sup> Al respecto, *vid.* TOLOSA TRIVIÑO, C., “La responsabilidad empresarial por contrata y subcontratas”; R.L., 1998-II, pág.110, y GARCÍA DE PAREDES, M.L., “Posición del trabajador...; cit., págs. 627 y 628. También, de la misma autora, “La subcontratación...; cit., págs. 44 y 45.

<sup>364</sup> GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, *Contrata y...*; cit., págs. 51 y 52, y GALA DURÁN, C., “La responsabilidad...; cit., pág. 40.

<sup>365</sup> TOLOSA TRIVIÑO, C., “La modificación del...; cit., pág. 4.

<sup>366</sup> Así se lo plantea SEMPERE NAVARRO, A.V., “Una «reforma» vigésimosecular”; A.S., n° 1, 2001, pág. 24, nota 22.

<sup>367</sup> GRACÍA VIÑA, J., “Subcontratación. Reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo”; T.S., n° 124, pág. 30.

<sup>368</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Propósitos y...; cit., pág. 135; y MONEREO PÉREZ/ÁLVAREZ MONTERO, “La ‘Reforma’ del art. 42...; cit., pág. 306.

<sup>369</sup> Por todos, CAMPS RUIZ, M., “La subcontratación de obras y servicios tras...; cit., págs. 61 y 62.

Finalmente, la exoneración de responsabilidad a la que hace referencia el art. 42 TRET debe entenderse referida exclusivamente a las obligaciones de Seguridad Social<sup>369</sup>, de tal forma que el empresario-responsable solidario nunca podrá eximirse de su responsabilidad por los salarios no percibidos por los trabajadores de la contrata que hubieran nacido durante el periodo en el que prestaron sus servicios en ella. La razón parece lógica, pues el empresario en todo caso se beneficia del trabajo prestado, lo que justifica que responda de las deudas salariales<sup>370</sup>. No ocurre lo mismo con las deudas de la Seguridad Social, ya que no se puede responsabilizar al empresario-comitente de la actuación negligente de la Tesorería General de la Seguridad Social, consistente en la no emisión en tiempo de la debida certificación<sup>371</sup>.

## b. Cesión ilegal de trabajadores y ETT: art. 43 TRET

Al igual que en el supuesto de contratas y subcontratas que acabamos de analizar, pretendemos ahora determinar el alcance y extensión de la responsabilidad en materia salarial en los casos en los que intervienen varios empresarios, uno de los cuales se interpone entre el trabajador y el empresario que real y directamente se beneficia del trabajo de aquél. Recogemos dos supuestos, cesión ilegal de trabajadores y ETT, en los que tanto el tipo como la extensión material de la responsabilidad es diferente, pero que estudiamos conjuntamente ya por venir enunciadas en el mismo precepto laboral (art. 43 TRET), ya por hacer referencia a fenómenos interpositivos.

### b.1. Cesión ilegal de trabajadores

En el caso contemplado en los apartados 2 y 3 del art. 43 TRET, y limitando nuestro análisis al concreto problema de la responsabilidad en materia salarial, observamos cómo el legislador, en una marcada continuidad normativa, ha previsto la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario por “las obligaciones contraídas con los trabajadores (...) que procedan por dichos actos” (cesión ilícita y temporal de trabajadores). Sin embargo, pese a esa continuidad, aparecen nuevos elementos en la redacción que conviene analizar para determinar si los cambios son sólo formales o también materiales<sup>372</sup>.

<sup>370</sup> MARTÍN VALVERDE, A., “Responsabilidad empresarial...; cit., pág. 268.

<sup>371</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad...; cit., págs. 203 y 204. Sobre cuál sea la responsabilidad de la que se exonera el empresario-comitente, pueden verse opiniones contrapuestas, en MARTÍN VALVERDE, A. (“Responsabilidad empresarial...; cit., págs. 251 y sgs.), y LLANO SÁNCHEZ, M. (Responsabilidad...; cit., págs. 199 y sgs.). Exoneración que también tiene lugar en caso de certificación negativa, art. 10.3.b) RGRRSSS (RD 1637/95); algo que en opinión de algún autor supone una extralimitación, al contemplar éste supuesto como causa de exoneración pese a no preverse en el art. 42 TRET, norma de rango superior (TOLOSA TRIBIÑO, C., “La modificación del...; cit., pág. 5). En nuestra opinión, y aunque queda fuera de nuestro estudio, consideramos excesivo entender que se trata de una extralimitación, pues el precepto reglamentario no hace sino concretar una consecuencia lógica que en este aspecto se derivaría del art. 42 TRET, como por otro lado parece entender también nuestra jurisprudencia, que llega incluso más lejos y equipara la mencionada certificación expedida por la TGSS a los boletines de cotización sellados por una entidad bancaria colaboradora autorizada como oficina recaudadora; *vid.* STS (Sala 3ª), de 6 de marzo de 2002 (A.L., n° 23, 2002, ref. 737), y nota a la misma de CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.

<sup>372</sup> Sobre el desarrollo y antecedentes de la figura de la cesión de trabajadores en nuestro ordenamiento, *vid.* RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., La cesión...; cit., págs. 51 y sgs.

<sup>373</sup> STSJ Castilla-La Mancha, de 14 de julio de 2000 (A.L., n° 15, 2001, ref. 517).

Por otro lado, lo escueto de la regulación en esta materia deja abiertas algunas cuestiones en orden al alcance material y temporal de la responsabilidad que procedemos a señalar.

Se mantiene la responsabilidad solidaria pura entre cedente y cesionario, por lo que el trabajador, en aras a garantizar su posición crediticia, podrá dirigirse, indistinta o simultáneamente, contra cualquiera de ellos, para reclamarles aquellas obligaciones que se hubiesen contraído con él, y sin perjuicio de que en caso de reclamación a uno de ellos le sea de aplicación el art. 542 LEC sobre la no extensión al no demandado de los efectos derivados de la resolución judicial obtenida frente a uno de los obligados.

Conviene precisar por ello cuáles son esas deudas sobre las que se establece la responsabilidad conjunta de ambos empresarios. En primer lugar; las deudas salariales quedan incluidas, sin lugar a dudas, dentro de la expresión "*obligaciones contraídas*", y no sólo las de naturaleza estrictamente salarial, sino cualesquiera otras obligaciones remuneratorias debidas al trabajador con ocasión de la relación laboral (indemnizaciones por extinción, traslado, gastos profesionales,...)<sup>373</sup>. Como podemos comprobar, el alcance material de esta responsabilidad es, como no podía ser de otra manera, mayor que el previsto en el art. 42.2 TRET, toda vez que en éste se recoge el supuesto de una actividad lícita, pero precisada de ciertas garantías para el trabajador, mientras que ahora estamos ante actuaciones fraudulentas llevadas a cabo por cedente y cesionario<sup>374</sup>.

En segundo lugar; teniendo en cuenta que la finalidad del precepto es proteger los derechos (crediticio-salariales en nuestro caso) del trabajador cuyo trabajo es utilizado y aprovechado por quien no es su empresario formal (contratante)<sup>375</sup>, la responsabilidad se limita a aquellos créditos del trabajador que hubieran surgido durante la cesión, como también parece desprenderse de la expresión contenida en el apartado 2 *in fine* del mencionado art. 43 TRET ("*... que procedan por dichos actos*")<sup>376</sup>.

Tercero, aunque relacionado con lo anterior sobre la justificación de la responsabilidad solidaria; sólo los trabajadores cedidos –y en cuanto que éstos sean efectivamente cedidos– serán los protegidos con esa extensión de la responsabilidad por las obligaciones laborales. En efecto, si lo que se pretende es impedir que quien recibe trabajo pueda librarse de pagar la retribución que por él es debida, será necesario que haya cesión de trabajadores y, por otro lado, sólo aquellos que lo fueron al empresario cesionario pueden exigir de éste y de su cedente la responsabilidad solidaria. Sin embargo, no creo que sea preciso que efectivamente se presten servicios, pues basta que se

---

<sup>374</sup> GARCÍA MURCIA, J., "Cesión de trabajadores"; en (BORRAJO, Dir.) Comentarios a las Leyes Laborales, T. VIII; EDESA, 1988, págs. 328 y 329.

<sup>375</sup> La finalidad del precepto es proteger a estos trabajadores y no tanto imponer una sanción al empresario cesionario; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal; MTSS, 1992, pág. 382.

<sup>376</sup> Algo más claros eran los términos empleados en la normativa anterior al hablar de que las obligaciones serían las surgidas "a resultas de dichos actos prohibidos", o más claramente, decía la antigua LRL que serán las nacidas en el "periodo o temporada" de la cesión o prestación; GARCÍA MURCIA, J., "Cesión de trabajadores"; cit., págs. 326 y 327.

<sup>377</sup> Así lo deducimos de la STSJ del País Vasco, de 15 de mayo de 2001 (A.L., nº 36, 2001, ref. 1366) que señala que

dé la cesión para que el mecanismo de la solidaridad opere<sup>377</sup>. Para sostenerlo nos basamos tanto en el principio pro-operario, como en que la responsabilidad recogida en el precepto alcanza a cualesquiera obligaciones contraídas con el trabajador (por ello, también aquellas que no guardan relación directa con la prestación efectiva de servicios), y porque, como ya hemos reiterado en otras ocasiones, pueden acontecer hechos que permitan que la no prestación de trabajo no implique pérdida del derecho al salario.

En cuarto lugar, y relativo a cuál sea el valor de esas obligaciones contraídas; algunos autores consideran que será el que corresponda de conformidad con la normativa legal o convencional aplicable al empresario cesionario, toda vez que, como se afirma, la responsabilidad lo es por el trabajo prestado a este empresario o bien porque es éste el responsable más directo<sup>378</sup>. En nuestra opinión, y a falta de que se precise otra cosa por el legislador, no aceptamos completamente esta opción, ya que el precepto nos habla únicamente de que la responsabilidad lo será por las obligaciones contraídas con el trabajador, surgiendo éstas por la relación y frente al empresario cesionario, que se beneficia de dicho trabajo, pero también frente al empresario-contraparte (por cuanto además él también obtiene beneficio de la cesión). En este sentido, no debe perderse de vista que no es preciso que el cedente sea un empresario aparente o carente de patrimonio y entidad propia<sup>379</sup>. En este caso, no es difícil imaginar que el trabajador cedido pueda también estar sujeto a unas normas legales o convencionales más beneficiosas que las que reglan al cesionario<sup>380</sup>. Por esta razón, consideramos –con base en el principio *pro operario*– que la determinación del valor de esas obligaciones salariales contraídas con el trabajador será aquella que sea más beneficiosa para éste, con el objeto de tutelar su posición y evitar que ninguno de los empresarios involucrados en la cesión ilegal pueda verse beneficiado con dicho acto.

Por último, y respecto al plazo para reclamar las cantidades adeudadas, nos debemos remitir a las reglas generales que sobre prescripción establece el legislador laboral (art. 59.2 TRET), esto es, un año desde que la acción pueda ejercitarse (vid. art. 29 TRET)<sup>381</sup>, con independencia de hasta cuando alcanza el plazo en otras obligaciones que no sean económicas<sup>382</sup>.

---

para apreciar cesión ilegal “basta con que (el trabajador) se inserte en el círculo organizativo” de la empresa cedida. Otros autores, en cambio, parecen exigir la prestación efectiva y real de trabajo para el cesionario para que surja la responsabilidad solidaria, cfr. GARCÍA MURCIA, J., “Cesión...”; cit., pág. 329.

<sup>378</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Cesión...; cit., pág. 380, y GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, Contrata y...; cit., pág. 180. Vid. también la STS, de 3 de febrero de 2000 (R.L., TS-390).

<sup>379</sup> GOERLICH PESET, J.M., “Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores”; A.L., nº 3, 2001, págs. 44, 45 y 46. STS, de 19 de enero de 1994 (RA 352).

<sup>380</sup> Ex STSJ de Madrid, de 25 de febrero de 2000 (A.L., nº 27, 2000, ref. 1101), rectificando parcialmente su S. de 23 de abril de 1999 (A.L., nº 31, 1999, ref. 1286).

<sup>381</sup> Desde su devengo, STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 2002 (AS 1118/2003).

<sup>382</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., La cesión...; cit., pág. 162.

<sup>383</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Prólogo”, en (AA.VV.) Las Empresas de trabajo Temporal; Lex Nova, 1993, págs. 19 y 20; y

## *b.2. Empresas de Trabajo Temporal*

Como sabemos, el legislador español no prohíbe de forma absoluta toda cesión de trabajadores, pues tras la Ley 14/1994, sobre Empresas de Trabajo Temporal (LETT) –reformada por la Ley 29/1999–, se da regulación a una figura que si bien no tenía reconocimiento legal hasta ese momento, sí venía operando en España a través de otras figuras con el objeto de evitar las consecuencias previstas en el art. 43 TRET<sup>383</sup>. De esta forma, junto con el principio general de prohibición de cesión de mano de obra, se establece la excepción de que no será ilícita esa cesión cuando ésta se realice por una empresa que se dedique expresa y profesionalmente a la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otras empresas: ETT<sup>384</sup>. En este apartado nos estamos refiriendo a la situación del crédito salarial de los trabajadores puestos a disposición, pues los trabajadores de estructura de la ETT, aparte de su escasísimo número, no plantean especiales problemas respecto a la responsabilidad de terceros.

### **Tipo de responsabilidad**

La excepción a la regla de prohibición del tráfico de mano de obra no sólo supone permitir y validar ese fenómeno de reclutamiento de trabajadores para que presten sus servicios a otras empresas, sino que mediante la regulación específica de las ETT se modifica además el régimen de responsabilidades previsto en el art. 43.2 TRET. En efecto, frente a la solidaridad de cedente y cesionario planteada por el legislador en este precepto, el art. 16.3 LETT fija como regla la responsabilidad subsidiaria del cesionario en los casos de deudas salariales contraídas durante el tiempo que duró el contrato de puesta a disposición con los trabajadores de la ETT que le fueron cedidos.

Ya hemos tenido oportunidad de subrayar críticamente la limitación de la responsabilidad de la empresa usuaria (cesionaria), tanto en su aspecto material (obligaciones salariales vs obligaciones laborales, art. 43.2 TRET) como en lo referente al tipo de responsabilidad (subsidiariedad vs solidaridad)<sup>385</sup>. Se hace difícil entender ese cambio respecto a la regla prevista en el art. 43 TRET<sup>386</sup>, aún cuando exista un fondo de garantía por parte de la ETT, que es lo que parece justificar un régimen de responsabilidad más débil incluso que el previsto para los casos de contratas y subcontratas (art. 42 TRET), porque con ello se rompe la lógica que explicaba la solidaridad en el supuesto previsto

---

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal; MTSS, 1992, págs. 454 y sgs., y 477 y sgs.

<sup>384</sup> Compartimos plenamente gran parte de las críticas a la regulación y práctica de estas empresas realizadas por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Una reflexión crítica sobre las empresas de trabajo temporal: la temporalidad y la formación como paradigma extremo de flexibilidad laboral”; RDS, nº 11, 2000, págs. 9 y sgs. También hay que tener en cuenta la excepción a la prohibición de cesión referida a los deportistas profesionales, siempre que, eso sí, conste su consentimiento (art. 11 RD 1006/85, de 26 de junio); CORDERO SAAVEDRA, L., El deportista profesional; Lex Nova, 2001, págs. 93 y sgs. La cesión se configura en este caso también como un beneficio otorgado al deportista; SJS nº 4 de Madrid, de 8 de julio de 2002, (AS 2204).

<sup>385</sup> RODRÍGUEZ RAMOS, M.J., La cesión de de...; cit., págs. 158 y 159.

<sup>386</sup> Y respecto a los deportistas profesionales, más aún si tenemos en cuenta que éstos, como hemos señalado, consienten la cesión; CORDERO SAAVEDRA, L., El deportista profesional; cit., pág. 97 (nota 122).

<sup>387</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., La responsabilidad empresarial frente al personal de las Empresas de Trabajo Tempo-

en este último artículo<sup>387</sup>. El problema se acrecienta debido a las dificultades, requisitos, preferencias y demoras que puede suponer para el trabajador el procurarse su satisfacción a través de la garantía financiera a la que hemos hecho referencia (art. 3 LETT y arts. 7 y sgs. RD 4/1995 de desarrollo), porque sólo cuando se constate la insuficiencia del patrimonio de la ETT, podrá el trabajador dirigirse (subsidiariamente) contra la empresa usuaria, auténtica beneficiaria material del trabajo prestado<sup>388</sup>.

Todo ello ha llevado a un sector de la doctrina a considerar que en la regulación del tema salarial en las ETT “los defectos son de tal calibre que se diluye totalmente el espíritu tuitivo de la legislación social, rayando, a veces, en la inconstitucionalidad”<sup>389</sup>. Sin llegar a esos extremos, cuanto menos cabría cuestionar que el fijar un régimen de responsabilidad subsidiaria también se termina beneficiando y promocionando la utilización de los servicios de la ETT frente a otras fórmulas de descentralización como el supuesto de contratas, donde son mayores los riesgos de responsabilidad<sup>390</sup>; lo que claramente manifiesta una opción legal de trasladar a los trabajadores los posibles problemas y perjuicios de la descentralización productiva (v. gr. mayor complejidad y duración de los trámites para obtener el pago)<sup>391</sup>.

Sin embargo, la propia LETT prevé la existencia de responsabilidad solidaria para los casos en los que el contrato de puesta a disposición “se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8” de esa Ley<sup>392</sup>. Esto es, fuera de los supuestos autorizados para realizar contratos (temporales) de puesta a disposición (art. 15 TRET), o bien por realizar estos contratos en aquellos supuestos en los que expresamente se ha previsto su exclusión (sustituir huelguistas, etc.). Obsérvese que aunque a primera vista pudiera parecer que se instala una mayor exigencia de responsabilidad, lo cierto es que el precepto puede suponer para la ETT y la empresa usuaria un régimen de responsabilidades más beneficioso que el general, por cuanto que de una interpretación literal del precepto, parecería que la cesión en supuestos carentes de justificación o prohibidos expresamente no conllevan los efectos lógicos del art. 43.2 y .3 TRET<sup>393</sup>, sino únicamente, la responsabilidad solidaria de la empresa usuaria frente a las

ral; La Ley, 2001, págs. 43 y sgs., 63 y sgs.

<sup>388</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “Poderes y responsabilidades en una nueva forma de trabajar: el trabajo temporal”; (EDITORIAL); R.L., nº 14, 2001, págs. 9 y 10; y CHARTEGUI JÁVEGA, C., Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo; Tirant lo Blanch, nº 146, 2000, págs. 318 y 319. Sobre el procedimiento de ejecución contra la ETT, véase FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Los problemas de ejecución en las Empresas de Trabajo Temporal”; en Cuadernos de Derecho Judicial. Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal; CGPJ, 1995, págs. 258 y sgs.

<sup>389</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las empresas de trabajo temporal: puntos críticos”; A.L., nº 31, 1999, pág. 585.

<sup>390</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., La responsabilidad empresarial...; cit., pág. 58 y, sobre limitación cuantitativa, pág. 91.

<sup>391</sup> La legalización de las ETT ha conllevado una realidad que ha dejado bien claro cuan lejos de cumplirse estaban las afirmaciones de algunos autores (RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal; MTSS, 1992, págs. 452-454) de que “las ETT van a garantizar en general, buenas condiciones de trabajo a sus empleados, respetando escrupulosamente toda la legalidad laboral (...) Las ETT van a ser empleadores modélicos (...) serios y cumplidores de todas sus responsabilidades (y) desde este punto de vista, a los trabajadores les va ser indiferente trabajar para una ETT que para cualquier empresa, al menos en lo relativo a sus derechos laborales (...)”.

<sup>392</sup> También sobre los problemas que conlleva la doble naturaleza de la responsabilidad, según el supuesto ante el que estemos, en relación con los plazos de prescripción, véase AA.VV., Empresas de Trabajo temporal. Dossier práctico; Francis Lefebvre, 1998, págs. 210 y 211.

<sup>393</sup> Expresamente, STSJ de Madrid, de 15 de noviembre de 2002 (A.L., nº 7, 2003, ref. 204).

<sup>394</sup> STSJ de Madrid, de 29 de noviembre de 2002, (AS 1501); que, además, excluye expresamente la responsabilidad de

obligaciones salariales contraídas con el trabajador cedido (16.3 LETT)<sup>394</sup>, razonando para ello, además, que de otra forma se desincentivaría la utilización de ETT frente a las empresas de servicios que se pretende con LETT<sup>395</sup>.

Por los absurdos a los que puede llevar esta solución, y en aras de un mínimo de lógica, justicia e igualdad de trato, no compartimos esa opinión favorable a una interpretación que implique únicamente la solidaridad en la responsabilidad por tales deudas, pues no creo que la finalidad pretendida o la consecuencia implícita de la que hablan los defensores de aquella interpretación (incentivar el uso de las ETT), excluya el rechazo del régimen de responsabilidades previsto en el art. 43 TRET<sup>396</sup>. Adviértase que el art. 43.1 TRET señala que la cesión de trabajadores a través de una ETT sólo podrá efectuarse “en los términos que legalmente se establezcan”, lo que debe considerarse como que la ilegalidad se produce tanto por la ausencia de la debida autorización a la ETT como por el uso de la cesión al margen de los límites que impone la LETT<sup>397</sup>. Ciertamente, como también ha señalado algún pronunciamiento judicial, “la limitación de la responsabilidad (en relación con el art. 43 TRET) a que se refiere el citado art. 16.3 LETT debe interpretarse como aplicable exclusivamente a aquellos supuestos en que la puesta a disposición responde a una causa cierta y legal, pero no cuando (...) la empresa usuaria utiliza la intermediación, no como un medio de obtener un trabajador por necesidades coyunturales, sino como una manera de eludir las consecuencias establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 43 (...), que no puede entenderse que ceda ante el contenido de una supuesta Ley especial (...), pues la especialidad de dicha Ley (ETT) se refiere al modo de contratar, sin alteración alguna de las consecuencias de la utilización fraudulenta de las previsiones legales en materia de relaciones laborales”<sup>398</sup>.

### Alcance y contenido de la responsabilidad: ¿equiparación salarial?

Corresponde ahora delimitar el alcance material y temporal de la responsabilidad de la empresa usuaria. Sobre este último, el propio texto legal manifiesta que las obligaciones salariales de las que se responde serán aquellas “contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición” (art. 16.3 LETT); por lo tanto, la responsabilidad se limita a las nacidas durante la vigencia del contrato de puesta a disposición, aunque no se hayan devengado al extinguirse aquél.

---

la empresa usuaria por los salarios de tramitación.

<sup>395</sup> De esta opinión, GOERLICH PESET, J.M., “Empresas de servicios...; cit., págs. 53 y 54.

<sup>396</sup> También, CHACARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de Trabajo...*; cit., págs. 232 y 233; y STSJ de Baleares, de 20 de abril de 2002 (AS 2228).

<sup>397</sup> También, LÓPEZ BALAGUER, M., “Responsabilidad empresarial en supuestos de contratación fraudulenta a través de empresas de trabajo temporal: límites de la cesión ilegal de trabajadores”; A.S., nº 9, 2003, págs. 47 y 48.

<sup>398</sup> STSJ de Andalucía/Málaga, de 15 de marzo de 2002 (AS 2642). También, SJS de Murcia nº 6, de 29 de noviembre de 2002 (AS 275/2002).

No nos parece por ello que contradiga lo afirmado la STSJ de Andalucía/Granada, de 13 de mayo de 2002 (AS 1074), por cuanto que en ésta se excluye la responsabilidad de la usuaria en un supuesto en el que los defectos alegados para reclamar el carácter indefinido del contrato se refieren al incumplimiento por parte de la ETT de las exigencias formales (constar por escrito y alta en la Seguridad Social), sin que, como decimos, ello pueda perjudicar a quien ninguna obligación ni responsabilidad tiene al respecto.

Mayor problema tiene el delimitar qué son esas obligaciones salariales a las que hace referencia aquél precepto. Para tener un conocimiento sobre cuáles pueden ser las partidas adeudadas, creemos interesante remitirnos al reformado art. 11 LETT, ya que fija lo que debiera ser el mínimo retributivo de los trabajadores puestos a disposición por la ETT, en un deseo de equiparlos en parte con los de la empresa usuaria. Dos cuestiones nos surgen de inmediato: qué conceptos y qué cuantías se incluyen dentro de esa equiparación.

Al respecto, compartimos la crítica de quienes afirman que el empleo de tan variopinta diversidad de expresiones (retribución total, remuneración, salario, obligaciones salariales, etc.) para referirse a los derechos económicos de los trabajadores puestos a disposición "evidencia un deliberado propósito del legislador de instalar la noción en un terreno de interpretaciones movedizas, confusas y encontradas; en un terreno del todo incompatible con (el) principio de seguridad jurídica"<sup>399</sup>. En efecto, coincidimos en que si lo verdaderamente querido hubiera sido garantizar la igualdad retributiva entre los trabajadores en misión y los de la empresa usuaria, le sería exigible al legislador algo más de claridad en la redacción del art. 11 LETT, pues si ya señalábamos al principio de nuestro trabajo la dificultad que en ocasiones tiene el trabajador para determinar cuál sea su salario (pese a tratarse de la causa que justifica la obligación del trabajador), esa crítica cobra mayor razón de ser en el caso de la ETT, donde la confusión terminológica hace francamente difícil que quien es trabajador en destino pueda saber en qué consiste su retribución<sup>400</sup>. Para remediar tal situación el art. 11.1 *in fine* LETT señala que la empresa usuaria "deberá consignar el salario en el contrato de puesta a disposición"<sup>401</sup>, sin embargo, esto nos vuelve a remitir al problema base: determinar el alcance y significado de la garantía de mínimos establecida en el primer inciso de dicho precepto.

La utilización por parte del legislador de diversos conceptos con un alcance diferente, pero para referirse a una misma realidad, nos hace pensar que ni la literalidad del precepto ni los términos empleados nos sirven para resolver la cuestión. No obstante, sí debe subrayarse que las expresiones empleadas manifiestan un contenido más amplio que el de salario. Así y todo, a falta de otros criterios más claros, se impone una interpretación del precepto que valore esa diversidad terminológica y que tenga en cuenta el principio *pro operario*; de lo que deducimos que:

1. Como hemos indicado, la garantía inderogable lo es de mínimos, lo cual significa que el precepto no está exigiendo que la retribución a percibir en todo caso sea la prevista en el convenio aplicable a la empresa usuaria, sino que a falta de otras mayores, será cuando menos la fijada en dicho convenio la que se deba percibir, pero que al ser el mínimo, puede que existan otras cuantías superiores que se reciban por

<sup>399</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "La garantía de ingresos salariales mínimos a favor de trabajadores puestos a disposición"; R.L., nº 2, 2001, pág. 8.

<sup>400</sup> DE QUINTANA PELLICER, J., "La nueva ordenación de la contratación a través de Empresas de Trabajo Temporal. Punto críticos"; T.S., nº 122, 2001, pág. 40. En el mismo sentido crítico, MARTÍNEZ BARROSO, M.R., "La nueva definición del «empresario» a resultados de la cada vez más frecuente descentralización productiva"; RTSS-EF, nº 226, 2002, págs. 87 y 88.

<sup>401</sup> Cuyo incumplimiento se sanciona como falta grave (art. 19.1, b) LISOS).

trabajar en el concreto puesto de trabajo, en cuyo caso, considero que será esta la retribución a pagar<sup>402</sup>.

2. Para determinar cuál sea ese *quantum minimum*, el legislador se remite al convenio de la empresa usuaria, expresión ésta (convenio colectivo) que creemos debe ser interpretada en el sentido amplio, de tal forma que se consideren incluidos también los pactos o acuerdos de empresa e incluso, los convenio colectivos extraestatutarios<sup>403</sup>. En efecto, no creemos que haya mayor problema en admitir que será de aplicación la retribución mayor prevista en cualquier otro instrumento colectivo en el que se fije de forma general la remuneración a percibir por los trabajadores, ya sea de la empresa usuaria, ya de la ETT, si éste fijase una retribución mayor<sup>404</sup>. Ésta es la interpretación más acorde con el espíritu que parece guió la reforma operada por la ley 29/1999; esto es, querer eliminar cualquier tipo de desigualdad salarial entre trabajadores que prestan el mismo trabajo para la misma empresa, o mejor dicho, que, en todo caso, el trabajador de la ETT no se vea perjudicado cuando cobre en ésta una retribución inferior a la ordinaria o general prevista en la empresa usuaria<sup>405</sup>. La razón de todo ello parece ser evitar que la ETT base su competitividad en el denominado *modelo económico*<sup>406</sup>.

En conclusión, si el art. 11 LETT prevé una cuantía mínima a percibir, nada impide que si otra regulación aplicable de forma general u ordinaria a la empresa usuaria fija una retribución mayor para el puesto desempeñado por el trabajador, sea ésta la que haya que emplear. O, aunque sea algo realmente difícil en la práctica, que la retribución sea la prevista para la ETT si su cuantía es mayor que aquélla<sup>407</sup>. Por otro lado, y como reverso de lo dicho, cualquier otra retribución fijada para los trabajadores

<sup>402</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., La responsabilidad empresarial...; cit., págs. 123 y 124. Obsérvese que la nueva redacción del art. 11 TRET ha obviado cualquier referencia expresa al convenio de la ETT, debido, en gran medida, a las nefastas consecuencias que ello tuvo de cara a la precariedad laboral; véase VALDÉS DAL-RÉ, F., "La garantía de..."; cit., págs. 2 y 3.

<sup>403</sup> PRADAS MONTILLA, R., "Sobre el salario del trabajador de la empresa de trabajo temporal cedido a la empresa usuaria"; D.L., nº 60, 1999-III, págs. 14 y 15; y CALVO GALLEGU, F.J., "La retribución de los trabajadores en misión tras la Ley 29/1999"; T.L., nº 53, 2000, págs. 240 y sgs., especialmente 243. Vid. STS, de 25 de septiembre de 2002 (A.L., nº 3, 2003, ref. 64). Sobre la inclusión de los acuerdos o pactos de empresa, STSJ de Navarra, de 28 de junio de 2002 (AS 2447). Véase asimismo el C.Col. de ETT (BOE de 24/06/2004), art. 32.1, párr. 2º; la STSJ del País Vasco, de 11 de septiembre de 2001 (AS 3406); y SJS nº 28 de Madrid, de 19 de noviembre de 1999 (R.L., JS-27). De opinión radicalmente distinta, afirmando que en esa expresión sólo son reconducibles los convenios del Título III del ET, STSJ de Madrid, de 30 de octubre de 2001 (A.L., nº 9, 2002, ref. 287).

<sup>404</sup> MARÍN CORREA, J.M., "La remuneración de los trabajadores de empresas de trabajo temporal «en misión»"; A.L., nº 3, 2003, pág. 186

<sup>405</sup> PRADAS MONTILLA, R., "Sobre el salario..."; cit., págs. 13-15; y (aunque con matices) LÓPEZ SÁNCHEZ, M.C., "Régimen retributivo de los trabajadores en misión (1)"; A.L., nº 27, 2002, págs. 550-553. Vid. SJS de Madrid nº 33, de 27 de febrero del 2001 (AS 1864).

<sup>406</sup> Sobre la diferencia entre modelo económico y modelo humano, vid. LOUSADA AROCHENA, J.F., "Las empresas..."; cit., pág. 583. La Ley 29/1999 concluye en parte el proceso de convergencia salarial que los negociadores habían puesto en práctica con el C.Col. ETT de 1997, y que pretendía esa equiparación salarial; sobre esta cuestión, MOLINA NAVARRETE, C., Nuevas reglas de competencia en el mercado de las empresas de trabajo temporal; Univ. de Jaén, 2000, pág. 120 y sgs.; y LÓPEZ BALAGUER, M., Contrato de trabajo y...; cit., págs. 112 y sgs.

<sup>407</sup> Vid. SJS nº 28 de Madrid, de 19 de noviembre de 1999 (R.L., JS-27), F.J. 3º. Como recoge acertadamente MARX, C. [El capital, I, cit., pág. 464 (nota 6)]: "Cuando el producto del trabajo pasa por muchas manos y todas ellas se quedan con una parte de la ganancia sin que trabaje más que la última, el jornal llega a manos de la obrera lamentablemente mutilado".

de la empresa usuaria, pero que no venga establecida de forma general, sino *ad personam* (v. gr. condiciones más beneficiosas, etc.), no podrá ser reclamada con fundamento en este art. 11 LETT<sup>408</sup>.

3. La garantía de mínimos no lo es por todas las partidas que incluyen la retribución del trabajador, sino que se limita a “la retribución total (...) calculada por unidad de tiempo”. Esto ha llevado a que algunos autores afirmen que a efectos de computar el mínimo debido debe partirse de un concepto amplio, fruto en gran medida de la expresión “total” que utiliza el mencionado precepto<sup>409</sup>, y sin perjuicio de que se excluyan también aquellas partidas que no vienen fijadas por unidad de tiempo (v. gr. primas de productividad, complementos en función de la situación y resultados de la empresa y, en fin, cualquier otra cuyo módulo de cálculo no se base en el factor tiempo)<sup>410</sup>. En la realidad negocial en materia salarial, caracterizada por la tendencia a que los complementos vinculados a objetivos y resultados cobren cada vez mayor peso, esto supone convertir en falacia el poder consagrar la paridad retributiva entre los trabajadores puestos a disposición y los de la empresa usuaria<sup>411</sup>.

Para superar esta situación y debido a la especial relevancia que la igualdad retributiva tiene en el caso de las ETT, pudiera proponerse retomar la interpretación dada en el anterior art. 11 LETT, ya que la regulación actual del mencionado precepto invierte el orden existente antes de la reforma de 1999 sobre cuál sea la regulación aplicable, recogiendo, ahora sí, la unánime opinión doctrinal al respecto<sup>412</sup>. Así pues, ahora será primero el convenio aplicable a la empresa usuaria el que se toma como referente, dejando el de la ETT para cuando aquélla carezca de pacto colectivo general o, como hemos defendido ya, cuando fije mejores condiciones económicas<sup>413</sup>. De todo ello resultaría que “se aplica a los trabajadores en misión los mismos salarios que percibirán los trabajadores de la empresa usuaria según lo establecido en el convenio colectivo que les es aplicable”<sup>414</sup>.

Junto a ello, algún autor ha planteado que *como mínimo* “puede ser también interpretado como una garantía de que la retribución que tiene derecho a percibir el trabajador será la correspondiente por unidad de tiempo –a que el mínimo se refería– y, además, cuando se ofrezca la posibilidad, la por unidad de obra o trabajo re-

<sup>408</sup> DE QUINTANA PELLICER, J., “La nueva ordenación...; cit., pág. 39. Sobre los problemas que ello puede generar de cara a la individualización de salarios, VALDÉS DAL-RÉ, F., “La garantía de...; cit., pág. 8.

<sup>409</sup> PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de Trabajo Temporal y relaciones laborales*; Laborum, 2002, págs. 224 y 225.

<sup>410</sup> PRADAS MONTILLA, R., “Sobre el salario...; cit., pág. 16; y STSJ de Madrid, de 30 de octubre de 2001 (A.L., nº 9, 2002, ref. 287).

<sup>411</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., “La garantía de...; cit., pág. 10. Sobre esa tendencia, véase, COSTA REYES, A., “La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva”; R.L., nº 7, 1999, págs. 8 y 9. Evolución que se consolida en años posteriores, cfr. RUESGA/RESA, “Análisis de la variable de salarios de la negociación colectiva en España”; T.L., nº 58, 2001, pág. 150.

<sup>412</sup> Sobre las razones que apoyaban que fuera el convenio de la empresa usuaria el que sirviese de referencia para determinar el salario del trabajador en misión, vid. LÓPEZ BALAGUER, M., *Contrato de trabajo y...*; cit., págs. 87 y 88, también págs. 93 y sgs.

<sup>413</sup> PRADAS MONTILLA, R., “Sobre el salario...; cit., pág. 18.

<sup>414</sup> BAYLOS GRAU, A., “Las relaciones laborales del trabajador con la empresa de trabajo temporal. La negociación colectiva en las Empresas de Trabajo Temporal”; en *Cuadernos de Derecho Judicial. Formas y cauces...*; cit., págs. 185 y 186.

alizado"<sup>415</sup>. Pese a que esta opinión es más acorde con el principio de igualdad retributiva, creemos que sólo forzando en exceso los términos empleados por el legislador puede alcanzarse esta solución, pues como ya hemos visto el art. 11.1 LETT "no consagra en rigor un principio de paridad retributiva". Desde nuestro punto de vista, la solución sobre cuáles sean las partidas que debe percibir el trabajador en misión se obtiene basándonos en que el "elemento comparativo no son las retribuciones de los trabajadores al servicio de la empresa usuaria que desempeñen un trabajo de igual valor (...), sino los niveles retributivos asignados al puesto de trabajo que va a ser ocupado por el trabajador en misión"<sup>416</sup>. Por esta razón, consideramos que los complementos que percibirá el trabajador serán todos aquellos relacionados con el puesto de trabajo<sup>417</sup>; o mejor dicho, con el trabajo prestado, donde desde luego se han de incluir los que derivan "de una mejor calidad o una mayor cantidad de trabajo, como puede ser, (entre otros) las primas e incentivos abonados en función del rendimiento del trabajador en el puesto de trabajo"; excluidos por lo tanto, los de carácter personal y los fijados en función de la situación o resultados de la empresa, por cuanto estos no hacen referencia al trabajo (puesto)<sup>418</sup>.

En esta línea es interesante traer a colación la regulación convencional en las ETT, por cuanto que pueden arrojaros algo más de luz sobre esta cuestión. En concreto, cabría precisar que uno de los aspectos más llamativos de la estructura salarial en el sector de las ETT es que los salarios de los trabajadores en misión se calculan a partir de la referencia temporal de la hora efectiva de trabajo, incluyendo en el mismo la parte proporcional de todo tipo de conceptos salariales variables o fijos<sup>419</sup>. En consecuencia, podría deducirse de la expresión legal ("calculada por unidad de tiempo") que se está haciendo referencia a ésta cuestión, esto es, reducir a la unidad de tiempo todas las partidas a las que tiene derecho el trabajador, y no que las partidas fijadas por unidad de tiempo sean exclusivamente las que integran la retribución.

4. El legislador vuelve a recordar que en la retribución del trabajador se "deberá incluir, en su caso, la parte proporcional correspondiente al descanso semanal, pagas extraordinarias, los festivos y las vacaciones (...)". En primer término debemos señalar que la expresión "*en su caso*" no pretende dejar en manos de terceros la decisión de abonar o no dichas partidas, sino que sirve de recordatorio para cuando no se haya previsto de otra forma su abono<sup>420</sup>. El objetivo de esta específica mención es evitar que la práctica llevada a cabo por las empresas usuarias de contratar sólo durante

<sup>415</sup> PRADAS MONTILLA, R., "Sobre el salario..."; cit., pág. 17.

<sup>416</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "La garantía de..."; cit., pág. 14.

<sup>417</sup> LÓPEZ BALAGUER, M., Contrato de trabajo y...; cit., pág. 117.

<sup>418</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "La garantía de..."; cit., págs. 11 y 12. Vid. También el art. 32.1. C.Col. de ETT (BOE de 24/06/2004); y –excluyendo los complementos personales– C.Col. de "Patentes Talgo, S.A." (BOE de 07/02/2003), art. 91. De opinión contraria, admitiendo la inclusión de estos últimos complementos; MOLERO MARAÑÓN, M.L., La responsabilidad empresarial...; cit., pág. 132. Contraria a la inclusión de los complementos por una mayor cantidad o calidad del trabajo, LÓPEZ SÁNCHEZ, M.C., "Régimen retributivo..."; cit., págs. 557, 558, 560 y 562. Adviértase que de ser esto así, en el caso de que el trabajador en misión realizara horas extraordinarias, éstas habría que abonárselas conforme a los que establezca el convenio aplicable a la ETT, por tratarse aquéllas de un complemento por mayor cantidad de trabajo (COSTA REYES, A., "La nueva estructura..."; cit., pág. 43).

<sup>419</sup> Vid. art. 32.1, párr. 2º, IV Convenio estatal de Empresas de Trabajo Temporal (BOE 24/06/2004).

<sup>420</sup> LÓPEZ BALAGUER, M., Contrato de trabajo y...; cit., pág. 115.

los días hábiles o laborales, termine por repercutir en el descanso del trabajador y en la remuneración que debe llevar pareja (obsérvese que ahora se recoge expresamente la referencia al *descanso semanal*, a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior a la reforma de 1999)<sup>421</sup>.

5. Por último, algunas decisiones judiciales que compartimos consideran que dentro de las retribuciones del puesto de trabajo hay que entender incluidas no sólo las directamente salariales, sino también las percepciones extrasalariales conectadas con el trabajo (*v. gr.* plus de transporte, etc.), pues lo contrario carecería de justificación e implicaría contravenir la mencionada finalidad de equiparación<sup>422</sup>.

Determinado pues cuál deba ser la retribución mínima que debe percibir el trabajador en misión, queda ahora señalar hasta donde alcanza la responsabilidad de la empresa usuaria, para lo cual debemos remitirnos, como sabemos, al art. 16.3 LETT. Ya hemos visto en el apartado anterior que frente al crédito que pudiera ostentar el trabajador en misión por el trabajo prestado en la empresa usuaria responden ambas empresas, como de hecho ocurre en otros ordenamientos de nuestro entorno, afirmándose además en algunos de éstos que en caso de responsabilidad solidaria la extensión de ésta alcanza “a toda clase de crédito laboral, incluso los de carácter indemnizatorio”<sup>423</sup>. Una primera lectura del art. 16.3 TRET podría llevarnos a sostener que las obligaciones de las que responde la empresa usuaria son aquellas de estricta naturaleza salarial<sup>424</sup>. No compartimos esta opinión y ello por las siguientes razones.

Primero, la expresión “obligaciones salariales” no debe de limitarse a las que por naturaleza sean estrictamente salariales, pues cuando parece que el legislador ha querido que así sea, lo ha expresado con mayor claridad (*v. gr.* art. 42.2 TRET). Además, en una y otra la posición de quienes son los llamados a responder y la justificación de esa responsabilidad difiere de forma importante, lo que vendría a corroborar el diferente alcance de la expresión “obligaciones salariales”<sup>425</sup>.

En segundo lugar, cuando el art. 12 LETT hace referencia a las obligaciones de la ETT respecto a los trabajadores, menciona que corresponde a ésta “el cumplimiento de las obligaciones salariales (...)”; términos idénticos a los recogidos en el art. 16 LETT, y por lo tanto, el alcance cualitativo de la responsabilidad de la empresa usuaria debiera ser idéntico que el de la ETT<sup>426</sup>. Obviamente, en esa expresión han de incluirse todas y cada una de las percepciones económicas debidas al trabajador, donde

<sup>421</sup> MOLINA NAVARRETE, C., *Nuevas reglas...*; cit., pág. 128.

<sup>422</sup> SJS de Madrid nº 33, de 27 de febrero del 2001 (AS 1864). Sin embargo, este pronunciamiento se ve rechazado por la STSJ de Madrid, de 30 de octubre de 2001 (A.L., nº 9, 2002, ref. 287), contraria a la inclusión de las referidas indemnizaciones o suplidos en la garantía del art. 11 LETT. También, PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de Trabajo...*, cit., págs. 224 y 225.

<sup>423</sup> ERMIDA URIARTE/CASTELLO, “Las Empresas de...”; cit., págs. 436 y 437.

<sup>424</sup> Así, SSTSJ de Madrid, de 18 de octubre del 2000 (AS 4320), y de 15 de noviembre de 2002 (A.L., nº 7, 2003, ref. 204). Existiendo pronunciamientos que equiparan la responsabilidad de las ETT a la prevista para el caso de las contratas (art. 42.2 TRET); cfr. STSJ de Cataluña de 19 de julio del 2000 (A.S. 2785), F.J. 4º.

<sup>425</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., *La responsabilidad empresarial...*; cit., págs. 90-92 y 139-141.

<sup>426</sup> De la misma opinión, MOLERO MARAÑÓN, M.L., *La responsabilidad empresarial...*; cit., págs. 144 y 145.

a nuestro modo de ver, se incluirá, por supuesto, cualquier crédito que el trabajador ostente frente al empresario por la prestación de su trabajo<sup>427</sup>.

Finalmente, el propio sentido y razón de ser de algunas de las partidas extrasalariales (v. gr. plus de transporte, indemnizaciones ex art. 11.2 LETT) justifican que la empresa usuaria deba responder también por las cuantías que aquéllas representen<sup>428</sup>. En apoyo a esta opinión debe también tenerse en cuenta que más pareciera que la LETT no pretende excluir la responsabilidad de la empresa usuaria respecto a estos conceptos, sino modificar el régimen de responsabilidad, que pasa del general de solidaridad al de subsidiariedad, “por lo tanto, la cuestión no es si la empresa usuaria es responsable de esos (u) otros conceptos, sino si sólo es responsable de los mismos con carácter subsidiario (...), o si, por el contrario, es responsable solidaria”<sup>429</sup>.

Respecto a la responsabilidad de la empresa usuaria por las indemnizaciones derivadas de una ilícita extinción por motivos disciplinarios, puede plantearse la duda de su alcance y extensión<sup>430</sup>. En nuestra opinión, la extensión a la empresa usuaria se limitaría a los supuestos en los que la decisión extintiva se basa en una decisión o en informaciones dadas por la usuaria (ex art. 15.2 LETT) y sea la falta de acreditación de éstas la causa de la improcedencia o nulidad del despido y no cuestiones imputables a la ETT (defectos de forma, represalias, etc.); y ello porque no hay que olvidar que es la ETT quien finalmente adopta la decisión de extinguir, sin que se encuentre obligada a ello<sup>431</sup>, ni pueda por tanto desentenderse de la veracidad de lo alegado por la usuaria<sup>432</sup>.

<sup>427</sup> GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, *Contrata y...*; cit., pág. 163; y LÓPEZ BALAGUER, M., *Contrato de trabajo y remuneración en la nueva regulación de las empresas de trabajo temporal*; Tirant lo Blanch, nº 93, 1999, págs. 121 y 122. Por ejemplo, los salarios de tramitación; vid. STSJ de Madrid de 25 de febrero de 1999 (A.L., nº 26, 1999, ref. 1057), y en ámbitos inferiores, la SJS de Madrid, nº 25, de 14 de marzo de 2003 (AS 685), y las SSJS nº 28, de Madrid, de 19 de noviembre de 1999 (R.L., JS-27), y de 27 de febrero del 2001 (AS 1864); esta última extiende la responsabilidad por conexión con el art. 11 LETT, ya que éste incluye las percepciones extrasalariales.

Sin embargo, también existen opiniones doctrinales contrarias a la responsabilidad de la ETT por esos salarios; CALVO GALLEGU, F.J., “La retribución de...”; cit., págs. 248 y 249.

<sup>428</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “la cesión de trabajadores en el ordenamiento laboral español (II): Tipos de cesiones lícitas. Empresas de trabajo temporal”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Cesión de...*; cit., pág. 157; y LÓPEZ BALAGUER, M., *Contrato de trabajo y...*; cit., pág. 129. De igual forma, se incluirán los gastos por desplazamiento, dietas, etc.; MOLERO MARAÑÓN, M.L., *La responsabilidad empresarial...*; cit., págs. 142-144; y SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de abril del 2001 (AS 2135), y de Extremadura, de 23 de mayo de 2002 (AS 2272). Sobre cuáles sean las indemnizaciones de las que puede beneficiarse en trabajador en misión; vid., PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de Trabajo...*; cit., págs. 245 y 246. Este autor excluye la responsabilidad de la empresa usuaria por tales inmenizaciones (*ibidem*, pág. 249).

<sup>429</sup> AA.VV., *Memento Práctico. Salario 2002-2003*; cit., pág. 358 (3665).

<sup>430</sup> A favor de su inclusión, MOLERO MARAÑÓN, M.L., *La responsabilidad empresarial...*; cit., pág. 184; y AA.VV., *Memento Práctico. Salario 2002-2003*; cit., págs. 363 y 364 (3685). En contra parece expresarse la STSJ de Cataluña, de 18 de febrero de 2002 (A.L., nº 25, 2002, ref. 792); aunque también pudiera decirse que se muestra contraria a extender los efectos del despido nulo (¿que la readmisión se exija a la empresa usuaria?).

<sup>431</sup> CHARTEGUI JÁVEGA, C., *Empresas de Trabajo...*; cit., pág. 431; PÉREZ PÉREZ, M., *Empresas de Trabajo Temporal...*; cit., pág. 241 y 242; y, aunque referido a los salarios de tramitación en relación con la responsabilidad ex art. 42 TRET; SEMPERE NAVARRO, A., “Naturaleza de los salarios de tramitación y responsabilidad del empresario principal”; AS, nº 21, 1999, pág. 16. También, en relación con las contrata; STSJ de Andalucía/Granada, de 20 de mayo de 2003 (AS 2375).

<sup>432</sup> Aunque referido a otra cuestión, la doctrina de la STSJ de Madrid, de 29 de noviembre de 2002 (AS 1501) relativa a la necesidad de que la ETT no se desentienda de autenticidad de la información sobre la causa del contrato que le aporta la empresa usuaria.

### c. La empresa en red: el fenómeno de la franquicia para el derecho laboral

Como ha señalado alguna de la más autorizada doctrina, los nuevos fenómenos de descentralización y externalización están llevando al ordenamiento laboral y a los instrumentos inicialmente previstos para tutelar la posición del trabajador a una función meramente marginal, pues éstos se muestran en muchas ocasiones insuficientes y limitados ante las nuevas fórmulas de organización empresarial<sup>433</sup>. Esto está implicando una necesaria revisión de los referidos instrumentos y del mismo concepto de empleador, de forma que puedan ser eficaces y evolucionar para dar respuesta a esas nuevas realidades empresariales.

En efecto, esa necesaria tutela social ha llevado a afirmar que en el ámbito laboral parece existir una inversión de los principios de la responsabilidad respecto al ámbito civil, a saber, la preferencia en los casos de pluralidad de empresarios (relaciones triangulares) de la solidaridad como mecanismo de garantía frente a los posibles incumplimientos de la contraparte formal del trabajador<sup>434</sup>. Esa preferencia legal manifiesta el especial sentido de tutela del Derecho del Trabajo y es reflejo de la tendencia moderna que ve en la solidaridad ventajas de comodidad y garantía, además de no oponerse a ningún postulado de justicia<sup>435</sup>. Esta idea alcanza más importancia si cabe en situaciones como la actual, donde la ingeniería jurídica está permitiendo la proliferación de mecanismos de interposición o facilitando una descentralización productiva que puede llevar a un reducción en los niveles de tutela de los derechos del trabajador<sup>436</sup>.

Es innegable pues que la disminución de las estructuras empresariales que caracteriza a esta nueva fase de la economía capitalista "ha resultado ser en parte ficticia, o de cara solamente al revestimiento jurídico; desde el punto de vista económico las empresas se integran o agrupan con más intensidad que con anterioridad a través de muy diversas fórmulas jurídicas, aumentando sus dimensiones reales y su dominio en el mercado, aunque jurídicamente permanecen plenamente independientes, con el objetivo principal de aminorar los riesgos del negocio, al dispersar o segregar las responsabilidades de todo tipo entre una pluralidad empresarial"<sup>437</sup>.

Conviene estudiar alguno de ellos, entre los que destacamos el fenómeno de las franquicias (*franchising*), cuyo desarrollo económico hace preciso un estudio de-

<sup>433</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "La descentralización productiva y la formación...; cit., págs. 5 y 8. Del mismo autor, "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo"; R.L., n° 20, 2001, pág. 4.

<sup>434</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 172; y VALDÉS DAL-RÉ, F., "Poderes y responsabilidades...; cit., págs. 9 y 10. En similares términos, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., Cesión de...; cit., pág. 382. Pese a la afirmación recogida en el texto, también debe señalarse la tendencia de la jurisprudencia civil a aplicar la solidaridad en aquellas obligaciones que no nacen del contrato; cfr. Díez-Picazo/Gullón, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 138 (nota 1).

<sup>435</sup> SÁNCHO REBULLIDA, F., "La causa de la...; cit., págs. 170 y sgs. Aunque referidos a supuestos distintos, entiendo que las razones alegadas por el autor en pro de la solidaridad de determinadas obligaciones ha de extenderse a las salariales por su especial trascendencia social.

<sup>436</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "La descentralización productiva y la formación...; cit., especialmente, págs. 6-8.

<sup>437</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico laboral"; R.L., n° 7, 2001, pág. 30. Debemos señalar que en los últimos años asistimos a un crecimiento de las transacciones patrimoniales realizadas en el interior de las empresas, de tal forma que una gran parte de las relaciones económicas mundiales tienen su sede dentro de empresas de alguna forma interconectadas; NOAM CHOMSKY, El beneficio es lo que cuenta; Crítica, n° 60, 2001, págs. 127 y 128 (y notas a pie de página).

tallado de la misma en relación con el Derecho de Trabajo<sup>438</sup>. Debemos ahora señalar qué tipo de relaciones subyacen en este contrato para poder determinar la existencia o no de responsabilidad del franquiciante respecto a las deudas salariales que el franquiciado pudiera tener con sus trabajadores, pues en ocasiones la franquicia ha sido utilizada como mecanismo de interposición para evitar al franquiciante los deberes propios de una relación laboral<sup>439</sup>. Obviamos intencionadamente el estudio del caso en que el franquiciado pueda ser calificado como trabajador del franquiciante, pues se trata de remitir a las reglas generales de identificación de los caracteres señalados en el art. 1.1 TRET, y sobre el que el TS ya se ha manifestado en sentido negativo<sup>440</sup>. Con todo, cabe decir que esta última afirmación no puede entenderse de forma absoluta, pues como hemos señalado habrá que constatar que no concurren las circunstancias y caracteres a los que se refiere aquél precepto estatutario<sup>441</sup>.

### c.1. Concepto y características

Ha de tenerse presente que la franquicia es un sistema o modelo de organización empresarial de colaboración y cooperación entre empresarios, que pretende conjugar el control organizativo con la flexibilidad que otorga la descentralización<sup>442</sup>. A través de ella el franquiciante cede a los franquiciados, a cambio de un canon, el uso y adquisición de determinados derechos sobre sus bienes y servicios previamente prestigiados (en especial su marca, patentes, etc.) y su asistencia técnica continuada (*knowhow*)<sup>443</sup>. Ello supone la creación de una cadena de empresas independientes (franquiciados), pero interconectadas y asistidas técnica y comercialmente por el franquiciante, lo que va a permitir a éste ejercer cierto grado de control sobre los franquiciados en ámbitos como la gestión, organización y desarrollo del negocio, para garantizar así el mayor grado de uniformidad y homogeneidad, de tal forma que externamente aparezcan como una misma empresa<sup>444</sup>.

<sup>438</sup> Se hace palpable su desarrollo y extensión en un escaso período de tiempo, como señala ORTIZ DE ZÁRATE, A., Manual de franquicia; Deusto, 1988, págs. 18 y 19; también, MARTÍN TRILLA/ECHEVARRI ARDANAZ, La Franquicia; Aranzadi, 2000, págs. 15-17. Indica al respecto GONZÁLEZ BIEDMA, E. ("Aspectos jurídico-laborales de las franquicias"; REDT, nº 97, 1999, pág. 659) que "una vez más, la importante presencia de una actividad económica, de una fórmula mercantil nueva, permanece ajena a la legislación laboral".

Hablamos en estas páginas de la franquicia en sentido estricto (*franchise format business*); sobre éste y otros tipos de franquicias, vid. GIL Y GIL, J.L.; "Aspectos laborales del..."; cit., págs. 45 y 46.

<sup>439</sup> Al respecto, CARDELÚS I GASSIOT, L.; El contrato de franchising; PPU, 1988, págs. 75 y 76; en derecho comparado BESSIS, P., Le contrat de franchising; LGDJ, 1990, págs. 42 y 43.

<sup>440</sup> LÓPEZ GANDÍA, J. Contrato de trabajo y figuras afines; Tirant lo Blanch, nº 79, 1999, págs. 76 y 77. Para una aproximación al respecto, vid. GONZÁLEZ BIEDMA, E., "Aspectos jurídico-laborales..."; cit.; y GIL Y GIL, J.L.; "Aspectos laborales del contrato de franquicia", RTSS (Estudios Financieros), nº 204, 12/2000.

<sup>441</sup> OJEDA AVILÉS, A., "La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo"; REDT, nº 111, 2002, págs. 335, 336 y 344; y JEAMMAUD, A., "L'assimilation de franchisés aux salariés"; D.S., nº 2, 2002, especialmente, pág. 161.

<sup>442</sup> PILOTTI, L./ROBERTO, P., I contratti di franchising; EGEA, 1990, pág. 263. Como señala RODRIGO URÍA (Derecho Mercantil, 24ª ed. Marcial Pons, pág. 759): "El espíritu de colaboración impregna, en efecto, toda la franquicia".

<sup>443</sup> CARDELÚS I GASSIOT, L.; El contrato de franchising; cit., págs. 30 y 63 y sgs.

<sup>444</sup> HERNANDO JIMÉNEZ, A.; El contrato de franquicia de empresa; Civitas, 2000, págs. 159, 160 y 280; y GALGANO, F., Diritto privato; CEDAM, 1999, pág. 545.

Por lo tanto, si bien no existe una rígida centralización de la organización y producción de la empresa franquiciada, no es menos cierto que el interés que el franquiciante tiene en garantizar esa homogeneidad final le puede llevar al establecimiento de diversos sistemas de control e intervención en aquélla, lo que ha llevado a afirmar que –en ocasiones– pueda tener enormes semejanzas con una sociedad en la que cada parte hace diferentes aportaciones<sup>445</sup>. En efecto, ya hemos subrayado cómo con la descentralización productiva se busca una mayor eficiencia, pero también un alto grado de autonomía ficticia, puesto que innegablemente, en casos como el analizado, todas las empresas pueden encontrarse “unidas a una compleja red de decisiones relacionadas”<sup>446</sup>.

Se entiende así la franquicia como un contrato destinado “a la creación de una unidad económica y funcional, no típica, mediante (...) el reparto de funciones internas y externas entre las empresas pertenecientes al sistema”<sup>447</sup>. Por ello se afirma que, pese a la independencia jurídica, existe una innegable dependencia funcional consecuencia de la integración de la empresa del franquiciado en la estructura organizativa de la franquicia<sup>448</sup>.

Resumiendo lo que venimos señalando, nos encontramos con la existencia de varios empresarios que tienen entre sí una relación de colaboración e interdependencia y en la que el franquiciante tiene determinadas facultades sobre la gestión y dirección económica de la franquicia y, por ende, del negocio de los franquiciados<sup>449</sup>.

## c.2. Responsabilidad

Respecto a la responsabilidad frente a terceros (v. gr. consumidores, trabajadores, etc.), las opiniones divergen entre quienes entienden que al tratarse de sujetos independientes y autónomos jurídicamente (franquiciante y franquiciado), el único obligado sería el franquiciado<sup>450</sup>; y quienes mantienen que ambos responden conjuntamente, pues entre dichos empresarios lo que existe es una especie de corporación para prestar servicios en el mercado, presentándose externamente como un mismo sujeto<sup>451</sup>.

Para resolver el caso que a nosotros interesa –la relación con los trabajadores–, debe ponerse de manifiesto que en ocasiones, el poder del franquiciante para controlar la homogeneidad del servicio o el producto se ha plasmado en facultades pa-

<sup>445</sup> BESSIS, P., *Le contrat de...*; cit., págs. 43 y 44.

<sup>446</sup> ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y...*; cit., pág. 127.

<sup>447</sup> ECHEBARRIA SÁENZ, J.A.; *El contrato de franquicia*; McGraw Hill, 1995, pág. 204.

<sup>448</sup> HERNANDO JIMÉNEZ, A.; *El contrato de franquicia...*; cit., pág. 281.

<sup>449</sup> Al respecto, véase ECHEVARRIA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*; cit., págs. 376 y sgs. Se ha afirmado la existencia de una relación vertical de poder entre el franquiciante y sus franquiciados; cfr. *ibidem*, DUQUE DOMÍNGUEZ, J.F., “Prólogo”, pág. XXII. Una visión general de las obligaciones del franquiciado respecto del franquiciador nos permite constatar la posibilidad de control de éste en la marcha del negocio; en MARTÍN TRILLA/ECHEVARRI ARDANAZ, *La Franquicia*; cit., pág. 60.

<sup>450</sup> CARDELÚS I GASSIOT, L.; *El contrato de ...*; cit., pág. 75.

<sup>451</sup> GHERSI, C. A., *Contratos civiles y comerciales*, T. 2; Astrea, 1992, pág. 38.

ra dar instrucciones a los trabajadores, para supervisar su capacidad e imagen, decidir determinadas cuestiones laborales relativas a contratación, poder de dirección, etc.<sup>452</sup>. A todos estos datos e indicios (aparición externa unitaria, diversos grados de control y dependencia entre ambas partes, etc.), habría que añadir también la circunstancia de quedar el franquiciado integrado en la red empresarial propia del franquiciante<sup>453</sup>, así como las facultades que venimos de indicar que el franquiciante puede tener respecto a los trabajadores y el hecho innegable de que el trabajo de éstos también le beneficia, pues no puede ignorarse que debido a esa aparición externa, el trabajo de los asalariados (atención al cliente, aspecto, cumplimiento preciso de sus tareas, etc.) cobra una especial importancia para el franquiciante y sus beneficios<sup>454</sup>. De todo ello podemos extraer, sin miedo a equivocarnos, que “la franquicia constituye una agrupación empresarial sin personalidad jurídica”<sup>455</sup>.

Si bien para algunos autores esos elementos señalados no son indicios de responsabilidad laboral del franquiciante sino elementos definidores y lógicos del contrato de franquicia<sup>456</sup>, por nuestra parte consideramos que, aunque no exista duda sobre la admisibilidad del contrato de franquicia y la independencia jurídica de cada una de las partes, tampoco podemos obviar los datos e indicios que en ocasiones se derivan de los pactos que fijan éstas y que pueden hacer que aparezcan en esa relación los elementos esenciales en la configuración de la existencia de un grupo de empresas a efectos de responsabilidad laboral: pluralidad de sujetos independientes jurídicamente, aparición externa unitaria voluntariamente querida, confusión de plantillas y una dirección centralizada<sup>457</sup>.

Esta doctrina judicial cobra especial importancia en relación con el fenómeno de las franquicias, aunque debe precisarse también la ambigua posición de los tribunales en esta cuestión (requisitos para hablar de grupos de empresas), derivada a buen seguro de la injustificada inactividad del legislador en regularla. De las escasas sentencias pronunciadas hasta ahora se extrae la escasa voluntad judicial de extender la responsabilidad al franquiciante, pues, se sostiene, no basta la simple existencia del contrato de franquicia para afirmar que se trata de una unidad o grupo empresarial, ni tampoco el dato de que la empresa franquiciadora pueda adoptar ciertas decisiones sobre el personal de la franquiciada, al menos, no cualquier injerencia<sup>458</sup>. En esta línea, al-

---

<sup>452</sup> GIL Y GIL, J.L.; “Aspectos laborales del...”; cit., pág. 44; y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “La nueva definición...”; cit., pág. 55, nota 29.

<sup>453</sup> Causa y consecuencia de esa dependencia técnica y comercial; VICENT CHULIÁ, F., *Compendio Crítico de Derecho Mercantil*, T. II; Bosch, 1.986 (2ª Ed.), pág. 314.

<sup>454</sup> La titularidad de los poderes empresariales “la tiene no tanto quien es el propietario del capital en sentido estricto, sino en quien puede decidir sobre la ordenación del trabajo conforme a los fines económicos”; ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y...*; cit., pág. 127.

<sup>455</sup> ECHEVARRIA SÁENZ, J.A., *El contrato de franquicia*; cit., pág. 204.

<sup>456</sup> GOLDFLUS/GADEA, “El contrato de franchising”, en (AA.VV.) *La descentralización empresarial...*; cit., págs. 224 y 225.

<sup>457</sup> *Vid.* PEDRAJAS MORENO, A., “Relaciones de carácter interempresarial...”; cit., págs. 264 y 265, y HERRERA DUQUE, M. J., *Los Grupos de empresas en el ordenamiento jurídico español*, CISS, 2000, pág. 36. También, STSJ de Galicia, de 13 de septiembre de 2001 (AS 255/2002). Se llega a decir que una de las ventajas del franquiciador es que éste “goza de control sobre los franquiciados”; *cfr.* MARTÍN TRILLA/ECHEVARRI ARDANAZ, *La Franquicia*; cit., pág. 84.

<sup>458</sup> MARTÍN TRILLA/ECHEVARRI ARDANAZ, *La Franquicia*; cit., págs. 74 y 75, y STSJ de Andalucía, de 10 de noviembre del 2000 (AS 4521), F.J.7º; en esta sentencia parece leerse entre líneas que el no considerar responsable al franquiciante se debe a que la injerencia producida no puede calificarse de exorbitante.

gunos tribunales han venido a reconocer que “si el titular de la marca o red comercial lleva su control al extremo de asumir directamente la dirección del proceso de trabajo, las instrucciones a los empleados (...) llega a asumir una titularidad empresarial y desplaza a su corresponsal franquiciado, por lo que en las relaciones con los trabajadores del negocio responderá también como tal empresario a la hora de hacer efectivos los derechos de sus empleados (...)”<sup>459</sup>.

Con todo, nos parece interesante traer aquí la afirmación de que “no se precisa la concurrencia de todos y cada uno de los elementos adicionales señalados por la jurisprudencia para que se produzca aquella consecuencia [responsabilidad solidaria de las empresas coordinadas], sino que por el contrario basta con que se aprecie la existencia de uno cualquiera de tales datos (...)”<sup>460</sup>. Con base en ello, pudiera sostenerse que también puede existir una responsabilidad solidaria entre franquiciante y franquiciado respecto a las deudas que éste tenga con sus trabajadores o, al menos, para los casos en los que exista una actuación con abuso de la personalidad jurídica que se plasme en un perjuicio para el trabajador<sup>461</sup>.

En conclusión, y retomando lo que se dijo más arriba, es preciso que el ordenamiento laboral actualice su concepto de empresario responsable, para poder atender mejor a las nuevas realidades y estructuras empresariales, pues la evolución en este campo queda muy alejada de la nueva realidad económica, caracterizada por la proliferación y desarrollo de los procesos de externalización y descentralización productiva<sup>462</sup>. En este sentido, reiteramos la idea de que esa generalización de los fenómenos de descentralización, desprovista del estigma que hasta fechas recientes tenía en relación con su posible finalidad fraudulenta o elusiva de responsabilidades, debe llevar también aparejada una normalización en la extensión, al menos, de la responsabilidad laboral a los diferentes empresarios (personas jurídicas) que participan en dichas operaciones y se benefician del trabajo prestado<sup>463</sup>. En otras palabras, que esa responsabilización debe hacerse como decimos “no desde una dimensión patológica o de fraude, sino como respuesta que ha de adoptarse en estricta correspondencia a la prestación laboral de los trabajadores que se ejerce a favor de una comunidad empresarial que resulta ser beneficiaria de su esfuerzo laboral”<sup>464</sup>.

<sup>459</sup> STSJ de Cataluña, de 10 de noviembre de 2000 (A.S. 211).

<sup>460</sup> STSJ de Madrid, de 9 de febrero del 2001 (AS 1254); y STSJ de Galicia, de 28 de marzo de 2003 (AS 3009). Véase, TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, “La responsabilidad de los administradores y socios de las sociedades de capital desde la perspectiva laboral”; R.P.J. (CGPJ), n° 53, 1999, pág. 428 y 429.

<sup>461</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E., “Aspectos jurídico-laborales...”; cit., pág. 674. Un análisis específico de los indicios de la existencia de un grupo de empresas para el caso concreto de la franquicia, en GIL Y GIL, J.L., “Aspectos laborales del...”; cit., págs. 58-60. Sobre la exigencia de ánimo defraudatorio, STSJ de Cataluña, de 5 de marzo de 2002 (A.L., n° 27, 2002, ref. 863).

<sup>462</sup> RODRÍGUEZ ESCANDIANO, S., “La coordinación empresarial como estrategia de descentralización productiva: carencias normativas”; RDS, n° 15, 2001, págs. 113 y sgs. Sobre esas nuevas fórmulas de organización empresarial y las negativas consecuencias que implican para la tutela de los derechos laborales de los trabajadores debido a una concepción clásica de empresario a efectos de imputar responsabilidades; vid. MARTÍNEZ BARROSO, M.R., “La nueva definición...”; cit., especialmente, págs. 58 y sgs., 64 y 76 y sgs.

<sup>463</sup> CASAS BAAMONDE, M.E. “Las transformaciones...”; cit., págs. 200, 207 y 208.

<sup>464</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., “Sobre la inminente...”; cit., págs. 55 y 56; y SERRANO GARCÍA, M.J., “La responsabilidad de los administradores sociales en los grupos de empresas. Orden social competente”; R.L., n° 9, 2002, pág. 52. No parece entenderlo de esta forma RODRÍGUEZ ESCANDIANO, S. (“La coordinación...”; cit., pág. 117), quien apuesta por su limitación exclusivamente a los supuestos de uso fraudulento. En mi opinión no se alcanza a entender por qué en el caso previsto en el art. 42 TRET no se exige esa finalidad fraudulenta y sí para el caso ahora analizado.

## B. Objetivos

### 1. En dinero o en especie

Como ya señalamos al referirnos a las características del salario, de él es predicable la patrimonialidad; esto es, el tratarse de elementos de contenido económico que enriquecen el patrimonio del destinatario: el trabajador<sup>465</sup>. Partiendo de ese carácter, el art. 26.1 TRET señala que la materialización de esas percepciones se podrá llevar a cabo en dinero o en especie, aunque la libertad dejada a las partes no es absoluta, pues se fijan unos topes máximos de lo que en el total puedan representar las percepciones en especie. Fuera de ese y otros máximos a los que haremos pronta referencia, no parece que exista límite alguno a que las partes (colectiva o individualmente) pacten el contenido de la prestación salarial, por lo que habrá que estar a lo que ellas hayan acordado. No obstante, de no haberse acordado nada al respecto, la preferencia legal nos hace entender que el salario se abonará en metálico (dinero), no pudiendo el empresario decidir unilateralmente si el pago se hace en dinero o especie<sup>466</sup>. Así, si éste pagase parte del salario *in natura* sin haberse pactado, debiera entenderse como una modificación sustancial de condiciones de trabajo, por cuanto el trabajador vería enormemente limitada su posibilidad de opción y disposición<sup>467</sup>.

De la regulación del art. 26.1 TRET sobre el tema surgen algunas cuestiones: en primer lugar, determinar qué sea percepción en dinero y qué en especie. Segundo, atender a los límites legales en el pago en especie, cómo se valora lo recibido y qué ocurre en los casos en los que se supera el tope cuantitativo máximo.

#### a. En dinero...

Como no puede ser de otra manera, es preciso en primer lugar comenzar estudiando qué sea el dinero. De éste se ha de destacar que se trata de una unidad de medida patrimonial, es decir, un *signo* o unidad de cuenta *con poder de adquisición y de cambio patrimonial* y al que puede ser reducido cualquier elemento patrimonial. Este *signo* se concreta o materializa a través de su *símbolo*, que es la moneda específica de un determinado lugar y tiempo<sup>468</sup>. Por lo tanto, lo más característico del dinero considerado en abstracto es el ser un instrumento de medida y de intercambio, cuya importancia radica en lo que representa, quedando en un segundo plano su valor en sí, materialmente o como mercancía<sup>469</sup>.

<sup>465</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 582.

<sup>466</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Régimen jurídico de la retribución", en (RAMÍREZ/SALA, Coords.) Unificación de doctrina del...; cit., pág. 198.

<sup>467</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., "Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo", en Comentarios a las Leyes Laborales, T. I, vol. 2º; EDERSA, 1994, pág. 314.

<sup>468</sup> BONET CORREA, Las deudas de dinero; cit., págs. 221, 225 y 227.

<sup>469</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 172 y 173. Por lo que a nosotros respecta, el dinero cumple en la relación laboral su función de medio de valoración y de pago de la prestación del trabajador; *ibidem*, págs. 177 y 178.

En lo que se refiere al crédito del trabajador, debemos indicar que el salarial es, en su mayor parte, un crédito dinerario<sup>470</sup>; es decir, que la prestación que puede exigir el acreedor salarial es la entrega (*dar*, art. 1088 C.Civ.) de una determinada cantidad de monedas, pero no consideradas éstas como cosas específicas, sino en cuanto a su función de cambio<sup>471</sup>. Esta opción legislativa de que el salario es en su mayoría dinero es resultado de las posibilidades que le otorga al trabajador, en cuanto que al ser un bien genérico por excelencia, nunca existirá probabilidad de alegar la imposibilidad de la prestación, asimismo es “más preciso y menos ocasionado a fraudes que el salario en especie”<sup>472</sup>. En segundo lugar, esa característica de bien de intercambio otorga al trabajador que lo percibe un gran margen de actuación para adquirir con él aquello que estime más conveniente a sus necesidades personales y familiares<sup>473</sup>. Por último, también facilita al empresario poder librarse de su deuda salarial, por cuanto la normativa laboral manifiesta claramente su preferencia por el dinero como medio de pago (intercambio) por excelencia (efectos *pro soluto*)<sup>474</sup>. Por esta razón, no compartimos la opinión de quienes equiparan a estos efectos el denominado “dinero bancario” (cheques, etc.)<sup>475</sup>, ya que éste carece de las características esenciales que define al dinero del que habla el art. 26 TRET: obligatoria aceptación como medio de pago, carácter *pro soluto*, etc.

## b. ...o en especie

### b.1. Concepto

Respondiendo a la primera de las interrogantes que nos puede surgir, se podría decir simplificando que especie es todo aquello que no sea dinero<sup>476</sup>. De ahí la importancia que vimos al distinguir entre dinero (*signo*) y moneda (*simbolo*), ya que es posible la existencia de monedas que no tengan la característica del dinero, reconduciéndose éste al salario en especie<sup>477</sup>. Por lo tanto, debemos entender que son percepciones en especie aquellos bienes o derechos de contenido económico entregados al trabajador en contraprestación del trabajo subordinado al que él se obliga, pero que a diferencia del dinero, no son considerados social ni jurídicamente como medio de cambio o valor<sup>478</sup>.

<sup>470</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “El pago del salario a través de entidades de crédito”; A.L., 1992-2, pág. 444.

<sup>471</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 57.

<sup>472</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; cit., pág. 374.

<sup>473</sup> ALEGRE LÓPEZ, J.R., “Salarios en dinero y en especie; porcentajes y comisiones”, en (AA.VV.), Estudios sobre la ordenación del salario; cit., pág. 153.

<sup>474</sup> DíEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 145. En el ámbito laboral esa predilección se pone de manifiesto en el art. 29 TRET, donde la regulación del pago se hace con referencia al dinero.

<sup>475</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica...; cit., pág. 205.

<sup>476</sup> BOER, P., “Prestazioni in natura, servizi aziendali e contribuzione previdenziale”; RIDL, 1994-4 (I), pág. 522. En opinión de algunos autores, quizás sea esa definición en negativo la que permita unir la heterogeneidad de bienes, servicios o derechos que pueden ser considerados como salario en especie; MORADILLO LARIOS, C., “Las retribuciones salariales en especie y su nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social”; RMTAS, 19, 1999, pág. 31

<sup>477</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 57; y VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 115.

<sup>478</sup> Obsérvese que no sería retribución en especie sino en dinero, el pacto de pagar en dinero el valor de determinados bienes; ALEGRE LÓPEZ, J.R., “Salarios en dinero y...”; cit., pág. 161.

Pero esta definición tampoco recoge bien todos los supuestos que podrían encuadrarse dentro de salario en especie, ya que también debieran considerarse como tal las cuantías de dinero entregadas al trabajador para un fin concreto; esto es, no sería necesario que el empresario asumiera directamente el pago frente al tercero que proporciona el bien o servicio para considerarlo como retribución *in natura*, sino que bastaría que la partida dineraria entregada al trabajador estuviera destinada *a priori* para un fin concreto (v. gr. pagar el alquiler, comprar comida, etc.)<sup>479</sup>.

Frente a ello, una opinión mayoritaria considera que es preciso que sea el empresario quien directamente haga el pago de dichos bienes o servicios para que se consideren salario en especie<sup>480</sup>. En apoyo de esta posición se viene señalando que tanto la Dirección General de Tributos como la normativa fiscal en general consideran este supuesto como retribución dineraria<sup>481</sup>. Ante este argumento, se suele objetar que no debe olvidarse la distinta finalidad a la que responden la normativa fiscal y la laboral en este aspecto: una determinar los bienes tributables y su valor; la otra, limitar el porcentaje de percepciones en especie. Es por ello por lo que compartimos la disconformidad –por inadecuada– con la que algunos autores se han manifestado sobre “la utilización de los parámetros tributarios en la calificación de las prestaciones en especie a efectos estrictamente laborales”<sup>482</sup>.

Nos parece que el carácter dinerario o en especie no puede depender del mero formalismo de quien asume directamente el pago de ese bien o servicio, pues lo cierto es que en el caso se ha previsto su destino desde el principio, siendo el acto del pago una mera ejecución para alcanzar lo que realmente es lo debido (el bien *in natura*)<sup>483</sup>. También aconseja esta interpretación el recelo que el legislador parece tener respecto a las prestaciones *in natura*, ya que pudieran condicionar al trabajador, pues en este caso el dinero entregado carece de una de las características específicas antes señaladas y que lo hacen realmente ventajoso: la libertad del trabajador para elegir y convertirlo en aquello que desee<sup>484</sup>. En definitiva, el dinero así entregado y condicionado al pago de un concreto y específico objeto o derecho dejaría de servir como “singular

<sup>479</sup> MOLERO MANGLANO, C., El contrato de alta dirección; Civitas, 1995, pág. 262; y arg. ex STS, de 27 de junio de 1990 (RJA 5527); y MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “El límite aplicable a los pagos salariales en especie”; A.L., nº 44, 2002, pág. 974. De opinión radicalmente distinta; MARTÍN JIMÉNEZ, R., El salario en especie; Aranzadi, nº 13, 2002, pág. 56-59.

<sup>480</sup> MORADILLO LARIOS, C., “Las retribuciones salariales en especie...; cit., págs. 33 y 34; y AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., pág. 111 (1482). En esta línea, BOER, P. (“Prestazioni in natura...; cit., págs. 523 y 524) defiende que la diferencia entre salario en dinero o en especie está –únicamente– en que el pago se haga directamente en dinero, aunque sea para adquirir otro bien, pues también en este caso “*l'esborzo del datore di lavoro a terzi rappresenta soltanto una diversa modalità di pagamento*”. Empero, consideramos que este argumento no es aplicable a nuestra legislación ex art. 29.4 TRET.

<sup>481</sup> MORADILLO LARIOS, C., El nuevo régimen de cotización a la Seguridad Social de las retribuciones en especie; Tirant lo Blanch, nº 113, 2001, pág. 27; y ROZAS VALDÉS, J. A., Rendimientos del trabajo en especie; Civitas, 1994, pág. 36.

<sup>482</sup> FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica...; cit., pág. 301. En el mismo sentido, MOLINA NAVARRETE, C., “La dimensión jurídico-salarial...; cit., pág. 62.

<sup>483</sup> Así parece colegirse de la STSJ de Extremadura, de 3 de junio de 1998 (A.L., nº 38, 1998, ref. 1582), al señalar que entre las diferentes formas en las que se puede otorgar el salario en especie no sólo es el pago por el trabajador del arrendamiento o el disfrute a título gratuito de la vivienda, sino que también lo será la “parte integrante del salario, cuyo importe en metálico se minorará en el precio que se evalúe tal disfrute (...)”.

<sup>484</sup> En similares términos, también, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., “El límite aplicable...; cit., pág. 974.

bien destinado de manera institucional al intercambio y al pago, de cualesquiera otros bienes y servicios”, desapareciendo de esa forma el elemento caracterizador de su configuración jurídica<sup>485</sup>.

Considero por ello también equivocado limitar o vincular el salario en especie “con la utilización, consumo u obtención, para fines particulares, de bienes, derechos o servicios proporcionados por la empresa, como vivienda, electricidad, calefacción, seguros de todo tipo, automóviles (...)”<sup>486</sup>. Desde las observaciones que llevamos hechas no puede sino criticarse esta postura del TS (referida a las *stock options*), pues supone una visión excesivamente rígida de las percepciones *in natura* y alejada de la finalidad de la norma<sup>487</sup>. Ciertamente, la simplicidad de aquella postura judicial olvida que las acciones de una empresa carecen de las características que antes se señalaron del dinero, de ahí que rechacemos la idea por ella sostenida de que “cuando lo que ingresa en el patrimonio (...) son acciones, su posibilidad de venta en bolsa de forma inmediata convierte el devengo también en salario metálico, no en especie”. Sin duda, como decimos, el tribunal obvia que esas acciones no pueden considerarse un medio de pago ni, en todo caso, puede dejarse su consideración de dinero o no en función de la mayor o menor facilidad de convertibilidad en dinero del bien o derecho recibido<sup>488</sup>. En efecto, ha de subrayarse la ligereza con la que la sentencia estima la convertibilidad en dinero de las acciones, olvidando que eso dependerá de factores tales como el valor de cotización, la oportunidad financiera, la situación bursátil general o de la empresa en cuestión, etc. Obsérvese que de llevar al extremo ese razonamiento del TS, también algunas percepciones tradicionalmente consideradas como salario en especie podrían ser fácilmente convertidas en metálico, por ejemplo, cuando se ofertasen en el mercado a un precio ostensiblemente inferior al que les corresponde. Repárese además que no existe por parte del empresario ni tan siquiera una entrega material de dinero, amén de que sería difícil aplicar a las acciones ciertos preceptos pensados en principio para el salario en dinero (v. gr., art. 29.3 TRET). Por concluir, se olvida que las acciones no sólo incorporan un valor, sino que también otorgan a su titular (en cuanto participante-accionista de la empresa) una serie de derechos que carecen en principio de valor económico<sup>489</sup>.

## b.2. Límites y valoración

Respecto a su regulación, tanto en la normativa interna como en la internacional, se prevé la limitación del tope máximo que puede representar en el total del salario que

<sup>485</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio”; en (AA.VV.) Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells; T. II, La Ley, 1994, pág. 1506.

<sup>486</sup> STS, de 24 de octubre del 2001 (E.F., nº 226, 2002, rec. 4851/2000, F.J. 7º, último párr.).

<sup>487</sup> “(...) tal calificación, sostenida por la sentencia [carácter monetario de las acciones], es novedosa, y si atendemos a la terminología tradicional, arriesgada”; TAPIA HERMIDA, A., “ESOPs (Employee Stock Option Plan). Naturaleza salarial de las opciones laborales sobre acciones” (Comentario 2/2002); E.F., nº 226, 2002, pág. 212.

<sup>488</sup> ALONSO/DESDENTADO/LIMÓN/SÁNCHEZ, Stock options, tres perspectivas...; cit., págs. 99 y 124

<sup>489</sup> TOBIO RIVAS, A.M., Limitaciones de los derechos de Asistencia y Voto del accionista (art. 105 LSA); Civitas, nº 19, 1995, especialmente, págs. 20 y 21. Como señala SÁNCHEZ CALERO, F. (Instituciones de Derecho Mercantil, T. II, 17ª ed.; EDESA, 1994, pág. 12), la posición del poseedor de un título de participación le otorga una posición más comple-

percibe el trabajador<sup>490</sup>. Si bien el art. 4 del Convenio nº 95 OIT no fija una cifra concreta, sí habla de que podrá permitirse el pago *parcial* con prestaciones en especie, pasando inmediatamente a establecer los requisitos mínimos que deben cumplir esas prestaciones (razonabilidad, justicia e igualdad). Por su parte, en la normativa interna ese baremo máximo se fija actualmente y de forma general en el 30% de las percepciones salariales que recibe el trabajador<sup>491</sup>; a salvo claro está, de lo dispuesto para supuestos específicos, como son los casos de la relación laboral especial en el hogar doméstico (art. 6.2 RD 1424/1985: 45%), y, pese a que no existe regulación específica, de las peculiaridades y habitualidad de esta forma de pago en el personal de alta dirección, por cuanto que la primacía de la autonomía individual que preside esta especial relación laboral hace que nos decantemos por la inaplicación *ex lege* de tope máximo alguno<sup>492</sup>. En este sentido, conviene manifestar que el límite legalmente fijado busca, como veremos, una doble finalidad de garantía, a saber: asegurar al trabajador un mínimo de liquidez en su salario y, por otro lado, evitar los perjuicios que el pago en especie puede originar sobre la libertad de mercado y libre competencia, pues éstas se verían seriamente limitadas al no poder el trabajador decidir libremente dónde y qué bienes adquiere. En consecuencia, no consideramos que fuera de los casos legalmente admitidos, se pueda acordar por las partes (individual o colectivamente) porcentajes en especie superiores a los prefijados, so pena de contravenir el mandato legal<sup>493</sup>.

Pese a dichas limitaciones y al escaso uso que durante mucho tiempo se ha hecho del pago en especie, hoy día cobra un mayor interés debido a la existencia de nuevas partidas salariales que son pagadas al trabajador con bienes o derechos distintos del dinero (acciones-participaciones, etc.)<sup>494</sup>, así como por razones fiscales<sup>495</sup>, laborales (las características de determinadas relaciones de trabajo)<sup>496</sup> y socio-económicas (mecanismos para acceder a ciertos beneficios que produce la empresa, etc.)<sup>497</sup>.

---

ja que la de simple acreedor, en cuanto que puede adquirir no sólo un crédito, sino también determinadas condiciones añadidas.

<sup>490</sup> Los enormes abusos que se daban con sistemas como el llamado *truck system*, explican las limitaciones y desconfinzas actuales hacia esta manera de retribuir; PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., "El concepto de salario en especie"; en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, Coord.) Estudios Sobre el Salario; cit., pág. 405. Sobre la figura del *Truck-System*, vid. BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo, vol. I; Marcial Pons, 1964, pág. 440-442; y SÁNCHEZ-CERVERA SENRA, J.M.; "Los salarios en especie", en (AA.VV.) Dieciséis Lecciones sobre salarios y sus clases; Universidad de Madrid, 1971, págs. 220 y sgs.

<sup>491</sup> Con la reforma laboral de 1994 se elevó a rango de ley la previsión establecida en el derogado art. 5.1 OM 22/XI/1973, que desarrollaba el DOS 2380/1973.

<sup>492</sup> Sobre las posibilidades de superar el tope general del 30%, vid. MOYA CASTILLA/POSE VIDA, El régimen jurídico-laboral de los altos directivos; ed. Praxis, 1998, págs. 80 y 81; y ÁLVAREZ MARTÍNEZ/DE VAL TENA, "Retribuciones e indemnizaciones del personal de alta dirección: perspectiva laboral y tributaria"; R.L., nº 18, 1999, pág. 20.

<sup>493</sup> De opinión contraria, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable...", cit., págs. 987 y sgs. El legislador ha establecido esos porcentajes como topos máximos, pero en ningún caso suponen una presunción de lo recibido en especie; STSJ Castilla y León/Valladolid, de 14 de abril de 1998 (AS 1987).

<sup>494</sup> Vid. MERCADER UGUINA, J.R., Modernas tendencias en la ordenación salarial; Aranzadi, 1996, págs. 208 y sgs.; y PORET GELABERT, M., "Reflexión sobre los actuales sistemas de retribución", RTSS-EF, nº 196, 40/1999, págs. 182 y 183.

<sup>495</sup> ROZAS VALDÉS, J. A., Rendimientos del...; cit., pág. 29.

<sup>496</sup> Vid. MORENO FERNÁNDEZ, J.I., Las retribuciones...; cit., págs. 76 y 77.

<sup>497</sup> CORNÉLISSEN, C., Théorie du salaire et du travail salarié ; ed. Giard/Brière, 1.908, pág. 440, y MORADILLO LARIOS, C., "Las retribuciones salariales en especie y..."; cit., pág. 31.

Debemos señalar que el tope máximo se verifica teniendo en cuenta todas las percepciones de carácter salarial a las que tiene derecho el trabajador –con independencia del instrumento en virtud del cual se disfrutan– y constatando que la parte consistente en retribución en especie no supera el porcentaje máximo<sup>498</sup>. Dicho de otro modo, el elemento comparativo no es que lo percibido en especie no pueda superar, en el porcentaje establecido, lo recibido en dinero.

Resuelta esta cuestión, cobra especial interés determinar cómo se valoran esos bienes o derechos recibidos por el trabajador y, por otro lado, los problemas que se pueden plantear en caso de que se superen los topes legales<sup>499</sup>.

Respondiendo a la primera de las interrogantes, hay que subrayar, ante la falta de una normativa laboral específica, la general aceptación por parte de doctrina y jurisprudencia de la introducción de los criterios fiscales de valoración<sup>500</sup>. Personalmente entiendo plenamente aplicable la normativa fiscal y ello porque, en primer lugar, coincide la finalidad de ésta con la que pudiera tener en este caso la normativa laboral, esto es, procurar delimitar lo más exactamente posible el enriquecimiento patrimonial que supone para el trabajador<sup>501</sup>. Y en segundo lugar, porque a nuestro entender, este es un asunto de control técnico y valoración cuantitativa, más que una cuestión propiamente jurídico-laboral, por lo que si el legislador parece estar estableciendo la norma fiscal como referente legal de valoración, consideramos que nada impide que así sea también en el ámbito laboral. Es más, creemos que otros sistemas de valoración diferentes acarrearían más problemas que soluciones a esta cuestión<sup>502</sup>. En concreto, consideramos desacertado que sean las partes (individuales o colectivas) las que fijen el valor de los bienes o derechos entregados<sup>503</sup>. Adviértase que de hacerse así se corre el riesgo innecesario de caer en los posibles abusos y perjuicios que pueden suponer, tales como la desigual valoración, criterios arbitrarios, falta de unidad, etc.<sup>504</sup>. Razón por la cual, como decimos, defendemos

<sup>498</sup> Algunos autores vienen defendiendo que a falta de previsión por las partes (individuales o colectivas), el periodo de referencia será el año; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable...", cit., pág. 973.

<sup>499</sup> Conviene recordar que ésta, al igual que la mayoría de las normas sobre la regulación del salario son imperativas y, en consecuencia, inmodificables *in peius* por las partes; DIÉGUEZ CUERVO, G., "Infracción normativa e incumplimiento contractual en materia de salario"; RPS, nº 73.

<sup>500</sup> COLINA ROBLEDO, A., *El Salario*, CISS, 1995, págs. 48-49; y MORADILLO LARIOS, C., "Las retribuciones salariales en especie..."; cit., págs. 31 y 32. Así se deduce también de la SAN, de 14 de marzo del 2000 (A.L. nº 31, 2000, ref. 1255); y STSJ del País Vasco, de 16 de diciembre de 2003 (AS 3696). Difiere nuestra normativa de la francesa, la cual prevé un sistema específico de valoración para partidas consistentes en alojamiento y manutención; *Encyclopedie Dalloz*, T. IV (R-V), voz SALAIRE, (definition/forme), pág. 10.

<sup>501</sup> SJS nº 13, Madrid, de 5 de noviembre de 1998 (A.L. nº 21, 1999, ref. 859). Como señala la STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 29 de mayo de 2001 (AS 2487), el criterio de mercado o valor real es "el más adecuado al contenido oneroso del sinalagma contractual insito en toda prestación laboral".

<sup>502</sup> Sobre los diversos criterios de valoración de las retribuciones en especie que se pueden utilizar, véase ANGULO CHASCAN, A., *Valoración fiscal de acciones, bienes y derechos*; Marcial Pons, 2000, págs. 21 y sgs. En cuanto a los problemas que acarrear unos criterios de valoración distintos, véase MORENO FERNÁNDEZ, J.I., *Las retribuciones...*; cit., págs. 118 y 119.

<sup>503</sup> Como tradicionalmente ha venido ocurriendo en el derecho italiano respecto de la *contrattazione collettiva*, CARUSO, B./RICCI, G., "Sistemi e tecniche retributive"; AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. I; cit., pág. 85. Sin embargo, en nuestra doctrina encontramos algunos autores que señalan a estos precisamente como mecanismo idóneo de valoración; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*; cit., pág. 320; SAMPEDRO GUILLAMÓN, V., "Los supuestos de salario en especie"; en AA.VV. (DE LA VILLA GIL, Coord.) *Estudios Sobre el Salario*; cit., pág. 430; y, recientemente –aunque con numerosos matices–, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable", cit., págs. 969-971.

<sup>504</sup> LYON-CAEN/PELLISSIER/SUPIOT, *Droit du Travail*; Dalloz, 19° ed., 1.998, pág. 969.

la utilización de los criterios tributarios, advirtiendo de nuevo que nuestra remisión lo es a la fórmula de determinación del *quantum* y no a qué consideremos como percepción en especie, cuestión esta última que como ya ha quedado suficientemente expuesto, debe mantener la independencia entre las categorías laboral y tributaria.

Respecto a la segunda de las cuestiones (qué ocurre si lo recibido por el trabajador en especie supera el tope máximo), debemos resaltar que en principio no parece existir respuesta por parte del legislador, así como la escasísima doctrina que ha estudiado y planteado respuestas a esta cuestión. Para resolver este problema debemos empezar indicando que el art. 26.1 TRET hace referencia al salario *debido* al trabajador (legal, convencional o contractualmente), y que por lo tanto, el tope al que hace referencia lo es respecto a esa cantidad a la que se comprometió y obligó la contraparte<sup>505</sup>.

Se distinguen de esta manera dos supuestos: En primer lugar, que lo pagado coincida con lo debido (v. gr. se deben y pagan 100, por lo que en ningún caso podrá superarse ese 30% *in natura*). Obviamente surge aquí la cuestión de qué ocurre si no se respeta esa proporción y lo pagado en especie es mayor (v. gr. 40), en este caso las soluciones que pueden darse son: a) reducir la porción de lo entregado en especie y mantener o crecer en la misma proporción la dineraria hasta respetar los topes legales. b) Aumentar lo pagado en dinero hasta alcanzar el porcentaje exigido respecto de la cuantía adeudada (en nuestro ejemplo, un mínimo de 70), con lo que la cuantía finalmente pagada sería mayor que la debida<sup>506</sup>. O por último, c) incrementar la cuantía dineraria hasta que lo pagado en especie no represente en el total más del referido porcentaje-tope, con lo cual también terminaría pagándose más de lo debido (si ese 40 en especie se considera el 30% del salario, la parte dineraria sería de 93,3 -70%-).

De todas estas soluciones propuestas, las dos últimas tienen el inconveniente de suponer para el empresario un aumento en la obligación a la que se comprometió, o lo que es lo mismo, exigirle una prestación mayor de la que se pactó, sin que de sus actos se deduzca dicha voluntad de pagar más de lo que se debe. Por ello, parece más ajustada la solución planteada en primer lugar, es decir, que el trabajador pueda exigir la nulidad de aquello que viola el art. 26.1 TRET y vía art. 9.1 TRET reclame el pago en dinero del exceso que representan sobre el porcentaje legal los bienes o servicios entregados, de tal forma que suponga una reducción de éstos y el consecuente aumento en la misma proporción de la cuantía dineraria<sup>507</sup>. En esta ocasión se respetan tanto las exigencias legales, como la voluntad de las partes respecto al alcance de la obligación salarial (en nuestro ejemplo, lo pagado seguirá siendo 100)<sup>508</sup>.

---

<sup>505</sup> De opinión contraria, afirmando que el porcentaje debe limitarse al salario mínimo legal o convencional, pero no así al contractualizado, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable...", cit., págs. 984 y 985.

<sup>506</sup> Algún pronunciamiento judicial ha sostenido esta idea; vid. MARTÍN JIMÉNEZ, R. El salario en especie; cit., págs. 52 y 53.

<sup>507</sup> En este sentido, STSJ de La Rioja, de 14 de octubre de 1999 (A.L., nº 6, 2000, ref. 240); y AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., pág. 112 (1485). Pese a la diferente normativa sobre topes en los casos de salario en especie, traemos aquí una solución similar a la planteada en Francia para los casos en los que, sin haberse pactado, el empresario decida unilateralmente cambiar el pago en dinero por bienes o servicios, algo que se resuelve permitiendo al trabajador reclamar que se le pague en dinero su salario y por lo tanto, los bienes o servicios que se le entregaron indebidamente, vid. AA.VV., La pratique du salaire; ed. Francis Lefebvre, 1.998, pág. 316.

<sup>508</sup> En este sentido también, CRUZ VILLALÓN, J., "El régimen jurídico..."; cit., pág. 124.

En segundo lugar, cuando el salario debido al trabajador se cubre en su parte dineraria y en especie, pero lo pagado en total supera lo debido (v. gr. se deben 100 al trabajador y se le entregan 110, de las cuales 40 lo son en especie). Este caso difiere del anterior en cuanto que el empresario-contraparte paga más de lo que en principio adeuda. No parece que pueda ser aplicable la solución anterior, es decir, que el trabajador pueda exigir que los bienes o derechos *in natura* vean reducido su porcentaje dentro de los topes fijados respecto del total (en general, 30%), pues en esta ocasión, el derecho del trabajador respecto al salario se agota dentro de los márgenes acordados (por seguir con el ejemplo, 100), por lo que parece que sólo podrá exigir que se respete dicho porcentaje en la cuantía que le es debida.

Se trataría de una respuesta similar a la que parece adoptar el legislador en los casos del personal al servicio del hogar doméstico al señalar que las partes podrán acordar que se *descuento* del salario debido lo pagado en especie, pero sin que de esta cifra “pueda resultar un porcentaje de *descuento* superior al 45 por 100 del *salario total*”<sup>509</sup>. De ello extraemos, por un lado, que es posible que con la parte que representan las ventajas *in natura* se termine entregando más de lo adeudado; y por otro, que pese a que éstas puedan representar un porcentaje mayor, sólo se *descontará del salario total* el porcentaje señalado, pudiendo el trabajador mantener el exceso de las percepciones en especie, pero sin que le suponga una disminución de la parte dineraria. En definitiva, parece deducirse que la voluntad del legislador va más encaminada a garantizar al trabajador una cuantía mínima en dinero y no tanto a anular lo pagado en exceso *in natura* (lo cual perjudicaría injustificadamente al trabajador)<sup>510</sup>.

Concluyendo, la solución que parece darse en estos casos es que se le garantice al trabajador unos porcentajes mínimos de salario en dinero, impidiendo que lo pagado en especie pueda afectar a lo pagado en dinero más allá de dichos límites, pero sin querer tampoco perjudicar al trabajador, pues si aplicásemos estrictamente a toda la cuantía percibida los porcentajes previstos, podría entenderse que debe perder el exceso de lo pagado en especie por el empresario<sup>511</sup>. Sin embargo, con la explicación ahora propuesta (que el descuento no supere el porcentaje del 30% –ó 45%– respecto al salario total adeudado, en nuestro ejemplo: 100), conseguiríamos el doble objetivo de respetar los topes legales (dinerarios e *in natura*) y no privar al trabajador de dichas ventajas en especie, además de no incrementar la onerosidad de la obligación del empresario con la solución dada en el supuesto primero, pues se le estaría exigiendo sobre una parte (el exceso) que el trabajador no tiene *a priori* derecho a percibir.

Ahora bien, si ese exceso pagado en especie llegara de alguna forma a contractualizarse (v. gr. porque se cumplan los requisitos para convertirse en una condición

<sup>509</sup> (Art. 6.2 in fine RD 1424/85), el subrayado es nuestro.

<sup>510</sup> CORDERO SAAVEDRA, L., “Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa”; RL, nº 5, 2002, pág. 18.

<sup>511</sup> En algún pronunciamiento judicial se ha mantenido que el trabajador pierde ese exceso de salario en especie. Tal respuesta se ha adoptado a la hora de determinar el salario que se tomará en cuenta para calcular la indemnización en caso de despido, donde sólo se tomaba como salario en especie a los efectos señalados una cuantía que no superase el 30% de lo representaba el salario, perdiéndose de esta forma el valor que excediera de ese porcentaje, que no se computaba como salario; cfr. ROMERO DE BUSTILLO, S., “El Fondo de Garantía Salarial: Puntos críticos (y II)”; A.L., 1994-1, pág. 42.

más beneficiosa<sup>512</sup>), y por lo tanto, a formar parte de lo que es el *salario total* (debido), sí sería aplicable la solución aportada en el primer supuesto, pues al igual que en ese caso, sólo se estaría pagando lo adeudado y el trabajador sí tendría derecho a reclamar que su (nuevo) salario total no tuviese un porcentaje en especie superior al legalmente establecido<sup>513</sup>. Lo que sí rechazamos de plano es que los excesos sobre el tope máximo de salario en especie no se integren como salario a todos los efectos, como han defendido algunos autores y afirmado algunas sentencias<sup>514</sup>. Admitir esto supondría beneficiar a quien incumple el mandato legal del art. 26.1 *in fine* TRET (empresario-deudor), haciendo recaer sobre el trabajador un doble perjuicio: verse privado durante la relación laboral de parte del salario en metálico que ex art. 26.1 le correspondería, y, por otro lado, ver como pierde parte de su retribución (v. gr. a efectos de calcular la indemnización por extinción) y parte de los privilegios y garantías salariales (v. gr. inembargabilidad, etc.).

## 2. Deuda nominal o de valor

Cuando hablamos del conflicto entre deuda nominal o de valor nos estamos refiriendo, obviamente, a la parte dineraria del salario, porque son calificativos que se relacionan con la deuda pecuniaria<sup>515</sup>. Traemos esta cuestión por la repercusión que pudiera tener sobre el crédito salarial, pues éste, como obligación duradera y de tracto sucesivo, se encuentra sometida a diferentes variables debido al factor tiempo, cuyas alteraciones pueden conllevar una ruptura del equilibrio de las prestaciones y por ende, de la sinalagmaticidad del contrato, perjudicando al trabajador, ya que la cuantía de su salario suele fijarse para períodos de tiempo largos (al menos, anualmente)<sup>516</sup>. A lo que hay que unir que el salario supone la principal fuente de ingresos para la mayor parte de la población y con el que se pretende hacer frente a los gastos personales y familiares.

Debemos desentrañar cuál sea aquella categoría a la que pertenece el crédito salarial, porque por su interés práctico huelga dar más razones. Para ello, y siguiendo a los principales civilistas de nuestro país, debemos distinguir entre deudas nominales y las de valor. Las deudas pecuniarias nominales son aquellas cuyo objeto es la entrega de una determinada cantidad de dinero en cuanto unidad o medio de cambio; es decir, lo debido sería una cantidad numérica concreta de piezas o monedas de curso legal, en la que se tiene en cuenta el valor nominal que recoge la moneda, con independencia de su valor específico. Sin embargo, las deudas de valor que aquí nos interesan son aquellas en las que lo debido no es una cantidad numérica de monedas, sino un valor patrimonial (futuro); es decir, el dinero es tenido en cuenta no como medio de

---

<sup>512</sup> Un estudio detallado de esos requisitos, fuentes y elementos de la condición más beneficiosa, BALLESTER LAGUNA, F., La condición más beneficiosa; Comares, 2001; y BEJARANO HERNÁNDEZ, A., Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma; Bosch, 2001 (especialmente, págs. 28-31).

<sup>513</sup> Así parece entenderlo la STSJ de Castilla-León/Valladolid, de 22 de noviembre de 1999 (AS 4831). Véase lo señalado en este sentido por MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable, cit., pág. 986.

<sup>514</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL/THIBAUT ARANDA, "Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones"; AS, nº 4, 2001, pág. 48; CORDERO SAAVEDRA, L., "Los sistemas retributivos..."; cit., pág. 18. De la opinión que aquí defendemos, también, MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable, cit., págs. 976 y sgs.

<sup>515</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 191.

<sup>516</sup> BONET CORREA, Las deudas de dinero; cit., págs. 397-400 y 412.

cambio, sino como unidad de valor, por lo que lo debido es una suma de monedas que suponen un concreto poder de adquisición<sup>517</sup>.

Pese a la inexistencia expresa del principio nominalista y a la creciente opinión doctrinal y jurisprudencial favorable al incremento del ámbito en el que operan las deudas de valor, no obstante la falta de referencia legal expresa<sup>518</sup>; lo cierto es que hoy día rige de forma dominante el principio nominalista en las deudas pecuniarias, primándose de esta forma el principio de seguridad jurídica sobre otros como la equidad o la justicia<sup>519</sup>. Ahora bien, pese a esta regla general en las deudas de dinero, también es cierto que existen determinadas obligaciones que generan *per se* deudas de valor, ya porque así se deduzca de la voluntad del legislador (*v. gr.* los alimentos), o porque se trate de obligaciones que por regla suponen un resarcimiento o compensación (*v. gr.* reembolso de gastos, indemnizaciones, etc.), o en general, cuando el dinero importa no como objeto en sí de la obligación, sino como equivalente de un valor patrimonial<sup>520</sup>.

Cabe pues analizar si la deuda salarial es una u otra o algo entre ambas. La duda surge desde el momento en que se hace difícil compatibilizar el régimen general de las obligaciones pecuniarias (caracterizadas por el objeto: dinero) y la retribución laboral (que ya vimos que atendía a las especiales características de la prestación laboral y del sujeto-trabajador). Como sabemos ya, el salario cumple un papel constitucional básico, en cuanto sirve como elemento para cubrir las necesidades personales y familiares del trabajador (art. 35 CE), razón por la cual tiene una singular importancia para él el poder de adquisición que le otorga su salario, característica que no tiene por qué estar presente en otros créditos comunes<sup>521</sup>. Siguiendo en esta línea, debe recordarse que los créditos por alimentos responden también a esta idea y, como ya señalábamos, pese a no ser el salario un crédito de esta naturaleza, también sostuvimos que por su especial trascendencia socio-económica, existían determinados rasgos que permitían aplicar análogamente su regulación a la del salario. En conclusión, el principio de la suficiencia del salario parece sustentar la idea de que "la deuda salarial es una deuda parcialmente valorista, o al menos inspirada por el principio «de valor»"<sup>522</sup>.

<sup>517</sup> Sin embargo, algunos autores niegan que las deudas de valor sean, en sentido estricto, una deuda dineraria; por todos, HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*; cit., págs. 201 y 202.

<sup>518</sup> DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II; cit., pág. 148; y CORBAL FERNÁNDEZ, J., "Las deudas pecuniarias..."; cit., págs. 372 y 374.

<sup>519</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, T. I, vol. 2; Bosch, 1989, págs. 63 y 64. Debe señalarse la tergiversación del principio nominalista, cuya causa originaria dista mucho de justificar su actual vigencia; HERRERA DEL REY, J.J., "Moneda única y ficción nominalista"; RDP, Enero, 2000, especialmente, págs. 17 y sgs., 39 y 77-79.

<sup>520</sup> DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II; cit., pág. 148; y CORBAL FERNÁNDEZ, J., "Las deudas pecuniarias..."; cit., págs. 372 y 373.

<sup>521</sup> CORSINI/FORMERO/TAMBIERI, *Crediti di lavoro, surrogazione e compensazione*; ed. Giuffré, 1999, págs. 17-19 y 22-24.

<sup>522</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Instrumentación jurídica del principio de suficiencia del salario"; RPS, nº 85, 1970, pág. 194. En similares términos, CABRERA BAZÁN, J., "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo", en (AA.VV.) *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*; Tecnos, 1980; especialmente, págs. 162 y sgs. Es lo que la jurisprudencia italiana ha dado en llamar un crédito "*indiciatto*"; BORELLI, S., "Diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente e criteri di rivalutazione dei crediti di lavoro"; RIDL, 2001-4 (II.- Giurisprudenza); pág. 671.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina sigue viendo la deuda salarial desde la óptica general de los créditos pecuniarios comunes y por ello terminan resolviendo la cuestión remitiendo a la regulación de éstos<sup>523</sup>. Frente a ello, debe señalarse que las especiales características del crédito salarial, como ya vimos al principio, exigen una reformulación de los principios generales de los créditos. Es por ello que consideramos acertada la opinión de quienes ven necesaria y posible la introducción del principio valorista respecto del salario, pues las exigencias de justicia y equidad a la que responde este criterio parecen casar mejor o ser más acordes con el valor social del salario, que con la salvaguarda de la seguridad jurídica a la que ya hemos visto sirve el principio nominalista<sup>524</sup>.

Por todas estas razones afirmamos que la deuda salarial, pese a tratarse a priori de una deuda dineraria-nominal, exige una serie de garantías propias de las deudas de valor<sup>525</sup>. Efectivamente, las deudas de valor son un mecanismo especialmente interesante para tutelar el crédito del trabajador, por cuanto trasladan los riesgos del cambio, alteraciones en el valor real del dinero, etc. al deudor (frente al nominalismo, que implica que el riesgo deba ser soportado por el acreedor-trabajador)<sup>526</sup>. Esta importancia práctica es asumida tanto por el propio legislador, cuando establece la regulación del SMI, en el que se tienen especialmente en cuenta los cambios del poder adquisitivo del salario, disponiendo la revisión semestral en “el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el *índice de precios citado*” (vid. art. 27.1, 1º y 2º TRET); como por la negociación colectiva, que en aras de evitar al trabajador la pérdida del poder adquisitivo de su salario, prevé diversas cláusulas de revalorización, generalmente ligadas al IPC<sup>527</sup>.

Partiendo de la realidad legal actual, y fuera de los supuestos en los que así se prevea legal o convencionalmente, lo cierto es que no existe ninguna norma donde expresamente se establezca la revalorización del crédito salarial. Así y todo, entre las opciones que tiene el trabajador para no ver perjudicado el valor real de su crédito (además de las cláusulas antes señaladas y de la posible afección a su crédito como

<sup>523</sup> Por todos, ALMANSA PASTOR, J.M., “La obligación salarial”, en (AA.VV.) Estudios sobre la Ordenación...; cit., pág. 88.

<sup>524</sup> ALEGRE LÓPEZ, J.R., “Salarios en dinero y...; cit., pág. 157 y sgs. Sin embargo, este autor lo manifiesta más como una necesidad que como una realidad actual. En palabras de MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA (El pago de prestaciones debidas en moneda devaluada; Reus, 1951, pág. 44): “en la colisión inevitable entre el principio de seguridad de la Ley y el de moralidad del Derecho, no nos repugna que quede sacrificado el primero en aras del segundo”. En esta línea, se señala que “el principio nominalista se conjuga mal con nuestros principios constitucionales y con los principios generales del derecho que regulan las obligaciones y el pago”; HERRERA DEL REY, J.J., “Moneda única...; cit., pág. 77.

<sup>525</sup> BORRAJO DACRUZ, E., “Configuración jurídica del salario”; RPS, nº 50, págs. 13 y sgs.

<sup>526</sup> CORSINI/FORMERO/TAMBIERI; Crediti di lavoro, surrogazione...; cit., págs. 31, 32 y 93. Estos autores hablan de que el crédito salarial no genera una deuda de valor, sino más bien un crédito dinerario con un sistema de revalorización *ex lege*. Esta distinción no se hace por parte de nuestra doctrina, quien entiende todas ellas como deudas de valor, HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 203 y sgs.

<sup>527</sup> Los agentes sociales ven como objetivo principal desde el año 2002 el establecimiento de este tipo de cláusulas, como manifiestan expresamente en los sucesivos Acuerdos sobre Negociación Colectiva (2002, BOE de 17 de enero de 2002; 2003, BOE de 24 de febrero de 2003, prorrogado para el 2004 en BOE de 31 de diciembre de 2003). En este sentido, pueden verse los convenios colectivos de “Canal de Isabel II” (BOE 20 de julio del 2000), art. 72 *in fine*; o el de Farmacias (BOE de 27 de julio del 2000), art. 27.2º. Sin embargo, los negociadores debieran precisar bien estas cláusulas, so pena de desdibujar esa finalidad; *vid.* STSJ de Galicia, de 15 de septiembre del 2000 (A.L., nº 3, 2001, ref. 90). Véase también, DURÁN LÓPEZ, F., “Modificación de las previsiones de inflación y cláusulas de revisión salarial”; R.L., 1989-I, págs. 1364 y sgs.

consecuencia de la revisión del SMI), está, entre otras, la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>528</sup>. Algún sector de la doctrina ha considerado que las posibles devaluaciones de la moneda o la pérdida de su poder adquisitivo podrían ampararse por dicha cláusula general, pero, pese a la admisibilidad en los casos de obligaciones duraderas y recíprocas, la aplicación jurisprudencial de la cláusula *rebus sic stantibus* viene siendo muy restrictiva y exigiendo que se produzcan unas especiales circunstancias tales como<sup>529</sup>: una alteración esencial de las prestaciones que conlleve la desproporción entre las prestaciones de las partes, y la imprevisibilidad del hecho causante<sup>530</sup>. Consecuentemente, quedarían fuera los casos en los que simplemente se produce una pérdida normal del poder adquisitivo, como sucede en la mayoría de las ocasiones<sup>531</sup>.

A pesar de esta jurisprudencia civil adversa, todo lo dicho sobre las especiales características y funciones del crédito salarial y lo señalado a favor de ese mantenimiento del poder adquisitivo del salario (la exigencia del art. 35 CE puede suponer que la importancia del dinero no lo es en cuanto tal, sino como medio para atender a las necesidades personales y familiares; los principios de justicia y equidad; la especial tutela que recibe el trabajador; las previsiones legales y convencionales en este sentido, etc.), aconsejarían una modulación de las exigencias que los tribunales establecen para los créditos comunes, de tal suerte que se redujera esa rigidez y rigurosidad en los requisitos<sup>532</sup>.

Pero lo que parece no presentar mayores problemas es aplicar las exigencias de revalorización a aquellos pagos que realice el empresario al trabajador no en concepto de salario, sino como suplidos o para cubrir gastos que éste tuvo que adelantar como consecuencia de la realización de su trabajo (v. gr., compra de materiales, transporte, etc.), pues las deudas compensatorias e indemnizatorias se consideran deudas de valor por excelencia (*ex lege*)<sup>533</sup>.

De cualquier forma y como propuesta de *lege ferenda*, parece necesario que el legislador español, al igual que ha ocurrido en otros países de nuestro entorno, prevea de alguna forma este fenómeno, recogiendo siquiera como mínimo subsidiario

<sup>528</sup> También, aunque en menor medida, se ha intentado solucionar el problema de la pérdida de valor a través de mecanismo como la excesiva onerosidad o el enriquecimiento injusto, pero con idéntico resultado negativo; CORBAL FERNÁNDEZ, J., "Las deudas pecuniarias..."; cit., pág. 375. Sobre las diferentes soluciones legales y doctrinales que han intentado plantearse dentro y fuera de nuestras fronteras en aras a superar los problemas del principio nominalista, vid. MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA, El pago de prestaciones...; cit., especialmente págs.16 y sgs. y 34-42.

<sup>529</sup> Esos requisitos y su alcance, vid. DE COSSIO, M.; Frustraciones y desequilibrios contractuales; Comares, 1994, págs. 76 y sgs., y BONET CORREA, Las deudas de dinero; cit., págs. 420-422. Aunque referida a un supuesto distinto, recientemente pueden apreciarse esas exigencias en la SAN, de 2 de noviembre del 2000 (AL, nº 20, ref. 710), y en la STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 9 de octubre del 2000 (AS 4149).

<sup>530</sup> Al respecto, véase el ejemplo contenido en el STS, de 17 de octubre de 2002 (RJ 8765).

<sup>531</sup> Sobre esta concreta cuestión, vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula *rebus sic stantibus*; Colección Jurisprudencia Práctica, nº 5, Tecnos, págs. 12 y 13.

<sup>532</sup> CABRERA BAZÁN, J., "Sobre la causa..."; cit., pág. 178. Sobre las razones que justifican el mantenimiento del poder adquisitivo, CORSINI/FORMERO/TAMBIERI; Crediti di lavoro, surrogazione...; cit., pág. 29. De la misma opinión, PLATI, A.; "Brevi note sur sistema di calcolo della rivalutazione monetaria nei crediti di lavoro" (Giurisprudenza); RIDL; nº 2, 1997, págs. 416 y 417.

<sup>533</sup> Al respecto, vid. Díez-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; Tecnos, 1988, pág. 147; y especialmente, CORBAL FERNÁNDEZ, J., "Las deudas pecuniarias..."; cit., págs. 372 y 373.

la posibilidad de revalorización, en aras de extender a todos los trabajadores las ventajas que ya la negociación colectiva, como hemos referido, está estableciendo con las mencionadas cláusulas de garantía salarial<sup>534</sup>. Pero también entendemos que este rigor nominalista no debe pesar en los casos en los que el deudor haya incurrido en mora, pues ese principio (que por otro lado, repetimos, no se plasma expresamente en ningún precepto) está pensado para “el regular cumplimiento de las obligaciones (y) en su ratio no está contemplado el evento del incumplimiento de las obligaciones. La consecuencia de esto es, como veremos, admitir la incidencia de la devaluación monetaria también en los casos de mora del deudor”<sup>535</sup>.

---

<sup>534</sup> Como sí ha hecho el derecho italiano, *vid.* CORSINI/FORMERO/TAMBIERI; *Crediti di lavoro, surrogazione...*; cit., págs. 16 y 17. Sin embargo, parte de la doctrina de ese país se pronuncia de forma contraria, toda vez que, dicen, supondría introducir elementos de rigidez e implicaría un ataque a la autonomía colectiva; sobre las diferentes opiniones, véase FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Configuración jurídica...*; cit., pág. 229.

<sup>535</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., “Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio”; *ADC*, T. XLVII, fasc. III, 1994, pág. 17.



## **Vicisitudes del crédito salarial**



# Vicisitudes del crédito salarial

## I. La huelga

### A. Introducción

Pretendemos ahora analizar cómo puede verse afectado el crédito del trabajador cuando acontece un hecho que afecta directamente a la prestación efectiva de trabajo como es la huelga. Ésta tiene una serie de implicaciones directas sobre el salario, pues entre otros efectos, el legislador liga la situación de huelga a la de suspensión, aunque también debemos resaltar que se trata de un "supuesto especial de suspensión contractual", diferente de otras causas y por ello, se abre la posibilidad de que el trabajador devengue parte de su salario pese a la misma<sup>1</sup>.

Es interesante recordar que el contenido esencial del derecho de huelga (art. 28.2 CE) no implica necesariamente la detención total del salario<sup>2</sup>. En consecuencia, a falta de previsión expresa, el trabajador no tendría por qué verse privado por completo de su salario, pues esa consecuencia sería fruto de una opción legislativa y no del juego de las reglas sobre sinalagmaticidad de las prestaciones<sup>3</sup>. Sin duda alguna, "no son objetables las disposiciones legislativas que prevén la deducción salarial de los días de huelga"<sup>4</sup>, pero ello no significa que obligatoriamente haya de realizarse la detrac-

---

<sup>1</sup> GARCÍA BLASCO, J., El derecho de huelga en España: calificación y efectos jurídicos; Bosch, 1983, pág. 229. También RIVAS BALLEJO, M.P., La suspensión del contrato de trabajo por nacimiento o adopción de hijos; Aranzadi, 1999, págs. 41 y 42.

<sup>2</sup> IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales y económicos del derecho del huelga"; D.L., nº 47, 1995-III, págs. 77 y 78.

<sup>3</sup> Cfr. FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de la huelga en el contrato de trabajo; Aranzadi, 1999, págs.140-143 y 147-149; y STC 11/1985, de 30 de enero. De opinión contraria, considerándolo como una derivación de los principios de sinalagmaticidad y reciprocidad, CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga y primas de asistencia"; RPS, nº 147, 1985, pág. 169; y en la doctrina francesa SINAY/JAVILLIER, La grève; en (CAMERLYNCK, Dir.) Droit du Travail, nº 6, Dalloz, 2º ed., 1984, pág. 317.

<sup>4</sup> GERNIGON/ODERO/GUIDO, Principios de la OIT sobre el derecho de huelga; OIT, 2000, pág. 59.

ción, sino más bien al contrario, que ésta ha de contemplarse<sup>5</sup>. En esta línea parece ir el TS cuando sostiene que “el principio de sinalagmaticidad o conmutatividad de trabajo y salario no es aplicable al caso (de huelga)”, por existir una norma que establezca para este supuesto una regla distinta (art. 45.2 TRET)<sup>6</sup>.

Ahondando en la cuestión, cabe subrayar que el ejercicio de huelga se configura como derecho y no como mera libertad (art. 28.2 CE)<sup>7</sup>. Como consecuencia de ello, se le impone al Estado una exigencia que va más allá de la mera tolerancia o permisibilidad de la huelga, se trata de poner los medios adecuados para facilitar y garantizar el ejercicio efectivo de este derecho fundamental, removiendo los obstáculos que pudieran suponer algún tipo de limitación al respecto<sup>8</sup>. Esa actividad positiva de los Poderes Públicos, exigida por el texto constitucional, manifiesta la insuficiencia de las opiniones de quienes consideran que la protección al derecho de huelga se cumple con la imposibilidad de considerar su ejercicio como un incumplimiento del contrato de trabajo, a diferencia del tratamiento que recibiría si se concibiese como una mera libertad, en cuyo caso sólo exigiría la imposibilidad del Estado de sancionar (delito) su ejercicio<sup>9</sup>. La insuficiencia de ésta posición se hace palpable sobre todo desde la perspectiva de un Estado Social y Democrático que pretende establecer una democracia avanzada (Preámbulo y art. 1.1. CE), por cuanto que simplemente con ello no se facilita el ejercicio del derecho de huelga ni se eliminan todos los obstáculos que lo limitan<sup>10</sup>.

## B. Efectos de la huelga: el descuento del salario

La regulación legal referida al derecho de huelga en su relación con el salario, prevé expresamente que el empresario quede exonerado de su obligación de pagarlo durante el periodo que dure aquélla (arts. 6.2 RDLRT y 45.2 TRET)<sup>11</sup>. Corresponde señalar que el descuento salarial se trata, como hemos dicho, de una medida que no es consecuencia directa del art. 28.2 CE<sup>12</sup>, ni tampoco pretende salvaguardar orden público alguno ni mínimos de derecho necesario, por lo que nada impide al empresario renunciar a ello

<sup>5</sup> MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G., "Similitudes y diferencias en las legislaciones que regulan los convenios colectivos, la huelga y el cierre patronal (España, Portugal y países iberoamericanos)"; R.L., 1999-II, págs. 814 y 815.

<sup>6</sup> STS, de 13 de marzo del 2001 (RL, nº 13, 2001, TS-453).

<sup>7</sup> STC 11/1981, cit., FJ 7º. AHUMADA RUIZ, M.A., "Artículo 28º"; en RUBIO LORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*; Ariel, 1995, pág. 487.

<sup>8</sup> STC 53/1985, FJ 4º. LÓPEZ CASTILLO, A., "Artículo 10º"; en RUBIO LORENTE, F., *Derechos...*; cit., pág. 77. Sobre el distinto grado de actuación de los poderes públicos en caso de libertad o de derecho de prestación, *vid.* AA.VV. (LÓPEZ GUERRA, L. y otros), *Derecho Constitucional*, vol. I; Tirant lo Blanch, 1991, págs. 111 y 112.

<sup>9</sup> SANTORO-PASSARELLI, F., *Nociones de Derecho del Trabajo*; IEP, 1963, págs. 48 y 49. Esta opinión no explicaría cómo pueden ser titulares del derecho de huelga quienes no son trabajadores por cuenta ajena, como ocurre en el Derecho italiano; OJEDA AVILÉS, A., "La saturación del fundamento contractualista. La respuesta autopoyética a la crisis del Derecho del Trabajo"; REDT, nº 111, 2002, pág. 342.

<sup>10</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* VIDA SORIA, J., "Art. 28.2. Derecho de huelga"; en *Comentarios a las Leyes Políticas*; T. III, EDESA, 1983, págs. 227 y 228.

<sup>11</sup> Sobre el contexto histórico-jurídico que antecede al mencionado RDRT, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Efectos de la huelga en la relación individual de trabajo"; *Revista de Derecho del Trabajo*, nº 50, págs. 19 y sgs.

<sup>12</sup> *Vid.* STC 90/1984, FJ 2º; y STC 99/1987, de 11 de junio.

y aceptar abonar (en todo o en parte) los salarios a los trabajadores huelguistas<sup>13</sup>. La única limitación es que en ningún caso dicha renuncia pueda hacerse arbitrariamente, en perjuicio de unos y beneficiando sólo a otros, y sin justificación alguna<sup>14</sup>.

El legislador no precisa qué haya de incluirse o entenderse bajo la denominación de salario recogida en el art. 6.2 RDLRT, considerando la mayoría de la jurisprudencia y de la doctrina que es preciso completar ese mandato con lo señalado en el art. 26.1 TRET<sup>15</sup>. En nuestra opinión esa solución es errónea, pues como ya tuvimos oportunidad de argumentar al principio de este estudio, el término salario es un concepto funcional, cuya extensión y alcance depende del contexto en el que se encuentre y del objetivo que se persigue en cada caso. Así es, como venimos observando a lo largo de este trabajo, no existe en nuestra disciplina un concepto único, claro y preciso de lo sea el salario, pese a la noción legal que nos da el legislador en el art. 26 TRET, porque entre otras razones, él mismo no uniformiza ese término para toda la normativa laboral. En consecuencia, como ya dijimos, será preciso en muchas ocasiones desentrañar en el caso concreto la intención y el alcance de dicho concepto<sup>16</sup>.

Sentado esto, procedemos a analizar hasta dónde alcanza la previsión del legislador y qué derechos económicos se encuentran afectados por el ejercicio del derecho fundamental de huelga. Pero antes de entrar en su estudio concreto, conviene recordar la doctrina reiterada del TC en materia de derechos fundamentales y libertades públicas: "toda «legalidad debe interpretarse en el sentido más favorable a los derechos fundamentales» de la CE para la «efectividad» de los mismos"<sup>17</sup>; y su reverso, es decir, que "en materia de limitaciones de los derechos fundamentales «la interpretación ha de hacerse con criterio restrictivo (...)»"<sup>18</sup>.

Conforme a todo ello, primero, al trabajador no podrá privársele de más derechos que los que legalmente se establezcan, en nuestro caso, el salario. Consecuentemente, no podrán verse afectados otros derechos que no se prevean expresamente (art. 6.2 RD-LRT), por ejemplo, que no se computen los días de huelga como período de cotización a la Seguridad Social, de ahí la previsión de que recaiga sobre el Estado la correspondiente carga<sup>19</sup>. Esto conlleva que tampoco pueda privársele al trabajador de la per-

<sup>13</sup> SAMPEDRO CORRAL, M., "Las consecuencias jurídicas de la huelga: sus efectos y responsabilidad derivadas de su ejercicio", en (AA.VV.) Estudios sobre la Huelga, ACARL, 1992, págs. 121 y 122. En sentido contrario, STSJ de Madrid, de 4 de julio de 1989 (RL, 1989, nº 17).

En derecho galo se admite incluso el acuerdo de recuperación de las horas no trabajadas durante la huelga, siempre que se respeten los límites sobre duración máxima de la jornada; TEYSSIE, B., "La réduction du salaire"; D.S., nº 12, 1984, pág. 700.

<sup>14</sup> GARCÍA FERNÁNDEZ, M., El cierre patronal; Ariel, 1990, págs. 144 y 145. También, STSJ de Cantabria, de 9 de abril de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1212).

<sup>15</sup> Por todos, GARCÍA BLASCO, J., El derecho...; cit., págs. 200 y sgs.

<sup>16</sup> Como señala la STC 323/1991 (28 de octubre), la determinación del salario a efectos de huelga es un cuestión de legalidad ordinaria, que no se encuentra condicionado en ningún caso por el texto constitucional.

<sup>17</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G., "Cómputo de los días de huelga legal para la determinación de las prestaciones de desempleo"; REDT, nº 51, 1992, pág. 118. SAN, de 26 de marzo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1208).

<sup>18</sup> ÁLVAREZ CONDE, E., Curso de Derecho Constitucional; vol. I, Tecnos, 2ª ed., 1996, pág. 282; y JIMÉNEZ-BLANCO/ JIMÉNEZ-BLANCO/MAYOR/OSORIO, Comentario a la Constitución; Centro de Estudios Ramón Areces, 1993, pág. 446.

<sup>19</sup> Cfr. DIÉGUEZ CUERVO, G., "Cómputo de..."; cit., págs. 116 y 117. De opinión contraria, entendiendo que la pérdida del cómputo y del salario es el medio "como se imputa la responsabilidad por la participación en las huelgas a la generalidad de los trabajadores (...)", RIVERO LAMAS, J., "Infracciones y sanciones laborales y regulación del derecho de huelga: criterios jurisprudenciales y proyectos de reforma"; A.L., 1993-1, pág. 4.

cepciones extrasalariales, siempre y cuando se cumplan los requisitos o exigencias para su devengo<sup>20</sup>. Lo mismo ocurrirá con aquellas partidas que suponen una liberalidad para el empresario (pese a no tratarse en sentido estricto de una obligación), pues éste no podrá basarse en haber participado en la huelga para privar al trabajador de ella, so pena de incurrir en una violación del mencionado derecho fundamental<sup>21</sup>.

Por otro lado, quienes se encontrasen en una situación anterior de suspensión y estuviesen percibiendo por ello algún tipo de prestación, no podrán ser privados de ella al iniciarse la huelga<sup>22</sup>. La razón parece lógica, pues en esos casos falta el hecho objetivo que justifica la suspensión por huelga: prestación de trabajo y de retribución. En esta línea de regulación se sitúan también otros ordenamientos de nuestro entorno cuando afirman que es la situación inicial de suspensión la que rige hasta que ésta finalice, con independencia de que durante su transcurso acontezca otra distinta<sup>23</sup>. La misma base parece estar presente cuando el trabajador huelguista enferma, pues en este caso no podrá beneficiarse de las prestaciones de IT hasta que cese la huelga, como expresamente señala el art. 6.3 RDLRT<sup>24</sup>. Aunque para nosotros no se alcanza a comprender bien el por qué de la opción del legislador en este precepto, pues el trabajador que cae enfermo no puede trabajar y por ende, tampoco prestar servicio alguno, faltando en consecuencia el supuesto que fundamenta la huelga: el paro voluntario<sup>25</sup>. Además, creemos que tampoco puede afirmarse una especie de presunción de que el trabajador permanece en huelga durante todo el periodo que ésta dure, ya que pueden acontecer actos imputables al empresario que rompan la continuidad en la huelga (despido, posteriormente considerado nulo), sin que se pueda asegurar en todo caso que la voluntad del trabajador hubiera sido seguirla hasta el final<sup>26</sup>.

Y segunda, que el concepto de salario a que se refiere el art. 6.2 RDLRT no puede hacer referencia al art. 26.1 TRET, no sólo porque el art. 45.2 TRET recoja otra expresión (obligaciones *recíprocas* de trabajar y *remunerar el trabajo*), sino sobre todo porque, como hemos visto, el art. 26 del Estatuto también recoge un concepto exten-

<sup>20</sup> Por todos, IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales..."; cit., pág. 76. Sin embargo, también encontramos alguna sentencia contraria a mantener en los días de huelga el derecho a las denominadas dietas por destacamento; GARCÍA FERNÁNDEZ, M., "Unificación de doctrina en las relaciones colectivas de trabajo (sindicatos, negociación colectiva, huelga y cierre patronal)", en (RAMÍREZ/SALA, Coord.) Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral; Tirant lo Blanch, 1999, pág. 437.

<sup>21</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 293 y 296.

<sup>22</sup> RUIZ CASTILLO, M.M., El cierre patronal; MTSS (TD), 1990, pág. 360. Véase el supuesto planteado en sede judicial y resuelto a favor de que el trabajador siga percibiendo la prestación complementaria a cargo del empresario; en VIDA SORIA, J., "Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"; en (BORRAJO, Dir.), Comentarios a las Leyes Laborales: El despido, T. II, EDERSA, 1994, págs. 29 y 30. En el derecho italiano, "Irrelevanza dello sciopero ai fini del trattamento retributivo per il lavoratore in malattia", Il Diritto del Lavoro (Parte II), n° 6, 1999.

<sup>23</sup> CORRIGNAN-CARSIN, D., "Non-paiement d'un jour férié inclus dans une période de grève"; J-CP (E), n° 41, 1998, pág. 1608.

<sup>24</sup> Se asemeja en este punto a la normativa francesa; PUIGELIER, C., "Modalités de la supresión du salaire lorsqu'un jour férié est inclus dans une période de grève (S.Cass. Soc. 14/IV/1999, n° 1755 P)"; La Semaine Juridique, n° 5, 2000, pág. 187.

<sup>25</sup> SINAY/JAVILLIER, La grève; cit., págs. 349 y 350.

<sup>26</sup> Véase la STSJ de Baleares, de 1 de julio de 1999 (A.L., n° 12, 2000, ref. 470).

sivo de salario que supera la mera reciprocidad prestación de servicios-salario<sup>27</sup>. Asumir pues el concepto salarial que nos da el art. 26 TRET podría contrariar la doctrina constitucional antes señalada sobre la exigencia de una interpretación restringida en materia de limitación de derechos fundamentales<sup>28</sup>.

Excluido el art. 26.1 TRET como norma para solucionar esta cuestión, debemos preguntarnos a qué se está refiriendo entonces el legislador al permitir la interrupción del deber de retribución y en especial cuál es su alcance cuantitativo. Antes de resolverla, es necesario tener en cuenta algunas ideas que ya señalamos en su momento sobre cuál sea la causa del salario. Recordemos que con el salario el empresario retribuía no sólo la prestación de servicios, sino la prestación de trabajo humano subordinado, la cual implicaba a favor del empresario una serie de derechos (poder de dirección y disciplinario, etc.) que le interesan de forma esencial. Como veíamos en ese momento, junto a la mera prestación de servicios, la subordinación deviene un elemento esencial que se encuentra unido a la propia causa del contrato<sup>29</sup>, y cuyo alcance no se conseguiría con el contrato de civil de arrendamiento de servicios. En este sentido, se sostiene con razón que el carácter de dependencia del vínculo laboral “desborda los reducidos límites que propone la concepción tradicional del salario como precio de una concreta labor o trabajo efectivo desempeñado, permitiendo la inclusión en el salario de retribuciones no vinculadas directamente a las funciones desempeñadas, o a concretos actos de trabajo”<sup>30</sup>. Por lo tanto, el trabajador tiene una serie de ventajas (v. gr., descansos retribuidos, etc.), que si bien incluyen partidas que forman parte de lo que se considera salario, rompen la reciprocidad prestación de servicios-salario<sup>31</sup>.

Dicho lo cual, ha de volverse a señalar que el contrato de trabajo no se extingue como consecuencia de la huelga, sino que simplemente queda en suspenso, exonerando a las partes “de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo” (art. 45.2 TRET), lo que viene a afirmar que el legislador impone el descuento respecto de las partidas devengadas en función de la prestación efectiva de trabajo. En otros términos, la suspensión sólo dispensa de prestar los servicios y de remunerar esa prestación, pero no otras obligaciones, “pues es evidente que permanecen vivos determinados derechos y deberes de ambas partes en ese tiempo”<sup>32</sup>; entre los cuales, por ejemplo, se incluyen para el trabajador el deber de fidelidad y secreto, de buena fe, no concurrencia y el encontrarse sometido al poder de dirección y disciplinario de su empresario, de ahí que el trabajador pueda ser sancionado laboralmente por un hecho que acontezca durante la huelga<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de Derecho del trabajo, T.I, 1991-1992, t/11, pág. 2. De la misma opinión, GARCÍA BLASCO, J., El derecho...; cit., pág. 205.

<sup>28</sup> JIMÉNEZ-BLANCO/ JIMÉNEZ-BLANCO/MAYOR/OSORIO, Comentario a la Constitución; cit., pág. 446.

<sup>29</sup> GALANTINO, L., Qualità e rapporto di lavoro; Giuffrè, 1995, págs. 20 y sgs., especialmente, págs. 23 y 24.

<sup>30</sup> CORDERO SAAVEDRA, L., “Los sistemas retributivos variables como fórmulas para involucrar al trabajador en los objetivos de la empresa”; RL, n° 5, 2002, pág. 17.

<sup>31</sup> Véase, GORELLI HERNÁNDEZ, J., Las excedencias en Derecho del Trabajo; Comares, 1998, págs. 13 y 14.

<sup>32</sup> IGLESIAS CABERO, M., “Efectos personales...; cit., pág. 75.

<sup>33</sup> Vid. ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 1022; y RIVERO LAMAS, J., “Infracciones y...; cit., pág. 3. Un estudio jurisprudencial de los deberes y facultades empresariales que se mantienen vigentes, en GOERLICH PESET, J.M., Los efectos de la huelga; Tirant lo Blanch, n° 5, 1994, págs. 23 y 56-58.

Debe subrayarse especialmente esta idea, pues durante la huelga no sólo se mantiene latente el deber genérico de buena fe, sino que el empresario conserva plenamente, por ejemplo, sus facultades disciplinarias y organizativas o de dirección. Obsérvese que esas facultades y poderes empresariales derivan no del ejercicio de la acción contractual correspondiente ante un incumplimiento de la contraparte por la existencia de un vínculo jurídico (v. gr. resolución ex 1124 C.Civ., responsabilidad ex art. 1902 C.Civ., etc.), sino que emanan directamente de la causa del contrato de trabajo, como consecuencia de que se mantiene plenamente vigente la situación de subordinación del trabajador, que implica, como sabemos, que éste quede inserto en el ámbito organizativo del empresario y su sometimiento a los poderes que de ello se derivan para éste último. En consecuencia, de no retribuir de alguna forma al trabajador, carecerían de causa esas obligaciones y deberes que siguen vigentes<sup>34</sup>. En otras palabras, "si una de las prestaciones fenece o no es ejecutada, se queda en sí misma sin causa, deja sin causa a la contraprestación y el contrato resulta inexistente"<sup>35</sup>; amén de que de operar de esta forma estaríamos excediendo el literal del art. 45.2 TRET. De todo ello concluimos que en caso de huelga sólo se podrá detraer del salario aquella partida que "provenga directamente del despliegue de una actividad laboral", pues lo contrario "implicaría habilitar un efecto punitivo que no está legalizado"<sup>36</sup>.

Conviene ahora delimitar a qué partidas afecta realmente la huelga y cuáles deben seguir percibiéndose (pese a su ejercicio) como consecuencia de la necesidad de que esos deberes y derechos que se mantienen vigentes tengan su debida contraprestación<sup>37</sup>.

## C. Criterios para proceder al descuento

### 1. El principio de proporcionalidad

La protección del derecho de huelga en cuanto al descuento previsto en el salario, impone una necesaria proporcionalidad y equivalencia entre éste y la duración del cese laboral<sup>38</sup>, lo contrario "(una retención superior) implicaría la aplicación de una sanción ilícita"<sup>39</sup>. En consecuencia, no será válida aquella detracción que no guarde una estricta proporcionalidad con el tiempo en el que el trabajador ha cesado de prestar sus ser-

<sup>34</sup> También, GHEZZI/ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*; Zanichelli Bologna, 1987, pág. 270; y ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*; Grapheus, 1992, págs. 273 y 274.

<sup>35</sup> SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del contrato*; Aranzadi, 1996, pág. 48.

<sup>36</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., "Los descuentos salariales por huelga en la doctrina de TCT"; R.L., 1989-I, pág. 384.

<sup>37</sup> Como deducimos de la opinión de RIVAS BALLEJO, M.P. (La suspensión del...; cit., págs. 52 y 53), el grado de autonomía entre el derecho ejercido (v. gr. sanción disciplinaria, movilidad funcional, etc.) y las prestaciones que se suspenden (v. gr. salario/trabajo humano subordinado) determinará su exigibilidad y, añadimos nosotros, su necesaria contraprestación económica.

<sup>38</sup> SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*; cit., pág. 500; y BORENFREUND, G., "Grève: proportionnalité (retenué)"; R. Dalloz, 21° (Somm.) 1990, pág. 172.

<sup>39</sup> DE LA VILLA GIL, L.E.; citado por CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga...; cit., pág. 171.

vicios, so pena de infligir al huelguista una carga o coste superior a los beneficios que hubiera obtenido de haberlos prestado, lo que sería una indudable limitación al derecho de huelga y un beneficio injustificado para el empresario que no sufriría un sacrificio similar al del trabajador<sup>40</sup>. No creemos por ello que sea admisible defender la posibilidad de descuentos superiores a esa proporcionalidad tiempo-salario, alegando que en ocasiones la interrupción de la huelga provoca al empresario perjuicios mayores que el simple cese en el trabajo<sup>41</sup>. La razón de nuestro rechazo a esta opinión es que de admitirse dicha argumentación, de alguna forma se haría recaer sobre el trabajador esos costes que pueden originarse en la empresa, con lo que se estaría desvirtuando el principio de ajenidad y obviando que la producción de daños es algo casi consustancial al ejercicio del derecho de huelga<sup>42</sup>.

Ahondando en las consecuencias de este razonamiento, si la huelga supone un cese temporal del trabajo, la proporcionalidad en el descuento vendrá referido a aquellas partidas devengadas en función del factor tiempo, es decir, vinculadas al tiempo de trabajo<sup>43</sup>. El problema se traslada pues a los denominados salarios por unidad de obra o incluso, sobre los mixtos, y sobre aquellas partidas cuyo devengo no se vincula al tiempo efectivo de trabajo. Cuestión esta última que trataremos de inmediato.

En el salario *in natura*, aunque en muchos casos sea posible la deducción proporcional o la suspensión temporal de su goce hasta que concluya la huelga (v. gr. vales de compra, de viajes, etc.), lo cierto es que en otro gran número de ocasiones no será aconsejable ni incluso posible, llevar a cabo ningún tipo de cese en su percibo o disfrute<sup>44</sup>. En efecto, en ocasiones ese actuar podría afectar directamente otros derechos (v. gr. vivienda, suministro eléctrico, etc.), que de aplicar sin matices la referida deducción podría dejar al huelguista en una situación más desventajosa que en supuestos como el de despido o en comparación con otras causas de suspensión<sup>45</sup>. Sin embargo, se ha planteado en alguna ocasión la oportunidad de cargar sobre el salario del trabajador el coste que supondría para la empresa el mantenerlos durante la huelga, aunque parece poco factible, por cuanto supondría en muchas ocasiones generar un problema más grave o incluso una diferenciación injustificada con respecto a otros casos de suspensión<sup>46</sup>.

---

<sup>40</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga..."; cit., pág. 175.

<sup>41</sup> LATOURNERIE, R., *Le Droit français...*; cit., págs. 480, 481 y 485. Esto ha llevado a algunos tribunales franceses a desplazar el principio de proporcionalidad desde el criterio de la duración de la huelga al de la reducción del rendimiento; TEYSSIE, B., "La réduction du salaire"; cit., pág. 699.

<sup>42</sup> STC 41/1981, de 21 de marzo (F.J. 2º).

<sup>43</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*; Tecnos, 1997, págs. 393 y 394.

<sup>44</sup> Es fácil proceder a una deducción cuando se fija una determinada cantidad en un periodo de referencia, como ocurre con supuestos como el del art. 19 del C.Col. para las Industrias de Elaboración del Arroz (BOE de 17 de agosto del 2000).

<sup>45</sup> SALA FRANCO, T., "Efectos de la huelga en las retribuciones fijas y variables del trabajo: Criterios jurisprudenciales"; T.S., nº 23, 1992, pág. 9; e IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales..."; cit., pág. 79.

<sup>46</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Los efectos de...*; cit., págs. 157 y 158.

## 2. Módulo de cálculo y momento del descuento

Uno de los principales problemas que conlleva la aplicación respetuosa del principio de proporcionalidad al que acabamos de referirnos, es adoptar y fijar el criterio para determinar el *quantum* de la deducción sobre el salario que se ve afectado por la huelga<sup>47</sup>. Sobre esta cuestión no existe una posición unánime, incluso diríamos que ni siquiera mayoritaria, dividiéndose las opiniones entre quienes defienden el módulo salario/día y quienes sostienen que debiera mantenerse el de salario/hora<sup>48</sup>.

La jurisprudencia tampoco da respuestas concluyentes al respecto, bien limitándose a afirmar que en todo caso, sea cual fuere el módulo acogido, deberá respetar el mencionado principio de proporcionalidad y no suponer "un uso torticero de la aritmética", por ejemplo, mediante redondeos por arriba<sup>49</sup>; o bien llegando incluso en alguna ocasión a relativizar de tal forma el problema que admite que cualquiera de aquéllos módulos se establezca por pacto colectivo o que se utilice el mismo criterio que en su abono<sup>50</sup>.

No compartimos esa relatividad que siguen gran parte de nuestros tribunales, razón por la cual nos parece necesario recoger las razones que apoyan cada uno de los módulos antes mencionados y resolver en función de aquél que sea más acorde a las exigencias y a la protección del derecho fundamental de huelga.

### a. Módulo salario/día

Se afirma que este sistema es fiel al principio de proporcionalidad y que además respeta en mayor medida el principio *pro operario*, por cuanto que interpretada así la proporcionalidad se beneficia en mayor medida al trabajador<sup>51</sup>. La operación que se aplica es dividir el total que supone el salario anual entre los doce meses del año; el resultado obtenido (salario/mes) se divide a su vez entre el número de días del mes (o meses) a los que afecta la huelga, obteniendo de esta forma el valor del salario/día del mes afectado<sup>52</sup>.

Sin embargo, esta operación queda incompleta desde el momento en que algunos pronunciamientos, como después veremos, mantienen la idea de que los días de descanso se devengan y abonan en función de los días trabajados en la semana correspondiente. De sostenerse así, será necesario determinar no el valor del salario/día (incluidos también los descansos), sino que la división del valor salario/mes lo será sólo con los días de trabajo incluidos en él. El resultado que se obtiene es el valor salario/día de trabajo, que incluye el valor del día más la parte proporcional de los días de descanso<sup>53</sup>.

<sup>47</sup> CEINOS SUÁREZ, A., La jurisprudencia...; cit., págs. 103 y 104.

<sup>48</sup> LATOURNERIE, R., Le Droit français de la grève; Sirey, 1972, pág. 485.

<sup>49</sup> GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., págs. 35-38.

<sup>50</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., "Los descuentos...; cit., pág. 379. En este sentido, pero para cuando expresamente el salario se fije atendiendo al valor hora, MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 394.

<sup>51</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., "Los descuentos...; cit., pág. 385.

<sup>52</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 394.

<sup>53</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., pág. 227.

Del mismo modo, a este criterio o módulo se le critica el hecho de que no tenga en cuenta la distribución irregular de la jornada y que por ello, no se respete la equivalencia en los sacrificios, pues en esos casos no existe una correcta relación tiempo de trabajo no prestado-deducción salarial.

#### b. Módulo salario/hora

Los partidarios de este criterio afirman que se trata del sistema más idóneo, "pues mantiene el equilibrio entre las prestaciones recíprocas" y, por ello, es más respetuoso con el principio de proporcionalidad<sup>54</sup>. Las razones básicas en que se basan para defender este módulo parte de dos premisas<sup>55</sup>: Por un lado, la relación salario-horas de trabajo, esto es, si el salario está fijado en relación a un número determinado de horas de trabajo, la huelga debe suponer igual porcentaje de descuento en el salario. Y por otro lado, el creciente desarrollo de la distribución irregular de la jornada de trabajo.

No existe un criterio uniforme dentro de esta teoría respecto de cuál deba ser el periodo de referencia para determinar el *quantum* del salario/hora. Así es, mientras para algunos lo es en relación al año<sup>56</sup>, para otros, el valor salario/hora será en relación al mes (o meses) en el que se produce la huelga<sup>57</sup>. Sea cual fuere ese lapso, la operación es bien simple: el total de horas que debiera haberse prestado en el periodo de referencia, se divide por el salario que corresponde al periodo de referencia (anual o mensual), obteniéndose el valor del salario/hora (anual o mensual). Una vez determinado ese dato, el descuento será el equivalente al valor de las horas no prestadas<sup>58</sup>.

Sin embargo, este sistema de determinación del descuento no parece advertir los posibles perjuicios que puede conllevar tanto en orden a dobles descuentos<sup>59</sup>, como -v. gr.- sobre las vacaciones. Por otro lado, de actuar de esta forma no se remunerarán otras facultades del empresario que continúan vigentes.

#### c. Conclusión

De todo lo analizado, creemos que debiera simplificarse y obtener una regla que sea respetuosa y acorde con los intereses en presencia; a saber: el principio de proporcionalidad, la interpretación restrictiva de las normas limitativas de derechos, la equivalen-

---

<sup>54</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J.J., "El descuento salarial por huelga, cuando la jornada anual de trabajo no está uniformemente distribuida a lo largo del año, debe llevarse a cabo en virtud del valor del salario/hora o del salario/día de trabajo?"; D.L., nº 47, 1995-III, pág. 283.

<sup>55</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 228 y 229.

<sup>56</sup> JIMÉNEZ SÁNCHEZ, J.J., "El descuento..."; cit., pág. 282.

<sup>57</sup> TEYSSIÉ, B., "La réduction..."; cit., págs. 696 y 697. Razones de equidad son alegadas a favor del cómputo mensual, pues el coste del trabajo para el empresario depende de la duración del mes; SCHEIDT, M., "Paiement ou non des absences"; RPDS, nº 556-557, 1991, pág. 281.

<sup>58</sup> PUIGELIER, C., "Modalités de..."; cit., pág. 187.

<sup>59</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho a la huelga y derecho al descanso"; R.L., 1991-II, pág. 279; y GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., págs. 37 y 38.

cia en los sacrificios y el principio *pro operario*<sup>60</sup>. Queremos dar respuesta a las diferentes opiniones sobre cuáles sean las partidas que se ven afectadas por el hecho de la huelga, con independencia de que nosotros sostengamos y señalemos posteriormente que determinados conceptos, días, etc. no deben incluirse, en cuyo caso se hará la oportuna observación al tratar del día o partida en concreto.

En primer lugar, el periodo de referencia (salario total del mes, año, etc.) sobre el que se calcula el módulo de descuento (salario/día u hora), deberá estar en función de cuál haya sido el establecido para su devengo; ya que en definitiva, el descuento sólo procede en el momento en que se devenga y abona el salario sujeto a descuento<sup>61</sup>. Por lo tanto, habrá partidas en las que el valor del descuento se relacionarán con el año (v. gr. los festivos), otras con varios meses (v. gr., en su caso, las pagas extraordinarias) y, en su gran mayoría, con el mes.

Consideramos esta solución más acorde con los intereses en presencia, pese a las ventajas de homogeneidad que pudiera suponer que fuera el año el periodo de referencia para determinar el módulo de descuento (v. gr., el coste de la huelga para los trabajadores no dependería de un hecho tan circunstancial como el mes o día en el que se decide ejercerla). Además, de utilizar como módulo exclusivo el año, podría llegarse a situaciones tan absurdas como injustas. En efecto, al mantenerse de forma generalizada la mensualización en el pago por las razones que en su momento se indicarán, pudiera acontecer que en aquel mes cuyo número de días u horas fuese inferior a la media (v. gr., febrero), no se perdería la totalidad del salario del mismo pese a que durante todo él se desarrollase la huelga. Y a la inversa, en aquellos en los que el número de días u horas superase la media, podría conllevar para el trabajador una pérdida de salario superior al que recibe en ese mes<sup>62</sup>.

En consecuencia, la regla general y a falta de otro lapso para el devengo, dicho periodo será el mes, lo que supone además ser respetuoso con la voluntad del legislador de establecerlo para garantizar una cierta estabilidad y homogeneidad en la retribución del trabajador.

En segundo lugar, creemos que debe ser el módulo salario/día el que deba utilizarse, sin perjuicio de descuentos parciales cuando la huelga no se extienda sobre la totalidad del día. Entendemos que si la mensualización se ha establecido como criterio general en la temporalización del devengo y pago de las partidas, y que por lo tanto el salario lo es respecto al mes y no respecto del número real de horas trabajadas en ese periodo<sup>63</sup>, no parece razonable atender ahora al número real de horas no trabajadas en el mes, pues como decimos, la mensualidad se abona por su global, con independencia del número y distribución de las horas<sup>64</sup>. Esta razón, unida a la facilidad y la

<sup>60</sup> Sobre el alcance y vigencia del principio *pro operario*; ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La vigencia del principio «pro operario»; AA.VV., Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos al prof. Alonso Olea); MTSS, 1990.

<sup>61</sup> Salvo que por razones técnicas no fuera posible, en cuyo caso admitirá su descuento posterior; FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 224 y 225.

<sup>62</sup> HENNEBELLE, D., Essai sur la notion de salaire; Presse Univesitaires d'Aix-Marseille, 2000, pág. 47.

<sup>63</sup> CABINET BARTHÉLÉMY ET ASSOCS./IEEIT, "Les clauses du contrat individuel de travail relatives à la rémunération", Études et Chroniques, n° 366, Semaine Juridique, J.-C. per., n° 24, 1994, pág. 301 y sgs.

<sup>64</sup> LYON-CAEN, G., Le Salaire; cit., pág. 213 y 214. Por simplificar, hablamos sólo del periodo mensual, pero lo dicho es también extensible a cualquier otro de los periodos de devengo.

simplicidad en su cálculo, así como a los problemas que el módulo salario/hora pudiera tener sobre determinadas fechas y partidas (vacaciones, festivos, etc.), aconsejan defender como módulo el señalado, pues éste permite mantener esa homogeneidad y resulta respetuoso con los intereses arriba reseñados<sup>65</sup>.

En todo caso, de seguir optando por el criterio del salario/hora, deberán tenerse en cuenta las siguientes observaciones, con el objeto de respetar el principio de proporcionalidad y de equivalencia de sacrificios:

a) Se detraerá del salario total a percibir en el año la parte correspondiente a aquellos días y periodos que deben abonarse y respetarse pese a la existencia de la huelga (v. gr. vacaciones y festivos)<sup>66</sup>. Lo que supone tener que determinar previamente el módulo salario/día, ya que en esos días y fechas no se realiza prestación efectiva, por lo que difícilmente puede aplicarse el módulo salario/hora. De no procederse a esta determinación previa de cuál sea la retribución correspondiente a esos días y tomar simplemente el valor anual del salario para conectarlo exclusivamente a las horas de trabajo "se penaliza a los huelguistas descontando mayores cantidades de las que corresponde", "ya que el salario que se toma en cuenta es el de todo el año, incluidas las vacaciones, para buscar el valor de la hora de trabajo efectivo"<sup>67</sup>.

b) Una vez deducidas todas aquellas partidas y conceptos que no se ven afectados por el hecho de la huelga, se determinará el valor salario/hora correspondiente al periodo de devengo.

## D. Huelga y estructura del salario: el salario objeto de descuento

Hasta el momento hemos visto los criterios y principios a seguir para proceder al descuento, corresponde ahora indicar qué partidas salariales pueden verse afectadas por la huelga. Debido a la complejidad y la diversidad de causas a la que pueden responder las diferentes partidas que integran la estructura salarial, no todas tienen por qué verse afectadas por la huelga o al menos, no en la misma medida<sup>68</sup>.

### 1. Salario base

Recapitulando un poco lo dicho hasta ahora, sabemos que la huelga conlleva para el salario de trabajador un descuento proporcional al tiempo que dure<sup>69</sup>. Sin embargo queda por saber a qué partidas afecta realmente, pues debido a la complejidad que en la práctica desarrolla la estructura salarial, no afectará por igual a todos sus componentes<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> A favor del módulo salario/día; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 1020, nota 121.

<sup>66</sup> SALA FRANCO, T., "Efectos de..."; cit., pág. 13.

<sup>67</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho a la huelga..."; cit., pág. 273.

<sup>68</sup> AA.VV., La pratique du salaire, ed. Francis Lefebvre, 1.998, pág. 585.

<sup>69</sup> El cese en el pago se prolonga hasta que concluya la huelga, no hasta el comienzo efectivo de la producción; LA-TOURNERIE, R., Le Droit...; cit., pág. 468

<sup>70</sup> IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales..."; cit., pág. 77

Comenzaremos nuestro estudio partiendo de la división clásica prevista por el legislador: salario base y complementos (art. 26.3 TRET), dedicando este apartado al salario base. El art. 26.3 TRET lo define como aquella "retribución fijada por unidad de tiempo o de obra". Por lo tanto, es la partida que retribuye de forma genérica el trabajo subordinado.

Debido a la complejidad de la estructura salarial y sobre todo, a la diversidad en la nomenclatura de los componentes del salario mencionados en los convenios colectivos, es necesario distinguir, por un lado, lo que denominaremos el salario base nominal y, por otro, aquellas partidas que si bien no se denominan salario base, sí son reconducibles a él<sup>71</sup>.

#### a. Nominal

Como dijimos más arriba, el problema recae sobre el salario por unidad de obra, toda vez que el salario-tiempo responde fácilmente al esquema de descuento en función de la duración de la huelga. Lo mismo ocurrirá sobre la parte medida por tiempo de trabajo en el salario mixto. Debe subrayarse no obstante, que la inmensa mayoría de los convenios utilizan el factor tiempo como módulo determinante del salario base y, en caso de prever salarios por unidad de obra, se establece de forma subsidiaria una retribución mínima garantizada<sup>72</sup>.

Debemos sin embargo, hacer alguna referencia para el caso en que el salario base sea fijado por unidad de obra. En este sentido, si atendemos a lo señalado hasta el momento, en nuestra opinión, la intervención en una huelga por parte de un trabajador retribuido de esta forma no le supondrá descuento alguno, pues la ausencia de trabajo conlleva necesariamente que el trabajador no haya realizado ninguna "unidad de obra" y por ende, que ese sea el perjuicio que haya de sufrir, no siendo posible en principio operar descuento alguno y, de hacerse, supondría un doble descuento para el trabajador<sup>73</sup>.

No obstante, ha de recordarse que el SMI debe respetarse siempre y en todo caso, en proporción a la jornada que retribuye y con independencia de cuál sea el sistema o la forma de retribución (por unidad de tiempo o de obra, mixta, etc.)<sup>74</sup>. Mínimo que será de aplicación sin perjuicio de que su cuantía quede absorbida cuando el montante de lo recibido por unidad de obra sea superior<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> Al respecto, *vid.* COSTA REYES, A., "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva"; R.L., nº 7, 1999, págs. 19-21

<sup>72</sup> COSTA REYES, A., "La nueva estructura..."; *cit.*, págs. 14 y sgs.

<sup>73</sup> FERRANDO GARCÍA, F., *Los efectos de...*; *cit.*, págs. 221 y 222. De opinión contraria, estableciendo un sistema de cuantificación del descuento en este tipo de salario, GARCÍA BLASCO, J., *El derecho...*; *cit.*, pág. 209 y 210. Sobre el trabajo por unidad de obra; *vid.* MARX, C.; *El capital*, I; Fondo de Cultura Económica, 1986, págs. 464 y sgs.

<sup>74</sup> TEYSSIE, B., "La réduction..."; *cit.*, pág. 704. Sobre el SMI como suelo salarial, sea cual sea la unidad de retribución, DURÁN LÓPEZ, F., *Lecciones de Derecho del trabajo*, T.I, 1991-1992, t/11, pág. 17; y en el derecho comparado, LYON-CAEN, G., *Le salaire*; *cit.*, págs. 53, 54, 206 y 207.

<sup>75</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y pago del salario"; REDT, nº 100, 2000, pág. 665. También, aunque referido específicamente al supuesto de comisiones en el caso del art. 2.1.f) TRET, CAMPS RUIZ, L., "La relación laboral especial de los representantes de comercio"; en (BORRAJO, Dir.) *Comentarios a las Leyes Laborales*, T.II, vol. 1º, EDESA, 1987, págs. 267 y 268.

Aplicado todo esto al caso que tratamos de resolver, obtenemos que, al devengarse el SMI por tiempo de trabajo, sólo en los días en los que se trabaja será necesario garantizar al menos la cuantía correspondiente al SMI, pudiendo prescindir de aquellos en los que se está de huelga, porque para estos sí es de plena aplicación la regla de la proporcionalidad entre cese por huelga y exoneración de retribuir.

#### b. Complementos reconducibles: las pagas extraordinarias

En la negociación colectiva existen supuestos que no son integrables en ninguna de las categorías prefijadas por el legislador como complementos salariales, pues carecen de la concausa necesaria para ello<sup>76</sup>. Efectivamente, en la gran mayoría de los convenios colectivos analizados existen partidas cuyo *nomem iuris* difiere del que le corresponde de acuerdo con su verdadera naturaleza, debiéndose atender en estos casos a la auténtica realidad jurídica que tras ella existe<sup>77</sup>. Este apartado va referido no sólo a casos en los que la partida se encuadra como salario base, pero con una denominación distinta, o en los que artificialmente se incluye dentro de alguno de los complementos, sino también a las percepciones salariales recogidas bajo la categoría de extrasalarial, pero que en puridad deben integrarse en el salario base<sup>78</sup>.

Todas ellas, de suerte que comparten en este tema la misma situación que las pagas extraordinarias, se verán afectadas por la huelga de la misma forma que lo serán éstas, por lo que sirva de aplicación general lo que sobre ellas vamos a decir.

##### b.1. Naturaleza jurídica

Consideradas bajo el DOS (D. 2380/1973, art. 5 D) como complemento salarial "de vencimiento superior al mes", la nueva regulación del salario ha dejado en evidencia las deficiencias que criticaba la doctrina (art. 31 TRET); a saber, que no podían considerarse complementos, en cuanto que no concurría en ellos ninguna concausa que las especificara como tales, sino que simplemente se atendía a un elemento accesorio: la temporalidad del pago<sup>79</sup>.

Si analizamos detenidamente la regulación legal de la gratificaciones extraordinarias, podemos deducir que retribuyen la actividad general desarrollada por el trabajador, lo que las asimila por definición al salario base<sup>80</sup>. Deducción que se corro-

<sup>76</sup> Así, MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias en la ordenación salarial*; Aranzadi, 1996, pág. 128 (referido al "plus Convenio).

<sup>77</sup> Vid. la STSJ de Cataluña, de 12 de marzo de 1.997 (RIAS 1.852), y la de 11 de octubre de 1.997 (A.L., nº 9, 1.998, ref. 292).

<sup>78</sup> Ejemplos no faltan en nuestra negociación colectiva: plus de convenio, complemento de empresa, plus de vacaciones, falsos plus de transporte, etc., son algunas muestras de lo que tratamos de decir. Vid. los convenios de "Fujitsu ICL España, S.A." (B.O.E. de 6 de octubre del 2000) y "Bimbo, S.A." (BOE de 3 de octubre del 2000).

<sup>79</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "Complejidad y racionalización de la estructura del salario"; REDT, nº 17, 1984, pág. 41.

<sup>80</sup> GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., "La determinación y estructura del salario", RPS, nº 141, 1984, pág. 64. Vid. también, GARCÍA-PERROTE, I., "La ordenación de la estructura salarial y del régimen disciplinario en el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 8, 1.998, pág. 160 De opinión contraria, afirmando el carácter de complementos, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, 1.999, págs. 341 y sgs.

bora, por un lado, con el art. 31.2 del TRET, cuando afirma que el convenio colectivo podrá acordar el prorrateo de las pagas extraordinarias en las doce mensualidades<sup>81</sup>. Y por otro, porque debido al carácter residual del salario base no cabe más solución que integrarlas dentro de este concepto<sup>82</sup>. Más claro: "La naturaleza jurídica no sólo salarial –que siempre tuvo– sino además de retribución básica, que hoy corresponde a las pagas extraordinarias, es algo tan evidente, que no merece el menor análisis"<sup>83</sup>.

Es preciso hacer algunas observaciones a la configuración de este tipo de partidas. En primer lugar, si bien es cierto que el legislador les reconoce carácter de derecho necesario, no lo es menos que dicho atributo se relativiza al comprobar que el TRET no recoge cuantía mínima alguna. En efecto, literalmente el art. 31.1 TRET sólo exige el número de dos ("El trabajador *tiene derecho* a dos gratificaciones extraordinarias al año..."), pero no establece nada más respecto a su *quantum*, a los requisitos para percibir las, etc.<sup>84</sup>. Segundo, del mismo modo, no se exige explícitamente una conexión directa entre su percibo y los servicios efectivamente prestados<sup>85</sup>. Parece pues que el legislador requiere que el trabajador reciba esta partida, pero remite su *materIALIZACIÓN* a la negociación colectiva, es decir, que en definitiva la existencia real y regulación de ésta depende de la autonomía colectiva<sup>86</sup>. Consecuentemente, será preciso atender a la configuración que las partes hagan de la paga, pues es posible que su devengo no sea proporcional al tiempo de trabajo, sino dependiendo de otros factores, en cuyo caso se atenderá a estos<sup>87</sup>.

Por último, deben incluirse en este apartado aquellas partidas que, pese a que en numerosas ocasiones la negociación colectiva les denomina "paga de beneficios", en sentido estricto no son tales, porque tienen señalada una cuantía fija a percibir cualquiera que sea el resultado o situación económica de la empresa<sup>88</sup>. En definitiva, estas últimas son una reminiscencia del art. 5.D) del derogado D.O.S., pero que no reflejan una realidad, pues como decimos, se abonan con independencia de que exis-

<sup>81</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO/GARCÍA MURCIA, *Manual de Derecho del Trabajo*; Tecnos, 1.997, págs. 591 y 592. MERCADER UGUINA, J.R., *Modernas tendencias en la...*; cit., pág. 106 y 107. Adviértase de la necesidad de que sea el convenio colectivo quien prevea el prorrateo, no admitiéndose la decisión unilateral del empresario en este sentido, STS, de 14 de junio de 2002 (A.L., nº 41, 2002, ref. 1283).

<sup>82</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "El régimen jurídico del salario como instrumento de política económica", en (AA.VV.) *Reforma de la Legislación Laboral*; Junta de Andalucía/Univ. de Sevilla, 1997, pág. 100. Algunos convenios incluso recogen en el mismo precepto a ambas percepciones (salario base y pagas extraordinarias), v. gr. convenio de "Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián-Kutxa (BOE de 18 de julio del 2000).

<sup>83</sup> STSJ de Asturias, de 21 de noviembre de 1.997 (A.L., nº 15, 1.998, ref. 543) En contra, STSJ de Andalucía/Sevilla, de 25 de noviembre de 1.997 (TSJ-A30, A.L., nº 20, 1.998); que, tomando como elemento interpretativo los antecedentes legislativos, afirma que la separación que el D.O.S. hace entre salario base y complementos, y estando incluidas las pagas extras en el art. 5 D) –dentro de los complementos de vencimiento periódico superior al mes–, se concluye que "no pueden computarse como parte del salario base (...)".

<sup>84</sup> Sobre esta cuestión, véase DILLA GUTIÉRREZ, J.M., "Gratificaciones extraordinarias", en (BORRAJO, Dir.) *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. V; EDESA, 1985, págs. 252 y sgs.

<sup>85</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., "Los descuentos..."; cit., pág. 385.

<sup>86</sup> Sobre esta cuestión y su polémica en sede parlamentaria, véase SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (Dir.), *Debate parlamentario sobre el Estatuto de los trabajadores*; T.I, IES, 1981, págs. 527, 528, 531 y 532.

<sup>87</sup> GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos...*; cit., pág. 29; y RUIZ PONTONES, M., "La huelga en la jurisprudencia del TS y TCT (II)"; D.L., nº 25, 1988-II, pág. 218.

<sup>88</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., "La estructura del..."; cit., págs. 140 y 141. *Vid.* los convenios de "Minit Colors España, S.A." (BOE de 22 de septiembre del 2000) y el de "Praxair España, S.A. (BOE de 27 de julio del 2000).

tan beneficios o pérdidas<sup>89</sup>, ya que si atendieran realmente a la posición económica de la empresa, estaríamos en presencia de los complementos del art. 26.3 del TRET relativos a la situación y resultados de la empresa, de los que hablaremos más tarde.

### b.2. Efectos

Partiendo de lo que acabamos de señalar, pareciera no existir mayor problema sobre los efectos que la huelga tiene sobre ellas, pues su equiparación con el salario base podría suponer que las gratificaciones se abonaran en función del trabajo realizado en el periodo de tiempo anterior y por lo tanto, que su cuantía podría verse reducida en función de los días de huelga<sup>90</sup>. No obstante, debido a su materialización convencional, será preciso atender a la configuración que de ella hagan las partes, si bien y de cualquier forma, entendemos que la regulación convencional establecida no puede suponer para el trabajador un perjuicio mayor que lo que supondría aplicar la regla de la proporcionalidad<sup>91</sup>. En este sentido, si el devengo exigiese que se esté prestando servicios en el día en que se debe abonar, no podría perjudicar a los trabajadores huelguistas este hecho, ya que sería desproporcionada la consecuencia que sobre ellos tendría el ejercer su derecho de huelga<sup>92</sup>.

## 2. Complementos

Como consecuencia de la mencionada primacía del módulo temporal en la determinación del salario base, la mayor parte de los problemas que se van a generar a la hora de tener que aplicar el descuento por huelga lo serán en relación con los complementos salariales, pues para ellos se reservan los conceptos no ligados de forma fija al tiempo de trabajo<sup>93</sup>.

Para un mejor y más fácil seguimiento de nuestro estudio, iremos analizando cada uno de los grupos de complementos a los que hace referencia el art. 26.3 TRET, pero sin ánimo de ser exhaustivos, sino simplemente señalando aquellas partidas que puedan dar lugar a una mayor problemática, pues la variedad y dispersión de los complementos salariales harían prácticamente inabarcable el estudio de todas las concausas que fundamentan su creación<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> REGUEIRA GARCÍA, C.D., Administración de Salarios (El salario en las relaciones laborales y como factor motivacional); Ed. CIRDE, 1.984, pág. 673. Sobre el origen y situación actual de esta paga, *vid.* STSJ de Cantabria, de 18 de noviembre de 1.997 (AS 4.314).

<sup>90</sup> Por todos, CEINOS SUÁREZ, A., La jurisprudencia...; cit., pág. 108. *Vid.* Convenio de "BAT España, S.A." (BOE de 16 de octubre del 2000), art. 23. Esta afirmación es extensible a esas otras partidas reconducibles al salario base cuando dependan del factor trabajo-tiempo. Como consecuencia de lo dicho, si no se hace depender su devengo del trabajo anterior, no se justificará su detracción; *vid.* en relación a los funcionarios, GÓMEZ CABALLERO, P., "El derecho de huelga en la Función Pública"; REDT, nº 27, 1986, pág., pág. 417. En el derecho comparado, en Italia se llega a dudar de "que se trate de una retribución diferida que pueda verse reducida parcialmente por el hecho de participación en una huelga", *cfr.* CRUZ VILLALÓN, J., "Primas...; cit., pág. 178.

<sup>91</sup> Proporcionalidad que se considera rota en el caso de que la pérdida de la prima fuera excesiva por participar escasos días en una huelga; SAN, de 26 de marzo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1208).

<sup>92</sup> Un ejemplo de esto en el C.Col. de "José Manuel Pascual Pascual, S.A." (BOE de 26 de julio del 2000), art. 23.1.10. Aunque nominalmente se refiere a *primas de producción*, en realidad parece un complemento del tipo que estamos analizando.

<sup>93</sup> El AICV establecía en su art. 13 que "la retribución variable se referirá exclusivamente" a los complementos.

<sup>94</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 341.

### a. Personales

Se trata de aquel grupo de partidas que retribuyen las circunstancias personales del trabajador que no fueron tomadas en cuenta a la hora de determinar el salario base<sup>95</sup>. En principio no tienen por qué devengarse atendiendo a prestación de trabajo alguna, ya que por lo general "responden a determinadas condiciones, facultades o conocimientos del trabajador" que, en consecuencia, también se poseen durante y con independencia de la huelga (v. gr., antigüedad, conocimiento de idiomas, títulos, etc.)<sup>96</sup>. De ahí que en nuestra opinión, carezca de justificación su descuento por el hecho del cese en el trabajo. Distinto será el caso en que para la percepción de esos complementos se exija el desempeño de la actividad o puesto concreto (v. gr. complementos por saber idiomas de los que se hace uso en la empresa, etc.), pues entonces sí procederá su descuento debido a su carácter funcional<sup>97</sup>.

Fuera de esos casos, no cabe aceptar el descuento de estas partidas por el hecho de participar en la huelga, sobre todo en casos como el complemento de antigüedad, en los que el tiempo que dura aquella también computa a estos efectos<sup>98</sup>. Naturalmente, si el fundamento de esta partida está en "el mantenimiento continuado por el trabajador de su vinculación con la empresa" y si como hemos señalado, ese vínculo se "mantiene durante la suspensión del contrato de trabajo"<sup>99</sup>, no cabe otra solución que la de sostener el derecho del trabajador a su percibo también durante el tiempo de la huelga<sup>100</sup>. Ahondando en el apoyo de la no afectación de la huelga a la antigüedad, debiera señalarse que esa será la consecuencia lógica para no perjudicar a los trabajadores huelguistas más allá de lo que prevé la norma (art. 45.2 TRET), lo contrario "significaría negar en parte el contenido esencial de aquel derecho y desvirtuar groseramente su finalidad"<sup>101</sup>.

### b. Circunstancias relativas al trabajo realizado

Partimos en este caso de la aceptación, por obvio, del descuento de aquellos complementos cuyo devengo exige que efectivamente se haya prestado el trabajo y que además lo haya sido en las circunstancias o concausa que lo justifican (horas extras, complementos de puesto de trabajo, etc.).

Sin embargo, dentro de este grupo de complementos se engloba una pluralidad de supuestos que hacen referencia a multitud de hechos causantes, por lo que conviene realizar un análisis de algunas de las partidas que pueden generar conflicto.

<sup>95</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*; Tecnos, 1997, pág. 376.

<sup>96</sup> MOLERO MANGLANO, C., *Lecciones sobre Convenios Colectivos, Derecho de Huelga y Cierre Patronal*; ICAI, 1985, pág. 159. *Vid.* el Convenio de "Canal de Isabel II" (BOE de 20 de julio del 2000).

<sup>97</sup> COSTA REYES, A., "La nueva estructura..."; cit., pág. 48. *Vid.*, C.Col. de "Lufthansa, Líneas Aéreas Alemanas" (BOE de 11 de enero del 2001), art. 5.5.

<sup>98</sup> Por todos, SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*; cit., pág. 502.

<sup>99</sup> CAMPS RUIZ, L.M., "Antigüedad"; en *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. V; EDERSA, 1985, págs. 371 y 372.

<sup>100</sup> Algunos pronunciamientos judiciales se muestran contrarios, en GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos...*; cit., pág. 27.

<sup>101</sup> GARCÍA BLASCO, J., *El derecho...*; cit., pág. 242.

### *b.1. Residencia*

Pese a la clara decadencia de este tipo de complementos, lo cierto es que siguen existiendo y previéndose en numerosos convenios, de ahí el interés de su estudio<sup>102</sup>. En este caso tampoco guardan una relación directa con la prestación de trabajo, toda vez que lo que pretende es incentivar al trabajador ante las condiciones y limitaciones que le supondrá la plaza donde se encuentra su lugar de trabajo. Por lo tanto, no se retribuye trabajo alguno, sino el hecho de que el trabajador fije su residencia en una determinada plaza, esto es, por la localización geográfica donde tendrá que prestar sus servicios<sup>103</sup>. Hecho este que tampoco decae pese a la existencia de la huelga y por consiguiente, entendemos que tendrá derecho a mantener y recibir este complemento pese a participar en la huelga<sup>104</sup>.

### *b.2. Primas e incentivos a la productividad y el rendimiento*<sup>105</sup>

Aunque indirectamente puedan verse afectados por el factor tiempo, este tipo de complementos se fijan atendiendo a factores que, en principio, hacen referencia no tanto al tiempo empleado y trabajado, cuanto al resultado del trabajo individual desarrollado. Esto no significa que en los salarios a tiempo no se tenga en cuenta el rendimiento (mínimo), sino que con estas primas e incentivos se premian "las posibles fluctuaciones hacia arriba que experimente aquél (el rendimiento), fruto del particular esfuerzo aplicado por el trabajador"<sup>106</sup>.

Desde nuestro punto de vista, al no estar vinculados al tiempo de trabajo sino a la productividad, la pérdida por parte del trabajador de este complemento sólo estaría justificada si no se cumplen o alcanzan los niveles de rendimiento individual exigidos dentro del espacio temporal que los delimita. Es decir, que la huelga por sí misma no supone la privación de aquellas cantidades que el trabajador haya obtenido en función de haber cumplido con las condiciones que se exigen para su devengo, pues de ser así se vería doblemente afectado (una, por el descuento proporcional al tiempo de trabajo y otra, por la privación del producto de su rendimiento), y por tanto, se violaría su derecho de huelga, en cuanto que la única razón que justifica su descuento no sería el cese en el trabajo, sino el ejercicio mismo del derecho<sup>107</sup>.

Para comprender mejor lo que tratamos de decir, recogemos ahora dos ejemplos de este tipo de primas. En primer lugar, aquella que se otorga por cada unidad intervenida o producida en un determinado periodo de tiempo<sup>108</sup>. En el caso que la huelga tuviera lugar dentro de ese periodo de referencia, si bien se podrá descontar al tra-

<sup>102</sup> Vid. C.Cols. de "Allianz Seguros, S.A." (BOE de 18 de septiembre del 2000), y "Danone, S.A." (BOE de 21 de julio del 2000).

<sup>103</sup> YANINI BAEZA, J., "Complementos salariales por residencia", en (AA.VV) Estudios sobre el Salario; ACARL, 1993, págs. 480-482.

<sup>104</sup> De opinión contraria, SALA FRANCO, T., "Efectos de...; cit., pág. 8.

<sup>105</sup> Pese a tratarse de conceptos distintos (HERRAIZ MARTÍN, M.S., Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos; CES, 1997, págs. 90-92), para lo que a nosotros interesa, se utilizarán aquí como sinónimos los términos productividad y rendimiento.

<sup>106</sup> HERRAIZ MARTÍN, M.S., Los complementos...; cit., pág. 61.

<sup>107</sup> HENNEBELLE, D., Essai sur la notion de salaire; Presse Univesitaires d'Aix-Marseille, 2000, pág. 45.

<sup>108</sup> V. gr. C.Col. de "Adidas España, S.A." (BOE de 6 de julio del 2000), art. 18, y "Danone, S.A." (BOE de 21 de julio del 2000), art. 32.

bajador la parte de su salario referida al tiempo de trabajo, no ocurrirá lo mismo con este plus, pues el trabajador tiene derecho a ellas por el rendimiento realizado y no admitirá un descuento proporcional al tiempo que duró la huelga<sup>109</sup>. De no respetarse esto, el empresario obtendría un enriquecimiento injusto, toda vez que, amén de dejar de abonar el salario-tiempo al trabajador, no le retribuye tampoco el beneficio que obtiene por el trabajo ya realizado<sup>110</sup>. Ciertamente, si la causa del enriquecimiento del empresario es el producto del trabajo prestado, la inexistencia de retribución al trabajador (causa de su trabajo) supone la ausencia de causa justificativa de dicho enriquecimiento<sup>111</sup>.

En segundo lugar, que el complemento se devengue si dentro de un determinado periodo de tiempo se alcanzan unos concretos niveles de rendimiento<sup>112</sup>. En este caso, un sector de la doctrina y los pronunciamientos judiciales parecen entender que es necesario alcanzar la productividad sólo respecto del periodo en el que no se ejerce el derecho de huelga y se devengaría si en relación a ese periodo, se ha alcanzado proporcionalmente la producción requerida en relación al periodo-productividad fijado<sup>113</sup>. La razón que lo fundamenta sería que de no ser así se limitaría el ejercicio del derecho de huelga, toda vez que al no prestarse trabajo, tampoco se realiza producción alguna<sup>114</sup>.

No compartimos esta opinión, pues desde nuestro punto de vista supone modificar el régimen de percepción de esa partida. En efecto, si en su configuración se prevé que su pago exige que se alcance un determinado nivel de rendimiento en un periodo dado, sólo si se alcanza ese nivel en ese lapso de tiempo se justifica su devengo, pues en estos casos no se quiere retribuir cualquier rendimiento, sino sólo cuando éste alcanza un cierto valor, ya que de otra manera se podría perjudicar a la empresa y desvirtuar el sentido y finalidad de la prima<sup>115</sup>. Y a la inversa, si se ha alcanzado ese tope o nivel requerido, el trabajador tendrá derecho a la totalidad de su percibo con independencia de que no trabaje todos los días que componen el periodo de referencia y sin posibilidad de descuento alguno<sup>116</sup>, so pena de que, al igual que antes, se produzca un injustificado enriquecimiento del empresario que obtendría el beneficio de ese mayor rendimiento<sup>117</sup>. En definitiva, las partidas de este tipo no se ven directamente afectadas por la huelga, pues su atribución sólo exige que se cumplan las condiciones y la causa que son su contraprestación<sup>118</sup>.

<sup>109</sup> RUIZ PONTONES, M., "La huelga en..."; cit., pág. 219.

<sup>110</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 155 y 156.

<sup>111</sup> Al respecto puede verse, MÉNDEZ/VILALTA, El enriquecimiento injusto; Bosch, nº 30, 2000, págs. 20 y sgs.

<sup>112</sup> V. gr., C.Cols. de "Aldeasa, S.A." (BOE de 22 de septiembre del 2000), Anexo 4, y "Alstom transporte, S.A." (BOE de 28 de septiembre del 2000), art. 35.B.

<sup>113</sup> GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., págs. 42 y 43; y SAMPEDRO CORRAL, M., "Las consecuencias..."; cit., págs. 123 y 124.

<sup>114</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., pág. 216.

<sup>115</sup> STJS de Andalucía/Granada, de 27 de abril de 2002 (AS 2592): "los derechos que son consecuencias de unos determinados presupuestos sólo nacen cuando éstos se cumplen exactamente o cuando, por parte del obligado, se imposibilita su logro".

<sup>116</sup> De esta opinión, SINAY/JAVILLIER, La grève; cit., pág. 332

<sup>117</sup> CEINOS SUÁREZ, A., "Los efectos de la huelga: criterios jurisprudenciales"; A.L., 2000-3 (I), pág. 704.

<sup>118</sup> SAVATIER, J., "Grèves et primes complémentaires du salaire"; D.S., nº 6, 1981, págs. 437 y 438.

### *b.3. Primas antihuelga y antiabsentismo*

Quizás sean éstas unas de las modalidades de primas que mayores problemas ocasiona en un tema como el de la huelga<sup>119</sup>. Si los motivos por los que se otorgan pueden ser diversos (premiar la ausencia o escasa conflictividad, procurar la continuidad en el proceso productivo, etc.), en general, su finalidad parece responder al deseo de luchar por evitar o reducir el absentismo laboral, requiriendo para su percibo la presencia y puntualidad del trabajador en la empresa cada día o en la totalidad o mayoría de los días de trabajo<sup>120</sup>.

El inconveniente de este tipo de primas no son ellas en sí mismas, sino cómo se configuran, esto es, las exigencias establecidas para tener derecho a su percibo. En efecto, en muchos casos no existe problema alguno en su admisión, en cuanto al establecerse el derecho a percibir las primas en función de cada día que se asiste al trabajo, la participación en la huelga impediría "su devengo en los días en que se realiza"<sup>121</sup>.

Sin embargo, en otras ocasiones, su obtención no guarda una proporcionalidad con las asistencias, sino que se fija la pérdida total o simétricamente superior de la prima en caso de que se supere una determinada cantidad de faltas de asistencia, justificando por ello la duda sobre su constitucionalidad. En otros términos, cuando el descuento es superior al empleado por el trabajador en su participación en la huelga, aquél puede tener –por su efecto multiplicador de las consecuencias– un carácter disuasivo y limitador del ejercicio de tal derecho fundamental<sup>122</sup>. Frente a ello, otras opiniones afirman que no es preciso guardar la proporcionalidad en este tipo de primas, por cuanto que cierto número de faltas frustra en sí su fundamento: evitar la interrupción del trabajo, con independencia de la causa que lo motive<sup>123</sup>.

Por todo ello creemos conveniente hacer algunas observaciones:

Primero, si bien parece claro que esa configuración no desvirtúa totalmente la finalidad perseguida y antes mencionada, indudablemente sí que se desdibuja su relación inmediata con la asistencia a la empresa cada día laborable, conectándose mejor y más directamente con el interés del empresario de no abonarlo cuando se supera cierto número de faltas, ya que a partir de ese número carece de interés para el empresario estimular la puntualidad y presencia del trabajador, pues ya no se consigue el objetivo previsto (v. gr., evitar un determinado nivel de absentismo). Es decir, no se

<sup>119</sup> Antes incluso de que se reconociese el derecho constitucional a la huelga, algunos autores ya afirmaban que "amortiguan, en cierta medida, la formalización de conflictos al ser necesaria la observancia de cierta conducta para la percepción del plus"; ALBIOL MONTESINOS, I., "La cuantía salarial"; RDP, 1971, pág. 390.

<sup>120</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., "La estructura del salario", en (BORRAJO, Dir.) Comentarios a las Leyes Laborales (El nuevo régimen jurídico del salario); T.I, Vol.1º, EDESA, 1994, pág. 129.

<sup>121</sup> IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales..."; cit., pág. 83. V. gr., C.Cols. de Fabricación de alimentos compuestos para animales (BOE de 3 de agosto del 2000), art.22; y de "Montreal Montajes y Realizaciones, S.A." (BOE de 3 de octubre del 2000), art. 25.

<sup>122</sup> PURCALLA BONILLA/RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, "Complementos salariales 'antiabsentismo' y derecho de huelga: constitucionalidad, legalidad y negociabilidad"; T.S., nº 119, 2000, págs. 34 y 35.

<sup>123</sup> De opinión contraria, LATOURNERIE, R., *Le Droit français...*; cit., págs. 171 y sgs.

otorgan por la asistencia puntual y diaria al trabajo durante un determinado periodo de tiempo, sino por no alcanzar un número máximo de ausencias<sup>124</sup>.

Sin embargo, como acertadamente se sostiene, “ni los días perdidos por huelgas pueden asimilarse con el absentismo laboral (...), ni los objetivos de las primas de asistencia se pueden identificar con los buscados con una reducción paralela con motivo de una actividad huelguística”<sup>125</sup>. En esta línea, debe subrayarse la existencia de una jurisprudencia que parte del “tratamiento diferenciado de las ausencias por huelga a las producidas por otros motivos, consecuencia del carácter de derecho fundamental” que tiene aquella<sup>126</sup>.

En segundo lugar, es necesario conectar lo que acabamos de decir con el mencionado efecto suspensivo del contrato de trabajo que lleva aparejado la huelga y que por ello, salvo algunas excepciones como las que señalábamos, se interrumpen temporalmente los efectos de las obligaciones y acuerdos que rigen la relación laboral, dentro de los cuales se deben considerar, obviamente, las primas aquí estudiadas<sup>127</sup>. Ahora bien, esto no significa que el trabajador tenga derecho sin más al total de la prima, pues somos conscientes de que parece faltar a toda lógica el otorgar la prima completa a un trabajador que, por ejemplo, no asistió ningún día al trabajo.

Y tercero, que siendo el contenido esencial de la huelga el cese del trabajo, la privación de la prima en cuestión más allá de lo que exige el principio de proporcionalidad al que aludíamos más arriba incide de forma más directa sobre ella que sobre otras causas de suspensión, pues en esas otras causas de suspensión la no prestación de trabajo no se presenta como el contenido del derecho sino que aparece más como una consecuencia: bien del libre ejercicio de la voluntad de las partes (art. 49.1. a, b TRET), bien por la situación en la que involuntariamente queda el trabajador (art. 49.1. c, e, g, h, i, j, m TRET), o bien para proteger otros derechos (art. 49.1. d, f, k TRET)<sup>128</sup>. En definitiva, la comparación con otros supuestos de suspensión del contrato no puede hacerse de forma lineal a la hora de justificar o argumentar el descuento, pues en caso de huelga está directamente afectado el contenido del derecho fundamental.

De todo ello deducimos que en aquellos casos en los que la prima de asistencia se otorga principalmente para evitar la ausencia en el trabajo y no tanto por incentivar su presencia y puntualidad (como ocurre en los casos en los que se rompe la proporcionalidad percibo-asistencia), debe quedar sin efectos la cláusula que la prevé y por tanto, prescindir de la huelga a efectos de medir ese número de faltas de asistencia máxima permitida. Sin embargo, y para no caer en el absurdo arriba mencionado de otorgar por completo la prima de asistencia a quien puede no haber asistido ningún día al trabajo, debe hacerse una interpretación que procure conciliar el derecho funda-

<sup>124</sup> Para HERRAIZ MARTÍN, M.S. (“Incidencia de la huelga legal en las primas de asistencia o puntualidad”; T.S., nº 71, 1996, pág. 18), el objetivo fundamental de estas primas está en incentivar al trabajador a la comparecencia diaria al trabajo.

<sup>125</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “Primas antihuelga...”; cit., págs. 181 y 182.

<sup>126</sup> PURCALLA BONILLA/RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, “Complementos salariales...”; cit., págs. 38 y 39.

<sup>127</sup> SINAY/JAVILLIER, La grève; cit., págs. 328, 331 y 332.

<sup>128</sup> Vid. “Huelga: alcance de los descuentos salariales (C37/04)”; A.L., nº 15, 2004, págs. 1867 y 1868.

mental al ejercicio de la huelga, la suspensión del contrato, los derechos e intereses de las partes y las primas aquí estudiadas<sup>129</sup>. En nuestra opinión, la solución más correcta sería no considerar los días de huelga a efectos del cómputo del número de ausencias que privan del devengo de la partida, pero también supondría que si el tiempo de referencia para tener derecho a la prima y dentro del cual no se pueden cometer ese número de faltas se reduce, también debiera reducirse proporcionalmente la cuantía de la prima, toda vez que su importe se ha fijado por referencia a un número de ausencias dentro del total de días de trabajo posibles<sup>130</sup>. Al mismo resultado se llega si consideramos los días de huelga a efectos de no otorgar la prima por cada día que ésta dure, pero también para no computarla como falta de asistencia, pues ambas respuestas respetan el principio de proporcionalidad que requiere la huelga, las exigencias derivadas de su tutela y la voluntad de las partes; por lo que primará éste descuento proporcional a falta de una regulación convencional más favorable. En otras palabras, el trabajador tendrá derecho al menos a la parte proporcional de la prima correspondiente a los días en los que asistió, salvo que las partes colectivas reconocieran que en caso de no alcanzar ese número máximo de faltas se tendrá derecho a la totalidad de la prima sin descuento ninguno, en cuyo caso también tendrá tal derecho el trabajador huelguista que no alcanzó ese número de faltas, con el objetivo de garantizar un tratamiento cuando menos igual al del resto de las ausencias.

No obstante, debido a la complejidad del tema y a la pluralidad de fórmulas que puede revestir la prima de asistencia cuando su descuento no es proporcional, no existe un consenso unánime ni en sede judicial ni doctrinal, por lo que conviene un estudio más concreto y distinguir al menos, dos posibilidades:

### Referencia expresa a la huelga

En este caso la huelga aparece explícitamente como ausencia a tener en cuenta a efectos de la pérdida del mencionado plus. Haciendo un rápido repaso por la doctrina general del TS y del TC al respecto, y con el objetivo de solventar el problema sobre la posible violación del art. 28.2 CE, se ha de distinguir entre aquellos casos en los que única y expresamente se prevé la pérdida en caso del ejercicio del derecho de huelga; y aquellos otros en los que las partes lo que hacen es mencionar los supuestos o causas de falta de asistencia o puntualidad, una de las cuales es la participación en la huelga.

En el primero de los mencionados, no se superará el juicio de constitucionalidad, toda vez que la prima persigue directa y exclusivamente evitar que el trabajador ejerza libremente su derecho de huelga, al recompensar expresamente la actitud exterior de no participar en el conflicto laboral<sup>131</sup>.

Sin embargo, no es esta la consecuencia para el segundo de los supuestos, pues el TC las admite con base en que al no ser directa y únicamente la huelga la cau-

<sup>129</sup> SAN, de 26 de marzo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1208).

<sup>130</sup> Así, SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, Derecho Sindical; cit., pág. 501.

<sup>131</sup> PURCALLA BONILLA/RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, "Complementos salariales..."; cit., pág. 36. Sobre su inconstitucionalidad y su diferenciación con las cláusulas de paz, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga..."; cit., págs. 172-175.

sa por la que se pierden, no puede afirmarse que con ella se trate de recompensar la autolimitación a participar en la huelga, pues entiende el TC que esto sólo se produciría si se gravase especialmente la pérdida de tiempo empleada en la participación del trabajador en ella<sup>132</sup>.

No compartimos la solución planteada, pues parte, desde nuestro punto de vista, de una premisa equivocada; a saber, que el juicio de comparación que realizan los tribunales para determinar si existe discriminación no se hace entre huelguistas y quienes no lo son, sino entre el tratamiento dado a las ausencias por cualquier otra causa y por huelga, determinando que en caso de que ésta tenga un régimen similar a otras ausencias, no existirá diferencia de trato inconstitucional<sup>133</sup>. Creemos que la comparación debe hacerse con relación a las consecuencias que han de soportar los trabajadores que participan y los que no lo hacen, deduciendo que el perjuicio que pueden sufrir aquéllos por su participación en la huelga se agrava desproporcionadamente en relación con la situación y beneficio obtenido por los trabajadores que no se sumaron al cese en el trabajo<sup>134</sup>. El resultado de esta opinión no es otro que aplicar de nuevo el criterio del descuento proporcional del que hablábamos más arriba. Esto es, que el trabajador verá reducida la prima de forma equivalente a los días en que se ejerce la huelga, toda vez que se reducen de esta forma los días de referencia que se fijaron para tener derecho a la prima.

### Silencio respecto a la huelga

Las partes también suelen fijar que, a efectos del número de inasistencias para la pérdida de la prima, no se incluyan determinadas ausencias dentro de las cuales no se recoge la huelga<sup>135</sup>. O bien que simplemente no se mencione ninguna causa de inasistencia que se excluya del cómputo a efectos de determinar el número máximo de faltas<sup>136</sup>. Ambas tienen en común que no existe referencia expresa a la huelga, por lo que queda saber si ésta se ha de entender como excepción a las ausencias computables o cuenta como tal ante la falta de previsión.

Para resolver esta cuestión conviene tener muy presente el art. 52.d) párr. 2º TRET, porque de él se extrae la expresa voluntad del legislador de no considerar como ausencia a la huelga, con el objeto de no perjudicar o limitar lo más mínimo su ejercicio, ya no sólo al trabajador que individualmente secunda el paro, sino ni tan siquiera al conjunto de ellos<sup>137</sup>. Efectivamente, si el legislador ha querido evitar cualquier incidencia de

<sup>132</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., "La estructura..."; cit., pág. 130; y "Huelga: alcance de los descuentos salariales (C37/04)"; A.L., nº 15, 2004, pág. 1869. Vid. STSJ de Madrid, de 19 de diciembre de 2003 (AS 1974).

<sup>133</sup> Sobre esta doctrina judicial, vid. FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., pág. 214. De esta opinión, en el derecho galo, SAVATIER, J., "Grèves et..."; cit., págs. 435 y 436.

<sup>134</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga..."; cit., pág. 181.

<sup>135</sup> V. gr., C.Cols. de "ASTURBEGA, S.A." art. 24.2, y de "Robertson Española, S.A.", art. 12 (ambos en BOE de 30 de noviembre del 2000).

<sup>136</sup> V. gr., C.Col. de "SEAT, S.A." (BOE de 2 de agosto del 2000), y "Thyssen Boetticher, S.A." (BOE de 15 de diciembre del 2000), art.22.

<sup>137</sup> HERRAIZ MARTÍN, M.S., "Incidencia de..."; cit., págs. 22 y 23. Vid. STSJ de Cantabria, de 9 de abril de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1212).

la huelga sobre el conjunto de los trabajadores (sean o no partícipes en ella), más razón habrá para no considerar como ausencia computable –a efectos de perder el mencionado plus– la del trabajador individual que ejerció su derecho de huelga<sup>138</sup>.

De interpretarse de otra manera creemos que pudiera implicar una sanción al ejercicio de la huelga<sup>139</sup>. Así es, el fundamento para incluir la huelga dentro de las ausencias que computan sólo se justificaría entendiendo que su ejercicio carece de autorización para impedir su calificación como falta a efectos de privar al trabajador de su prima<sup>140</sup>. En otras palabras, al carecer de causa que justifique la ausencia se está incurriendo en un incumplimiento de la obligación que la prima genera, porque “si se ha pactado que para la remuneración (...) es preciso que hubiese un periodo mínimo (continuado), sin excepción alguna (y) si se produjo la suspensión del contrato, por ejercicio del derecho de huelga, el requisito de la norma convenida no concurre” y por ello, no se tiene derecho a la mencionada remuneración<sup>141</sup>. Pensamos que esta argumentación no puede ser aceptada, toda vez que obvia las siguientes razones elementales: por un lado, que no puede existir incumplimiento a las obligaciones impuestas como consecuencia de la prima (asistir al trabajo), cuando el contrato está suspenso precisamente por ejercer un derecho que en sí supone y justifica no prestar trabajo. Y por otro, porque no es preciso que se autorice al trabajador para evitarle cualquier perjuicio en el cese de su trabajo, pues estamos en presencia de un derecho fundamental que por sí mismo justifica la ausencia e impide que se tenga en cuenta para cualquier hecho que perjudique al trabajador más allá de la equivalencia de sacrificios<sup>142</sup>. A todo ello cabría añadir el carácter colectivo del ejercicio del derecho de huelga, contrario a la titularidad y ejercicio individual propio de otros supuestos de absentismo que sí se tienen en cuenta y que sí permitirían una “valoración personalizada con criterio particularizador de cuantificación acumulativa separada”<sup>143</sup>.

El resultado de lo que estamos sosteniendo es que la huelga no juega para determinar si se alcanza o no el tope máximo de ausencias posibles y por lo tanto, que el trabajador recibirá su prima<sup>144</sup>; o a lo sumo, se podrá proceder al descuento proporcional en los términos vistos en el apartado anterior<sup>145</sup>. Más aún, defendemos el derecho al pago íntegro de la mencionada prima se mantendrá cuando existan otras ausencias que se exceptúan del cómputo<sup>146</sup>, pues en nuestra opinión, sólo así se respetará el contenido del derecho de huelga y por ende, la exigencia de no perjudicar a los huel-

<sup>138</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 207 y 208.

<sup>139</sup> Vid. STSJ de Madrid, de 19 de diciembre de 2003 (AS 1974).

<sup>140</sup> GOERLICH PESET, J.M., (Los efectos...; cit., pág. 24) considera la retención de salarios en este caso una consecuencia directa “al incumplimiento contractual en el que la huelga consiste”.

<sup>141</sup> STSJ de Aragón, de 4 de julio de 2001 (A.L., nº 46, 2001, ref. 1689).

<sup>142</sup> Vid. SINAY/JAVILLIER, La grève; cit., págs. 327 y sgs. También, CRUZ VILLALÓN, J., “Primas antihuelga...; cit., pág. 175.

<sup>143</sup> SAN, de 26 de marzo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1208).

<sup>144</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 393.

<sup>145</sup> SAN, de 26 de marzo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1208), y STSJ de Madrid, de 18 de septiembre de 2003 (AS 3822), y jurisprudencia allí citada.

<sup>146</sup> PELISSIER, J., “La définition des sanctions disciplinaires”; D.S., nº 9-10, 1983, pág. 550.

guistas frente a los no huelguistas y a otras ausencias<sup>147</sup>. Efectivamente, en caso de que se prevea que la prima se mantenga en otros periodos en los que no se asiste al trabajo (v. gr. vacaciones, permisos retribuidos, etc.)<sup>148</sup>, la huelga deberá tener el mismo tratamiento, correspondiendo al trabajador huelguista recibirla sin descuento alguno, ni tan siquiera proporcional a la duración del paro, pues en este caso se trata de tutelar un derecho fundamental, no pudiendo afectar al trabajador su adhesión a ella de forma más perjudicial que lo haría cualquier otra ausencia de trabajo<sup>149</sup>, "y ello por la autonomía epistemológica de todo derecho fundamental que exige un tratamiento normativo específico"<sup>150</sup>. Ninguna otra puede ser la solución, porque "los estímulos económicos no deben romper el equilibrio en las decisiones de los trabajadores para adherirse o no a la huelga y esto es lo que sucedería si, por un incentivo económico desproporcionado de la asistencia al trabajo, la huelga implicara una pérdida patrimonial superior a la que deriva del principio de proporcionalidad. Por ello (...) son radicalmente distintas las ausencias producidas por huelga y las debidas a cualquier otro tipo de causa"<sup>151</sup>.

### c. En función de la situación y resultados de la empresa

El último de los grupos de complementos recogidos en el art. 26.3 TRET pretende integrar al trabajador y parte de la cuantía salarial que percibe con las diferentes situaciones por las que pasa la empresa, actuando como un mecanismo que permita introducir elementos de flexibilidad y adaptabilidad a la realidad coyuntural concreta de la empresa, y evitando que la estructura salarial sea insensible a las variaciones del entorno económico y competitivo de la misma<sup>152</sup>. A tal efecto, su cuantificación no se predetermina en una cuantía fija (como ocurría con la anteriormente mencionada "paga de beneficios"), sino en una cuantía variable o dependiente de los beneficios o resultados empresariales<sup>153</sup>.

En definitiva, en ellos se alude a dos elementos: los resultados y la situación económica de la empresa, lo que podría permitir a los trabajadores una participación real en los resultados alcanzados en el momento dado<sup>154</sup>. Efectivamente, los complementos en función de la situación y resultados de la empresa no guardan en principio relación con la prestación trabajo-tiempo, si bien pueden tenerla indirectamente, toda vez que esos beneficios dependerán, en buena parte, de que la empresa mantenga su

<sup>147</sup> Así, GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., págs. 43 y 44. También, WAQUET, P., "La prime d'intéressement peut-elle être réduite pour fait de grève?"; D.S., nº 12, 1991, pág. 931.

<sup>148</sup> V. gr., C.Col. de "Aceralia, S.A." (BOE de 11 de enero del 2001), Anexo II, 2.2.

<sup>149</sup> RUIZ PONTONES, M., "La huelga en..."; cit., pág. 218.

<sup>150</sup> Vid. STS, de 19 de abril de 2004 (RJ 2863); y SAN, de 26 de marzo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1208).

<sup>151</sup> Por todas, STS, de 19 de marzo de 2001 (RJ 3386).

<sup>152</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., El salario y su estructura después de la reforma laboral de 1.997, Tirant Monografías, nº 86, 1.998, pág. 42; y GONZÁLEZ-POSADA, E., "Ordenación del salario", en VALDÉS DAL-RÉ (Coord.) La Reforma del Mercado de Trabajo, Lex Nova, 1.994, pág. 222.

<sup>153</sup> GARCÍA ORTEGA, J., "El salario en régimen de participación en beneficios", en Estudios sobre el Salario; cit., pág. 505. Véase el C.Col. de "Fujitsu Costumer Support, S.A." (BOE de 25 de diciembre del 2000), art. 35.

<sup>154</sup> GONZÁLEZ-POSADA, E., "Ordenación del..."; cit., pág. 222. Entendiendo "situación" como ubicación geográfica, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., "La ordenación de la estructura del salario", en Estudios dedicados al Profesor Manuel Alonso García, Marcial Pons, 1.995, pág. 298.

actividad productiva<sup>155</sup>. Pero a los efectos de nuestro estudio, no hay que perder de vista que en este caso se atiende a razones económico-empresariales (la rentabilidad y la eficacia externa), y por lo tanto, dependiente fundamentalmente de la empresa, lo que distingue a esta partida de los complementos por rendimiento, en los que se observan razones técnico-productivas (eficacia interna), más dependientes de la actividad directa de los trabajadores<sup>156</sup>.

Si al hablar de los complementos de productividad y rendimiento ya dijimos que si se alcanzaban los índices exigidos el complemento no podía quedar afectado por el descuento derivado de la huelga, el resultado no puede ser otro para este tipo de partidas, de tal suerte que si se cumplen los requisitos para su devengo, el trabajador tendrá derecho a que se le otorgue sin que pueda proceder descuento alguno<sup>157</sup>.

Sin embargo, debemos distinguir entre el derecho al devengo y la cuantía a percibir, porque la realidad en algunos casos es bastante compleja, estableciendo en muchas ocasiones la cuantía que cada trabajador debe percibir en función de los días efectivamente trabajados o, a lo sumo, no contando como tales algunas causas de suspensión (IT, etc.)<sup>158</sup>. En este caso, no se puede negar el derecho al devengo, aunque sí se acepta el descuento proporcional también en caso de huelga si ésta tiene el mismo tratamiento que cualquier otra ausencia, con el fin, se dice, de que no se produzca ninguna discriminación sobre quienes ejercen su derecho de cese en el trabajo<sup>159</sup>.

Opinión que compartimos en el caso de que no exista excepción alguna, pues al tratarse de un complemento que generalmente resulta del trabajo colectivo, su alcance depende en cierta medida de que la empresa tenga una actividad real, siendo un criterio admisible que su cuantía tenga en cuenta la contribución al desarrollo de la actividad productiva de la empresa, siempre que se respete el reiterado principio de proporcionalidad. Diferente será nuestra postura cuando se prevean supuestos de ausencias que no se tendrán en cuenta para reducir la cuantía de la partida, pues en este caso entendemos plenamente aplicable lo señalado para las primas de asistencia y puntualidad; esto es, que la observancia del contenido del derecho de huelga y por ende, la exigencia de no perjudicar a los huelguistas no puede aceptar una situación de desfavor con respecto a otras ausencias<sup>160</sup>.

---

<sup>155</sup> D'ANTONA, M., "La retribuzione ad incentivati"; en *Opere*, T. III, 2000, pág. 1047. Como señala este autor, con estas partidas se consigue el doble efecto de la flexibilidad salarial y una identificación de los trabajadores con los beneficiosos resultados económicos de la empresa.

<sup>156</sup> SALA FRANCO, T., "Salario por rendimiento", en (AA.VV) *Estudios sobre el Salario*; cit., pág. 368

<sup>157</sup> SALA FRANCO, T., "Efectos de..."; cit., pág. 10. En derecho francés, PUIGELIER, C., "Modalités de la..."; cit., pág. 186.

<sup>158</sup> *Vid.* C.Col. de "Minit Colors España, S.A." (BOE de 22 de septiembre del 2000), art. 21 (indebidamente llamado *comisiones*), y "Grupo Cruzcampo, S.A." (BOE de 23 de septiembre del 2000), art. 6.1.3.8. En algunos convenios colectivos simplemente se establece como criterio de distribución el número de días que el trabajador haya estado de alta en la empresa, no la prestación de trabajo, *v. gr.*, "FEVE" (BOE de 27 de junio del 2000), art. 5.d.

<sup>159</sup> SAVATIER, J., "L'interdiction d'une discrimination à l'égard de grévistes dans la repartition d'une prime d'intéressement"; *La Semaine Juridique, Juris-Classeur (Jurisp., ref. 293)*, n° 17-18, 1992, págs. 107 y 108.

<sup>160</sup> En este sentido, GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos...*; cit., págs. 43 y 44; y WAQUET, P., "La prime..."; cit., pág. 931.

## E. Especial referencia a los periodos de descanso

Otro de los grandes problemas que plantea la huelga hace referencia a la retribución en aquellos días que si bien no se prestan servicios, se entienden "computables como de trabajo" (art. 26.1 TRET). Nos interesa ahora identificar cuáles sean esos periodos de descanso, a efectos de determinar cómo se ven afectados por la huelga. Para ello, delimitamos nuestro estudio a aquellos que se entienden como tales en sentido estricto, esto es: descanso semanal, días festivos y las vacaciones anuales<sup>161</sup>. Sin embargo, y pese a que unánimemente se viene aceptando que son estos los periodos a los que hace referencia el texto laboral, convendría hacer alguna matización, pues sólo los descansos semanales (también el diario) y en todo caso, las vacaciones tienen una conexión directa con los perjuicios que la fatiga o la monotonía del trabajo prestado producen<sup>162</sup>.

Por otro lado, a nuestro entender, deben considerarse también incluidas en la expresión "periodos de descanso computables como de trabajo" todas aquellas nuevas formas de retribuir trabajo (generalmente relacionadas con la mayor productividad o una mayor cantidad de trabajo) que implican o conllevan como contraprestación un incremento en los periodos de descanso o vacaciones; práctica que ya ocurre en otros países de nuestro entorno y que algunas empresas empiezan a aplicar en España.

### 1. Vacaciones: Coincidencia de las mismas durante el periodo de huelga

Para determinar tanto si procede el devengo de días de vacaciones durante la huelga, como si ésta puede dar lugar al descuento de la cuantía en que aquéllas consisten, conviene hacer una pequeña reseña sobre su fundamento y finalidad, y sobre cuál sea la causa de su devengo.

Contestando a la primera, debemos remitirnos al art. 40.2 CE, que expresamente reconoce el derecho a vacaciones remuneradas como medio para garantizar el descanso necesario, pero entendido éste no simplemente o en su mayor parte como descanso físico, sino como recuperación integral<sup>163</sup>. Así es, las vacaciones no pretenden únicamente permitir al trabajador un tiempo de descanso, pues la realidad actual supera esa concepción limitada de las vacaciones, ya que en ellas "el componente es siempre más psicológico, o incluso social, que fisiológico"; en definitiva, para el trabajador "el derecho de vacaciones comprende (principalmente) la desconexión absoluta con la empresa"<sup>164</sup>.

<sup>161</sup> HERRAIZ MARTÍN, M.S., *Los complementos...*; cit., págs.233 y 234.

<sup>162</sup> Sobre la explicación de cada uno de ellos, véase BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*; Marcial Pons, 1964, pág. 495. Adviértase que ya indicamos al comienzo de este trabajo, la insuficiencia de la expresión "periodos de descanso computables como de trabajo", proponiendo, en una interpretación extensiva, incluir en ella otros supuestos diferentes a los recogidos en el texto.

<sup>163</sup> CHARRO BAENA, P., *El derecho a vacaciones en el ámbito laboral*; MTSS, nº 35, 1993, págs. 145, 146 y 155-157. *Vid.* STS de 25 de febrero de 2003 (R.L., nº 13, 2003, TS-598), y STSJ del País Vasco, de 6 de mayo de 2003 (AS 1556).

<sup>164</sup> RABANAL CARBAJO, P., "Teoría jurídica de las vacaciones"; D.L., nº 62, 2000-II, págs. 143 y 144. Sobre lo incorrecto de considerar que el sentido único o principal de las vacaciones es el descanso o reposición de energías; STC 192/2003, de 27 de octubre.

Y en cuanto a la segunda, es casi unánime la opinión de que las vacaciones se devengan en proporción al tiempo de trabajo desempeñado anualmente<sup>165</sup>. A ello no se opone que las partes (individuales y, sobre todo, colectivas) puedan establecer un criterio más beneficioso para el trabajador<sup>166</sup>. Con todo, esa afirmación no condiciona ni nos soluciona cuál sea la naturaleza jurídica y causa de la remuneración de vacaciones.

En este sentido debe recordarse, como ya hemos tenido oportunidad de defender en otras ocasiones, que el hecho de que lo percibido durante el periodo vacacional se califique como salario no ha de plantear dudas de ningún tipo<sup>167</sup>, no sólo por la literalidad del art. 26.1 TRET (... *los periodos de descanso computables como de trabajo...*), sino porque el estricto sinalagma salario-prestación de servicios ya fue descartado por insuficiente para expresar la realidad obligacional que implica el contrato de trabajo<sup>168</sup>. Como sostuvimos en su momento, el salario pretende retribuir no la mera prestación de servicios, sino el específico trabajo humano dependiente y por cuenta ajena. Efectivamente, la peculiaridad de la obligación laboral del trabajador (trabajo subordinado) y de su objeto (fuerza de trabajo humana), lleva a tener muy en cuenta también el factor humano, indesligable del propio acto de la prestación del trabajo<sup>169</sup>. Esto exige que la retribución atienda a las necesidades sociales y humanas del propio trabajador (v. gr., festivos, permisos retribuidos, etc.) y en especial, a protegerlo y mantenerlo en un estado óptimo, lo que se traduce, entre otras cosas, en la necesidad humana de descansos debidos precisamente al desgaste físico, psicológico, intelectual, etc. que supone para el trabajador prestar su trabajo, ya que reiteramos, en su trabajo se ve implicada su propia persona<sup>170</sup>. Es lógico además que si el trabajador no puede cargar sobre el producto de su trabajo esos costes (al ser su trabajo apropiado *a priori* por el empresario) y por lo tanto, al no incluirse en lo percibido por él un lucro o beneficio especial por el fruto de su trabajo<sup>171</sup>, corresponda también a aquél (empresario) retribuirlos como parte unida al propio trabajo, esto es, como salario<sup>172</sup>.

<sup>165</sup> GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., págs. 31, 32. Sobre los problemas y matizaciones a esta relación trabajo-vacaciones, *vid.* ALFONSO MELLADO/PEÑA OBIOL, Vacaciones, fiestas y descanso semanal; Tirant lo Blanch, n° 30, 1996, págs. 26 y sgs. Sin embargo, alguna opinión doctrinal sostiene que "el periodo de vacaciones (...) no está conectado(s) con un tiempo previo de trabajo"; CEINOS SUÁREZ, A., "Los efectos de la huelga...; cit., pág. 705.

<sup>166</sup> V. gr., estableciendo que se compute como mes completo la fracción del mismo; *vid.* C.Col. "Tetra Pak Hispania, S.A." (BOE de 5 de junio del 2000), art. 7.

<sup>167</sup> STSJ de Murcia, de 24 de septiembre de 2001 (A.S. 864/2002)

<sup>168</sup> GARCÍA BLASCO, J., El derecho...; cit., págs. 194 y sgs.

<sup>169</sup> SAVATIER, J., "Les salaires d'inactivité", DS, n° 12, 1.984, pág. 714; y GRANDI, M., "Il lavoro non è una merce"; Lavoro e Diritto, 1997, n° 4, especialmente, págs. 573 y 574.

<sup>170</sup> CORNÉLISSEN, C., *Théorie du salaire et du travail salarié*; Ed. Girad/Brière (Bibliothèque Internationale d'Economie Politique), 1908, pág. 36; y CRUZ REQUEJO, J.A., "Cumplimiento de la obligación retributiva", en (AA.VV.) Estudios sobre la ordenación del salario; universidad de Valencia; 1976, pág. 359. Un desarrollo amplio del tema, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica del salario; Comares, 2001, págs. 166 y sgs. (sus implicaciones constitucionales, págs. 196 y 197), y págs. 389 y sgs.

<sup>171</sup> SALA FRANCO/LÓPEZ MORA, "Art. 1.1. Contrato de Trabajo"; Comentarios a la Leyes Laborales, T. I, EDERSA, 1990, págs. 27 y 28.

<sup>172</sup> Sobre todo ello, *vid.* CABRERA BAZÁN, J., "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo", en (AA.VV.) Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón; Tecnos, 1980, págs. 170 y sgs.

Así y todo, justificadas las vacaciones no como salario diferido, ni como salario de inactividad, sino como consecuencia lógica de la relación salario-trabajo subordinado, queda por determinar si el periodo de huelga devenga vacaciones sin descuento alguno. O mejor dicho, simplemente si devenga vacaciones, pues de suceder así, inexorablemente se tendrá derecho a retribución, ya que en la propia Constitución se deja bien claro que las vacaciones y su remuneración son elementos inseparables e inherentes<sup>173</sup>. Desde la postura que estamos manteniendo, se aceptaría sin problemas el derecho a disfrutar de vacaciones remuneradas, pues no decae por completo la causa del salario, por lo que no cabría descuento alguno. Al analizar la posición doctrinal y jurisprudencial en esta materia vemos cómo se incurre en algunas contradicciones entre el supuesto de las vacaciones y el de otros periodos de descanso<sup>174</sup>.

De lo dicho parece inferirse que la solución lógica sería reducir el número de días de vacaciones remuneradas en función de la duración de la huelga, tanto porque el devengo de las vacaciones es en principio proporcional al tiempo de trabajo como porque la huelga afecta al tiempo de trabajo<sup>175</sup>. Sin embargo, ésta no puede ser una consecuencia admisible, y ello por los siguientes argumentos<sup>176</sup>:

\* La huelga es el ejercicio de un derecho fundamental, por lo que aquella interpretación que admitiese que pudieran verse afectadas las vacaciones implicaría admitir que se sancione el ejercicio de ese derecho constitucional y, por ende, una limitación a su contenido<sup>177</sup>. Tampoco sería admisible mantener los días de vacaciones, pero reducir la cuantía correspondiente a las mismas, pues ello sería tanto como proceder a una sanción de empleo y sueldo<sup>178</sup>.

\* Relacionado con la anterior, el reducir las vacaciones en función de la duración de la huelga supondría también una interpretación extensiva del art. 6 DLRT (norma restrictiva de derechos), que en ningún momento hace referencia alguna a las vacaciones<sup>179</sup>. Conviene traer a colación la reiterada postura del TC, quien en numerosas ocasiones ha señalado que en materia de derechos fundamentales existe la necesidad de "interpretar la Ley de la forma más favorable a la maximización de su contenido"<sup>180</sup>.

\* Como contraargumento, no sería válida la afirmación por la cual no existe derecho a vacaciones porque no ha habido trabajo que compensar, pues si como ya

<sup>173</sup> CHARRO BAENA, P., El derecho a...; cit., pág. 436.

<sup>174</sup> Una crítica a esta contradicción, en SALA FRANCO, T., "Efectos de...; cit., pág. 12.

<sup>175</sup> GARCÍA BLASCO, J., El derecho...; cit., pág. 228.

<sup>176</sup> Aunque literalmente hablemos de vacaciones, nuestra problemática se centra en saber si se tiene derecho a su retribución. Sin embargo, como ya hemos visto, al vincularse la retribución a las vacaciones, sólo si se tiene derecho a éstas se tendrá a su percibo. Un aproximación judicial al *quantum* salarial que representan las vacaciones, en GARCÍA NINET, J.I., "Algunas notas sobre la retribución de las vacaciones en la doctrina de los tribunales" (Editorial); en T.S., nº 145, 2003.

<sup>177</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho a la huelga...; cit., pág. 273.

<sup>178</sup> IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales...; cit., pág. 82.

<sup>179</sup> Sobre estos dos puntos, *vid.* CHARRO BAENA, P., El derecho a...; cit., págs. 419, 420, 435 y sgs.

<sup>180</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga...; cit., pág. 177.

hemos sostenido, las vacaciones pretenden facilitar al trabajador esa desconexión con la fatiga derivada del hecho laboral, esto no tiene lugar durante la huelga, en la que indudablemente no se dan las condiciones precisas para ello, cuando no un empeoramiento de la situación. Ciertamente, no puede perderse de vista que la huelga aparece en la mayor parte de las ocasiones como medio para reivindicación de ciertas mejoras laborales o defensa de las alcanzadas, situación que produce incluso mayor fatiga psíquica y anímica<sup>181</sup>.

\* Haciendo una correcta interpretación del Convenio nº 132 de la OIT, referido a las vacaciones, también debemos sostener la inadmisibilidad del descuento, por cuanto que el art. 5.4 del referido Convenio señala que se considerará como tiempo de trabajo aquellas ausencias que no lo sean por voluntad del trabajador, dentro de las que habrá que incluir la huelga por las siguientes razones: Por un lado, ésta se realiza por necesidad no por una opción libre e incondicionada de los trabajadores; por otro, su ejercicio no es individual, sino colectivo, por lo que no puede imputarse (individualizarse) como una ausencia voluntaria. Y por último, aunque no imponga obligación alguna, la Recomendación nº 98 OIT establece en su art. 7 que en materia de vacaciones pagadas, determinadas ausencias no afectarán ni a su duración ni a la cuantía de su retribución, entre ellas, las que sean consecuencia del ejercicio de derechos civiles<sup>182</sup>.

\* Finalmente, debe señalarse que existen otras causas de suspensión del contrato de trabajo que no conllevan reducción alguna en las vacaciones, por lo que siendo coherentes con el principio de no desvalorar la huelga respecto a otras ausencias, tampoco en este caso cabría descuento alguno<sup>183</sup>.

### Coincidencia de las vacaciones durante el periodo de huelga

Las razones arriba apuntadas justificarían, desde nuestro punto de vista, que no se perjudiquen las vacaciones como consecuencia de la huelga. No obstante, debiera al menos mencionarse qué ocurriría si la huelga coincide total o parcialmente con el periodo de vacaciones. En ese caso, pueden plantearse la siguientes respuestas:

\* Primera, a favor de que el trabajador pierda esos días de vacaciones. Dentro de esta opinión, encontramos a su vez diversas razones para sostenerlo: para unos sería debido a que la huelga se equipararía a un supuesto de caso fortuito/fuerza mayor y por tanto, no puede obligarse a que recaiga sobre la empresa las consecuencias de ese hecho<sup>184</sup>. Mientras que para otros se basaría en el carácter global del periodo de la suspensión que produce la huelga, afectando a todos los días que se encuentren dentro de ella<sup>185</sup>.

<sup>181</sup> Cfr. FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 178 y 235, también nota 194; e IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales...; cit., págs. 82 y 83.

<sup>182</sup> Por todos, FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 179 y sgs.

<sup>183</sup> CEINOS SUÁREZ, A., La jurisprudencia...; cit., págs. 112 y 113. Vid. C.Col. "Central Nuclear Almaraz A.I.E." (BOE de 6 de junio del 2000), art. 34; y de "Zurich España, S.A." (BOE de 28 de junio del 2000), art. 17.7.

<sup>184</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 241 y 242.

<sup>185</sup> TEYSSIÉ, B., "La réduction du salaire"; D.S., nº 12, 1984, pág. 699; y STS, de 13 de marzo del 2001 (RL, nº 13, 2001, TS-453).

\* Segunda, a favor de que el trabajador no vea perjudicadas sus vacaciones de ningún modo. También son varias las posibles soluciones concretas: bien que el trabajador pueda solicitar que se le posponga el periodo de disfrute<sup>186</sup>; o bien, que se le compense económicamente por las vacaciones devengadas y no disfrutadas<sup>187</sup>. O finalmente, que al llegar el periodo de vacaciones, el trabajador se considere que no puede encontrarse en huelga, sino que directamente pasa a la situación de vacaciones<sup>188</sup>.

En nuestra opinión, y pese a una jurisprudencia actual que se muestra en desacuerdo, seguimos sosteniendo que el trabajador no debe sufrir sobre sus vacaciones los efectos del ejercicio de huelga. En este sentido, no nos parece de recibo que el disfrute de éstas dependa o se encuentre en función de que coincidan ambas (huelga y vacaciones), pues de lo contrario creemos que no seríamos coherentes con los argumentos antes señalados de por qué el trabajador no puede ver afectado su derecho al devengo y disfrute de vacaciones pese a ejercer del derecho de huelga durante el periodo de referencia tomado en cuenta para el cálculo de las mismas<sup>189</sup>. Así es, creemos que si se mantiene la primera de las respuestas arriba indicadas se estaría desvirtuando el peso de los razonamientos sostenidos y por ello, el contenido, alcance y protección del derecho fundamental a la huelga. De la misma forma, tampoco nos parece acertada la solución de considerar que el trabajador pasa a encontrarse directamente en vacaciones, pues ello contradice la regla de que la situación en la que se encontraba el trabajador al inicio de la huelga es la que se mantiene posteriormente y desvirtúa el sentido de la suspensión de la relación laboral, por cuanto que se le imponen al trabajador unos efectos que derivarían de la plena efectividad del contrato, amén de poder atentar contra el derecho de huelga del trabajador afectado, que se vería privado de esta forma de su derecho.

Concluyendo, planteamos que sería más acorde con todo lo afirmado *supra* el mantener el derecho al percibo en todo caso, con independencia de cuando tengan lugar las vacaciones. En este sentido, consideramos que sería más afín con la idea de tutela del ejercicio de la huelga, el posponer el disfrute de las vacaciones hasta un momento posterior<sup>190</sup>. O bien, de no ser posible esta solución (alteración grave del proceso productivo, existencia de una fecha de "cierre por vacaciones" en toda la empresa, etc.), la opción por considerar que el trabajador pierde el derecho a sus vacaciones (y a su remuneración) no nos parece acertada; por esta razón, planteamos como subsidiario que en ese caso se mantenga al menos, la opción de la compensación económica<sup>191</sup>. Como apoyo a esta idea que sostenemos, consideramos plenamente aplicable

<sup>186</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Régimen jurídico de las vacaciones periódicas retribuidas"; RPS, nº 131, 1981, pág. 162.

<sup>187</sup> CHARRO BAENA, P., El derecho a...; cit., págs. 567 y 568.

<sup>188</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 23 de febrero de 1999 (AS 1311).

<sup>189</sup> Argumentos, por otro lado, sostenidos e incluso creados por los tribunales; al respecto, GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., págs. 31-33.

<sup>190</sup> Algunos C.Cols. prevén esta solución para criterios casos de suspensión (IT, maternidad, etc.); v. gr., "ATAM" (BOE de 8 de junio del 2000), art. 34. Sobre el derecho en los supuestos de embarazo coincidente, *vid.* STJCE, de 18 de marzo de 2004 (TJCE 69/2004).

<sup>191</sup> PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., págs. 92 y 93. En la jurisprudencia italiana parece abrirse paso esta idea, sosteniéndose salvo que la falta de disfrute sea "*nell'ipotesi in cui lavoratore abbia irragionevolmente rifiutato qualsiasi offerta datoriale in merito al godimento delle ferie nell'anno di maturazione (...)*", ROSIELLO, A., "Imputabilità del mancato godimento delle ferie e rearsarcimento del danno"; RIDL, nº 2 (II), 2002, pág. 328.

la opinión jurisprudencial de que –en los casos de vacaciones y suspensión por IT– se “asimila el supuesto de suspensión al de extinción”, a efectos de que el trabajador perciba al menos la compensación económica correspondiente a los días de vacaciones que no pueden ser disfrutados (ex art. 11, Convenio 132 OIT), por cuanto que “lo relevante a la hora de reconocer el derecho a la compensación económica de las vacaciones devengadas es la imposibilidad de su disfrute” porque el trabajador “deja de prestar sus servicios antes de haber disfrutado del permiso anual retribuido”<sup>192</sup>.

Estas dos posibles respuestas son coherentes con la línea argumental sostenida arriba, asimismo, con ellas no se afecta al contenido del derecho de huelga (cese en el trabajo), y finalmente, se evitaría un enriquecimiento injusto del empresario e incluso una ruptura con el principio de proporcionalidad, ya que unos días de huelga podrían legitimar al empresario para no tener que otorgar las vacaciones devengadas durante el año (piénsese que la huelga se extendiese sólo durante el periodo de vacaciones que tienen los trabajadores, al finalizar aquélla, éstos perderían todo derecho sobre ellas, con lo que se verían perjudicados excesivamente respecto a los no huelguistas o quienes las disfrutaron en otro momento)<sup>193</sup>.

## 2. Descanso semanal

Siguiendo la lógica planteada con las vacaciones, pareciera que en el caso de los días de descanso también debiera el trabajador tener derecho a ellos (a su retribución) mientras dure la huelga. Pues bien, esta conclusión no se admite por la jurisprudencia por las razones que ahora analizaremos, lo que ha llevado a soluciones tan absurdas como injustas<sup>194</sup>.

En efecto, los propios tribunales y gran parte de la doctrina sostienen la pérdida del derecho a su retribución durante la huelga, pese a que en principio el razonamiento de nuestra jurisprudencia para excluir la pérdida de las vacaciones sería plenamente aplicable (finalidad, causa del devengo, etc.), pues no en vano tanto éstas como el descanso semanal derivan del mismo precepto constitucional y pretenden establecer limitaciones a la jornada laboral<sup>195</sup>. El fundamento básico utilizado por aquella doctrina para admitir el descuento es que al devengarse proporcionalmente a los días laborables trabajados durante la semana, la retribución de los días de descanso se pierde en proporción a la duración de la huelga en esa semana<sup>196</sup>. Así pues, por cada día trabajado, entiende esta doctrina, se devengaría a su vez una parte de los días de des-

---

<sup>192</sup> STS, de 25 de febrero de 2003 (A.L., nº 29, 2003, ref. 847), y, en los tribunales inferiores, STSJ de Andalucía, de 27 de febrero del 2001 (AL, nº 33, 2001, ref. A171). GARCÍA-NUÑEZ SERRANO/GIL PLANA, “La imposibilidad de la prestación de servicios como criterio determinante para la compensación económica de las vacaciones devengadas”; AS, 2001, nº 1, págs. 57 y 58.

<sup>193</sup> Sobre estas cuestiones, en relación con la admisión de la compensación por no disfrute, *vid.* CHARRO BAENA, P., El derecho a...; cit., págs. 372 y sgs. Sobre el concepto de enriquecimiento injusto en la jurisprudencia, *vid.* MÉNDEZ-VILLALTA, El enriquecimiento injusto; Bosch, nº 30, 2000, en especial, sobre los requisitos, págs. 18 y 19.

<sup>194</sup> Una crítica a esa postura judicial; en SEMPERE NAVARRO, A.V., “Derecho a la huelga...”; cit., págs. 280 y 283.

<sup>195</sup> ALFONSO MELLADO/PEÑA OBIOL, Vacaciones...; cit., pág. 61.

<sup>196</sup> CEINOS SUÁREZ, A., La jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de huelga; Comares, 2000, págs. 111 y 112.

canso (y su retribución), de tal forma que para tener derecho al pago íntegro de todos los días de descanso, el trabajador debería trabajar todo el tiempo laborable que para él tiene esa semana.

No obstante, los tribunales tampoco son fieles a su propia construcción, pues de serlo tendrían que afirmar el derecho del trabajador a percibir el salario concerniente a los días de descanso incluidos dentro de la huelga cuando ésta comenzase en un día que era de descanso y se hubieran trabajado todos los días de la semana que correspondiesen, o bien, a su parte proporcional en el caso de que la huelga comenzase empezada ya la semana<sup>197</sup>. Mas esto no es así, pues la jurisprudencia parece contradecirse así misma –conculcando el principio de proporcionalidad y por ende, el derecho de huelga– cuando adopta en este caso un criterio extensivo de los efectos de la huelga, afirmando que éstos permanecen durante todo el periodo en que se desarrolla<sup>198</sup>.

En nuestra opinión, estos problemas y la falta de seguridad que generan se deben a una concepción errónea de la causa por la que se genera el salario en esos días, pues como ya hemos indicado al referirnos a las vacaciones, el salario retribuye más que la mera prestación de servicios. El propio legislador, como ya hicimos ver al inicio de este estudio, lo ha querido así, pues en su art. 26.1 TRET mantiene que el salario retribuye tanto trabajo propiamente dicho como también los periodos de descanso. Adviértase que no se afirma que la retribución de éstos esté incluida o dependa del trabajo efectivo, lo que debe interpretarse como que su retribución no se encuentra vinculada a la prestación de trabajo<sup>199</sup>. En este sentido, puede añadirse que el propio legislador, en ocasiones (art. 4 RD-Ley 2388/2004, de 30 de diciembre), manifiesta que los días de descanso se retribuyen sin que sea preciso un trabajo efectivo anterior, como se extrae tanto de la cuantificación del SMI en devengo mensual –cuya cuantía corresponde a 30 días de SMI diario–, como del hecho de que –con el objeto de evitar que a través del pago por día de trabajo se queden sin retribuir los días de descanso– fije expresamente una cuantía *mayorada* para esos trabajos eventuales o temporales. Más aún, de mantener la opinión que la mayoría de los tribunales sostienen, no sólo se estaría dejando sin contraprestación (esto es, sin causa, art. 1274 C.Civ.) los poderes del empresario (vigentes pese a la huelga) y que definen también la causa de la prestación salarial, sino que con ello se olvida también que la propia causa que justifica el descanso semanal sigue estando presente y justificada en este caso (desconectar al trabajador de la fatiga del hecho laboral).

En conclusión, consideramos que los días de descanso deben ser abonados al trabajador, pues lo contrario sería interpretar extensivamente el alcance del art. 6 DLRT, violándose el derecho al descanso y dejando sin causa (contraprestación) los poderes del empresario durante la huelga<sup>200</sup>. Es más, de no hacerse así se estaría conside-

<sup>197</sup> FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., pág. 166.

<sup>198</sup> STS, de 13 de marzo del 2001 (RL, nº 13, 2001, TS-453). Defendiendo este criterio en la doctrina francesa, TEYSIÉ, B., "La réduction...; cit., pág. 699.

<sup>199</sup> Reiteramos aquí la idea de que la huelga se conecta exclusivamente con el salario dependiente de la prestación de servicios, única obligación que incumple el trabajador; FERRANDO GARCÍA, F., Los efectos de...; cit., págs. 164 y 165; en especial, cap. IV, nota 169.

<sup>200</sup> Sobre todo ello, DEL VALLE VILLAR, J.M., "Los descuentos...; cit., págs. 383-385.

rando a la huelga como una falta injustificada y por lo tanto, sancionando al trabajador por el ejercicio de un derecho fundamental<sup>201</sup>. A lo que debe añadirse el trato peyorativo que sufriría la huelga en relación con otras ausencias que no afectan a la retribución de los descansos (v. gr., la incorporación de un trabajador en IT durante la semana no afecta a su descanso semanal). Cuestión esta última tratada *supra*, por lo que nos remitimos a lo allí sostenido.

De cualquier forma, lo que no nos parece admisible es excluir cualquier retribución del descanso semanal cuando esos días queden incluidos dentro del periodo de huelga, pues en todo caso se debiera mantener al menos, la parte proporcional devengada por los días trabajados durante la semana<sup>202</sup>. No parece ser ésta sin embargo la línea de tendencia de la última doctrina judicial, que expresamente señala que "no cabe una apreciación «fragmentaria» de la participación en la huelga, y que mientras dura la misma se produce la «suspensión de la relación laboral, y consecuentemente la del derecho a la percepción de contraprestación económica»"; en otras palabras, esta "doctrina jurisprudencial pone de relieve que corresponde el descuento (*total*) de la retribución de los días de descanso semanal y los días festivos comprendidos dentro del periodo de huelga"<sup>203</sup>. Opinión más que cuestionable que, como decimos, no compartimos y que "seguramente, no será pacífica"<sup>204</sup>.

### 3. Días festivos

En primer lugar, debe señalarse que los días festivos no deben entenderse *stricto sensu* establecidos para el descanso del trabajador, pues su finalidad parece ser más bien otorgarle un tiempo y una retribución con el objeto de que pueda celebrar ciertos hechos o acontecimientos de carácter cultural, religioso, político, etc.<sup>205</sup>. De ahí que su disfrute, a diferencia de los descansos semanales, carezca de una periodicidad y regularidad, dependiendo de otros factores, ajenos en principio al esfuerzo en el trabajo en un periodo anterior<sup>206</sup>.

Señalamos esto por la posible repercusión que posteriormente pueda tener de cara a determinar la licitud o no de los descuentos en esos días, pues si su nacimiento y el derecho a que se le retribuyan al trabajador no tienen conexión alguna con la prestación de trabajo, no se alcanza a comprender cómo numerosas opiniones y resoluciones afirman la legitimidad de su descuento<sup>207</sup>. Quienes no encuentran objeción a

<sup>201</sup> ALFONSO MELLADO/PEÑA OBIOL, *Vacaciones...*; cit., pág. 80. Sobre esta cuestión, criticando la base utilizada por la jurisprudencia para justificar así el descuento GOERLICH PESET, J.M., *Los efectos...*; cit., págs. 30 y 31.

<sup>202</sup> SALA FRANCO, T., "Efectos de..."; cit., pág. 11.

<sup>203</sup> STS, de 13 de marzo de 2001 (R.L., nº 13, 2001, TS-453). La cursiva es nuestra.

<sup>204</sup> MARÍN CORREA, J.M., "Huelga. Efectos indirectos: descanso semanal concurrente"; A.L., nº 38, 2001, pág. 3745.

<sup>205</sup> ALFONSO MELLADO/PEÑA OBIOL, *Vacaciones...*; cit., pág. 85; y TREU, T., *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*; Giuffrè, 1968, pág. 324.

<sup>206</sup> LYON-CAEN, G., *Le salaire (Droit du travail)*; Dalloz, 1.981, págs.191 y 296; y LLUIS Y NAVAS, J., *Manual de Derecho del Trabajo*; Bosch, 1975, pág. 224.

<sup>207</sup> SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*; cit., pág. 500. De opinión contraria, justificando el descuento, LATOURNERIE, R., *Le Droit...*; cit., pág. 469 y 470.

su deducción establecen que ésta se puede realizar de dos maneras: bien de forma proporcional a los días no trabajados que se incluyen dentro de la semana en la que acontece la festividad<sup>208</sup>; o bien con la pérdida total si ese día está incluido dentro de los de huelga, alegando para ello el carácter global de la huelga y el efecto suspensivo que produce, lo que impide que se genere remuneración alguna, independientemente de que durante dicho periodo se incluyesen días en los que el trabajador no hubiera debido prestar sus servicios (festivos, descansos, etc.)<sup>209</sup>.

Creemos criticable esta solución y frente a ella defendemos que los días festivos deben ser abonados en todo caso<sup>210</sup>. Las razones apuntadas al referirnos a las vacaciones y al descanso semanal cobran ahora, si cabe, mucha más razón de ser, desde el momento en que, como decimos, los días festivos son retribuidos no en proporción al tiempo de trabajo, sino por la mera existencia de la relación laboral<sup>211</sup>. En efecto, "el disfrute de las fiestas no está conectado con un tiempo de trabajo precedente (...) a diferencia de (...) las vacaciones (o) el descanso semanal (...), por lo que no se les puede aplicar el régimen del descuento proporcional"<sup>212</sup>.

Por otro lado, si la voluntad es aplicar algún descuento, el periodo de referencia a tener en cuenta no debiera ser la semana sino, como ya defendíamos al principio de este apartado, el año, ya que es en relación a éste con el que se conectan los festivos<sup>213</sup>. De no hacerse así y admitir que el trabajador pierda totalmente el derecho a la retribución de los festivos incluidos entre las fechas de huelga, esa medida "comportaría una verdadera sanción encubierta para los huelguistas, lo que constituye una verdadera multa de haber (art. 58.3 TRET) y una restricción al derecho consagrado por el art. 28.2 de la Carta Magna"<sup>214</sup>.

<sup>208</sup> RUIZ PONTONES, M., "La huelga..."; cit., pág. 217. Sobre esta jurisprudencia, *vid.* DEL VALLE VILLAR, J.M., "Los descuentos..."; cit., págs. 375 y 376.

<sup>209</sup> CEINOS SUÁREZ, A., "La jurisprudencia..."; cit., págs. 111 y 112; y PUIGELIER, C., "Modalité de..."; cit., pág. 186. *Vid.* También la STS, de 13 de marzo del 2001; cit. Criticándola, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., "Unificación de doctrina..."; cit., pág. 436. Sobre la evolución judicial en Italia, *vid.* PALLA, M., "Sciopero in giornata festiva e trattenuta retributiva", y GIOVEDÌ, M., "La questione della retribuzione per le festività infrasettimanali in caso di sciopero si riapere?"; RIDL, n° 3, 2004 (Parte II), págs. 532 y sgs.

<sup>210</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 394.

<sup>211</sup> De| *contrato de trabajo* hablan SINAY/JAVILLIER, La grève; cit., pág. 320. También, ALONSO OLEA/CASAS BAA-MONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 1021.

<sup>212</sup> IGLESIAS CABERO, M., "Efectos personales..."; cit., pág. 80; y AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., pág. 33 (690).

<sup>213</sup> Por todos, GOERLICH PESET, J.M., Los efectos...; cit., pág. 34.

<sup>214</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "Derecho a la huelga..."; cit., pág. 282.

## II. Incumplimientos del trabajador y salario

### A. Introducción

A lo largo de este estudio ya hemos tenido oportunidad de ver algunas medidas establecidas por el legislador para garantizar que ningún trabajo prestado pueda verse privado de su correspondiente remuneración (arg. ex art. 9 TRET). Ciertamente, debido a la innegable importancia que el salario tiene para el trabajador, se puede afirmar que también éste debe recibir su contraprestación patrimonial cuando la no prestación de los servicios no se deba a una causa imputable a su persona ni a fuerza mayor *breve* ni sea una causa de suspensión del contrato (ex arts. 30 y 47 TRET)<sup>215</sup>. A todo lo cual habría que unir los preceptos encaminados a garantizar al trabajador el percibo de su remuneración (v. gr., arts. 29, 32 y 33 TRET).

Pero no se agotan aquí las medidas destinadas a permitir que el trabajador reciba su salario, pues a ellas se une el límite al poder disciplinario del empresario que prohíbe de forma general la imposición de sanciones que supongan detracciones en el haber del trabajador (art. 58.3 TRET). Con lo cual se conseguiría impedir el enriquecimiento injusto del empresario y los abusos que se esconden detrás de esas sanciones pecuniarias<sup>216</sup>, que podría privar al trabajador de su salario pese a la prestación del trabajo<sup>217</sup>. De igual forma, también se evita que una de las partes, el empresario, pueda disponer arbitrariamente sobre (el *quantum* de) la causa principal del contrato de trabajo desde el punto de vista del trabajador: su salario<sup>218</sup>.

Creemos que el peso social del salario, unido a su valor jurídico (causa de la prestación de trabajo subordinado), impiden la aceptación de este tipo de sanciones, ni tan siquiera cuando se prevea el destino social de la cuantía detraída o indemnizatoria, como en otros momentos se pretendió evitar la opresión sobre los trabajadores que podía conllevar esa "disciplina del hambre" fruto de la imposición de multas<sup>219</sup>. En efecto, las normas comunes aplicables a los casos de incumplimientos contractuales tampoco admitirían que la parte que recibió la prestación de su contraparte (trabajador) pudiera además modificar (mediante el descuento salarial) el valor de la suya<sup>220</sup>. En todo caso, ante un incumplimiento, aquélla podría solicitar la ejecución forzosa, la resolución de la relación y/o la exigencia de reparación del perjuicio causado. Sin embargo,

<sup>215</sup> CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Huelga y Derecho al salario de los no huelguistas"; A.L., 1998-1.

<sup>216</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Prólogo, en CREMADES, B.M., La sanción disciplinaria en la empresa; 1969, págs. 21 y 22.

<sup>217</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de Derecho del Trabajo, T. I, (Multicopias), 1991-1992, t/10, pág. 26. Pese a sus múltiples conexiones, no debe confundirse enriquecimiento injusto y abuso de derecho; sobre su diferencias, *vid.*, MÉNDEZ/VILALTA, El enriquecimiento injusto; *cit.*, pág. 12.

<sup>218</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A. (El régimen disciplinario en la empresa. Infracciones y sanciones laborales; Aranzadi, 1993, págs. 213 y 214) sostiene también que permitir al empresario imponer este tipo de sanciones-multa, "supondría un exceso en el ejercicio de sus potestades disciplinarias (...), al inmiscuirse en la esfera privada del trabajador, dentro de la cual se sitúa su patrimonio jurídico personal, en el que se ha integrado y confundido el salario recibido por el trabajador".

<sup>219</sup> Cfr. CREMADES, B.M., La sanción...; *cit.*, págs. 226-228.

<sup>220</sup> Ex STSJ del País Vasco, de 28 de mayo de 1998 (AS 2307).

estas respuestas se mostraron muy pronto insuficientes, ineficaces e inadecuadas en el ámbito laboral<sup>221</sup>. Para evitar estos resultados el legislador ha reconocido a una de las partes (al empresario) el poder de sancionar a la otra ante sus incumplimientos, viéndose así facilitada la posibilidad de reaccionar frente a ciertas actuaciones del trabajador ya que, de otra forma, sólo dispondría de la reducida eficacia de los ya señalados mecanismos disuasivos del ámbito civil<sup>222</sup>.

Pero a pesar de la interdicción prevista en el art. 58.3 TRET, existen supuestos en los que o bien se permite la existencia de sanciones que afecten al salario, o bien éste puede verse disminuido por la aplicación de las reglas civiles relativas al cumplimiento en las obligaciones recíprocas. Al estudio de ello va dirigido esta parte de nuestro trabajo.

## B. Remuneración y sanciones

### 1. Objeto de la prohibición

Como ya hemos señalado, el art. 58.3 TRET recoge explícitamente la prohibición de sanciones que se refieran no sólo al salario, sino a los derechos económicos del trabajador en general<sup>223</sup>. Quiere ello decir que el alcance de la prohibición no se limita a las cuantías salariales del art. 26.1 TRET, sino que también alcanza a las partidas extrasalariales a las que tenga derecho el trabajador<sup>224</sup>. La consecuencia del incumplimiento de esta prohibición es la nulidad de la sanción que prevea la pérdida económica (art. 115.2, *in fine* LPL).

### 2. Supuestos problemáticos

#### a. Pérdida de premios

Se plantea la duda sobre la validez de aquellas medidas empresariales que tienden a premiar económicamente la conducta correcta del trabajador o también a repercutir negativamente sobre aquéllos que incurren en alguna falta disciplinaria. En definitiva y planteado el problema en otros términos, ¿son admisibles aquellas partidas que se otorgan sólo en el caso de que el trabajador no haya sido sancionado? O lo que es lo

<sup>221</sup> Por todos, DURÁN LÓPEZ, F., "Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: El poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador"; RPS, n° 123, 1979, págs. 11 y sgs.; y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "Faltas y sanciones de los trabajadores"; REDT, n° 100, pág. 1191. De similar opinión, en el ordenamiento argentino, DEMICHELI, H.B., Sanciones Disciplinarias en el Derecho Laboral; Ed. Jurídicas, 1987, pág. 15.

<sup>222</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones...; cit., t/10, pág. 24.

<sup>223</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., El poder disciplinario en la empresa; Civitas, 1991, pág. 264. Debe señalarse que durante el trámite parlamentario de aprobación del ET fue cuando se introdujo la expresión referida a las multas de haber que fue unánimemente aceptada por todos los grupos políticos; cfr. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (Dir.), Debate parlamentario...; cit., pág. 553.

<sup>224</sup> SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., "Faltas y..."; cit., pág. 1201.

mismo, si el trabajador sancionado puede, además, ser privado del cobro de un premio reservado para quienes no han incurrido en falta alguna durante el periodo de referencia dado. Al respecto debemos señalar que alguna sentencia no parece tener reparos en dar como válidas este tipo de prácticas, toda vez que entiende que ello no implica reducción alguna del salario<sup>225</sup>.

En nuestra opinión, la rotundidad con la que se expresa el art. 58.3 TRET parece no admitir ningún tipo de multas de haber, ya sean directamente relacionadas con la conducta del trabajador o como consecuencia de esa misma sanción. Esto debiera suponer la inadmisión del mencionado descuento porque, primero, repárese que aún no siendo el efecto directo, es innegable que la causa de la pérdida de la partida o premio es la sanción impuesta al trabajador<sup>226</sup>. Segundo, la pérdida no va acompañada de ninguna medida que afecte al trabajo que viene prestando el trabajador (suspensión, movilidad, etc.), sino que éste sigue realizando las mismas tareas y funciones antes y después de la sanción, por lo que la pérdida del premio sólo se conecta con la sanción<sup>227</sup>. Y tercero, se podría incurrir en la violación del principio *non bis in idem*, debido a que por un mismo hecho y fundamento (comisión u omisión de una determinada conducta), el trabajador sufre una doble consecuencia (sanción disciplinaria y pérdida del premio), ambas dentro del ámbito laboral<sup>228</sup>. Este principio es recogido en sede laboral ya que en el derecho disciplinario imperan similares principios que en el poder punitivo Estatal "y que han sido elaborados en el marco del Derecho Penal"<sup>229</sup>, sin que ello signifique tampoco que tengan que aparecer todos los principios, ni que el derecho sancionador sea parte del Penal<sup>230</sup>.

## b. Inasistencia e impuntualidad

Una de las faltas más corrientes previstas en los convenios colectivos, son aquellas que hacen referencia al cumplimiento correcto del horario de entrada, salida y permanencia en la empresa<sup>231</sup>. Mas lo que a nosotros interesa no es tanto que se tipifique como falta la inobservancia de dicha obligación –lógico, por otro lado–, sino las previsiones que se establecen en caso de que el trabajador incurra en alguna de esas causas, en concreto, con la pérdida de alguna partida. Nos estamos refiriendo a los ya conocidos y referidos pluses de asistencia y puntualidad y/o a la pérdida de salario proporcional a dichos incumplimientos, cuya privación podría entrar en conflicto con lo preceptuado en el art. 58.3 TRET.

<sup>225</sup> En ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho...; cit., pág. 380, nota 45.

<sup>226</sup> AA.VV., *La pratique du salaire*; ed. Lefebvre, 1998, pág. 674; y LÉGI SOCIAL, "L'interdiction des sanctions pécuniaires"; n° 212, 1992, pág. 10.

<sup>227</sup> PELISSIER, J., "La définition..."; cit., pág. 549.

<sup>228</sup> El principio *non bis in idem* requiere "una triple identidad: sujeto, hecho y fundamento"; QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *El principio non bis in idem*; Tecnos (Jurisprudencia Práctica, n° 49), 1992, págs. 9 y 10.

<sup>229</sup> CASTILLO BLANCO, F.A., Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias; Tecnos (Jurisprudencia Práctica), n° 85, 1995, pág. 9.

<sup>230</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., *El régimen...*; cit., pág. 207.

<sup>231</sup> Véanse los C.Cols. de "Kaefer Aislamientos, S.A." (BOE de 18 de septiembre del 2000), art. 54, y "Queserías ibéricas, S.A." (BOE de 19 de septiembre del 2000) art. 40.

La respuesta a esta cuestión dependerá de que esa merma en el salario opere como una sanción en sentido estricto, o como la consecuencia lógica de la sinalagmática y el necesario reequilibrio de las prestaciones comprometidas, en cuyo caso no quedará dentro del ámbito de la prohibición ni se producirá vulneración del principio *non bis in idem*<sup>232</sup>. En nuestra opinión, y sin perjuicio de analizar previamente la configuración que la negociación colectiva le dé en cada caso, no existe sanción pecuniaria en el supuesto que analizamos, si bien para responder con mayor precisión debemos distinguir las partidas que se pueden ver afectadas.

Por un lado, el plus de asistencia y puntualidad. Como vimos al hablar de la huelga, el referido complemento pretende como objetivo básico el incentivar la presencia diaria y puntual del trabajador al trabajo, devengándose por tanto, si se cumple la causa que las origina, esto es, la asistencia y/o puntualidad. En consecuencia, es compatible la imposición de la correspondiente sanción con la pérdida de la partida, toda vez que esa privación no es fruto de la imposición de sanción alguna, sino de la inexistencia de devengo, al no haberse cumplido el supuesto de hecho que origina el nacimiento del derecho a la partida (la presencia y puntualidad en el lugar de trabajo)<sup>233</sup>. Pese a esta afirmación, conviene señalar que algunos autores matizan esta idea y señalan que para que el descuento no sea considerado como sanción es preciso que no se haga distinción alguna en cuáles sean las causas de las ausencias por las que se pierde la prima, pues hacer excepción de unas frente a otras, entrañaría que no se está privando del mencionado plus por la inasistencia o impuntualidad, sino porque el empresario considere como sancionable algunas conductas frente a otras; en cuyo caso se reputará nula la reducción de la prima<sup>234</sup>. En esta línea, también algunos autores han sostenido que en algún supuesto extremo, el descuento total del mencionado plus podría incluso producir una sanción indirecta: cuando la cuantía de la prima fuese enormemente importante<sup>235</sup>.

Por otro lado, la deducción del salario en proporción al tiempo que injustificadamente no se asistió al trabajo. En este caso, no se trata de la pérdida de una partida concreta, sino del salario ordinario que percibe el trabajador, fruto del incumplimiento de sus obligaciones laborales (art. 5 TRET) y al igual que acabamos de señalar, la no percepción del salario es consecuencia lógica de la inexistencia de prestación de trabajo<sup>236</sup>. O como afirman nuestros tribunales, si no se presta el trabajo y no concurre ninguna causa que lo justifique, no se puede reclamar el salario correspondiente<sup>237</sup> —y añadimos nosotros— al trabajo efectivo; pero sí aquellas partidas que tengan una razón de ser ajena a la prestación directa de trabajo (festivos, antigüedad, etc.). Así pues, y sin perjuicio de la correspondiente sanción, se perderá aquella parte del salario que venga referida a la prestación de trabajo.

<sup>232</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., El régimen...; cit., págs. 238-240. En el derecho galo, LÉGI SOCIAL, "L'interdiction des...; cit., págs. 7 y 8.

<sup>233</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga...; cit., págs. 182 y 183; y AA.VV., La pratique du...; cit., pág. 675.

<sup>234</sup> PELISSIER, J., "La définition...; cit., pág. 550.

<sup>235</sup> CRUZ VILLALÓN, J., "Primas antihuelga...; cit., págs. 182 y 183.

<sup>236</sup> Ex SEMPERE NAVARRO, A.V., "La imposibilidad de trabajar y el artículo 30 ET"; AS, nº 9, 2001, pág. 17.

<sup>237</sup> STSJ de Madrid, de 13 de febrero del 2001 (AS 1256).

Ahora bien, pensamos que sería conveniente distinguir en algunos casos cuál sea la causa que lleva a los trabajadores a no realizar su trabajo, a efectos de considerar o no aplicables las reglas sobre incumplimientos por parte del trabajador. En este sentido, debería mantenerse el derecho al percibo del salario en los casos en los que la inexistencia de trabajo se produce como reacción a la que se ven abocados los trabajadores ante una violación de sus derechos laborales esenciales producida por una falta grave y dolosa del empresario en el cumplimiento de sus obligaciones<sup>238</sup>. Esta respuesta no sólo es más conveniente por implicar un mayor grado de justicia, sino por la propia lógica de la sinalagmaticidad del contrato y por las reglas que sobre el reparto de los riesgos establece la norma laboral. En efecto, producido ese incumplimiento grave por parte del empresario-deudor, podrá el trabajador, en ejercicio de la *exceptio non (rite) adimpleti contractus*, negarse a seguir trabajando, siendo por lo tanto el empresario el sujeto responsable de que no se trabaje y por ello (*ex art. 30 TRET*), quien debiera soportar las consecuencias económicas que implica su incumplimiento previo<sup>239</sup>. Sin embargo, debe precisarse que en tanto en cuanto la normativa laboral española no lo contemple adecuadamente, al igual que en esos otros ordenamientos, la *exceptio* sólo procederá respecto a “las obligaciones cuyo objeto es la prestación principal” (en nuestro caso, pagar el salario), no para cualquier incumplimiento del deudor, pues sólo entre aquéllas se da la interdependencia o reciprocidad exigida<sup>240</sup>.

### c. Excepciones

Pese a lo dicho, el legislador no excluye totalmente la posibilidad de sancionar al trabajador privándole de su salario, sino que lo que prohíbe es que pueda existir una prestación de trabajo sin su correspondiente contraprestación. De ahí que se acepte la imposición de sanciones que conlleven la pérdida de sueldo, siempre y cuando también supongan exonerar del deber de trabajar (*art. 45.1.h TRET: suspensión de empleo y sueldo*)<sup>241</sup>. Este precepto, junto con el *art. 9.2 TRET*, manifiestan el reverso de la máxima de que ningún salario es debido si no ha habido prestación de trabajo (aunque no sea del todo absoluto), porque en el caso de que se haya trabajado siempre se deberá salario.

Existe también toda una serie de sanciones que indirectamente pueden afectar al salario (cambios de categoría, de turno, etc.), pero que en ningún caso podrá entenderse como sanción pecuniaria, pues el perjuicio económico que sufre el trabajador no lo es tanto por la sanción, sino como consecuencia de la realización y prestación de trabajo en diferentes condiciones<sup>242</sup>. En efecto, si aceptamos una definición

<sup>238</sup> Así ocurre en otros países de nuestro entorno, *vid. VERDIER, J.-M.*, “Au-delà de la réintégration et de l’indemnisation des grévistes: vers une protection spécifique des droits fondamentaux des travailleurs?”; *D.S.*, nº 9-10, 1991; y *TEYSSIE, B.*, “La réduction du salaire”; *D.S.*, nº 12, 1984, pág. 700.

<sup>239</sup> *LYON-CAEN, G.*, *Le Droit du travail. Une technique réversible*; Dalloz, 1995, pág. 81.

<sup>240</sup> Sobre la excepción y efectos de falta de cumplimiento regular o exacto en el Derecho Común; *DÍEZ PICAZO, L.*, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; T. II, Civitas, 1993, págs. 374 y 692-695.

<sup>241</sup> No se trata por tanto de una sanción pecuniaria propiamente dicha, pues “responde a una abstención de la prestación de trabajo”; *CASTRO ARGÜELLES, M.A.*, *El régimen...; cit.*, pág. 229.

<sup>242</sup> *PELISSIER, J.*, “La définition...; cit.”, pág. 549.

de sanción disciplinaria como aquella medida que pretende salvaguardar el orden laboral y productivo en la empresa y que “supone una disminución punitiva de algún bien jurídico del trabajador individual en cuestión”<sup>243</sup>, no podemos sino admitir como sanciones lícitas aquellas que afectan a la categoría, puesto de trabajo, etc. Y si esta sanción es lícita, la alteración en el salario será una mera consecuencia no de la sanción en sí, sino de que el trabajador no continúa con el trabajo que tenía asignado el salario original; es decir, porque ahora realiza otra prestación distinta que lleva aparejada una retribución inferior<sup>244</sup>.

Es más, el legislador permite supuestos en los que se posibilita la pérdida remuneratoria como sanción disciplinaria, incluso pese a la prestación efectiva de trabajo. Uno de esos casos es, por ejemplo, el de los deportistas profesionales, en cuya regulación se refiere expresamente a esa posibilidad (art. 17.1 RD 1006/1985). El motivo de esta excepción no puede ser otro que los efectos negativos que para el propio club “se derivarían de cualquier sanción que llevara aparejada la inactividad laboral del deportista durante un determinado período de tiempo”<sup>245</sup>. También pueden incluirse otras relaciones laborales especiales como sería el caso del Personal de Alta Dirección (arts. 3 y 13 RD 1382/1985), pues si bien no la recogen explícitamente, tampoco se prohíbe su imposición, por lo que “la inaplicabilidad –ni siquiera analógica– del art. 58 del ET, permitirá implantar contractualmente sanciones consistentes en multas de haber (...)”<sup>246</sup>.

Deben no obstante, señalarse algunas precisiones sobre el alcance (cuantitativo) del poder disciplinario en estos casos, porque la parquedad con la que estas normas regulan las cuestiones referidas a las sanciones permitiría pensar en la necesidad de establecer algunas limitaciones de cara a evitar actuaciones abusivas<sup>247</sup>.

En primer lugar, en el caso de los deportistas profesionales, el mencionado art. 17 del RD 1006/1985 remite a los convenios colectivos para la determinación de las faltas y las sanciones que puedan imponerse. Por lo tanto, sólo si expresamente se prevén en el referido convenio, podrán aplicarse sanciones pecuniarias, limitando así el alcance de las facultades disciplinarias del empresario<sup>248</sup>.

Difiere esta previsión de la dispuesta para el personal de alta dirección, cuya regulación remite al contrato de trabajo. Esto implicará, a nuestro entender, que si la partes no han previsto tipificación de sanción/infraacción alguna, “resulte imposible, a la postre, cualquier intento empresarial de sancionar al alto directivo”, ante la exigen-

<sup>243</sup> CREMADES, B.M., La sanción...; cit., pág. 171.

<sup>244</sup> CREMADES, B.M., La sanción...; cit., págs. 234 y 235.

<sup>245</sup> SAGARDOY BENGOCHEA/GUERRERO OSTOLAZA, El contrato de trabajo del deportista profesional; Civitas, 1991, pág. 110.

<sup>246</sup> SALA FRANCO, T., La relación laboral de los altos cargos directivos de empresas; Deusto, 1990, pág. 64.

<sup>247</sup> Así, para las sanciones pecuniarias en general, CREMADES, B.M., La sanción...; cit., pág. 259. Difiere nuestra regulación de otras en el Derecho comparado, en los que, expresamente, el legislador ha establecido límites cuantitativos; DEMICHELIS, H.B., Sanciones...; cit., pág. 84.

<sup>248</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A., El régimen...; cit., pág. 66. Vid. STC, de 31 de enero del 2000 (A.L., 2000-2, ref. 826). Vid. convenio colectivo del balonmano profesional (BOE de 4 de junio de 1998), anexo IV. Debe advertirse que en el convenio colectivo de la actividad del Ciclismo profesional (BOE de 16 de enero de 2002) se prevé un régimen de faltas donde no se contemplan las sanciones dinerarias (art. 17).

cia de que el derecho sancionador respete los principios de tipicidad y legalidad<sup>249</sup>. Sin embargo, no parece que exista un verdadero peligro de abuso en el ejercicio de la facultad sancionadora, no sólo por el poder contractual o negociador de la figura del personal de alta dirección, sino sobre todo porque la especial relación que media entre empresario y el trabajador de este tipo "se compagina mal con la lógica coercitiva del cumplimiento, del tipo de la sanción disciplinaria"<sup>250</sup>. Tan es así, que esto ha llevado a algunos autores a proponer el reajuste o la supresión de las facultades disciplinarias y "su sustitución por los mecanismos comunes de responsabilidad contractual mediante la resolución o indemnización"<sup>251</sup>.

Sea como fuere, tanto en uno como en otro caso deben indicarse pautas para delimitar las facultades disciplinarias y evitar el uso indebido del poder disciplinario del empresario. Esta cuestión cobra una especial importancia desde el momento en que, como vimos, algunos autores sostienen que en defecto de convenio, podría entrar en juego la autonomía individual y con ello, se dejaría "sin control alguno el ejercicio de la facultad disciplinaria de los clubs (...)"<sup>252</sup>. En este sentido, y al menos para el supuesto de los deportistas profesionales, pues respecto al personal de alta dirección rige lo previsto en el art. 3 RD 1382/1985, creemos que deben respetarse unos mínimos en la remuneración y unos máximos en los descuentos<sup>253</sup>: en primer lugar, que el *quantum* de la sanción dependerá proporcionalmente del grado o importe al que ascienda el salario del trabajador. Dicho principio de proporcionalidad busca la "armonía entre los medios utilizados y la finalidad perseguida (...)", quedando así configurado "como un medio extraordinario de evitar daños o perjuicios (...)" y en *pro* de los principios de justicia material<sup>254</sup>. Por otro lado, no puede perderse de vista que nos referimos a la sanción disciplinaria (-económica) y no a la posible indemnización por los daños y perjuicios que el trabajador haya podido ocasionar, pues mientras aquélla surge con una finalidad correctora para mantener el orden en la empresa, la responsabilidad civil pretende restituir el daño producido<sup>255</sup>. Si bien no dudamos de la admisibilidad de la compatibilidad de ambas (sanción e indemnización), sí consideramos que debiera distinguirse la indemnización de daños y perjuicios de la cláusula penal, ya que mientras aquélla pretende reparar los perjuicios ocasionados por el trabajador, ésta puede suponer una sanción pecuniaria al fijar *a priori* una cuantía a tanto alzado<sup>256</sup>.

<sup>249</sup> MOYA CASTILLA/POSE VIDAL, El régimen jurídico-laboral de los altos directivos; Praxis, 1998, pág. 179; y MARTÍNEZ MORENO, C., La relación laboral de alta dirección; CES, 1994, pág. 243.

<sup>250</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ/RODRÍGUEZ-PIÑERO, "La relación laboral especial del personal de alta dirección y el RD 1382/1985 (I y II)"; R.L., 1988-I, pág. 11.

<sup>251</sup> MARTÍNEZ MORENO, C., La relación...; cit., pág. 240.

<sup>252</sup> SAGARDOY BENGOCHEA/GUERRERO OSTOLAZA, El contrato...; cit. pág. 110.

<sup>253</sup> Sobre las medidas a adoptar en caso de incumplimiento por parte del alto directivo, y ante la ausencia de regulación específica, *vid.* MOYA CASTILLA/POSE VIDAL, El régimen...; cit., pág. 180.

<sup>254</sup> CASTILLO BLANCO, F.A., Principio de...; cit., págs. 28 y 29. *Vid.* Reglamento del Régimen Disciplinario Laboral (anexo V) del convenio colectivo del Fútbol Profesional (BOE de 19 de julio del 2000), art. 7.4.

<sup>255</sup> *Vid.* MORENO DE TORO, C., La responsabilidad civil del empresario por actos de sus empleados; CES, 1999, pág. 250.

<sup>256</sup> PELISSIER, J., "La définition...; cit., págs. 550 y 551. Pese a la admisibilidad de ambas responsabilidades, conviene advertir sobre los problemas y peculiaridades que ello plantearía en el ámbito laboral; al respecto, DURÁN LÓPEZ, F., "Las garantías...; cit., págs. 51 y sgs. En derecho francés, COUTURIER, G., "Responsabilité civile et relations individuelles de travail"; D.S., n° 5, 1988, págs. 407-409.

Y segundo, que en materia del pago de la multa y en caso de que ésta se pretenda cobrar con cargo al salario del trabajador, será de aplicación analógica lo establecido respecto a las retenciones sobre salarios para los casos de préstamos previsto en el Convenio OIT nº 117 (RD 3084/1974, de 11 de octubre); esto es, el descuento periódico, así como el tope mensual de la retención sobre el salario base (1/6)<sup>257</sup>. En cualquier caso, habrá de garantizársele al trabajador un mínimo sobre su salario que entiendo será la parte inembargable de éste (arg. ex arts. 606 y 607 LEC).

Por concluir este apartado, compartimos la opinión de quienes propugnan que la cuantía de la multa impuesta al trabajador debe ser entregada a instituciones que no sean dependientes de la empresa, con el objeto de que "en ningún caso puedan ser impuestas en provecho del patrono", ya que la multa se impone como sanción "y no para reparar económicamente daño alguno"<sup>258</sup>. Por esta razón, al igual que ocurría en la legislación anterior, los convenios que recojan la posibilidad de multas de haber deberían señalar cuál será el destino de esas cuantías, reservándola para ciertas actuaciones sociales<sup>259</sup>.

### C. Cumplimiento defectuoso

Distinto de los casos que vimos anteriormente, en los que no existe prestación alguna por parte del trabajador, es el supuesto en el que si bien el trabajador presta su trabajo, lo hace de forma deficiente, ya por descenso de su rendimiento, ya por una bajada en la calidad de su trabajo. La cuestión que se plantea es si el empresario puede, de alguna forma, reducir o aminorar el salario del trabajador que no cumple correctamente con el trabajo.

Al respecto, no faltan autores que sostienen que también en los casos de cumplimiento defectuoso se produce un incumplimiento contractual, con el objeto de legitimar al empresario a no cumplir con su obligación retributiva, ante la inexecución previa del trabajador<sup>260</sup>. Esta parece ser la solución si se mantiene que el trabajador tiene derecho a su salario sólo cuando el trabajo se ejecute en condiciones normales, pues en ese caso la pérdida de salario por cumplimiento defectuoso sería una mera consecuencia civil de la ejecución incorrecta previa<sup>261</sup>. En este sentido, hay que traer a colación que la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* no requiere de un incumplimiento total, sino que también engloba los incumplimientos parciales o imperfectos de la obligación (*exceptio non rite*), con el único requisito de que ese incumpli-

<sup>257</sup> Cifra muy por encima de la prevista incluso en el art. 7 del Reglamento del Régimen Disciplinario Laboral Fútbol Profesional; cit.

<sup>258</sup> FREGA NAVIA, R., Contrato de trabajo deportivo; Ciudad Argentina, 1999, págs.189 y 190.

<sup>259</sup> La anterior normativa, cuando se permitían las multas de haber, recogía que esas cuantías incrementasen "el fondo destinado a «plus familiar»"; BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo; Marcial Pons, 1964, pág. 392.

<sup>260</sup> PÉREZ BOTIJA, E., Salarios, Instituto de Estudios Políticos, 1944, pág. 77; y DUQUESNES, F., "L'exécution défectueuse du travail par le salarié gréviste autorise-t-elle l'employeur à pratiquer une retenue sur le salaire?"; La Semaine Juridique (Juris-Classeur Pratique, E.), 1994-II, nº 51-52 (Jurisprudence), ref. 638, págs. 253 y sgs.

<sup>261</sup> LÉGI SOCIAL, "L'interdiction..."; cit., pág. 9.

miento lo sea de las obligaciones principales que se hallen en contrapartida, esto es, cuando entre ellas exista reciprocidad o equivalencia<sup>262</sup>.

Sin embargo, pensamos que la aplicación práctica de esta idea podría entrañar enormes problemas en el ámbito laboral, pues se estaría legitimando a una parte, el empresario, para decidir sobre si existe o no cumplimiento correcto de la prestación y en consecuencia, si procede o no el pago<sup>263</sup>. Esto implicaría exigir al trabajador que posteriormente inicie el correspondiente proceso donde se determine si el cumplimiento fue adecuado y si lo fue también el descuento.

En nuestra opinión, no cabe disminución en el salario, pues de lo contrario estaríamos ante una multa de haber proscrita por el tan mencionado art. 58.3 TRET, ya que la razón de ese descuento es el incumplimiento de tal obligación<sup>264</sup>. Efectivamente, si mantenemos que la causa del salario es la prestación de trabajo subordinado, el derecho a su devengo no exige un resultado concreto, sino la realización del trabajo; es decir, el trabajador se obliga a trabajar, pero no a un resultado<sup>265</sup> y sin que ello niegue la obligación de un mínimo rendimiento del trabajador<sup>266</sup>. Es más, y como consecuencia de lo que estamos sosteniendo, si la forma de retribuir al trabajador estuviera vinculada al rendimiento, sea cual fuere éste, habrá que garantizarle al trabajador, cuando menos, el que corresponda de forma proporcional al SMI. De otro lado, debemos recordar que al empresario se le atribuyen otros medios para sancionar ese cumplimiento defectuoso y exigir del trabajador que cumpla debidamente con su obligación (art. 5, en relación con el art. 54 TRET y con la facultad sancionadora en general)<sup>267</sup>.

En resumen, los supuestos de trabajo defectuoso o de rendimiento insuficiente podrán ser sancionados por el empresario, pero no mediante reducción del salario, del que ya hemos visto que no tiene como causa el resultado del trabajo<sup>268</sup>. Sólo en caso de cese de la prestación de trabajo se legitimará que no se pague al trabajador, pues aquélla sí se vincula a la percepción del salario<sup>269</sup>.

No obstante, de aceptarse la idea contraria a la sostenida aquí por nosotros, se deja abierta otra duda y la correspondiente crítica a la interpretación judicial de las exigencias del art. 50.1.b) TRET: ¿por qué se admite la aplicación de esta regla civil en

<sup>262</sup> VÁZQUEZ VIALARD, A., "La aplicación de excepción de cumplimiento de contrato en la relación laboral"; REDT, nº 24, 1985, págs. 465, 466 y 468.

<sup>263</sup> MAZEAUD, A.; "L'amputation de la rémunération en raison de la réduction volontaire de rendement: sanction disciplinaire?"; D.S., nº 2, 1988, pág. 154.

<sup>264</sup> PELISSIER, J., "La définition..."; cit., pág. 250. De opinión radicalmente distinta, admitiendo la reducción salarial en caso de cumplimiento defectuoso y criticando la dirección jurisprudencial francesa en este tema; HENNEBELLE, D., *Essai sur la...*; cit., págs. 56 y sgs.

<sup>265</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*; cit., pág. 57.

<sup>266</sup> LÉGI SOCIAL, "L'interdiction..."; cit., pág. 10.

<sup>267</sup> BAYÓN CHACÓN (La nueva regulación de los salarios en España, pág. 68); citado por ALBIOL MONTESINOS, I., "La cuantía salarial"; cit., pág. 388.

<sup>268</sup> PIGNARRE, G., "Salaire et accessoires"; *Juris Classeur, Travail*, vol. 3 (fasc. 26-10), 1996, pág. 23; y SAINT-JOURS, Y., "Sanction pécuniaire illicite (S.C.Cass. 16/3/1994)"; *Rec. Dalloz (Jur.)*1994, pág. 365.

<sup>269</sup> AA.VV., *La pratique du salaire*, ed. Francis Lefebvre, 1.998, págs. 49 y 676; y LIASONS SOCIALES, *Le salaire*; nº 12.413, 1997, pág. 88.

el ámbito laboral para los casos de incumplimiento del trabajador, pero se restringe enormemente su uso por parte del mismo?<sup>270</sup>.

### III. Imposibilidad de la prestación: art. 30 TRET.

Ya hemos tenido oportunidad de hablar de este precepto en diversos lugares de este trabajo, en concreto, nos sirvió en su momento como apoyo para poder explicar y justificar cuál debiera ser la causa del salario. Conviene ahora hacer un estudio algo más detallado, con el objeto de conocer las implicaciones jurídicas que tiene este art. 30 TRET, por cuanto que si bien se trata de uno de los preceptos que no han sufrido variación alguna desde que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores, no menos cierta es su complejidad y las dudas que aún hoy sigue implicando, motivadas también quizás por su escasa aplicación práctica.

Aunque para muchos autores pudiera parecer que el art. 30 TRET contiene una ficción jurídica en virtud de la cual el trabajador tiene derecho a su salario, pese a no prestar sus servicios (no olvidemos que éste es uno de los elementos que formaban la causa del salario), y sin necesidad de recuperar las horas no trabajadas; en nuestra opinión, lo que este precepto está realmente plasmando confirma plenamente los postulados que en aquel momento sostuvimos, por cuanto que los supuestos a los que responde la norma y las exigencias que reclama así lo expresan. Pasamos a explicar este artículo y con ello, la afirmación que acabamos de hacer.

#### A. Requisitos

##### 1. Imposibilidad de la prestación imputable al empresario

Como recordamos, el trabajador se comprometía a cambio de su salario no a prestar sus servicios simplemente, sino también y en el mismo plano, a la prestación dependiente y por cuenta ajena. Siendo esta la causa del salario, también mantendría derecho a su retribución en el supuesto ahora analizado, sin necesidad, como decimos, de tener que recuperar el trabajo no realizado. En efecto, en el caso del art. 30 TRET se manifiestan las peculiaridades que este tipo de prestación conlleva: dependencia y ajenezidad<sup>271</sup>. De ellas se extrae que se conserva el derecho al salario tanto en los supuestos de *mora accipiens* como en aquellos casos en los que si bien la imposibilidad no deriva directamente de la voluntad del empresario, sí le son imputables por haber surgido

<sup>270</sup> Se contradice así la idea de que la aplicación de las reglas civiles sólo tiene lugar cuando ello "no se oponga a los criterios básicos que establecen un orden de protección a favor del trabajador"; VÁZQUEZ VIALARD, A., "La aplicación..."; cit., pág. 462.

<sup>271</sup> También, ORTIZ LALLANA, M.C., La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de cumplimiento; MTSS, 1985, pág. 60; y CORDERO SAAVEDRA, L., El deportista profesional; Lex Nova, 2001, págs. 91 y 92.

el impedimento del funcionamiento u organización de la empresa; esto es, precisamente los supuestos que contempla el mencionado art. 30 TRET<sup>272</sup>.

Por lo que respecta a los primeros (*mora accipiens*), no es el trabajador el que incumple no prestando sus servicios –como veremos, no se exonera de su obligación de trabajar–, sino que es el empresario el que contraviene su deber de dar ocupación efectiva (art. 4.2.a TRET), bien de forma manifiesta y deliberada<sup>273</sup>, o bien como consecuencia de una decisión antijurídica o ilícita por su parte<sup>274</sup>. En ambos casos, como decimos, lo que se producen son las consecuencias lógicas de la mora del acreedor de trabajo (*v. gr., perpetuatio obligationis*), por cuanto que se dan los requisitos para considerarlo así<sup>275</sup>; a saber: “Una obligación vencida para cuyo cumplimiento haga falta el concurso del acreedor, la realización por el deudor de todo lo que conduce a su ejecución y, finalmente, la falta de cooperación por parte del acreedor sin justificación legal alguna al cumplimiento de la obligación, determinando con ello su incumplimiento”<sup>276</sup>. Adviértase que de no imponer al empresario el mantenimiento de su deber de retribuir, estaríamos vaciando de contenido obligacional al contrato de trabajo y contraviendo el art. 1.256 C.Civ., por cuanto que excluiríamos una de las consecuencias lógicas de la ajenidad y al mismo tiempo, al corresponder al empresario la organización de la empresa y el poder de dirección (y la consecuente subordinación del trabajador, art. 20.1 TRET), podría determinar cuándo se presta el trabajo y por ende, cuando se tiene derecho a la retribución<sup>277</sup>.

Sin embargo, en los segundos, el art. 30 TRET plasma la denominada doctrina del riesgo de empresa como manifestación del principio de ajenidad, porque aunque el hecho causante de la imposibilidad no derivase directamente de la voluntad o conducta empresarial, también le sería imputable a estos efectos cuando el hecho acontece o trae su origen dentro de la misma organización productiva de la empresa, por lo que “a ella [la empresa] corresponde asumir las consecuencias de sus propios actos y el riesgo de la actividad contratada”<sup>278</sup>. Como vemos, el precepto laboral que estamos estudiando se limita a constatar la peculiaridad lógica de las prestaciones labo-

<sup>272</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Imposibilidad de la prestación”; en (BORRAJO dir.) Comentarios a las Leyes Laborales, T. VI, EDESA, 1982, págs. 187 y 188.

<sup>273</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 346.

<sup>274</sup> *V. gr.*, cuando la empresa no da trabajo a quienes integran un expediente de regulación de empleo presentado por la empresa que, posteriormente, es revocado por falta de prueba de los presupuestos alegados para la extinción; STSJ de Castilla y León/Valladolid de 12 de diciembre del 2000 (A.L., nº 15, 2001, ref. 516). O porque el despido decidido por el empresario es declarado improcedente o nulo. O cuando el trabajador no realiza las funciones propias del puesto y categoría que le corresponde por una decisión antijurídica de la empresa; STSJ de Asturias, de 11 de octubre de 2002 (A.L., nº 9, 2003, ref. 261).

<sup>275</sup> TREU, T., *Onerosità e...*; cit., pág. 198 (nota 3).

<sup>276</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., Derecho de Obligaciones, II, vol. 1º; Dykinson, 2000, pág. 185 (citando al TS).

<sup>277</sup> JUANES FRAGA, E., “Derecho al salario sin prestación de servicios”, en AA.VV. (DE LA VILLA, Coord.) Estudios sobre el Salario; ACARL, 1993, págs. 159 y 160. En los casos de trabajadores de una ETT, las peculiaridades en la distribución de poderes entre la empresa usuaria y la ETT impondrán, a mi modo de ver, que las consecuencias del art. 30 TRET puedan derivarse si la imposibilidad de la prestación es imputable a una o a otra. Sobre este “reparto de poderes” y sus consecuencias, CHACARTEGUI JÁVEGA, C.; Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo, Tirant Monografías, nº 146, 2000, págs. 63 y sgs.

<sup>278</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de abril de 1999 (AS 2397). ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 345; y MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 566.

rales respecto a las consecuencias que se derivan para las partes en caso de imposibilidad de la prestación, matizando tanto la regla del art. 1105 C.Civ. como la solución civil prevista para el supuesto de que esa imposibilidad temporal acontezca en las obligaciones sinalagmáticas: el “efecto suspensivo total [de ambas prestaciones] (...) y no el de suspensión de la prestación de una de las partes manteniendo en vigor la otra...”<sup>279</sup>. Repárese además en el hecho de que el art. 1105 C.Civ. exonera de responsabilidad (“nadie responderá”) en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, salvo que la ley haya dispuesto otra cosa (v. gr., art. 30 TRET).

De lo señalado hasta el momento también se deduce que la responsabilidad del empresario no se produce siempre que no se pueda prestar el trabajo, sino que su responsabilidad alcanza a todos aquellos casos en los que la causa esté inserta dentro de su poder de dirección o de su organización empresarial, como manifestación de los efectos que la prestación de servicios subordinada implica. En efecto, el empresario no responde siempre y en toda ocasión, ya que éste no debe pagar cuando el hecho causante sea por entero excepcional y ajeno a su voluntad o a su ámbito de organización empresarial, esto es, cuando se deba a una causa de fuerza mayor externa<sup>280</sup>, porque el art. 30 TRET “no contempla el caso de las «causas neutras o no generadoras de imputabilidad» para ninguna de las partes del contrato de trabajo”<sup>281</sup>. Empero, esto no ocurrirá cuando estemos ante un supuesto de caso fortuito, pues pese a la equiparación que de ambos hacen algunos autores, consideramos que –al menos a efectos laborales– una y otro deben distinguirse. La consecuencia de esa distinción es que el empresario responde por los denominados casos fortuitos ordinarios (ex art. 1575 C.Civ.), porque en éstos no está presente esa nota de excepcionalidad a la que aludíamos más arriba o en todo caso, no quedan completamente extraños a la organización y funcionamiento de la empresa<sup>282</sup>. Como ejemplo de estos últimos pueden señalarse tanto los supuestos de huelga (o cierre patronal) que acontezcan en la empresa, como aquellos en los que la imposibilidad de la continuidad en la actividad empresarial sea consecuencia de un hecho ajeno, pero derivado previamente del riesgo generado por la implantación en ella de un determinado sistema de producción<sup>283</sup>.

Diferente de estos supuestos es aquél en el que la causa de la imposibilidad no sólo es externa, sino que tampoco se puede considerar como consecuencia de un

<sup>279</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol.2º, 1985, pág. 512. También, DÍEZ PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial; T. II, Civitas, 1993, pág. 661, 718 y 719.

<sup>280</sup> STS (Sala 3ª), de 8 de marzo de 2002 (A.L., nº 23, 2002, ref. 740), F.J. 4º.

<sup>281</sup> MONTOYA MELGAR, Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, pág. 406 (nota 15).

<sup>282</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., “Imposibilidad...”; cit., pág. 200; y DÍEZ-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, Instituciones de Derecho Civil, Vol. I/2, Tecnos, 1998, pág. 166. Sobre la distinción entre una y otro, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, Civitas, 1993, págs. 90 y sgs. (especialmente, págs. 93-104). Pese a que este último autor niega que el origen (interno o externo) de la causa determine *per se* el carácter de caso fortuito o fuerza mayor (*ibidem*, págs. 96 y 97), sí creemos que esa distinción es laboralmente útil para determinar cuándo debe o no cumplir el empresario con la obligación salarial (LACRUZ BERDEJO, J.L., Derecho de Obligaciones, II, vol. 1º, 2000, pág. 177), con independencia de que no sea civilmente aceptable ese criterio diferenciador (al respecto, ALBALADEJO, M., Derecho Civil; T. II, vol. 1º, Bosch, 1997, págs. 177 y 178).

<sup>283</sup> STS (Sala 3ª), de 8 de marzo; cit., y STSJ de Cataluña, de 5 de mayo de 1999 (AS 2552). Se trataba de un sistema de trabajo *just time* que implicaba la inexistencia de *stocks* de materias primas, por lo que la falta de suministro de material en un momento determinado implicó que no se pudiera continuar trabajando por falta de aquéllas.

riesgo imputable al empresario al no ser previsible ni evitable<sup>284</sup>. En estos casos el empresario sí se exonera de su obligación salarial. Por ejemplo, cuando la interrupción en la producción que causa la imposibilidad de trabajar sea consecuencia de la huelga originada en otra empresa con la que se encuentra conectada funcionalmente. No obstante lo dicho, será preciso atender a los datos concretos de la situación en la que ésta se produzca, con el objeto de comprobar que realmente se dan las notas de imprevisibilidad y de carácter inevitable (lo que parece que no podrá acontecer cuando se trate de un huelga general)<sup>285</sup>.

Resumiendo, sólo los supuestos de fuerza mayor pueden exonerar al empresario de su obligación de retribuir, salvo que también en estos casos deba hacerlo porque así lo hayan previsto los negociadores<sup>286</sup>. Ahora bien, y sin perjuicio de lo dicho, esto no puede suponer para el empresario desoir sus obligaciones laborales también en los casos de que acontezca una situación de fuerza mayor. En este sentido, conviene traer a colación los arts. 47 y 48 TRET, que expresamente prevén la posibilidad de solicitar la suspensión de los contratos de trabajo cuando aquélla acontezca, ya que si el empresario no la solicita pese a concurrir el hecho en ellos previsto, no podrá exonerarse de su deber de retribuir<sup>287</sup>. De lo contrario –mantener su exoneración en todo caso, incluso cuando la imposibilidad deriva de una causa de fuerza mayor no advertida–, estaríamos vaciando de contenido aquellos preceptos, ya que la suspensión no acontece de forma automática, sino tras cumplir lo que en ellos se indica, debiéndose exigir al empresario la debida diligencia al respecto<sup>288</sup>. Estas exigencias hacen colegir que la fuerza mayor prevista en los mencionados arts. 47 y 48 TRET ha de tener un carácter algo más duradero, aunque temporal, que una mera interrupción; esto es, aquélla en que no sólo se producen sus efectos en el momento inmediato de acontecer, sino que éstos se mantienen o previsiblemente se mantendrán con posterioridad algún tiempo<sup>289</sup>. Como apoyo a lo que decimos puede traerse a colación los antecedentes legislativos, pues el anulado art. 5 RD 2001/1983 hablaba de “horas”, lo que viene a confirmar ese carácter breve de la imposibilidad recogida en el art. 30 TRET<sup>290</sup>.

De todo lo dicho podemos concluir que el empresario sólo podrá exonerarse automáticamente de su deber de pagar salarios cuando la fuerza mayor produzca

---

<sup>284</sup> STS, de 11 de junio del 2001, (A.L., nº 47, 2001, ref. 1709), F.J. 3º, b).

<sup>285</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Imposibilidad..."; cit., págs. 221, 222, 227 y sgs. También señala este autor, acertadamente creemos, que la calificación de la huelga como lícita o ilícita no afecta al supuesto del art. 30 TRET (*ibidem*, pág. 228).

<sup>286</sup> *Vid.* STS, de 11 de junio del 2001 (A.L., nº 47, 2001, ref. 1709). En esta sentencia se recogen varios supuestos previstos en el convenio en los que se mantiene el derecho al salario, pese a darse casos donde la interrupción de la prestación es motivada por causas externas por completo a la organización empresarial. Aunque referido al supuesto de despidos, puede verse un desarrollo de los requisitos de la fuerza mayor propia en ALAMEDA CASTILLO, M.T., Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial; CES, 2001, págs. 136 y sgs.

<sup>287</sup> En similares términos, VIDA SORIA, J., "Suspensión del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción"; en (BORRAJO, Dir.), Comentarios a las Leyes Laborales: El despido, T. II, EDESA, 1994, pág. 26. *Vid.* STSJ de Navarra, de 6 de octubre de 2003 (AS 3420/2004).

<sup>288</sup> Sin perjuicio de que los efectos de dicha suspensión tengan lugar desde el surgimiento del hecho causante; SEMPERE NAVARRO, A.V., "La imposibilidad..."; cit., pág. 16.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., La fuerza mayor...; cit., pág. 256. Si la fuerza mayor ocasiona una interrupción definitiva no cabría la suspensión, sino la extinción; AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., pág. 41 (750).

<sup>290</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., La fuerza mayor...; cit., pág. 252.

una situación de imposibilidad de la prestación laboral que no supere una mera interrupción, toda vez que en el resto de los supuestos (caso fortuito, fuerza mayor interna o duradera), el ordenamiento ya ha establecido las consecuencias, por lo que tampoco entrará en juego la regla del art. 1105 C.Civ. Es por esto que creo errónea la jurisprudencia que considera al art. 45.2 TRET como precepto cierre para resolver el problema del *periculum obligationis* (junto con el art. 30 TRET), al entender que fuera de los casos de suspensión expresamente previstos en aquél precepto, no puede el empresario exonerarse de su deber de retribuir. Mantenemos nuestra disconformidad porque esta postura de los tribunales sería en todo caso aplicable a los supuestos susceptibles de suspensión, pero no a los de mera interrupción breve de la prestación –por imposibilidad derivada de fuerza mayor–, que se tratarían de una situación diferente<sup>291</sup>.

En este sentido, creo que de la exigencia de que la imposibilidad sea imputable al empresario se deriva, en buena lógica, que éste no deba responder de su obligación salarial cuando el hecho impeditivo sea consecuencia de una actuación dolosa del trabajador o le fuera imputable exclusivamente a él por una conducta negligente<sup>292</sup>. Sin embargo, corresponderá al empresario acreditar que la imposibilidad de la prestación laboral no le es imputable, por cuanto que como se viene entendiendo, existe una presunción *iuris tantum* de su imputabilidad cuando se dan el resto de requisitos del art. 30 TRET<sup>293</sup>.

## 2. Vigencia del contrato y disponibilidad del trabajador

Si como mantenemos el art. 30 TRET no implica una excepción a la regla contenida en el art. 26.1 TRET, sino más bien una consecuencia de lo que en éste se contiene, será preciso que se den los requisitos exigidos por el último de los preceptos citados. Por esta razón, el trabajador no tendrá derecho a su salario ex art. 30 TRET fuera de los casos en los que por su situación tampoco tuviera derecho a él ex art. 26.1 TRET, de ahí que sea necesario que la relación laboral esté plenamente vigente y/o que la prestación pudiera hacerse efectiva, lo que no tiene lugar cuando dicha relación no ha nacido aún o se hubiera extinguido previamente (art. 49 TRET) o esté suspendida (art. 47 TRET), pues en ninguna de ellas, como decimos, tendría derecho el trabajador a salario alguno, ya que tampoco el trabajador prestó su trabajo. No obstante, debe advertirse que será de aplicación la regla del art. 30 TRET cuando, como hemos recogido más arriba, esa suspensión o extinción fuera consecuencia de un actuar antijurídico o ilícito del empresario, pues ahora sí podría mantenerse que la no prestación se debe a un impedimento imputable a éste. No es preciso por tanto –al igual que tampoco lo sería para devengar salarios ex art. 26.1 TRET–, que se haya iniciado efectivamente la presta-

<sup>291</sup> CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., "Huelga y derecho al salario de los no huelguistas"; A.L., 1998-1, ref. 1, págs. 4 y 5.

<sup>292</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 346.

<sup>293</sup> MONTOYA/GALIANA/SEMPERE/RÍOS, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores; Aranzadi, 1995, pág. 136. Sobre la jurisprudencia favorable a esa presunción o inversión de la carga de la prueba y a la necesidad de probar la falta de imputabilidad por quien la alega, *vid.* RESPONSABILIDAD CIVIL; La Ley (Monografías de Jurisprudencia 1), 1992, págs. 11 y, especialmente, 390 y sgs.

ción de trabajo, sino que, como decimos, basta con que exista el contrato o la relación laboral y que esté plenamente vigente<sup>294</sup>.

Cumplida esa premisa, será requisito imprescindible –puesto que el vínculo está plenamente vigente– que el trabajador esté a disposición del empresario de forma efectiva y no meramente formal<sup>295</sup>. A tal efecto, el empresario podrá requerir su presencia de forma continuada en el lugar de trabajo y durante su horario de trabajo, sin perjuicio de que pueda además ejercer lícitamente las facultades de dirección que le competen (v. gr., via arts. 39, 40, 41, etc.)<sup>296</sup>. De todo lo cual se extrae que el trabajador no tendrá derecho a su remuneración cuando no esté disponible, como acontece en el caso de que durante ese tiempo esté incapacitado, empleado en otro trabajo o en una situación similar<sup>297</sup>.

Debe señalarse que con la redacción actual del art. 30 TRET se suprimió la referencia expresa que el art. 47 LCT hacía a la facultad del empresario de poder descontar de los salarios por él debidos (ex art. 30 TRET), lo que el trabajador hubiera obtenido en otro trabajo; razón esta (la supresión legal) que ha llevado a algunos autores a entender que con la presente regulación el empresario no podrá realizar ese descuento, debiendo abonar íntegramente aquellos salarios<sup>298</sup>. No compartimos esta opinión, porque según lo mantenido, en casos como estos también falta la exigida disponibilidad del trabajador<sup>299</sup>.

## B. Objeto y naturaleza jurídica

La solución a cuál sea la naturaleza jurídica de lo percibido por el trabajador en el caso previsto en el art. 30 TRET es, en buena lógica con lo sostenido, la de su consideración como salario a todos los efectos. A mayor abundamiento, ninguna otra podría ser la solución, no sólo por el propio tenor literal del precepto que habla de *salario*, sino también por la presunción *iuris tantum* que sobre ese carácter mantiene la jurisprudencia y doctrina respecto a las partidas recibidas por el trabajador de su empresario, ya que tampoco es posible reconducir esas percepciones a ninguna de las previstas en el apartado 2 del art. 26 TRET<sup>300</sup>. Rechazamos por ello que en los casos en los que la imposibilidad de la prestación deriva del incumplimiento por parte del empresario de su deber de dar ocupación efectiva (art. 4.2.a TRET), lo que debe percibir el trabajador ten-

<sup>294</sup> BOTANA LÓPEZ, J.M., "Imposibilidad de la prestación y sobre las gratificaciones extraordinarias"; REDT, nº 100, 2001, págs. 669 y 670. Los tribunales han aplicado análogamente el art. 30 TRET a supuestos donde el trabajador aún no se encontraba incorporado a su trabajo debido a una ilícita decisión de la empresa.

<sup>295</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., "La imposibilidad..."; cit., pág. 12. Ya vimos como para algunos autores esta es en sí la obligación del trabajador y no tanto la prestación efectiva de trabajo; REVET, T., *La force de travail*; Litec, 1.992, págs. 353 y sgs.

<sup>296</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Imposibilidad..."; cit., pág. 194. La permanencia en el centro de trabajo debe respetar en todo caso los mínimos de dignidad exigibles; vid. STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 12 de diciembre del 2000 (A.L., nº 15, 2001, ref. 516), F.J. 4º.

<sup>297</sup> BOTANA LÓPEZ, J.M., "Imposibilidad de..."; cit., págs. 669 y 670.

<sup>298</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Imposibilidad..."; cit., págs. 193 y 194.

<sup>299</sup> Véase la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 2 de marzo de 1999 (AS 1711).

<sup>300</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Imposibilidad..."; cit., pág. 191.

ga naturaleza indemnizatoria (ex art. 1101 y 1106 C.Civ.)<sup>301</sup>, porque ello supondría olvidar el art. 30 TRET y la necesaria autointegración del ordenamiento laboral<sup>302</sup>.

Algunos autores han deducido de aquella afirmación —a lo que tiene derecho el trabajador es a su salario— que no se podrá reclamar del empresario el pago de otras partidas que carezcan de naturaleza salarial<sup>303</sup>. Tampoco podemos compartir esta idea y ello porque una lectura en ese sentido no tiene en cuenta la finalidad real del art. 30 TRET, cual es mantener el derecho al salario pese a no concurrir un elemento tan esencial como es la prestación efectiva de trabajo; de ahí, como señalamos, que el legislador haya tenido que hacer expresa mención a este supuesto, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, donde no se contiene una regla específica para el caso de imposibilidad de la prestación en las obligaciones sinalagmáticas. Así pues, la norma, siendo consciente de que el trabajador se compromete a cambio de su salario a prestar trabajo dependiente y por cuenta ajena, impone al empresario que cumpla su obligación salarial porque la no realización efectiva del trabajo le es imputable a él. Esto implica para el trabajador que mantiene su derecho al salario, pese a que no haya efectivamente prestado su trabajo, pero también tendrá derecho a reclamar aquellas percepciones extrasalariales a las que pudiera tener derecho (gastos de transporte, dietas, etc.), ya que si éstas no se mencionan expresamente en el art. 30 TRET no es porque no se tenga derecho a ellas, sino porque su percepción no se vincula directamente a la prestación del trabajo, sino a otras causas (gastos, etc.). Téngase presente que, como señalamos, el trabajador debe permanecer a disposición del empresario, el cual puede exigirle, como también hemos dicho, la presencia en el centro de trabajo o lugar donde deba prestar su trabajo, lo que puede originar sin duda el hecho causante que justifique alguna de esas percepciones extrasalariales.

Finalmente, defendemos que el derecho al salario al que se refiere el tan repetido art. 30 TRET comprende tanto al estipulado por unidad de tiempo como por unidad de obra (art. 26 TRET), pues el texto laboral no hace diferenciaciones (*ubi lex non distinguit...*)<sup>304</sup>. No obstante, algunas sentencias afirman que no se aplica el art. 30 TRET “cuando el contrato que ligó a las partes establecía una remuneración por trabajo realizado y no un salario mensual fijo por jornada laboral”<sup>305</sup>; o mantienen la posibilidad de, al menos, suprimir aquellas partidas o complementos vinculados a la productividad, rendimiento en el trabajo, etc., justificándolo “en principio por la naturaleza misma de estos tipos de retribución”<sup>306</sup>. No podemos sino rechazar estas opiniones, no sólo porque el art. 30 TRET no haga distinción y hable genéricamente de salario, sino porque de ser así se incumpliría claramente el art. 1256 C.Civ., ya que con ello o bien se estaría trasladando al trabajador que cumple las consecuencias de un hecho impu-

<sup>301</sup> A favor de su caracterización extrasalarial; STSJ de Galicia, de 1 de junio del 2001, (AS 1226).

<sup>302</sup> DURAND, P., “Le particularisme du droit du travail”; D.S., 1945, pág. 303. Se trata de aplicar el espíritu protector que caracteriza al Derecho del Trabajo a situaciones no previstas, PÉLISSIER, J., “Droit civil et contrat individuel de travail”; D.S., nº 5, 1988, págs. 391 y sgs.

<sup>303</sup> SEMPERE NAVARRO, A.V., “La imposibilidad...”; cit., pág. 15.

<sup>304</sup> El salario por piezas “no es más que una modalidad o forma distinta de salario por tiempo”; MARX, C.; El capital, I; cit., pág. 464.

<sup>305</sup> En BOTANA LÓPEZ, J.M., “Imposibilidad de...”; cit., págs. 668 y 669.

<sup>306</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 346.

table a su empresario, o bien se dejaría a la libre voluntad del empresario la posibilidad de su percepción, en función de que éste quiera o no cumplir su obligación de dar ocupación, impidiendo al trabajador que pueda materializar su derecho a obtener esas partidas a través de su trabajo<sup>307</sup>. Por esta razón, diferimos de la opinión de que el trabajador no tendrá derecho al percibo de los incentivos si no se alcanzan los resultados estipulados, con independencia de que la imposibilidad de seguir trabajando –para poder alcanzar dichos objetivos– derive de una ilícita decisión extintiva de la empresa<sup>308</sup>. En consecuencia, mantenemos el derecho a los referidos incentivos, pues de otra forma también se contravendría el art. 1119 C.Civ., ya que sería el propio empresario (contraparte) quien voluntariamente impediría (con el despido ilícito) que se cumpliera la condición requerida<sup>309</sup>.

Así pues, entiendo más acertado considerar que en aquellos casos en los que el salario no se vincula directamente al factor tiempo se deberá tener en cuenta<sup>310</sup>, en primer lugar, las previsiones convencionales al respecto; en su defecto –y en todo caso–, deberá tener derecho al promedio objetivo obtenido en períodos anteriores o coetáneos (por el trabajador en particular o si no es posible conocerlo, con respecto a un trabajador medio en el mismo puesto)<sup>311</sup>. De no ser posible tampoco esa comparación, el trabajador deberá tener derecho a la cuantía correspondiente a un trabajador empleado en el mismo puesto, categoría o grupo que sea retribuido por tiempo; y de cualquier forma, la retribución mínima del trabajador será la correspondiente al SMI aplicable en ese momento.

## IV. Modificación

Hasta aquí hemos analizado el crédito salarial desde un punto de vista estático, es decir, determinando los elementos esenciales que lo caracterizan. En el apartado que ahora tratamos pretendemos estudiarlo desde su aspecto dinámico, haciendo referencia a las peculiaridades del crédito salarial dentro del tráfico jurídico-económico general (cesiones, novación, etc.). Se trata de un aspecto muy importante en una sociedad como la nuestra, donde la operaciones económicas relativas a créditos tienen una indiscutible relevancia jurídico-económica; sin embargo y pese a ello, contrasta esa creciente importancia con el escaso estudio de esta materia en relación con el crédito salarial. De nuevo será necesario extraer de las operaciones civiles (y laborales) las características o notas diferenciadoras de un crédito como el que estamos estudiando.

---

<sup>307</sup> STS, de 24 de octubre del 2001 (E.F., nº 226, rec. 4851/2000), pág. 235.

<sup>308</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 12 de marzo de 2001 (R.L., nº 21, 2001, TSJ-1669).

<sup>309</sup> STSJ de Castilla la Mancha, de 28 de mayo de 2002 (AS 2252).

<sup>310</sup> HERRAIZ MARTÍN, M.S., Los complementos por mayor trabajo realizado. Primas e incentivos; CES, 1997, pág. 242.

<sup>311</sup> RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., "Imposibilidad..."; cit., págs. 189 y 190; y, refiriéndose al complemento de incentivos, ALBIOL MONTESINOS, I., El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales; Deusto, 1992, pág. 124. Así parece entenderlo también la STSJ de Galicia, de 1 de junio del 2001 (AS 1226).

Partiendo de la terminología civilista, procedemos a estudiar la novación *modificativa* tanto de los sujetos como del objeto y contenido de la prestación salarial. La existencia de una normativa específica en el ámbito laboral para determinados supuestos de novación no será obstáculo para ver de qué manera se encuentran presentes en ésta o fuera de ella las reglas civiles aplicables a los casos de modificación no extintiva de la obligación<sup>312</sup>.

## A. Novación subjetiva

Como su propio nombre indica, nos encontramos ante el supuesto en que cambie alguna de las partes en la relación crediticia que mantienen trabajador y empresario, por lo tanto, en principio no nos referiremos a toda la problemática que pudiera derivarse de la novación en la relación laboral en su conjunto, algo que quedaría fuera de nuestro estudio, sino simplemente y en su caso, de las consecuencias que ello tendría desde la posición de acreedor y deudor salarial.

### 1. Novación subjetiva activa

#### a. Características generales

El carácter patrimonial del salario hace de él un crédito susceptible de ser introducido en el tráfico económico, más aún si tenemos en cuenta el especial atractivo que presentan los mecanismos de garantía y privilegios que acompañan a parte del salario<sup>313</sup>. Por ello cobra particular interés para nosotros saber cómo responde dicho crédito ante los sistemas tradicionales de transmisión crediticia.

Sin perjuicio de las matizaciones que se hagan, adelantamos que a nuestro entender no parece existir problema sobre la admisibilidad (al menos parcial) de la transmisión del crédito salarial, porque como ya dijimos al principio de este trabajo al hablar de la naturaleza del crédito salarial, éste no es un crédito personalísimo, pues no responde a las características y fundamento de éste. En aquel momento afirmamos que la causa del salario es la prestación de servicios por cuenta ajena y dependiente, algo que lo desliga de los derechos patrimoniales que originan créditos personalísimos; esto es, aquellos ligados y otorgados de forma insustituible en atención a la situación personal del acreedor (*v. gr.*, los alimentos entre familiares), lo que explica que no puedan ser transmitidos a terceros<sup>314</sup>. Frente a ello, como decimos, hemos mantenido que el crédito salarial se otorga no en atención a la persona del trabajador, sino del trabajo

<sup>312</sup> Por su escaso interés para nosotros, obviamos el debate doctrinal sobre el carácter exclusivamente extintivo o no de la novación (*vid.* ADAME MARTÍNEZ, M.A., Asunción de deuda en Derecho Civil; Comares, 1996, págs. 5 y sgs.), y damos por válidos los conceptos dados sobre novación extintiva y modificativa por ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º; Bosch, págs. 317, 331 y 332

<sup>313</sup> Esa posibilidad de adquirir un crédito privilegiado es sin duda, una de las principales ventajas que ofrece para un tercero el aceptar entrar en la relación crediticia originaria; DEL OLMO GARCÍA, P.; Pago de tercero y subrogación; Civitas, 1998, págs. 289 y 290.

<sup>314</sup> PUIG PEÑA, F., Compendio de Derecho Civil, Familia y Sucesiones; T. V, Aranzadi, 1972, págs. 780 y 781.

que desempeña, que, pese a sus múltiples peculiaridades y características, no deja de ser un crédito obtenido como consecuencia del cumplimiento de un contrato oneroso y sinalagmático, contraprestación de la obligación recíproca a la que se compromete el trabajador.

Señalado esto, también debemos recordar que el salario goza de un régimen jurídico protector similar en muchas ocasiones al alimenticio, similitud que se acrecenta cuando se pretende tutelar unos mínimos sociales que garanticen al trabajador cubrir las necesidades familiares y personales básicas (v. gr., inembargabilidad parcial). Por lo tanto, convendría hacer algunas breves referencias a la naturaleza y fundamento de los privilegios y garantías del crédito salarial, pues será un elemento determinante en las soluciones que planteemos.

En este sentido, y a falta de un posterior análisis más detenido, cabe afirmar que las garantías y privilegios, como elementos accesorios que son, siguen en principio a la obligación principal de la que dependen, esto es, el crédito<sup>315</sup>. Sin embargo, cuando éstos están otorgados en atención al sujeto titular, no pueden ser transmitidos sin más a otra persona, ya que en este caso estaría faltando la causa que legitima dichos privilegios y garantías. Pues bien, en nuestra opinión, los privilegios y garantías otorgados al trabajador responden a una doble necesidad: por un lado, procurar tutelar esa función y trascendencia social del salario, en cuanto medio esencial del trabajador para cubrir sus necesidades familiares y personales. Pero además, también se establecen en atención a la especial situación en la que se encuentra el trabajador, cuya posición de debilidad económica y contractual justifica que el legislador establezca algunas medidas de protección del crédito salarial, porque el trabajador en principio parece no poder exigir de su empresario-contraparte similares mecanismos de protección y garantía para su salario<sup>316</sup>.

Mantenemos en suma, que gran parte de los privilegios y garantías que se ligan al crédito salarial responden a esa doble justificación, relacionadas ambas con el trabajador: una, por la especial posición que el trabajador tiene respecto a su contraparte (dependencia y ajenidad), y otra, por la importante función socio-económica que tiene –al menos parcialmente– dicho crédito<sup>317</sup>.

## b. Transmisión *mortis causa*

Anteriormente analizábamos el fenómeno de la transmisión hereditaria para determinar si los sucesores eran o no terceros a efectos de recibir el cobro, deduciendo por

<sup>315</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T.II, vol. 1º; cit., pág. 343.

<sup>316</sup> GARRIDO, J.M., "El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra"; AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje al profesor AURELIO MÉNDEZ, T. III, Civitas, 1996, págs. 3603 y 3604; y CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2º del Estatuto de los Trabajadores"; ADC, 1993-IV, págs. 1927 y 1928. En derecho comparado, PIPPI, F., De la notion de salaire individuel a la notion de salaire social; Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.966, pág. 40; y PIGNARRE, G., "Le regime juridique des creances salaires"; DS, 1997, pág. 589.

<sup>317</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., "El crédito privilegiado en el Código Civil"; ADC, 1958, págs. 452 y 453. De una posición similar, ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., "Garantías del salario", en Comentarios a las Leyes Laborales, T. VI; EDERSA, 1982, págs. 275-277.

nuestra parte que los sucesores del trabajador-fallecido no pueden considerarse en ningún caso como tales. Sin embargo, queda por responder cómo reciben aquéllos el crédito de su causahabiente, es decir, si le son o no transmitidos los privilegios y garantías que el salario comporta. Para ello parece conveniente distinguir entre los descendientes a título universal (herederos) y los que lo son a título de legatarios.

Como sabemos, la muerte de una persona provoca la apertura de su sucesión o de la herencia. Dentro de ésta se encuentran las obligaciones, derechos y bienes que eran de titularidad del fallecido (art. 659 C.Civ.), entre los que pueden aparecer créditos por salarios adeudados. Dicha herencia puede ser transmitida a los herederos y en su caso, en legados. La diferencia entre ambos es que mientras que aquéllos son sucesores a título universal del causante, ocupando *ex lege* la misma posición jurídica que tenía el fallecido; éstos son sucesores a título particular, es decir, no ocupan la posición del antiguo titular, sino que se limitan a recibir de éste algún bien concreto, sin que exista una confusión con el patrimonio y persona del causante<sup>318</sup>.

La consecuencia que se desprende de todo ello es que los herederos reciben los bienes y derechos en la misma situación y posición en la que se encontraba el causante, pues son "continuadores" de la personalidad de éste<sup>319</sup>. Sobre lo que ahora tratamos –el crédito salarial–, el heredero (no el legatario) debiera mantenerse en la misma situación en la que se encontraba el trabajador fallecido, y por lo tanto, le sucede también en los privilegios y garantías de las que éste disfrutaba, con independencia de que sean uno o varios los herederos, pues, en su caso, a todos ellos benefician los privilegios salariales<sup>320</sup>.

Respecto a la situación de los legatarios –a diferencia de los herederos–, al tratarse de meros adquirentes de un bien, no ocupan la posición del causante, por lo que les será aplicable la solución general para cualquier adquirente *inter-vivos* del crédito salarial y que señalamos en el epígrafe siguiente.

### c. Cesión y Subrogación

Analizamos ahora los supuestos más generales de transmisión *inter-vivos* de un crédito por parte del acreedor que supongan un cambio en el titular activo del derecho de crédito<sup>321</sup>. La razón de tratar conjuntamente ambas figuras (subrogación y cesión) responde a la igualdad que existe entre ellas, pues tanto una como otra suponen, por un lado, un cambio subjetivo respecto de las partes originarias mediante la transmisión *in-*

<sup>318</sup> DÍAZ CRUZ, M., Los legados, ed. Reus, 1951, págs. 11-15.

<sup>319</sup> ALBALADEJO, M., Curso de Derecho Civil, T. V.; Bosch, 1989, págs. 16 y 17.

<sup>320</sup> LACRUZ BERDEJO, "Sobre los privilegios del salario y en particular el 'superprivilegio' del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores"; en LACRUZ BERDEJO/MARTÍNEZ GIL/GIL SUÁREZ, El salario como crédito privilegiado; ACARL, 1982, pág. 29; y GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito privilegiado; Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1960, págs. 311 y 312. Sobre la sucesión en el proceso laboral, *vid.* STSJ de Extremadura, de 2 de mayo del 2000 (A.L., nº 38, 2000, ref. 1569); y BODAS MARTÍN, R., "Partes de la ejecución", en (RÍOS SALMERÓN, Dir.) Puntos críticos en ejecución de sentencias; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPG, 1999, págs. 364 y 365.

<sup>321</sup> Advertimos de antemano que no haremos referencia al caso del FOGASA, al que se dedica un apartado concreto. En consecuencia, serán el resto de supuestos de cesión o subrogación los que serán tratados en esta apartado.

*ter-vivos* del crédito a un tercero; y por otro, una estabilidad objetiva, en cuanto se mantiene el crédito en la misma situación que existía antes de ser adquirido<sup>322</sup>. Sin embargo, esto no significa negar la existencia de elementos que los distinguen, pues son evidentes las diferencias que se pueden derivar de su diverso objetivo o finalidad primera<sup>323</sup>. En efecto, mientras que la cesión supone un mecanismo idóneo para la circulación del crédito, la subrogación lo que posibilita y busca es un pago ágil y rápido<sup>324</sup>. Empero, a lo que a nosotros interesa nada impide que se haga un estudio conjunto.

Debemos comenzar señalando el interés que puede tener la transmisibilidad del crédito salarial, ya que facilita y dinamiza enormemente numerosas operaciones de circulación y de pago de deudas que puede haber contraído el trabajador con terceros. Así es, la experiencia de otros países de nuestro entorno muestra las ventajas de prever un sistema de cesión de créditos laborales, tanto para el trabajador (facilitándole sus operaciones de pago), y para el propio tercero, porque le permitiría poder disponer periódicamente de una cuantía para satisfacerse de las posibles deudas que el trabajador tenga con él; como para la circulación de créditos en general, facilitando al trabajador poder disponer de su crédito y ponerlo en el mercado. Por estas razones y ante el innegable interés y problemática que de todo ello puede derivar para la transmisión de un crédito como el salarial, creemos que sería conveniente que el legislador previese una regulación específica para el caso de transmisión de créditos salariales, en aras a facilitar, como decimos, su uso y para garantizar al trabajador un conocimiento claro del alcance de su acción, evitando así algunos de los posibles perjuicios que de ello y de la aplicación exclusiva de la normativa civil se pudieran derivar para él<sup>325</sup>.

En primer lugar, debemos ahondar en el estudio de la ya referida admisibilidad o no de la transmisión del crédito salarial. Por un lado, ha de volverse a señalar que todo crédito, en cuanto derecho patrimonial y valorable económicamente, es susceptible de transmisión, sin perjuicio de que también existan supuestos en los que se excluye tal posibilidad<sup>326</sup>. Dentro de este último grupo encontramos los créditos intransmisibles por su propia naturaleza, esto es, aquellos créditos estrictamente personales; o bien aquellos a los que la propia ley considera como intransmisibles en todo o en parte<sup>327</sup>. Éste pareciera ser el caso del crédito salarial, en cuanto que al establecerse la inembargabilidad parcial del salario (art. 607 LEC) parece suponer también la intransmisibilidad del dicho crédito en la cuota considerada inembargable<sup>328</sup>. La razón de ello es

<sup>322</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*; cit., T. II, vol. 1º, pág. 343; y RUBIO GARRIDO, T., *La subrogación por pago. Régimen jurídico y supuestos prácticos de aplicación*; Mc Graw Hill, 1997, pág. 174.

<sup>323</sup> Hay autores que manifiestan la radical diferencia entre ambas figuras, véanse CAÑIZARES LASO, A.; *El pago con subrogación*; Civitas, 1996, págs. 61, 65, 69 y sgs., 75 y 76; y DEL OLMO GARCÍA, P.; *Pago de tercero y...*; cit., pág. 360.

<sup>324</sup> Así también; cfr. GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo de Garantía Salarial*; IELSS, 1983, pág. 140. Sobre las distintas posturas en esta cuestión, TUR FAUNDEZ, M.N., *El derecho de reembolso*; EGD, 1996, págs. 30-32.

<sup>325</sup> En este sentido, consideramos interesante el modelo francés sobre cesión de créditos laborales, *vid.* CREVEL, S., "La cession des rémunérations du travail"; JCP (Chr.), nº 511, 1995.

<sup>326</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., "Cesión de créditos"; ADC, 1988, págs. 1086 y 1096. Regla que es predicable de otros ordenamientos de nuestro entorno, cfr. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., "Sistemas germánicos de cesión de créditos I y II"; ADC, 1992, pág. 102.

<sup>327</sup> RUBIO GARRIDO, T., *La subrogación por pago*; cit., págs. 102 y 103.

<sup>328</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios del crédito salarial*; Civitas, 1984, pág. 295; y NAVARRO PÉREZ, J.C., *La cesión de créditos en el Derecho Civil español*; Comares, 1988, págs. 68 y sgs., especialmente 73 y 74. *Vid.* STSJ del Pa-

bien clara: si se pretende tutelar el crédito salarial evitando que el trabajador pueda perder lo que se considera como el mínimo social, no tiene sentido que pueda permitirse la transmisión de esa parte, en cuanto que ello resultaría un mecanismo idóneo para que se puedan distraer dichas cantidades y dejar sin efecto la garantía<sup>329</sup>.

No serían sostenibles a nuestro modo de ver, las opiniones que entienden también posible la subrogación o cesión de la parte inembargable, siempre que la transmisión del crédito salarial fuese onerosa<sup>330</sup>. Adviértase que, pese al pago por el tercero-subrogatario, la tutela no quedaría cubierta, ya que dicho tercero adquiriría el crédito del trabajador (salarial)<sup>331</sup>, mientras que éste último recibiría un nuevo crédito con una naturaleza distinta, no salarial<sup>332</sup>. Es decir, con dicha transmisión el trabajador recibiría un crédito carente, entre otros, del favor de la inembargabilidad que otorgan los arts. 606 y 607 LEC, y abriéndose de esta manera la posibilidad de que los acreedores del trabajador se dirijan contra él por esa cuantía (la recibida del subrogatario/cesionario) que, ahora sí, carecería del carácter inembargable<sup>333</sup>. Efectivamente, en consideración análoga a los privilegios, entendemos que la transferencia del derecho de crédito objeto del privilegio conlleva la imposibilidad de transmitir ese privilegio al nuevo crédito adquirido por novación<sup>334</sup>.

Por lo tanto, fuera de dicho tope mínimo, no existe obstáculo alguno para aceptar la transmisión (parcial) del crédito salarial, porque la causa de su nacimiento y existencia no se unen de forma inherente a la persona del trabajador<sup>335</sup>. Además, razones socio-económicas aconsejan también la admisibilidad parcial de la cesión, pues tén-gase en cuenta que si se impidiese de forma absoluta el embargo y la transmisión de los créditos salariales, se podría perjudicar en demasía al trabajador, que vería así limitadas sus posibilidades de acceder a créditos, préstamos, etc.<sup>336</sup>.

---

is Vasco, de 9 de noviembre de 1999 (AS 3798). Posteriormente, en el capítulo dedicado a las garantías del salario, analizaremos y explicaremos en detalle cual sea esa cuantía inembargable y por qué tras la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, consideramos que aquella equivale al importe que representa el SMI.

<sup>329</sup> PEDRAJAS MORENO, A., El embargo sobre retribuciones; Tirant lo Blanch, nº 85, 1998, págs. 91 y 92; y RÍOS SALMERÓN, B., "Inembargabilidad y compensación"; A.L., 1986-II, pág. 2115-2119. Similar opinión se presenta en el derecho comparado; LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., págs. 445-448; y VACHET, G., "La compensation"; D.S., nº 6, 1997, págs. 602 y 603.

<sup>330</sup> Favorable a la subrogación incluso en la parte inembargable, RUBIO GARRIDO, T.; La subrogación por pago; cit., págs. 104 y 105. Conviene precisar que la subrogación es por sí onerosa, mientras que la cesión puede serlo a título gratuito (*ibidem*, pág. 76). En esta línea, considerando que no se pueden equiparar los supuestos de cesión y embargo y por consiguiente, admitiendo la cesión conmutativa del total del salario, GONZÁLEZ, J., "Cesión de un crédito salarial. Vinculación del FGS"; RTSS-EF. Comentarios (19/2000), nº 204, 2000.

<sup>331</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., Derecho de Obligaciones I; ed. Nomos, 1991, págs. 180, 187 y 188. Referido a la cesión, DE CASTRO FERNÁNDEZ, J.; "La cesión de créditos en general y la subrogación en los préstamos hipotecarios"; en <Derecho de obligaciones> Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, pág. 260.

<sup>332</sup> MARÍN CORREA, J.M., "La naturaleza laboral de la función del Fondo de Garantía Salarial"; nota a la STSJ de Murcia, de 29 de noviembre de 1999 (A.L., nº 13, 2000, ref. 535, pág. 1322).

<sup>333</sup> Sobre esta cuestión, en el derecho galo se ha mantenido la pérdida de las garantías del crédito salarial (*v. gr.* AGS) cuando se da una novación en la naturaleza de la deuda salarial; BLAISE, H., "Les créances garanties par l'AGS: une jurisprudence évolutive"; D.S., nº 9/10, 1994, págs. 779 y 780. Considero que es difícil admitir que esa cuantía percibida pueda incluirse dentro de la expresión "o su equivalente" que recoge el art. 607 LEC. Por otro lado, debe añadirse que en el párrafo 2º (inembargabilidad progresiva) del precepto ritual mencionado no se contiene ese término.

<sup>334</sup> GARRIDO, J.M., Tratado de las preferencias del crédito; Civitas, 2000, pág. 171.

<sup>335</sup> Por todos, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 356.

<sup>336</sup> RIVERO/SAVATIER, Droit du travail; P.U.F., 1.993, pág. 636; y VACHET, G., <Saisie-arret et cession>; Juris Classeur, Travail, vol. 3, Fasc. 26-40, pág. 3. No parece entenderlo así la STSJ Murcia, de 29 de noviembre de 1999 (RTSS-EF, nº

Diferente del crédito en cuanto tal lo son sus privilegios y garantías. Éstos pueden ser otorgados en atención a la persona del acreedor, en cuyo caso no se transmitirían a quienes carezcan de los caracteres que fundamentan su concesión<sup>337</sup>. Consecuentemente, no hay que confundir la intransmisibilidad de los derechos accesorios anejos al crédito (privilegios, garantías, etc.), con la transmisibilidad o no del crédito al que se unen, pues es posible que siendo el crédito transmisible no lo sean sus privilegios o garantías<sup>338</sup>.

En este sentido, los arts. 1212 y 1528 C.Civ. señalan bien claro que la transmisión del crédito supone también la de sus accesorios, entre ellos, los privilegios<sup>339</sup>. Sin embargo, es preciso hacer una valoración previa antes de afirmar su aplicabilidad al crédito salarial, pues los accesorios de los que hablan esos preceptos son aquellos que son inherentes al crédito, no los otorgados por referencia a la particularidades personales del cedente<sup>340</sup>. Nuestro legislador otorga a los créditos salariales toda una serie de privilegios y garantías y lo hace –como ya adelantábamos– en atención a la posición del trabajador<sup>341</sup>. Por lo tanto, se requiere que se trate de un trabajador que presta sus servicios por cuenta ajena y en situación de dependencia, notas que definen y justifican esa especial tutela por nuestro legislador, en cuanto que definidoras también de la mayor debilidad socio-económica y por ende, contractual de la parte que las soporta<sup>342</sup>.

No nos parece acertada la opinión de quienes mantienen la trasmisión del crédito salarial y de los privilegios y garantías que los acompañan, basándose en que de esta forma se cumpliría mejor con la finalidad a la que responden los privilegios, esto es, permitir a los trabajadores un cobro rápido de las cuantías que se les adeudan<sup>343</sup>. Decimos que no estamos de acuerdo tanto por razones jurídicas como de oportunidad, debido a los mayores perjuicios que conllevaría para los trabajadores. En primer lugar, por lo mantenido anteriormente respecto de la vinculación de los privilegios a la singular posición social y contractual del trabajador. Segundo, los propios antecedentes legislativos, de los que podemos deducir, por un lado, que expresamente se limitaba el ejercicio de los privilegios a los trabajadores y a sus herederos (art. 59.6º LCT, y que

204, 2000, rec. n° 956/1999), debido a que, en nuestra opinión, hace una mala lectura de la indisponibilidad de derechos por parte del trabajador, como bien indican las SSTs, de 27 de abril de 1999 (rec. n° 4985/1997, RTSS-EF), y de 23 de julio del mismo año (rec. n° 4586/98, RTSS-EF).

<sup>337</sup> Como ya hemos indicado, este es uno de los temas centrales, pues son las garantías y privilegios del crédito salarial las que lo hacen más atractivo para terceros; al respecto *vid.* CAÑIZARES LASO, A., *El pago con...*; cit., pág. 75.

<sup>338</sup> Creo que cae en este error de confusión quienes consideran incedible al crédito salarial, *v. gr.*, DUPONT DELESTRAINT, P., *Droit Civil. Les obligations*; Dalloz, 1986, pág. 138.

<sup>339</sup> Razón por la cual algunos autores sostienen la transmisibilidad de los privilegios salariales, *cfr.* PÉREZ PÉREZ, M., "El crédito privilegiado del trabajador: sujetos, objetos y ejercicio"; RPS, n° 124, 1979, págs. 25 y sgs.

<sup>340</sup> NAVARRO PÉREZ, J.C., *La cesión de créditos en el...*; cit., pág. 63.

<sup>341</sup> Esta es la razón que utilizan algunas sentencias para excluir la transmisibilidad de los privilegios salariales; *cfr.* RÍOS SALMERÓN, B., "Jurisprudencia sobre privilegios del crédito laboral"; A.S., 1996, vol. I, pág. 2727.

<sup>342</sup> LYON-CAEN, G., *Le salaire*, págs. 412-414; y ALBIOL MONTESINOS, I.; *El salario. Aspectos legales...*; cit., págs. 166 y 167. Esta razón justifica que se prevea expresamente la subrogación por parte del FOGASA (art. 34.4. párr. 2º TRET), *cfr.* RÍOS SALMERÓN, B., "Jurisprudencia..."; cit., pág. 2727. Debe resaltarse que sean los civilistas quienes en ocasiones admitan la subrogación también en los accesorios (privilegios), *v. gr.*, LACRUZ BERDEJO, "Sobre los privilegios..."; cit., pág. 32; y SAVAUX, E., "Subrogation personnelle"; *Re. Civ. Dalloz*, marzo 1998, pág. 27.

<sup>343</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*, cit., págs. 295 y sgs; y CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia..."; cit., págs. 1943 y sgs. Sobre el origen y avance de esta postura; DEL VALLE VILLAR, J.M., *La protección legal de la suficien-*

ahora parece plasmarse en el art. 32.5 TRET)<sup>344</sup>; y por otro, que el acreedor hipotecario que pagaba los salarios de los trabajadores no se subrogaba en los derechos de éstos, sino que simplemente obtenía una ampliación de su hipoteca (art. 59 LCT)<sup>345</sup>. Tercero, admitir la subrogación en los privilegios y posición del trabajador supondría dificultar enormemente soluciones colectivas por parte de los trabajadores a las posibles crisis de empresas, lo cual terminaría repercutiendo en los propios asalariados y en el interés colectivo de estos en su doble posición de acreedores y empleados. Y finalmente, se darían situaciones que no estarían en principio admitidas por el espíritu que guía al ordenamiento cuando otorga a los créditos de los trabajadores dichos privilegios, pudiendo acontecer que existieran trabajadores que para realizar sus créditos se vieran obligados a enfrentarse en posiciones de igualdad o inferioridad (dependiendo del privilegio que acompaña al crédito transmitido) a quienes sean los nuevos adquirentes de dichos créditos, haciendo aún más difícil la situación para los trabajadores.

En conclusión, entendemos que es posible la cesión y/o subrogación del crédito salarial, pero que existen diferentes límites: en primer lugar, se trata de una admisibilidad parcial, en cuanto que no puede afectarse la porción inembargable del salario<sup>346</sup>. Y por otro lado, los privilegios y garantías que lo acompañan no siguen, en principio, a esa parte del crédito que se transmite, porque se otorgan en atención a la posición del trabajador *stricto sensu*<sup>347</sup>. En definitiva, el tercero estaría adquiriendo un crédito común y no un crédito salarial propiamente, pues no podría beneficiarse de las ventajas (privilegios, preferencias, etc.) que se le otorgan a éste, pensadas, como ya hemos repetido, en función de la singular posición social y contractual del trabajador<sup>348</sup>.

## 2. Novación subjetiva pasiva: art. 44 TRET

Cuando hablamos de novación pasiva queremos referirnos a la sucesión en la posición del deudor, esto es, al supuesto en el que se produce un cambio en la persona del empresario-contraparte del trabajador, pero sin que dicho cambio suponga extinción de la

cia del salario; Dykinson, 2002, págs. 196 y sgs. SOUWEINE, C., Les créances résultant du contrat de travail dans le redressement et la liquidation judiciaires; Thèse, Université Pierre Méndez France, 1992, (ejemplar multicopiado), págs. 283 y 284; y la jurisprudencia referida en SAVAUX, E., "Subrogation..."; cit., pág. 27.

<sup>344</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., "Dificultades económicas de la empresa y derechos de los trabajadores en el Ordenamiento jurídico español"; D.L., nº 34, 1991 (II), págs. 166 y 167.

<sup>345</sup> Véase, PÉREZ PÉREZ, M., "Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial"; RDP, enero, 1981, págs. 27 y 28. Sin embargo, no han faltado autores que sostuvieran que el acreedor hipotecario podía también optar por la subrogación cuando ello fuera mejor para sus intereses; GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito...; cit., págs. 364 y sgs.

<sup>346</sup> También, RÍOS SALMERÓN, B., "La dinámica de la embargabilidad del salario"; R.L., 1987-II, págs. 133 y 134; y JORDANO FRAGA, F., El ámbito objetivo de la legitimación subrogatoria (art. 1.111 C.Civ.); Civitas, 1996, pág. 87. En la doctrina italiana; CORTI, M., "Inesistenza di limiti alla cessione del t.f.r. in garanzia: la cessione del credito retributivo tra categorie civilistiche e art. 36 Cost."; RIDL, nº 4, 2003, Parte II (pág. 756 y sgs.).

<sup>347</sup> DE CASTRO FERNÁNDEZ, J., "La cesión de créditos en..."; cit., pág. 269. Aunque referido a la prelación, *vid.* GULLÓN BALLESTEROS, A., "El crédito..."; cit., págs. 452 y 453.

<sup>348</sup> CORSINI/FORMERO/TAMBIERI; Crediti di lavoro, surrogazione e compensazione; ed. Giuffré, 1999, pág. 138-142; y GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 399. De opinión contraria, admitiendo la subrogación plena (crédito, privilegios, etc.) en la posición acreedora del trabajador, CORDERO LOBATO, E., El privilegio del crédito refaccionario; Tecnos, 1995, págs. 201-204; GONZÁLEZ, J., "La cesión de un crédito..."; cit., págs. 109, 110 y 112; y MOLINER TAMBONERO, G., "Régimen de privilegialidad salarial. Comentarios al art. 32 de la LET"; R.T., nº 78, 1985, pág. 26; y alguna STSJ

relación existente anteriormente. En definitiva, se trata de colocar a un sujeto en la posición ocupada anteriormente por otro (empresario-contraparte), de tal suerte que aquél entre en la misma posición que el antecesor, pero manteniendo la identidad de la relación jurídica anterior<sup>349</sup>. Dicho fenómeno sólo puede acontecer cuando la obligación ante la que estamos no sea de carácter personalísimo, pues de otra forma no podría operar válidamente dicha sucesión<sup>350</sup>.

Como dijimos más arriba, vamos a estudiar sólo los cambios en la posición activa o pasiva de la obligación salarial, sin entrar, salvo que sea necesario, en los cambios subjetivos (del empresario en ese caso) en la relación laboral en general. Dicho lo cual tenemos que indicar que si bien no es corriente que alguien sustituya al deudor salarial, sí existe en nuestra normativa un supuesto específico de novación subjetiva, cual es el recogido en el art. 44 TRET (la sucesión de empresa)<sup>351</sup>. Adviértase pues que no existe problema para que se admita el cambio, por cuanto que la prestación del empresario no se incluye dentro de las consideradas personalísimas<sup>352</sup>. Y, por otro lado, que esta variación en el sujeto supone un cambio no sólo del deudor salarial *ad futurum*, sino en la posición contractual en su conjunto de la contraparte del trabajador<sup>353</sup>.

Debemos señalar que no incluimos dentro de novación modificativa del sujeto pasivo el supuesto contemplado en el art. 43 TRET y ello porque, en primer lugar, lo que acontece en el párr. 2º del precepto no es un cambio en la contraparte del contrato de trabajo, sino el establecimiento *ex lege* de la responsabilidad solidaria entre los empresarios cedente y cesionario por las obligaciones contraídas con los trabajadores. Y segundo, porque en el párr. 3º lo que se viene a establecer es la posibilidad del trabajador de optar bien por mantener su (antigua) relación laboral con el cedente, bien por una novación extintiva de esa relación laboral. Efectivamente, dicho párrafo establece que el nuevo empresario-cesionario no se subroga en la misma posición que el anterior-cesedente, sino que se genera una relación *ex novo*, ya que se modifican el sujeto pasivo de la deuda salarial y los elementos objetivos ("los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán...), con la intención de iniciar una nueva

(GIL DE ACASUSO, L-C., El laberinto procesal del crédito laboral; GOMYLEX, 1996, págs. 39 y 40). En derecho francés, HENNEBELLE, D., *Essai sur la notion de salaire*; Presse Univesitaires d'Aix-Marseille, 2000, págs. 346 y 347.

<sup>349</sup> GARCÍA-AMIGO, M., La cesión de contratos en el derecho español; EDERSA, 1964, pág. 70; y ADAME MARTÍNEZ, M.A.; Asunción de deuda en...; cit., pág. 36. STS, de 9 de julio de 2003 (RJ 4619).

<sup>350</sup> RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil (Derecho de obligaciones I); Universidad Complutense, 1981, pág. 177.

<sup>351</sup> RIVERO LAMAS, J., La novación del contrato de trabajo; Bosch, 1963, Cap. V. Se trata por lo tanto, de una mera modificación sin extinción, ex art. 49.1 TRET ("... no se extinguirá..."). Sin embargo, no es esta la única posibilidad de subrogación, pues los tribunales admiten la subrogación por acuerdo *inter partes*, aunque no se den los requisitos del art. 44 TRET, *vid.* S. Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid y el comentario al respecto de BORRAJO DACRUZ, E.; A.L., nº 29, 2000, ref. 1153. Véase también las SSTs, de 29 de febrero de 2000 (RA 2413), de 23 de octubre de 2001 (RA 1507/2002) y de 10 de abril de 2002 (A.L., nº 31, 2002, ref. 999). Manifiestamente contrario a esta última posibilidad parece pronunciarse RÍOS SALMERÓN (Los privilegios..., cit., págs. 286 y 288), argumentando que de aceptarse, ello "vendría a suponer un acto de disposición de los prohibidos por el artículo 3.5 ET". Posteriormente estudiaremos en detalle esta cuestión.

<sup>352</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., "La titularidad de la empresa y el cambio de la misma", El Estatuto de los Trabajadores (Jornadas de Estudio de los Magistrados de Trabajo); IES, 1980, pág. 117; y HERRERO NIETO, B., "Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo"; RDP, 1958, pág. 126.

<sup>353</sup> Sobre la especificidad del cambio en la posición contractual frente al mero cambio en la obligación, *vid.* GARCÍA-AMIGO, M., La cesión de contratos...; cit., págs. 65 y 66. Algún autor ha afirmado que en este caso no existe una novación en sentido técnico, sino que más correctamente debería hablarse de subrogación, SANCHO REBULLIDA, F.A., La

relación laboral, de ahí que a diferencia de la sucesión de empresa, en este caso "... la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal"<sup>354</sup>.

Así pues, analizaremos aquí únicamente la transmisión de empresa del art. 44 TRET; señalando de antemano que el art. 44 TRET integra no sólo los supuestos de cesión, venta, etc, sino cualquier otro negocio de jurídico que comporte "un cambio de titularidad de una organización productiva, con independencia de la naturaleza del procedimiento transmissivo utilizado para producir ese resultado constitutivamente relevante"<sup>355</sup>.

#### a. Apreciaciones generales

Si observamos detenidamente el supuesto planteado en el artículo 44 TRET, advertiremos que se trata de una sucesión laboral impuesta *ope legis* y producida como consecuencia de la previa o simultánea transmisión o sucesión de la actividad empresarial y/o un bloque patrimonial (la empresa, centro de trabajo o al menos, una unidad productiva autónoma)<sup>356</sup>. Por lo tanto, no podemos calificarlo ni como cesión de contrato, en tanto en cuanto en ésta es la autonomía de la voluntad el elemento determinante, pues viene fundada en el pacto entre cedente y cesionario al respecto (y no por una imposición *ex lege*)<sup>357</sup>. Ni tampoco como asunción de deuda, ya que ésta hace referencia sólo a la posición pasiva<sup>358</sup>, y ya hemos dicho que el art. 44 TRET alude a la sucesión en la posición contractual en su conjunto (de derechos y obligaciones habla el precepto laboral). Pero es que además, en la transmisión de deuda es requisito indispensable para que surta efectos frente al acreedor (trabajador) el consentimiento de éste (*ex art. 1205 C.Civ.*)<sup>359</sup>, algo que no está previsto en el precepto laboral que, como norma de derecho necesario, establece *ope legis* y de forma automática la sucesión del nuevo empresario en las obligaciones laborales, con independencia de la voluntad del trabajador<sup>360</sup>.

---

novación de las obligaciones; ed. Nauta, 1964, págs. 373, 374, 462, 463 y 465. Pero la razón de esta diferencia quizás haya que buscarla en la concepción de este autor de la novación como únicamente "extintiva" y sin admisión de la meramente "modificativa" (*ibidem*, págs. 327 y sgs.).

<sup>354</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 401.

<sup>355</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., Transmisión de empresa en crisis y derecho concursal; Comares, 1999, pág. 113. Un estudio jurisprudencial de los negocios en los que puede concretarse esa transmisión; en GARCIA TENA/ALARCÓN BEIRA; "Cambio de titularidad-Sucesión de empresa", R.L., 1995-II, pág. 1005, 1006 y 1033 y sgs. Y uno específico sobre el cambio de titularidad por adquisición de participaciones; en ROMERO BURILLO/MORENO GENÉ, "La adquisición de participaciones societarias como fenómeno de huida del derecho del trabajo"; A.S., vol. V, T. IX, 1999.

<sup>356</sup> VALLS TABERNER, L., La cesión de contratos en el derecho español; Bosch, 1955, págs. 101 y 102. Señalan los tribunales que el factor determinante de la subrogación no es tanto la transmisión de los elementos patrimoniales, como "la continuidad de la actividad empresarial", pues lo que caracteriza a la empresa es la existencia de una actividad organizada, de tal suerte que es posible la existencia de una empresa sin elementos materiales; STJCE, de 10 de diciembre de 1998 (A.L., nº 6, 1999; ref. 225, pág. 509). En derecho español, STSJ de Galicia de 22 de enero de 2003 (AS 1962). Recientemente, SJS de Sevilla, nº 4, de 2 de febrero de 2004 (AS 11).

<sup>357</sup> FORNER DELAYGUA, J. J., La cesión de contrato; Bosch, 1989, págs. 5-8. Sobre la definición de sucesión de contratos, *vid.* GARCÍA-AMIGO, M.; La cesión de contratos...; cit., pág. 80. De opinión contraria, SANCHO REBULLIDA, F.A. (La novación de...; cit., pág. 461) quien admite la cesión de contrato mediante "el mandato legal consecuente con un negocio entre cedente y cesionario pero no dirigido a la cesión del contrato, sino a la adquisición (o, en general, cambio de titularidad) de su objeto mediato".

<sup>358</sup> GARCÍA-AMIGO, M., La cesión de contratos...; cit., pág. 82.

<sup>359</sup> VALLS TABERNER, L., La cesión de contratos...; cit., pág. 29.

<sup>360</sup> STS de 29 de febrero de 2000 (RA 2413). Sobre la cuestión de la innecesariedad del consentimiento del trabajador a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, *vid.* LLUIS Y NAVAS, J., Manual de Derecho...; cit., pág. 244. Se ha cri-

La razón de que no se tenga en cuenta la voluntad de cedente, cesionario e incluso del cedido (trabajadores) se explica por obvias razones de tutela de cada uno de ellos y de un interés general superior, cual sería el mantenimiento de la organización empresarial como fuente de riqueza, en línea con otras medidas legales que van dirigidas, como decimos, a salvaguardar ésta y a distinguir entre la suerte del empresario y la de la empresa<sup>361</sup>. Respecto a esa protección al trabajador, veremos que se manifiesta mediante una regulación que pretende evitar los perjuicios que le podrían acarrear ciertos acuerdos de cedente y cesionario. Para éstos, porque con la sucesión se garantiza la continuidad de la actividad económica, evitando la desintegración de la unidad productiva que, de otra forma, perdería su actitud productiva<sup>362</sup>. De venir el régimen establecido en el art. 44 TRET referido sólo a la protección y tutela de los trabajadores (cedidos), creemos que el legislador hubiera previsto que el trabajador pudiera decidir si quiere o no continuar con el cesionario y otorgarle –como ocurre en relación laboral especial del personal de alta dirección (art. 10.3.d) RD 1382/1985)– o bien el poder mantener su relación con el cedente<sup>363</sup>, o bien algún tipo de derecho/indemnización en el caso de optar por la extinción<sup>364</sup>.

Pero junto con ello, también justificando que se prescinda de la voluntad del trabajador, debemos subrayar que el supuesto del que parte el art. 44 TRET es que se produzca la sucesión o cambio en la titularidad en la organización productiva –bien por actos *intervivos* o *mortis causa* (declaración hereditaria, acuerdo entre partes, etc.)–, con independencia de que aquélla (la sucesión) se realice sin que haga referencia a cuestión alguna relativa a los trabajadores. Por lo tanto, no tiene por qué existir *a priori* voluntad ni pacto entre cedente y cesionario sobre la transmisión de las relaciones laborales ni, en consecuencia, tenga que ser necesario el consentimiento de los trabajadores<sup>365</sup>. Es pues la ley laboral quien en su art. 44, como hemos dicho, establece como contenido necesario mínimo la previsión de la situación en la que quedan los trabaja-

---

tado en ocasiones la contradicción entre este hecho y la regla por la cual nadie puede sufrir modificación alguna en su propia esfera jurídica sin el concurso de su voluntad; MAGNANI, M., "Trasferimento d'azienda ed esternalizzazioni" (Opinión de MAGNANI/SCARPELLI); GDLRI, n° 82-83, 1999, pág. 487.

<sup>361</sup> GALGANO, F., *Diritto privato*; CEDAM, 1999, pág. 493. Como señala SANTORO PASSARELLI ("Fattiespecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo di azienda"; RIDL, 2003-2, parte I, pág. 199) la ratio de la norma pretende como finalidad principal garantizar la continuidad de las relaciones laborales "*sul presupposto fisiologico della continuità dell'impresa*"; de ahí que el legislador comunitario, en la Directiva 2001/23/CE –sobre transmisión de empresas en crisis–, excluya las garantías de la solidaridad en empresas que se encuentran en esa situación, pues sólo así se facilitará la continuidad de la empresa y, con ello, el mantenimiento del empleo.

<sup>362</sup> GHEZZI/ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*; Zanichelli Bologna, 1987, págs. 276, 278 y sgs. y 316.

<sup>363</sup> CUENCA ALARCÓN, M., "Autonomía colectiva..."; cit., págs. 46 y 47.

<sup>364</sup> También, LLANO SÁNCHEZ, M., "Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones"; A.L., n° 33, 2000, pág. 3362. La compatibilidad entre la finalidad garantista del la Ley y el derecho del trabajador a consentir, junto con la pluralidad de fines perseguidos por el art. 44 TRET ha sido subrayado, entre otros, por CUENCA ALARCÓN, M., "Autonomía colectiva y autonomía individual en los regímenes sucesorios contractuales"; R.L., n° 7, 2003, págs. 44 y 47.

En el derecho comparado, recogiendo la práctica alemana, defiende ULRICH RUNGALDIER ("Trasferimento d'azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto", GDLRI, n° 82-83, 1999, pág. 539) la creación de un verdadero y propio derecho de oposición al mantenimiento de la relación laboral con el cedente ("...), *con un tale diritto sono collegati molti problemi difficili ed in parte addirittura insubili (...)*". Sobre estas cuestiones en la reciente jurisprudencia italiana y su favorable acogida, al menos, en supuestos de empresas en crisis; MICHELLE CARO, "Attualità e rinunciabilità del diritto individuale alla conservazione del posto in caso di trasferimento dell'azienda"; RIDL, 2001-4 (II-Giurisprudenza), págs. 743 y sgs.

<sup>365</sup> MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del Trabajo*; Tecnos, 1997, pág. 429.

dores incluidos en la cesión y las reglas de tutela para evitar los posibles inconvenientes que pudieran derivarse de ese acto de transmisión<sup>366</sup>.

Perjuicios que pueden derivarse tanto para el interés socio-económico general, en el caso de que los trabajadores no acepten la sucesión y por ello, la impidiesen o exigiesen la extinción indemnizada de su relación laboral, como para los propios trabajadores, cuando consintieran la novación (*v. gr.*, art. 1206 C.Civ.), en cuanto que la propia normativa laboral prevé la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario como regla de derecho necesario y para todos los casos de transmisiones *intervivos*<sup>367</sup>.

Así concebido, el art. 44 TRET establece una doble previsión<sup>368</sup>: una primera (apartado 1º, que a su vez incluye una doble garantía, en relación con el apartado 4º), tendente a procurar una estabilidad y continuidad en la posición jurídica que mantenía el trabajador antes del cambio en la titularidad de la empresa. La segunda (apartado 3º), más que una sucesión en el deudor salarial, lo que viene a establecer es –al igual que ocurre con el art. 42 TRET– la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario, esto es, una garantía consistente en incrementar el número de patrimonios frente a los que puede hacer efectivo su crédito el trabajador<sup>369</sup>. Respecto a la primera, y aunque no sea objeto de nuestro trabajo, debemos indicar que el art. 44 TRET prevé la sucesión en la posición contractual por obra de la ley, es decir, la subrogación legal en el contrato de trabajo cuando se produce el acto de transmisión o cambio en la titularidad de la empresa (total o parcial, *intervivos* o *mortis causa*) y la continuidad de la actividad empresarial. Subrogación legal que no se recoge dentro de los supuestos previstos por el art. 1210 C.Civ., sino que se prevé un régimen jurídico específico, más acorde con los bienes que pretenden protegerse; estos son –como hemos indicado–, por un lado, la propia continuidad de la actividad productiva de la empresa (y por ende, de los intereses generales y particulares del cesionario y cedente), y por otro, la tutela de la posición del trabajador, por cuanto que en todos ellos el juego anticipado de la autonomía de la voluntad podría a buen seguro perjudicarles<sup>370</sup>. Es la Ley la que exige a cedente y cesionario de la unidad productiva transmitida que incluyan en dicha operación transmisiva a los trabajadores que prestan sus servicios en ella, y es ella misma (la Ley) la que prescinde de la voluntad de los trabajadores cedidos; de ahí que fuera del supuesto contemplado por el art. 44 TRET, “cualquier otra subrogación en los contratos de los trabajadores requerirá, necesariamente, el consentimiento de éstos, en caso contrario, se mantiene la relación contractual de trabajo con la empresa anterior” (cedente)<sup>371</sup>.

<sup>366</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 663. Esta exigencia no impide que cedente y cesionario pacten entre sí quién sea el responsable último por las deudas laborales, pero este acuerdo no puede tener efectos sobre el trabajador; STS, de 31 de diciembre de 2003 (A.L., nº 14, 2004, ref. 482).

<sup>367</sup> Vid. GARCÍA TENA/ALARCÓN BEIRA, “Cambio de titularidad...”; cit., pág. 1000.

<sup>368</sup> CAMPS RUIZ, L.M., Régimen laboral de la transmisión de la empresa; Tirant lo Blanch, 1993, págs. 171 y 172.

<sup>369</sup> STS, de 15 de julio de 2003 (RJ 6108), y STSJ del País Vasco, de 17 de febrero de 2004 (AS 625). Vid. ROMEL, R., “Le garanzie dei crediti dei lavoratori subordinati”, AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. I, Jovene editore, 1994, especialmente, págs. 285 y 286.

<sup>370</sup> Algunos autores han visto en ello no tanto la tutela de los derechos existentes al momento de la transmisión, sino más bien una búsqueda de la seguridad jurídica de los trabajadores; GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA, “Consideraciones críticas sobre el acuerdo de empresa tipificado por el art. 44 ET”; A.S., nº 17, 2003, pág. 72.

<sup>371</sup> SSTS, de 23 de octubre de 2001 (RA 1507), de 18 de marzo de 2002 (RA 7524), de 10 y 30 de abril de 2002 (A.L., 2002, nº 31, ref. 999; y nº 37, ref. 1151, respectivamente), y de 13 de junio de 2002 (RA 7203).

## b. Art. 44.1 y .4 TRET: Subrogación en las obligaciones laborales

Centrándonos ahora en el apartado 1º, distinguimos una doble garantía, por un lado, la referida a la continuidad de las relaciones laborales no extinguidas con anterioridad al suceso de la transmisión. Y por otro (relacionada con el apartado 4º), la garantía relativa al *status* laboral del trabajador cedido, previendo la norma la subrogación del nuevo empresario (cesionario) "en los derechos y obligaciones laborales del anterior (cedente)"<sup>372</sup>.

Analizaremos el fenómeno de la sucesión de empresa desde la posición crediticia que tiene el trabajador, obviando por ello su posición de deudor laboral. Por esta razón, de las previsiones legales del art. 44.1 TRET, nos interesa en este momento únicamente la correspondiente a *sucesión en las obligaciones laborales*, pues es dentro de esta expresión donde han de incluirse, entre otras, toda clase de remuneraciones debidas al trabajador, no sólo las retributivas o salariales en sentido estricto, sino también las indemnizaciones (despidos, traslados, etc.) y suplidos (gastos, dietas, etc.) que le sean debidos<sup>373</sup>. Deudas que pueden serlo en cumplimiento de lo establecido en las normas legales o convencionales, fruto de un pacto colectivo o individual, y las contractualizadas, provenientes de una concesión unilateral del empresario<sup>374</sup>.

Siquiera brevemente, y por lo que respecta a los derechos *ad futurum* del trabajador, debemos recordar que la sucesión no produce por sí la extinción del contrato de trabajo, de ahí que en el caso de que los trabajadores cedidos vengan regulando sus relaciones laborales por el convenio (estatutario) aplicable a la empresa cedente en el momento de la cesión, éste se mantendrá hasta que pierda su vigencia y sea debidamente sustituido por uno nuevo (art. 44.4 TRET): el aplicable a la empresa cesionaria<sup>375</sup>. Obviamente, la norma legal pretende aquí no sólo que el cesionario responda de las deudas laborales anteriores a la cesión, sino principalmente salvaguardar el *status* del trabajador en previsión de los posibles perjuicios que se pudieran derivar para él como consecuencia de dicho cambio, bien entendido que el cesionario se obliga a respetar los derechos laborales<sup>376</sup>, de ahí que no pueda entenderse incumplida la

<sup>372</sup> También, MELLA MÉNDEZ, L., "Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa: excepciones" (Presentación, 41); A.S., nº 12, 2002, págs. 21 y 22.

<sup>373</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*; MTSS, 1987, pág. 529.

<sup>374</sup> Por todos, SEMPERE NAVARRO/CAVAS MARTÍNEZ, "Claroscuros en el nuevo régimen Jurídico de la Sucesión de empresa"; A.S., 2001, Vol. V, págs. 134 y 135; y TAPIA HERMIDA, A., "Derechos y deberes de los trabajadores y de los empresarios en las transmisiones de empresas según la nueva normativa comunitaria y el derecho interno español"; *Estudios Financieros (RTSS)*, nº 195, 30/1999, págs. 101-103. *Vid.* STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 29 de enero del 2001 (AS 1217). En este sentido, pero matizando, la subrogación no tendrá lugar en aquellos aspectos que superen en exceso el *status* general y se pueda deducir que su reconocimiento a favor del trabajador fue con fines fraudulentos (en perjuicio del cesionario); MELLA MÉNDEZ, L., *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*; Comares, 2000, págs. 45 y sgs., especialmente, págs. 48 y 49. Interesante en este sentido puede resultar la STSJ de Madrid, de 1 de octubre de 2002 (A.L., nº 10, 2003, ref. A40), porque invalida la elevación salarial realizada de forma abusiva por la empresa, ya que con ello se perjudaba a otros acreedores y responsables.

<sup>375</sup> DEL REY GUANTER, S., "El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas. Anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET"; T.L., nº 61 (Monográfico sobre la Reforma Laboral de 2001); 2001, pág. 336. En concreto, el autor incluye en la lógica del art. 44 TRET la continuidad de todas aquellas "expresiones colectivas que estén dotadas de eficacia normativa".

<sup>376</sup> Así también, MELLA MÉNDEZ, L., "El nuevo artículo 44, número 4, del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresas"; REDT, nº 111, 2002, pág. 362.

garantía por las simples modificaciones formales (denominación de las partidas, formalización del recibo, etc.), por cuanto no originan menoscabo real sobre el derecho del trabajador a continuar manteniendo su posición originaria<sup>377</sup>.

Por otro lado, si el objetivo básico del precepto laboral es, como se ha señalado, salvaguardar el *status* laboral del trabajador cedido, es lógico pensar y sostener que cuando la regulación laboral de carácter general en la empresa cesionaria fuera más beneficiosa para los trabajadores de la empresa cedente, éstos se regirán por tal regulación<sup>378</sup>.

En este orden de cosas, conviene matizar que no cabe sostener el mantenimiento indefinido de los derechos reconocidos al trabajador al momento de la cesión, pues la propia Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo (que sustituye y codifica las Directivas 77/187/CEE del Consejo y la 98/50/CE), en su art. 4, indica que el cesionario se subrogará en estas obligaciones, pero ello no significa que, una vez transmitida, no pueda proceder a una modificación posterior si concurren las causas y requisitos que lo legitimen (v. gr., arts. 38, 39 ó 41 TRET)<sup>379</sup>. Esto implica, a nuestro modo de ver, que una vez que el convenio pierde su vigencia o es sustituido por otro, todas las condiciones laborales que venía disfrutando el trabajador cedido (entre ellas, las salariales) quedan afectadas por el convenio aplicable a la empresa cesionaria, con independencia de que éstas sean menos favorables que las que aquél mantenía (ex art. 82.3 y 4 TRET)<sup>380</sup>.

Por último, esta garantía que ahora tratamos no podrá ser de aplicación a los trabajadores de la empresa cesionaria ni a los que se incorporen *ex novo* a tal empresa, aunque sea en la unidad productiva cedida<sup>381</sup>; estos trabajadores se regirán por el convenio de la empresa cesionario o, en defecto del mismo, "ha de entrar en juego la autonomía contractual individual", pero no el convenio de la cedente<sup>382</sup>.

<sup>377</sup> Vid. STSJ de Baleares, de 21 de septiembre del 2000 (AS 4301). También, GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA, "Consideraciones críticas..."; cit., págs. 74 y 75.

<sup>378</sup> En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L.; "La sucesión de empresa"; REDT, nº 100, 2000, pág. 941. Vid. también la STS, de 22 de julio de 1999 (RA 7167), que establece el mantenimiento de las anteriores condiciones de trabajo salvo, entre otras razones, "norma más favorable del Convenio aplicable en la nueva empresa"; y STSJ de Madrid, de 12 de marzo de 2003 (AS 3022). Sobre esta cuestión y el proceso de comparación, véase MELLA MÉNDEZ, L., Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable; Comares, 2000, págs. 105 y sgs. Una fuerte crítica a la aplicación en esta cuestión del principio de norma más favorable; en PRADAS MONTILLA, R., "Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores"; D.L., nº 65, 2001-II, págs. 9-12.

<sup>379</sup> Sobre todo ello, MELLA MÉNDEZ, L., Sucesión de empresa...; cit., págs. 206 y sgs. (especialmente, págs. 216-218). También, STS, de 19 de febrero de 2002 (A.L., nº 26, 2002, ref. 819), y SAN de 9 de enero del 2001 (AL, nº 29, 2001, ref. 1073). Cabe llamar la atención sobre los diversos mecanismos que puede emplear el cesionario para equiparar la situación de los trabajadores de la empresa cedente a los de aquél y la, en ocasiones, sorprendente ligereza con la que algunos son admitidos por parte de los tribunales; vid. MARTÍNEZ MORENO, C., "Tendencias jurisprudenciales recientes en los supuestos de transmisión de empresas y subcontratación"; RL, nº 11, 1999, págs. 35 y sgs.

<sup>380</sup> En este sentido, VALDÉS DAL-RÉ, F., La transmisión de empresas y las relaciones laborales; MTAS, 2001, págs. 80 y 81.

<sup>381</sup> STSJ de Andalucía/Málaga, de 19 de marzo de 2003 (AS 1527).

<sup>382</sup> STS, de 3 de junio de 2002 (A.L., nº 37, 2002, ref. 1163).

### b.1. Cambio ante tempus

No obstante lo que acabamos de afirmar, sobre esta cuestión es preciso indicar que la Ley 12/2001, de 9 de julio (BOE de 10 de julio), introduce –entre otras modificaciones y añadidos al art. 44 TRET– que el empresario y los representantes de los trabajadores puedan alcanzar un acuerdo por el cual se decida si a los trabajadores cedidos se les sigue aplicando el convenio que traían de la empresa cedente o no (sometiéndose, se entiende, al aplicable a la empresa cesionaria). Surgen diversas cuestiones entorno a esta previsión, en particular, señalamos lo siguiente:

En primer lugar, nos preguntamos quiénes son esos representantes de la empresa y hasta qué punto es posible que terceros dispongan de los derechos de quienes ven no sólo cambiado el sujeto contraparte, sino que por esta vía también pueden ver afectado el objeto de la contraprestación salarial, pues no parece que los originarios representantes de los trabajadores cedidos tengan necesariamente que participar en dicho acuerdo, salvo que les alcance la previsión del art. 44.5 TRET, en cuyo caso, creo que debieran de ser éstos los sujetos legitimados por parte de los trabajadores<sup>383</sup>. En efecto, en favor de lo que decimos creo que está la previsión del art. 6 de la referida Directiva, que distingue según que la unidad cedida conserve o no su autonomía, manteniendo los representantes en caso afirmativo su mandato y prerrogativas (art. 44.5 TRET), y por tanto, continuarán siendo éstos los legítimos representantes del colectivo integrado en la unidad cedida<sup>384</sup>.

Empero, de no ser así, esto es, cuando la unidad productiva no conserve su autonomía, continúa señalando el art. 6 de la Directiva, “los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estuvieran representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales vigentes, durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores”. Si bien el art. 44 TRET no hace referencia a este último supuesto, debe señalarse que en el propio TRET puede encontrarse la solución a esa cuestión, de la mano de los arts. 62.1 y 63.1 del referido texto legal, de los que se deduce que “la integración de un trabajador [v. gr., el cedido] en una empresa que cuente con órgano de representación, unipersonal o colegiado, lleva ya aparejada de manera automática su incorporación al colectivo de trabajadores representados”<sup>385</sup>.

Segundo, cuál sea el carácter o tipo de acuerdo del que habla el art. 44.4 TRET. Entendemos que ese acuerdo al que alude el legislador no puede ser otro que aquél que tenga la misma cualidad que el que se pretende sustituir, esto es, en el caso de tratarse de un convenio del Título III TRET, se requerirá en principio otro convenio co-

<sup>383</sup> También, CAVAS MARTÍNEZ, F., “Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa”; A.S., nº 10, 2001, pág. 29; y GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA, “Consideraciones críticas...”; cit., págs. 79-81.

<sup>384</sup> MELLA MÉNDEZ, L., “El nuevo artículo 44...”; cit., pág. 371. Descartando esta opción, afirmando que, en todo caso, serán los representantes de los trabajadores de la empresa cesionaria; DEL REY GUANTER, S., “El nuevo régimen laboral...”; cit., pág. 339.

<sup>385</sup> Más extensamente, VALDÉS DAL-RÉ, F., La transmisión de...; cit., págs. 85-87. Sobre qué suerte corren los representantes de los trabajadores cedidos, su mandato y los posibles cambios de plantilla como consecuencia de la sucesión, puede verse SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, Derecho Sindical; Tirant lo Blanch, 2ª ed., 1992, págs. 188 y 189; y la STSJ de Valencia, de 25 de mayo del 2000 (A.L., nº 45, 2000, ref. 1852).

lectivo estatutario<sup>386</sup>. En consecuencia, parece acertado exigir que la legitimidad de los sujetos que deben alcanzar ese pacto será la de "una mayoría interna similar a la necesaria para que surja un convenio estatutario"<sup>387</sup>. Más correctamente, "lo importante es que el acuerdo (...) sea negociado por sujetos que tengan capacidad y legitimación suficiente en el ámbito empresarial, en el que aquél va a desplegar su efectividad (...)", aplicándose las reglas previstas en el art. 87 TRET<sup>388</sup>. De otra forma (v. gr., sustituir convenio colectivo estatutario por mero acuerdo de empresa), se contravendría lo señalado en el art. 3.3 de la mencionada Directiva 2001/23/CE, que expresamente establece que los trabajadores cedidos mantendrán los derechos derivados del convenio de la empresa cedente "hasta la fecha de extinción o expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o aplicación de otro convenio colectivo" (de la cesionaria se entiende)<sup>389</sup>.

Por otro lado, de no hacerse así y admitir el mero acuerdo de empresa, nos encontraríamos con un nuevo tipo dentro de esos acuerdos<sup>390</sup>. En efecto, si bien mediante este acuerdo de empresa no se regularía directamente el *status* laboral de los afectados, no es menos cierto que con él se estaría permitiendo la modificación indirecta y en su conjunto de las condiciones de trabajo que venían disfrutando los trabajadores cedidos, pues no lo olvidemos, con el acuerdo al que hace referencia el art. 44.4 TRET se trata en definitiva de poder cambiar en su globalidad la regulación de las relaciones laborales de aquellos trabajadores<sup>391</sup>. Adviértase que aunque directamente no podamos calificarlo como un acuerdo regulador ni de adaptación de condiciones de trabajo, admitir la literalidad del precepto estatutario implicaría en la práctica ir más allá incluso que lo que el art. 41.2 TRET permite, al aceptarse la modificación *in peius* de las condiciones de trabajo disfrutadas en virtud de un convenio colectivo estatutario, prescindiendo incluso de cualquier limitación por razón de la materia afectada<sup>392</sup>.

Finalmente, si fuera un mero acuerdo de empresa se estaría contraviniendo una de sus características que lo diferencia frente al convenio colectivo, pues aquél no se limitaría a la fijación de las "reglas aplicables a determinados aspectos del contrato (o) la regulación de materias muy concretas y puntuales", sino que el acuerdo al que ahora nos referimos conllevaría la aplicación de otro convenio, lo cual supone que es el acuerdo de empresa el que implicará para los trabajadores cedidos una nueva "or-

<sup>386</sup> No comparten esta opinión, GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA ("Consideraciones críticas..."; cit., pág. 75), quienes señalan que creerlo así supondría que "el artículo 44 habría incurrido en una inútil reiteración".

<sup>387</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "Claroscuros..."; cit., pág. 29. Otros autores defienden que el acuerdo requerido es un mero pacto de empresa, aunque con eficacia normativa; DEL REY GUANTER, S., "El nuevo régimen laboral..."; cit., pág. 339. En la SAN, de 29 de enero de 2002 (A.L., nº 27, 2002, ref. 854), se recoge el supuesto en el que las partes deciden cambiar la regulación aplicable a los trabajadores cedidos, instrumentándolo a través de un convenio.

<sup>388</sup> MELLA MÉNDEZ, L., "El nuevo artículo 44,..."; cit., págs. 372 y 373.

<sup>389</sup> PRADAS MONTILLA, R., "Convenio colectivo..."; cit., pág. 13. Subrayando también que esta salvedad no se prevé en la Directiva, ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Reflexión crítica sobre la reforma laboral de 2001"; RDS, nº 15, 2001, pág. 65. Junto a ello, la SAN, de 31 de octubre del 2000 (AL, nº 19, 2001, ref. 669) señala que la Directiva Comunitaria (refiriéndose a la anterior 77/187) no exige que el convenio sea *erga omnes*, por lo que podrá tratarse de uno con eficacia limitada, siempre que el de la empresa cedente fuera objetivamente inaplicable a la cesionaria.

<sup>390</sup> Sobre la dificultad de encontrar encuadre dentro de la diversa tipología de acuerdos de empresa que hasta este momento conocíamos, puede verse ELORZA GUERRERO, F., Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores; CES, 2000.

<sup>391</sup> De esta opinión se muestran GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA, "Consideraciones críticas..."; cit., pág. 77.

<sup>392</sup> En el mismo sentido, PRADAS MONTILLA, R., "Convenio colectivo..."; cit., pág. 14 y 15.

denación general de las relaciones de trabajo en el ámbito” de la empresa o centro de trabajo afectado, esto es, la determinación del nuevo “estatuto de derechos y obligaciones de las partes”, algo que en principio es propio del convenio colectivo<sup>393</sup>.

En todo caso, lo que no sería admisible a la luz de la mencionada Directiva, sería que las condiciones disfrutadas tras ese acuerdo de empresa fuesen menos ventajosas que las que viniesen gozando los trabajadores en virtud del convenio que se quiere sustituir (el aplicable a la empresa cedente)<sup>394</sup>. En consecuencia, y como ya preveíamos, sólo podrá aceptarse la extinción *ante tempus* de la vigencia prevista en el convenio que pretende sustituirse (el de la cedente), cuando la nueva regulación que se proyecta sea más favorable para los trabajadores cedidos, sólo en este caso, repetimos, podrá admitirse que dicha sustitución tenga lugar también mediante acuerdos colectivos<sup>395</sup>. En este sentido debe entenderse el art. 8 de la mencionada Directiva 2001/23, cuando señala que “la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o *acuerdos* celebrados entre interlocutores sociales *más favorables para los trabajadores*”<sup>396</sup>.

## b.2. Supuestos especiales

### Convenios que concluyeron su plazo de vigencia

Una vez hechas las anteriores observaciones, se nos plantea ahora la cuestión de qué ocurre cuando las condiciones que venían siendo disfrutadas por los trabajadores de la unidad cedida se recogían en un convenio que –habiendo llegado el plazo de vigencia– se encuentra prorrogado (86.2 TRET), o meramente denunciado, pero manteniendo vigentes provisionalmente sus cláusulas normativas (86.3 TRET)<sup>397</sup>. Y ello porque al establecer el art. 44 TRET que el cesionario se subroga en las obligaciones del anterior empresario (cedente), debemos preguntarnos cuál es el valor y alcance de estos convenios, para determinar hasta qué punto vinculan o no al cesionario, pues el art. 44 TRET ha de referirse obviamente al convenio vigente al momento de la transmisión<sup>398</sup>.

<sup>393</sup> Sobre estos caracteres diferenciadores, *vid.* GARCÍA MURCIA, J., Los acuerdos de empresa, CES, 1998, págs. 102 y 103. De opinión contraria a la nuestra, sosteniendo que se trata de un acuerdo de empresa de carácter monotemático; MELLA MÉNDEZ, L., “El nuevo artículo 44...; cit., págs. 370 y 371.

<sup>394</sup> Se ha señalado que en ese acuerdo de empresa podría pactarse “el reconocimiento, como garantías *ad personam* otorgadas al personal afectado por la sucesión de la empresa, de las condiciones más ventajosas que se hubieren venido disfrutando al amparo de la norma colectiva de origen”; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Las garantías colectivas en la transmisión de empresa”; R.L., nº 11/12, 2002.

<sup>395</sup> Así parece extraerse también de MELLA MÉNDEZ, L., “El nuevo artículo 44...; cit., pág. 374; y GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA, “Consideraciones críticas...; cit., págs. 78 y 81.

<sup>396</sup> (El subrayado es nuestro). Véase también, PRADAS MONTILLA, R., “Convenio colectivo...; cit., pág. 16. En caso de que el acuerdo sea desfavorable, algunos autores defienden la necesario cumplimiento de las exigencias previstas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 TRET); GARCÍA ROMERO/FERRANDO GARCÍA, “Consideraciones críticas...; cit., págs. 78 y 81.

<sup>397</sup> Sobre los *pros* y *contras* de la solución de mantener *ex lege* la regulación convencional, pese a que ésta haya terminado su vigencia, *vid.* DURÁN LÓPEZ, F.; “Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación”; REDT, 1993, nº 61, pág. 677.

<sup>398</sup> CAMPS RUIZ, L.M., Régimen laboral de la transmisión...; cit., pág. 183.

Sobre el último supuesto ("ultraactividad"), el art. 86.3 TRET establece que, a falta de pacto colectivo en otro sentido, denunciado un convenio pierden vigencia sus cláusulas obligacionales y se mantienen las normativas<sup>399</sup>. Dentro de éstas últimas ha de integrarse la regulación salarial, toda vez que las cláusulas normativas hacen referencia a aquéllas que crean derechos y obligaciones entre los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, individualmente considerados, estableciendo una regulación general y abstracta de las relaciones de trabajo individuales y colectivas<sup>400</sup>. Englobando la previsión legal no sólo a las tablas salariales, sino también las relativas a revisiones salariales, fijación de pluses, etc.<sup>401</sup>.

Una vez determinado el carácter normativo de la regulación salarial que recoge el convenio colectivo, queda por saber hasta qué punto se encuentra vinculado el cesionario por lo que en él se contenga, toda vez que ha llegado el vencimiento del convenio y ha sido denunciado por las partes, encontrándose parcialmente prorrogado por voluntad de la ley<sup>402</sup>. Sobre esta idea, debemos destacar que el espíritu que guía el apartado tercero del art. 86 TRET es evitar los vacíos de regulación entre dos convenios, tratándose de una medida "encaminada a dotar de seguridad jurídica y estabilidad normativa al sistema de relaciones laborales (...); a ofrecer certeza al marco de derechos y obligaciones (...)"<sup>403</sup>. Se trata por lo tanto de una intervención pública que supone una previsión subsidiaria, que no impide a las partes del convenio fijar la vigencia definitiva del mismo, porque éstas podrán pactar que esas cláusulas normativas no mantengan tampoco su vigor tras la denuncia (art. 86.1 y .3 *in fine* TRET). La mencionada intervención viene justificada, como decimos, para evitar vacíos de regulación, garantizar el papel secundario de la autonomía individual y por último, que "se siga determinando externamente el régimen del contrato de trabajo"<sup>404</sup>.

Dicha ultraactividad se extiende hasta que se logre "acuerdo expreso". Sobre qué sea éste, se ha indicado por la doctrina que debemos entender un nuevo convenio que venga a suceder al anterior como norma vigente. Sin embargo, no nos parece que en el caso que estamos planteando esto debiera suponer la firma de un *nuevo convenio colectivo*<sup>405</sup>. En efecto, creemos correcto sostener que si al producirse el

<sup>399</sup> Distinción que, pese a su acogimiento legal, ha tenido numerosas y fuertes críticas, sobre todo en una realidad como la actual donde la complejidad del contenido de los convenios supera las rígidas divisiones de antaño; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos"; DL, nº 25, 1988-II, págs. 28 y sgs.

<sup>400</sup> A diferencia de las obligacionales que van destinadas singularmente a las partes negociadoras; cfr. MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 351 y 352.

<sup>401</sup> GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., "Cláusulas obligacionales y..."; cit., pág. 34.

<sup>402</sup> Ello da lugar a una importante característica de nuestro sistema convencional: "la falta de coincidencia entre el momento de la aplicación y el momento de la negociación"; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., (Editorial) "La aplicación en el tiempo del convenio colectivo"; R.L., 1986-II, pág. 23.

<sup>403</sup> VALDÉS DAL-RE, F., "Sobre la prórroga de la vigencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos"; A.L., nº 27, 1986, pág. 1370. También, STSJ del País Vasco, de 9 de julio de 2002 (AS 1765).

<sup>404</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.; "El alcance material de la ultraactividad de los convenios denunciados"; RL, 1999-II, págs. 105 y 106. Como señala RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (Editorial, "La aplicación..."; cit., pág. 26), la jurisprudencia afirma que "este mantenimiento en vigor es una situación provisional, residual y subsidiaria". Vid. STSJ de Andalucía/Málaga, de 20 de septiembre de 2003 (AS 3470), jurisprudencia en ella citada.

<sup>405</sup> Ex STS, de 10 de julio de 2001 (RJA 9584), F.J.5º. De opinión contraria, STS de 30 de septiembre de 2003 (RJ 7450), y STSJ del País Vasco, de 25 de febrero de 2003 (AS 1778).

cambio de titular, la empresa cedente se encontraba con un convenio "ultraactivo", éste no vinculará a la empresa cesionaria que tenga su propio convenio<sup>406</sup>. Las razones que podemos alegar son tanto que ya no persiste el referido riesgo que con la ultraactividad se pretende evitar, pues existe una regulación externa (el convenio de la empresa cesionaria); como que ya no es posible cumplir la finalidad de posibilitar la reapertura de negociación, toda vez que las partes legitimadas ya no son las mismas<sup>407</sup>. Además, debe recordarse que la Directiva 2001/23/CE establece como causa del fin de la aplicación del convenio de la empresa cedente tanto la entrada de un nuevo convenio colectivo, como la llegada de la fecha de expiración de aquél<sup>408</sup>. Junto a todo ello, y por concluir, también cabe señalar que la situación del art. 86.3 TRET no impide al cesionario y los representantes de los trabajadores que puedan establecer una nueva unidad de negociación<sup>409</sup>.

La solución es diferente para el caso en que estemos ante la prórroga automática del art. 86.2 TRET, pues en este caso las finalidades a las que sirve son distintas de la establecida en el apartado 3º de referido precepto<sup>410</sup>. Sin duda, si lo que pretende la denuncia es manifestar la voluntad de que el convenio termine y se inicien negociaciones (prorrogando provisionalmente las cláusulas normativas hasta alcanzar el acuerdo)<sup>411</sup>, esto no ocurre en el caso de la prórroga automática, porque no se manifiesta voluntad por ninguna de las partes de dar por terminado el convenio. Adviértase que corresponde a las partes valorar si les interesa la continuación del convenio mediante la prórroga automática o si prefieren renovarlo mediante la correspondiente denuncia<sup>412</sup>. Así pues, en este supuesto sí se considera que dicho convenio está vigente

---

Dentro de la expresión *acuerdo expreso* se han incluido también los convenios extraestatutarios, "al menos respecto de los sujetos pactantes"; ARUFE VARELA, A., "Un supuesto típico de sucesión, por convenio colectivo extraestatutario, de un convenio colectivo estatutario denunciado y vencido. A propósito de una STS de 1 de marzo de 2001"; A.L., nº 29, 2002, págs. 632 y 633.

<sup>406</sup> Véase el parangón con los supuestos de concurrencia entre convenios; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; Civitas, 1999, pág. 875 y 876. Como señala la STSJ del País Vasco, de 9 de julio de 2002 (AS 1765), un convenio denunciado no está vigente, y por lo tanto, "donde no hay vigencia temporal del Convenio no hay concurrencia, de tal forma que el art. 84 ET (...) no es de aplicación, en cuanto que existe un vacío normativo hay facultad de los negociadores para introducirse en él".

Rechazando nuestro argumento, SSTS, de 22 de marzo de 2002 (A.L., nº 37, 2002, ref. 1146) y de 11 de octubre de 2002 (A.L., nº 5, 2003, ref. 136). De estas sentencias se infiere que no cabe confundir el periodo de vigencia plena del convenio, que es el contemplado por el art. 84, con la extinción o expiración a que se refiere el art. 44.4, párrafo segundo, del Estatuto (...); MOLERO MANGLANO, C., "Sucesión de empresa, convenio colectivo y condiciones de trabajo provenientes de convenio: la nueva jurisprudencia"; REDT, nº 119, 2003, pág. 741 y 742.

<sup>407</sup> En el mismo sentido, MOLERO MANGLANO, C., "Sucesión de empresa..."; cit., págs. 744-746.

<sup>408</sup> De la misma opinión, DEL REY GUANTER, S., "El nuevo régimen laboral..."; cit., pág. 337. De opinión radicalmente contraria, STS, de 22 de marzo de 2002 (A.L., nº 37, 2002, ref. 1146), y STSJ del País Vasco, de 25 de febrero de 2003 (AS 1778).

Una acertada crítica a la posición del TS en esta materia; DURÁN LÓPEZ, F., "Los efectos del concurso en las relaciones laborales"; en (AA.VV.) Libro Homenaje al Profesor Manuel Olivencia Ruiz; Universidad de Sevilla (pendiente de publicación), págs. 2694 y sgs.

<sup>409</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho...; cit., pág. 812, en especial nota 70.

<sup>410</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; 6ª ed., Tecnos, 1997, pág. 363 y 364. Vid. SAN, de 24 de abril de 2001 (A.L., nº 46, 2001, ref. A205).

<sup>411</sup> RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., "Vigencia de los convenios colectivos de trabajo"; en (BORRAJO, Dir.) Comentarios a las Leyes Laborales, T. XII, vol. 2º; EDESA, 1985, pág. 110

<sup>412</sup> MARTÍNEZ ABASCAL, V-A., "La vigencia del convenio colectivo estatutario"; REDT, nº 100, pág. 1506.

en sentido estricto<sup>413</sup>, y en consecuencia, el cesionario deberá respetar las condiciones en él pactadas como si expresamente hubiesen sido acordadas por las partes<sup>414</sup>.

### La retroactividad del convenio colectivo

Otro punto dudoso en torno al tema que estamos tratando son los efectos retroactivos del convenio colectivo aplicable a la empresa cedente. Para resolver dicha cuestión es preciso distinguir dos casos. Por un lado, que la retroactividad sea consecuencia de un nuevo acuerdo alcanzado entre el cedente y los representantes de los trabajadores de esta empresa y que debido a la distancia en el período de negociación, se produce con posterioridad a la cesión, pero la retroactividad alcanza ese período (v. gr., la cesión se produce en marzo y el acuerdo se alcanza en junio, pero con efectos retroactivos desde enero). En este caso cabe preguntarse qué ocurrirá con los trabajadores cedidos que estuvieron vinculados con la empresa cedente antes de dicho acuerdo pero dentro del período de retroacción. Sobre este aspecto, de las sentencias del TS parece desprenderse que si bien el cesionario sólo se obliga a respetar las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia (no las futuras), también deberá responder por la cuantía resultante de los efectos retroactivos del incremento salarial pactado en el convenio de la empresa cedente surgido con posterioridad a la transmisión, salvo que dicho convenio prevea expresamente que no sea así, o que en la nueva regulación se vieran afectados, además del *quantum* de las partidas, otros aspectos que no participan de la posibilidad de la retroacción (v. gr., que cambie no sólo la cuantía de un complemento o indemnización, sino también la fórmula para tener derecho al mismo)<sup>415</sup>.

No estamos de acuerdo con lo sostenido por la jurisprudencia en este caso, porque en él no se dan los requisitos para que la retroactividad afecte a la responsabilidad del cesionario sobre los trabajadores cedidos. En primer lugar, porque el cesionario se obliga a subrogarse en los derechos y obligaciones vigentes al momento de producirse el cambio, no a los futuros e inexistentes aún<sup>416</sup>. Y segundo, porque de aceptar que esto fuera así y debido a la admisibilidad ex 86.1 TRET de la retroactividad, se estaría permitiendo a quienes ya no son representantes de ambos bancos (cedente y los representantes de los trabajadores de su empresa), decidir el salario de quienes no son sujetos que estén dentro de su ámbito (trabajadores cedidos)<sup>417</sup>. Sin perjuicio, eso sí, de que el cedente originario venga obligado –salvo que hubiera hecho la debida salvedad

<sup>413</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 835. También ex STS, de 5 de junio de 2000 (RJ 5488).

<sup>414</sup> De la misma opinión, DEL REY GUANTER, S., "El nuevo régimen laboral..."; cit., pág. 337; y MARTÍNEZ ABASCAL, V.-A., "La vigencia del convenio..."; cit., pág. 1511.

<sup>415</sup> STS, de 15 de diciembre de 1998 (A.L., nº 16, 1999, ref. 646). Vid. también SSTS, de 21 y 29 de septiembre de 1999 (AS 7299 y 7541, respectivamente). Para mayor claridad, STSJ Cataluña, de 30 de julio de 1999, FJ. 5º (AS 2887). Sobre la segunda de las salvedades, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 25 de octubre de 2001 (AS 35/2002).

<sup>416</sup> CAMPS RUIZ, L.M., Régimen laboral de la transmisión...; cit., pág. 183. Se ha de tratar, por tanto, de derechos consolidados por el interesado; STS, de 15 de marzo de 2002 (RJ 9506).

<sup>417</sup> CUENCA ALARCÓN, M.; "Aplicación retroactiva del Convenio Colectivo y sucesión de empresa"; R.L., 1999-I, pág. 738. De opinión contraria parece mostrarse MELLA MÉNDEZ, L., Sucesión de...; cit., págs. 190 y sgs. (especialmente, págs. 196-198), y 225 y sgs. (especialmente, págs. 229-233 y 248-250). Véase la STSJ de Andalucía, de 20 de septiembre del 2000 (AS 4272).

en ese pacto colectivo de efectos retroactivos<sup>418</sup>— con quienes fueron sus trabajadores durante el periodo de retroacción, pero no así, como decimos, el cesionario, porque en este caso no estaremos ante una obligación laboral nacida con anterioridad a la transmisión y, por ende, no cabría subrogación.

Diferente tratamiento es preciso dar cuando la retroactividad deviene como consecuencia de una cláusula incluida en el convenio vigente al producirse el cambio (v. gr., cláusulas de estabilización), que se activa cuando se dan las circunstancias en él previstas (superar el IPC previsto, etc.). La razón de esa diferencia estriba en que en este caso simplemente se trata de cumplir las previsiones del art. 44.1 TRET en relación con el apartado 4; es decir, que el cesionario se subroga en las obligaciones que tenía asumidas el cedente al momento de la transmisión, entre las que se encontraba el incremento establecido para cuando se dieran las circunstancias previstas.

Frente a esto, pudiera alegarse la doctrina judicial que afirma que no cabe la subrogación ex art. 44 TRET sobre aquellos “derechos que si bien, en una dinámica normal de la relación jurídica, habría llegado a adquirir el trabajador, en la fecha de la cesión o cambio aún no se habrían cumplido todas las circunstancias o requisitos previstos” para ello<sup>419</sup>. Sin embargo, esta opinión no sería aplicable al supuesto en el que se pactó aquella cláusula, porque esta doctrina judicial se refiere a lo que viene a entenderse como meras expectativas de derechos y no al caso que estamos contemplando ahora<sup>420</sup>. Recordemos que al producirse la sucesión, el cesionario asume que las relaciones laborales de los trabajadores cedidos se regirán por el convenio de la empresa cedente durante el periodo legalmente previsto, manifestándose esa cláusula a modo de condición suspensiva que se verificará (o no) estando en vigor el instrumento negocial que la hace surgir. En consecuencia, no se trata de vincular al cesionario al mantenimiento *sine die* de las condiciones y compromisos generales que venían rigiendo antes de la sucesión (lo que podría incluso contravenir lo preceptuado en los arts. 82.4 y 86.4 TRET), sino, como decimos, de constatar que se cumple dicha condición suspensiva antes de que pierda vigor el instrumento que obliga al cesionario y que la hace surgir. En efecto, como condición que es, el compromiso que prevé la tan mencionada cláusula se trata de una obligación nacida y perfecta, en la que tan sólo los efectos se encuentran debilitados porque dicha obligación aún no es exigible<sup>421</sup>. Concluimos pues, si se produce el acontecimiento previsto (cumplimiento de la condición siendo aplicable el convenio que la contiene), el trabajador debe beneficiarse del incremento pactado, porque “el acreedor *sub conditione* puede ser considerado como titular de un derecho (derecho eventual) y no de una simple expectativa”<sup>422</sup>.

<sup>418</sup> Vid. STSJ de Galicia, de 23 de diciembre de 2003 (AS 39/2004).

<sup>419</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla, de 8 de junio de 1998 (AS 2732).

<sup>420</sup> Véase la STSJ de Andalucía/Granada, de 9 de abril de 2002 (AS 1808).

<sup>421</sup> Vid. STSJ de Aragón, de 16 de noviembre de 1996 (AS 4338).

<sup>422</sup> DIÉZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. T II, Civitas, 1993, págs. 354 y 355. Sin embargo, otros autores como TORRES DE CRUELS consideran más bien que las acciones que el ordenamiento otorga al acreedor condicional buscan no tanto defender un derecho, cuanto que no se perjudique la expectativa o esperanza del mismo (citado por DIÉZ-PICAZO, *ibidem*). Dentro de esta confusión, otros autores hablan de que durante el estado de pendencia, “el negocio jurídico es incierto en su eficacia (...) Mas no por ello deja de producirse una vinculación, que se traduce en una expectativa jurídica, un verdadero derecho, patrimonialmente apreciable, y por ello legalmente protegido”; CASTÁN TOBENAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, vol. 2; Reus, 1987, pág. 844.

### c. Art. 44.2 TRET: Responsabilidad solidaria

Centrándose nuestro estudio en el crédito del trabajador, debemos entrar a examinar la situación creada tras la sucesión desde el punto de vista del trabajador-creedor. En este sentido, el art. 44.3 TRET establece –en el caso de sucesión *intervivos*– que quienes intervienen como cedente y cesionario en la transmisión, responderán solidariamente por las obligaciones laborales anteriores (párr. 1º) y, en su caso, también por las posteriores (párr. 2º) a aquella<sup>423</sup>. Partiendo de esta afirmación, es preciso resolver algunas cuestiones que se nos plantean.

#### c.1. Sujetos afectados

En primer lugar se ha de precisar si es necesario o no que mantengan vigente su contrato al momento de la transmisión quienes pretendan exigir al cesionario los créditos que les son debidos. Algunos autores consideran que la responsabilidad solidaria sólo alcanza a quienes se mantuvieran como trabajadores al momento de la transmisión<sup>424</sup>, alegando, entre otras razones: a) el posible desconocimiento que el cesionario pudiera tener de las deudas salariales anteriores<sup>425</sup>. También, b) que así se deducía de una interpretación sistemática de las dos partes que originariamente componían el apartado 1º del art. 44 TRET (hoy apartados 1º y 3º), pues pareciera desprenderse una conexión entre ambos y en consecuencia, la responsabilidad solidaria iría ligada a las deudas de aquellos trabajadores que tuvieran vigente su contrato<sup>426</sup>. Por último, c) la redacción del art. 3.1, párr. 2º de la Directiva 2001/23 corroboraría esta opinión, porque expresamente requiere que el contrato de trabajo o la relación laboral se encuentre vigente en la fecha del traspaso, razón por la cual, se afirma, si la voluntad del legislador en el art. 44 TRET “hubiese sido la de establecer la responsabilidad del cesionario por las obligaciones causadas con anterioridad a la extinción de la relación laboral y sucesión empresarial, o lo que es igual, establecer una regulación interna más favorable que la establecida en la Directiva, habría de ser expresado en la forma clara y evidente”<sup>427</sup>.

<sup>423</sup> Algunos autores defienden también la existencia de responsabilidad solidaria entre los herederos en caso de transmisiones *mortis causa*; cfr. VARELA AUTRÁN, B., “La sucesión de empresas en el ordenamiento laboral español: sucesión «mortis causa» y supuestos especiales”; en (AA.VV.) Cuadernos de Derecho Judicial. «Cesión de trabajadores. Empresas de Trabajo Temporal. Responsabilidad empresarial en caso de contratos de obras o servicios. Sucesión de empresas»; CGPJ, 1994, pág. 290.

Como ha señalado la doctrina, pese a que el legislador habla en ambos casos de responsabilidad solidaria, sin embargo una y otra (*intervivos* y *mortis causa*) se refieren a circunstancias distintas (responder por deuda ajena o hacerlo por una propia), de ahí que el alcance en la relación interna sea diferente; al respecto, *vid.* DURÁN LÓPEZ, F., “La continuidad de las relaciones de trabajo y la responsabilidad por deudas laborales en la transmisión de empresa”; RDM, n.º 131, 1974; y MONEREO PÉREZ, J.L., Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa; MTSS, 1987, págs. 535 y sgs. y 552 y sgs.

<sup>424</sup> En el derecho italiano, FARGNOLI, B., La retribuzione; Giuffrè Ed., 2002, págs. 310 y 311.

<sup>425</sup> TAPIA HERMIDA, A.; “Derechos y deberes...”; cit., págs. 95 y 99. En el mismo sentido, en la doctrina italiana, ROMELI, R.; “La responsabilità solidale per i crediti di lavoro in caso de trasferimento di azienda al vaglio della giurisprudenza”; RIDL, 1998-4 (Giurisprudenza), págs. 765, 766 y 768.

<sup>426</sup> CANAVESI, G., “Crediti del lavoratore e responsabilità solidale del cesionario con il cedente nei trasferimenti di azienda, ai sensi del nuovo art. 2112, secondo comma, c.c.” (Giurisprudenza); RIDL, 1997-2, pág. 405.

<sup>427</sup> Voto Particular a la STS, de 25 de febrero de 2002 (RJ 6235).

Sin embargo, no considero correcta esta opinión y ello básicamente por las siguientes razones. Primera, en relación con el argumento antes indicado de que el cesionario pudiera desconocer las deudas que el cedente pueda tener con anteriores trabajadores, cabe contestar lo siguiente: por un lado, la propia Directiva comunitaria ya señalada recoge en su art. 3.2 que es posible que el cesionario tenga que responder también de las obligaciones de los trabajadores cedidos, aun cuando no tuviera conocimiento de ello, lo que descarta que dicho desconocimiento pueda ser un argumento suficiente<sup>428</sup>.

En el derecho comparado existen soluciones intermedias (que no compartimos), a medio camino entre la exclusión de responsabilidad del cesionario respecto del trabajador que no mantenga viva su relación laboral tras la cesión, o la responsabilidad del mismo por las deudas anteriores, con independencia de que el vínculo laboral se halle vigente al producirse el traspaso. En efecto, los defensores de esta posición consideran que el cesionario responde no sólo por las deudas previas a la transmisión de los trabajadores que continúan su relación laboral, sino también de los que cesaron con anterioridad, siempre que los créditos de éstos consten en los libros contables del cedente<sup>429</sup>. Decimos que no compartimos esta postura, entre otras razones, porque no puede extraerse esta idea del precepto y por los motivos que ahora siguen. En conclusión, al no haberse previsto en nuestra normativa ninguna regla sobre "la notificación por el cedente al cesionario sobre los créditos y débitos laborales transferidos (...) el efecto sucesorio operará al margen y con independencia de que tal comunicación se produzca"<sup>430</sup>.

La segunda la razón se deduce del propio literal, pues si analizamos el actual art. 44 TRET, observamos que se distinguen dos cláusulas de garantía<sup>431</sup>: Por un lado, el apartado 1 recoge la no ruptura de la relación laboral por el simple hecho de la transmisión y la subrogación del cedente en los derechos y obligaciones (*status*) que el cesionario mantuviese con los trabajadores cedidos. Y por otro, el apartado 3 del art. 44 TRET fija la responsabilidad solidaria, pero en este caso no se hace referencia en ningún momento ni a la vigencia de la relación laboral ni a la palabra "trabajador", sino que simplemente se limita a señalar la subrogación y la solidaridad por las "obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas" o de las nacidas con posterioridad si se produce el supuesto previsto en el párr. 2º del referido precepto<sup>432</sup>. Adviértase que la nueva redacción propuesta tras la Ley 12/2001 corro-

<sup>428</sup> Sobre el conflicto que esta cuestión originó con la Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio de 1998, que modifica la D. 77/187/CEE, véase VALDÉS DAL-RÉ, F., La transmisión de...; cit., págs. 68 y 69.

<sup>429</sup> S. Tribunale di Firenze (8/10/1997); RIDL (Giurisprudenza), 1998-4, págs. 778 y 779; y PIZZOFERRATO, A., "Forme di tutela dei crediti di lavoro"; AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; cit., vol. II, págs. 224 y 225. Son diversas, no obstante, las opiniones sobre cuando se entiende que el cesionario tiene conocimiento de la deuda anterior; al respecto ANGELINI/RENNA/ROMEI, La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato. (GIUGI Dir.) Dottrina e Giurisprudenza di diritto del Lavoro; UTET, 1994, págs. 217 y sgs.

<sup>430</sup> SEMPERE NAVARRO/CAVAS MARTÍNEZ, "Clarosucros en el..."; cit., pág. 136

<sup>431</sup> Así, STS de 15 de julio de 2003 (RJ 6919).

<sup>432</sup> CAMPS RUIZ, L.M., Régimen laboral de la transmisión...; cit., págs. 275 y sgs. Como señala la STSJ del País Vasco, de 16 de junio de 1998 (AS 3736): "a los efectos de la responsabilidad 'ex' art. 44 ET (es) indiferente el que la sucesión se hubiera producido antes o después de la extinción contractual (...), puesto que existiendo obligaciones laborales pendientes (...) la nueva empresa quedaría subrogada en los derechos y obligaciones laborales de la anterior". También, STSJ de Navarra, de 23 de abril de 2003 (A.L., nº 38, 2003, ref. 1134).

bora la opción que aquí defendemos, toda vez que da un tratamiento separado a la subrogación en la posición de empleador y a la responsabilidad solidaria<sup>433</sup>.

Tercera, por la finalidad que persigue dicho art. 44 TRET, que no es sólo mantener los derechos de los trabajadores "vigentes" (aptdo. 1), sino también salvaguardar los derechos de todos aquellos trabajadores que pudieran tener alguno (crédito laboral) contra su actual o antiguo empresario, pues la transmisión de la empresa puede afectarles negativamente de no preverse esta garantía, en tanto que el cedente ya no será titular del patrimonio empresarial cedido con el que, en principio, también debiera responder de sus deudas salariales<sup>434</sup>.

Por último, la propia Directiva antes mencionada establece en su art. 8 la posibilidad de los Estados miembros "de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores", cosa que en nuestra opinión ocurre en el caso que estamos estudiando<sup>435</sup>.

En consecuencia, consideramos que resulta absolutamente irrelevante a los efectos de la responsabilidad solidaria de ambos empresarios que el trabajador se encuentre o no con su contrato vigente al momento de la transmisión<sup>436</sup>.

### c.2. Objeto

Se trata en este apartado de determinar sobre qué obligaciones se extiende la responsabilidad, pues como dice el art. 44.3.1º TRET ésta alcanza a las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión. De ello deducimos que se trata de obligaciones (salariales en nuestro caso) que se hayan originado antes de la cesión, sin embargo, nada se dice sobre si esas obligaciones han de estar vencidas y devengadas. A falta de más datos, pensamos que simplemente se exige que dichas obligaciones hayan nacido con anterioridad<sup>437</sup>; esto es, que el hecho que les da origen aconteciera previamente a la transmisión, independientemente que en el momento del cambio o sucesión no hubiesen vencido (*v. gr.*, parte de las pagas extraordinarias, etc.)<sup>438</sup>.

<sup>433</sup> También, SEMPERE NAVARRO, A.V., "Transmisión empresarial e indemnización por despido previo. Comentario a la STS de 15 de julio de 2003 (JUR 2003/206183)"; AS, nº 19, 2003, págs.14 y sgs. De opinión radicalmente distinta; Voto particular a la STS, de 25 de febrero de 2002 (RJ 6235).

<sup>434</sup> En el mismo sentido, *vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F., "Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa"; A.S., nº 10, 2001, pág. 26; y STS, de 15 de julio de 2003 (RJ 6919), y STSJ Andalucía/Granada, de 1 de julio de 1998 (AS 3452). Véase también, CUENCA ALARCÓN, M., "Autonomía colectiva y..."; cit., pág. 45.

<sup>435</sup> Como refuerzo de lo que afirmamos, pudiera señalarse que la LC'03, en su art. 149.2, permite que el cesionario, en los casos de transmisión de empresas en crisis, pueda no tener que responder por los créditos pendientes de pago que sean anteriores a dicha enajenación, sin que en ningún momento parezca desprenderse que sólo afecta a los créditos de los trabajadores que tuvieran el vínculo vigente en ese momento.

<sup>436</sup> GARCIA TENA/ALARCÓN BEIRA; "Cambio de titularidad..."; cit., pág. 1006; y VALDÉS DAL-RÉ, F., La transmisión de...; cit., pág. 74. STSJ de Extremadura, de 28 de marzo del 2001 (AL, nº 33, 2001, ref. 1245).

<sup>437</sup> STSJ de Navarra, de 23 de abril de 2003 (A.L., nº 38, 2003, ref. 1134). "La regla según la cual, ante la posibilidad de diversas interpretaciones de una norma jurídica, debe optarse por la que resulte más favorable para el trabajador es claramente una manifestación más del principio pro operario (...)" ; ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La vigencia del principio..."; cit., pág. 861.

<sup>438</sup> CAMPS RUIZ, L.M., Régimen laboral de la transmisión...; cit., págs. 274 y 275. No comparto la opinión de aquellos autores que entienden que la responsabilidad solidaria no debiera extenderse sobre las obligaciones nacidas con anterioridad, aduciendo que "*la successione del datore di lavoro acquirente non ha effetto che per il futuro, non riguardando i crediti già maturati al momento del trasferimento*"; ROMEL, R.; "La responsabilità solidale per i crediti di lavoro..."; cit., pág. 767 y 768.

En consecuencia, si no es preciso el vencimiento que dichas partidas, menos aún podrá serlo que estén devengadas; STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 2002 (AS 1118/2003).

Pese a todo ello, surgen algunos supuestos de difícil solución, incluso con estos parámetros. En concreto, nos detendremos en el supuesto de las indemnizaciones por despido y salarios de tramitación, en el bien entendido que nos estamos refiriendo al despido iniciado antes de la sucesión, pero concluido con posterioridad a ella<sup>439</sup>.

En este caso, entiendo que es preciso distinguir cuando el despido sea declarado finalmente nulo o improcedente, de cuando lo sea procedente, y ello pese a la reiterada jurisprudencia afirmando en todo caso el carácter constitutivo del acto de despido del empresario<sup>440</sup>. Si analizamos la opinión de los tribunales en esta cuestión, observamos que dicha jurisprudencia, al afirmar de forma general el carácter constitutivo de la decisión extintiva del empresario, se basa, en gran parte y entre otros, en la redacción del art. 49.1.k) TRET (en conexión con el art. 54 del mismo cuerpo legal)<sup>441</sup>. Esto nos lleva a sostener que esta solución judicial no sería aplicable a los casos de extinción de la relación laboral basada en causas objetivas, pues la redacción en estos casos parece no dejar lugar a dudas sobre la necesidad de la procedencia de dicha decisión extintiva para que la decisión originaria del empresario produzca sus efectos desde ese momento (art. 49.1.i) y l), en relación con los arts. 51 y 52 TRET)<sup>442</sup>.

Así y todo, al considerar procedente un despido, el tribunal dicta sentencia declarativa convalidando la decisión del empresario, pues ésta se considera ajustada y el despido correctamente realizado, sin que sea preciso una ulterior actuación al respecto por parte del empresario<sup>443</sup>. Frente a ello, en el despido improcedente, al no considerar el tribunal ajustada a derecho la decisión del empresario, no ratifica el acto de extinción, sino que le condena a readmitir al trabajador, salvo que aquél opte por extinguir la relación, con el abono de la correspondiente indemnización<sup>444</sup>. De lo que se puede extraer que la decisión del empresario de extinguir la relación requiere de una confirmación posterior, o en todo caso, que la resolución judicial no sea contraria a la licitud de la decisión empresarial, pues "sólo la declaración judicial de procedencia del despido convalidará *ex tunc*

---

<sup>439</sup> Si la opción por la extinción tuviera lugar con anterioridad a la sucesión no existe problema alguno, pues al tratarse de una deuda del cesionario, también le será de aplicación la garantía de la solidaridad que aquí estudiamos; STS, de 15 de julio de 2003 (JUR 2003/206183).

<sup>440</sup> *Vid.*, por todas, la STS, de 3 de julio de 2001 (RA 7797). Al respecto, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 458. Más recientemente, CUENCA ALARCÓN, M., "Ámbito temporal (o subjetivo) del derecho de opción reconocido al representante de los trabajadores en casos de despido improcedente: la figura del «precandidato»"; RL, nº 2, 2001, pág. 80. En la doctrina judicial, STSJ del País Vasco, de 6 de mayo de 2003 (AS 1556), que expresamente rechaza el devengo de vacaciones desde la fecha en la que el empresario decidió extinguir el contrato. En consecuencia, se mantendrá la responsabilidad solidaria, en todo caso, de cedente y cesionario; SEMPERE NAVARRRO/CAVAS MARTÍNEZ, "Claroscuros en el..."; cit., pág. 135.

<sup>441</sup> Por todas, STS, de 3 de julio de 2001 (RA 7797).

<sup>442</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción*; ACARL, 1996, págs. 149, 150, 330 y 331.

<sup>443</sup> Por todos, DURÁN LÓPEZ, F., "Sobre la eficacia extintiva del acto de despido y sobre los salarios e indemnizaciones debidos en virtud del mismo"; R.L., 1991-I, págs. 362 y 363; y ORTIZ LALLANA, M.C., "Causas forma y efectos del despido disciplinario"; REDT, nº 100, 2000, pág. 1152.

<sup>444</sup> La sentencia de condena supone que el derecho material ha sido violado y que hay que reestablecerlo (MÉNDEZ RAMOS, F., *Enjuiciamiento Civil*, T. I.; Bosch, 1997, págs. 465 y 466). De lo que podemos extraer, en consecuencia, que se reconoce que el derecho del trabajador a seguir la relación laboral ha sido violado, condenando por esto al empresario a la realización de una determinada prestación.

(...) la decisión extintiva del empresario<sup>445</sup>. Por otro lado, de tener efectos extintivos desde la decisión del empresario, carecería de sentido la previsión del art. 55.2 TRET, toda vez que si se produjo la extinción con la primera declaración del empresario ¿qué valor puede tener una segunda referida a una relación que ya debiera estar extinguida? En este sentido, el precepto señala que será preciso un nuevo despido, que surtirá efectos desde esa segunda manifestación acorde con los requisitos exigidos en el art. 55.1 TRET, debiendo el empresario poner "a disposición del trabajador los salarios devengados los días intermedios, manteniéndole durante los mismos en alta en la Seguridad Social".

Es más, aunque mantuviésemos que la decisión extintiva empresarial produce sus efectos de forma inmediata, ello no impediría que las instancias judiciales pudieran revisar las decisiones del empresario y, en su caso, no confirmarlas por ser contrarias al ordenamiento<sup>446</sup>. De lo contrario, ¿qué sentido tiene que el juez resuelva sobre la validez o no del acto del despido si éste tiene reconocida su eficacia desde que se produce la recepción por parte del trabajador<sup>447</sup>. Sin lugar a dudas, "el poder jurídico del empresario de despedir está condicionado, sometido a una carga que puede en alguna medida limitar su validez y eficacia"<sup>448</sup>. De esta forma (ex art. 6.3 C.Civ., inciso segundo), que se excluya la posibilidad de la nulidad por preverse un efecto específico en los casos de despido improcedente (condenar a una obligación alternativa)<sup>449</sup>, tampoco justifica posturas que entienden que esa resolución judicial en nada afecta a la eficacia de la decisión del empresario<sup>450</sup>, ya que ésta no despliega sus efectos propios después de la sentencia, antes bien, será precisa una nueva actuación de aquél para dar por extinguida la relación, pues de lo contrario (por omisión) la relación laboral se reactiva<sup>451</sup>.

Señalado esto, y en el caso de que el despido sea considerado improcedente, se producirá la necesaria intervención del cesionario que será quien en último término decidirá sobre la continuidad o no del trabajador<sup>452</sup>. En consecuencia, debemos considerar la fecha de la decisión-opción del empresario el momento en que nace la

<sup>445</sup> GARATE CASTRO, J., "La reforma del régimen jurídico del despido; en particular, de los salarios de tramitación"; R.L., nº 4, 2003, págs. 20 y 30; y CONSEJO DE REDACCIÓN, "Carácter constitutivo o autónomo del despido: Efecto que sobre la relación laboral produce el despido declarado improcedente"; RTSS-EF, Jurisprudencia, nº 211, 2000, Comentario 54/2000, pág. 90. *Vid.* también, STSJ de Asturias, de 26 de septiembre de 2003 (AS 3989).

<sup>446</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo; Comares, 2000, págs. 259 y 260 (y notas a pie de página). Así puede extraerse también de la STC 44/2001, de 12 de febrero (A.L., nº 21, 2001, ref. 783), STSJ de Galicia, de 30 de noviembre de 2002 (A.L., nº 9, 2003, ref. 264); y en LAVADO MOLINA, M., "El régimen jurídico..."; cit., págs. 121-123.

<sup>447</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 704.

<sup>448</sup> MONEREO PÉREZ/MORENO VIDA ("Forma y procedimientos del despido disciplinario"; en (BORRAJO, Dir.) Comentarios a las Leyes Laborales. El despido; T. II, 1994, pág. 270). También, DEL VALLE VILLAR, J.M., La extinción del contrato...; cit., págs. 352 y 353. Sobre las consecuencias que puede acarrear para otros derechos el mantener en todo caso esta doctrina del carácter extrajudicial de la extinción (*v. gr.*, garantías de los representantes de los trabajadores), véase CUENCA ALARCÓN, M., "Ámbito temporal..."; cit., pág. 81.

<sup>449</sup> *Vid.* ALFONSO MELLADO, C.L., "Contratación temporal en unificación de doctrina"; RDS, nº 18, 2002, págs. 183 y 184.

<sup>450</sup> Así lo afirma RIVERO LAMAS, J., "Tutela jurídica de los derechos laborales en el ordenamiento español"; REDT, nº 57, págs. 31 y 32.

<sup>451</sup> ORTIZ LALLANA, C., La extinción del contrato de trabajo por imposibilidad física de incumplimiento; MTSS, 1985, pág. 42. Señala la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 10 de febrero de 2000 (AS 2304), que "declarado improcedente un despido, la relación laboral se reactiva y los deberes y derechos recíprocos inherentes al contrato de trabajo se mantienen incólumes".

<sup>452</sup> Al respecto y también sobre la fórmula de su intervención en el proceso de despido, *vid.* MONEREO PÉREZ, J.L., Las relaciones de trabajo...; cit., págs. 345 y 346. Véase también las SSTSJ Cataluña, de 25 de enero de 1999 (R.L., ref. TSJ-1378) y de 13 de octubre de 1999 (A.L. nº 8, 2000, ref. 314), donde se aplica la doctrina del TC y TS sobre la vía procesal de intervención del cesionario (art. 236 LPL).

obligación de indemnizar al trabajador, por lo que no puede considerarse una obligación surgida con anterioridad<sup>453</sup>.

Ahora bien, esto no contradice que el propio ordenamiento posibilite al empresario la facultad de dar por concluida la relación laboral, incluso cuando no se haya acreditado causa que lo justifique o cuando no se haya seguido la forma debida; pero para ello es preciso que se cumplan los requisitos legalmente exigidos (art. 56.2 TRET). De no hacerse así, para proceder a la extinción será preciso, como afirmamos, que dicha facultad se actualice posteriormente, una vez constatada la insuficiencia de la decisión empresarial, mediante la oportuna opción que se deriva de la sentencia de despido (art. 110 LPL)<sup>454</sup>.

Ciertamente, es posible que el ordenamiento reconozca efectos *ex tunc* al despido improcedente, siempre que se cumplan los requisitos legalmente exigidos. Esta voluntad legal es la que parece manifestarse en parte con la nueva redacción dada al art. 56.2 TRET por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre (BOE de 13 del mismo mes)<sup>455</sup>. Creemos interesante por ello, a efectos de comprender el alcance de la nueva situación y del despropósito que –en nuestra opinión– supone la misma, estudiar la regulación en esta materia, para lo cual distinguiremos<sup>456</sup>:

### Primero: la situación anterior al RD-Ley 5/2002

Bajo esta regulación eran plenamente aplicables las razones antes señaladas respecto a que el despido improcedente no implicaba la extinción *ex tunc* de la relación laboral, sino que ésta se producía con el ejercicio por parte de empresario de la opción por la extinción indemnizada que prevé el art. 110.1 LPL.

Mantenemos esta opinión pese a lo que preceptuaba el anterior art. 56.2 TRET que podría justificar que el empresario manifestaba una opción tácita por la extinción<sup>457</sup>, porque con ello lo que se pretendía era simplemente una reducción de los costes laborales que implicaba la extinción, pero sin que nada se dijera sobre el momento de la extinción del contrato. Afirmar lo contrario, implicaba, en nuestra opinión, que con él se amparaba y protegía la exclusiva posición del empresario, como se deducía de quienes defendían que cuando el empresario hace uso de la posibilidad que el precepto recoge se presume que también se opta anticipadamente por la extinción en caso de que el despido sea considerado improcedente y, a renglón seguido, afirmaban que el empresario podía cambiar su decisión porque, se alegaba, la oferta realizada por él con base

<sup>453</sup> GARCÍA PIQUERAS, M.; "Consideraciones sobre los salarios de tramitación"; A. L., 1993-I, pág. 309. También SSTSJ de la Comunidad Valenciana, de 1 de febrero de 2001 (AS 1705).

<sup>454</sup> SJS de Madrid, nº 33, de 17 de marzo de 2003 (AS 686). Se puede afirmar por ello que "la causalidad del despido en España no impide la ruptura indemnizada de los contratos (...)"; DEL VALLE VILLAR, J.M., La extinción del contrato...; cit., pág. 333.

<sup>455</sup> BLASCO PELLICER, A., "Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación"; T.S., nº 147, 2003, págs. 23 y 24.

<sup>456</sup> Como señala BORRAJO DACRUZ, E. ("Los salarios de tramitación: mito y realidad"; A.L., nº 12, 2003, pág. 199): "el contraste, la comparación, entre la legislación antigua y la posterior es más que conveniente; es imprescindible para orientarse en este tema".

<sup>457</sup> En NAVARRO NIETO/SÁEZ LARA, La flexibilidad en la nueva relación de trabajo; CGPJ, 1998, pág. 129. Reiterándolo conforme a la nueva redacción; BLASCO PELLICER, A., "Algunas consideraciones..."; cit., págs. 22 y 23 (citando también a CRUZ VILLALÓN).

en dicho precepto no le vinculaba *ad futurum*, ni suponía otra cosa que una voluntad por alcanzar un acuerdo en el acto de conciliación, hasta el punto de reconocer una improcedencia "a pesar de que en el fuero interno del empresario no lo acepte así"<sup>458</sup>.

Consideramos que no era ni es sostenible esa opinión, no sólo por los perjuicios que podía generar sobre la buena fe, los derechos y las expectativas que se crea el trabajador, sino también, porque el legislador (ex art. 56.1 TRET) era y es claro al exigir que el empresario se pronuncie "en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia" (no antes ni después) sobre su opción. En línea con lo estamos diciendo, difícilmente se podría entender ejercitada una facultad (la de opción) que no se ostenta aún, ni tiene por qué surgir, pues ese poder emerge exclusivamente a partir de la notificación de la sentencia<sup>459</sup>.

### **Segundo: la situación creada con el RD-Ley 5/2002.**

Con la reforma que esta norma implicaba se introdujo un importante cambio respecto a la situación descrita anteriormente, por cuanto que pareciera que con ella se acogían las teorías sobre la extinción que denominaremos intermedias y que serán posteriormente explicadas<sup>460</sup>. Como resultado de ese cambio, tanto si el despido era considerado nulo como si era improcedente en el que se optaba por la readmisión, se consideraba que la relación no se había extinguido nunca. No así cuando el despido era procedente o improcedente sin readmisión, en cuyo caso y por expresa previsión legal, la extinción se entendía producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo, lo que parecía implicar la aceptación del despido sin causa<sup>461</sup>.

### **Finalmente: la situación con la Ley 45/2002, para la Reforma del sistema de Protección por desempleo.**

En esta ocasión, el legislador vuelve a cambiar su opción, de tal forma que si bien no puede equipararse a la que el mencionado RD-Ley 5/2002 preveía, tampoco es correcto afirmar que recupera la situación anterior al mismo<sup>462</sup>. Amén de la crítica que merecen estos cambios tan acelerados y la falta de un criterio mínimamente co-

<sup>458</sup> ROMERO PRADAS, M.I., La posible limitación de los salarios de tramitación ex art. 56.2 ET. Incidencias procesales; Tirant lo Blanch, nº 66, 1998, págs. 40 y 41 y 74-77. No existe unanimidad en los pronunciamientos judiciales relativos a la vinculación *ad futurum* (en el procedimiento de despido) del reconocimiento de la improcedencia en el acto de conciliación; sobre ello, *vid.* STSJ de Comunidad Valenciana, de 29 de junio del 2001 (AS 1862). Expresamente contraria a esa vinculación, STSJ de Madrid, de 13 de mayo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1219).

<sup>459</sup> Así, STSJ de Andalucía/Granada, de 10 de diciembre de 2001 (A.L., nº 22, 2002, ref. 680), F.J. 3º.

<sup>460</sup> Una crítica a esta postura del legislador; en GARATE CASTRO, J., "La reforma del régimen jurídico del despido...", cit., págs. 20 y 27 y sgs.

<sup>461</sup> Una crítica a esta regulación y a las posibles causas de inconstitucionalidad de la misma; en LILLO PÉREZ, E., "Sobre la cuestión de inconstitucionalidad del Decreto planteada por el Juzgado de los Social núm. 2 de Badajoz"; A.S., nº 11, 2002, págs. 67-69 (y SJS nº 2 de Badajoz, de 26 de julio de 2002 -AS 1844-).

<sup>462</sup> *Vid.* Cap. II, artículo segundo, tres (BOCG, de 25 de octubre de 2002, nº expte. 121/100, procedente del R.D-Ley 5/2002), donde se señala la posibilidad al empresario de reconocer la improcedencia y abonar la indemnización y salarios de tramitación para que éstos no se devenguen. La nueva situación, se dice, "lleva a sus últimas consecuencias la reforma que el Grupo Socialista planteó en el año 1994"; intervención AZPIROZ VILLAR, en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley para la Reforma del sistema de Protección por desempleo (procedente del RD-Ley 5/2002); en BOCG, de 17 de octubre de 2002, pág. 9768. De igual forma, BLASCO PELLICER, A., "Algunas consideraciones...", cit., págs. 15 y 16.

herente, la nueva situación plantea a su vez dos soluciones a la cuestión de cuándo se tiene por extinguida la relación laboral, según que el empresario ejerza la posibilidad que le permite la nueva redacción del art. 56.2 TRET, o que despidiera sin ejercerla. En el primer caso, el despido improcedente, aunque fuera posteriormente impugnado por el trabajador, tendrá efectos *ex tunc*. En el otro caso, esto es, de no ejercerse tal posibilidad o de no cumplirse correctamente las exigencias previstas en ese precepto, creemos sostenible la opinión que venimos defendiendo conforme a la anterior regulación, a saber, que la extinción se produce con el ejercicio de la opción por la extinción surgida tras la sentencia que califica al despido como improcedente<sup>463</sup>.

Obsérvese que la situación planteada actualmente parece reservar esos efectos *ex tunc*, por expreso mandato legal, para el caso en que se dé el supuesto planteado por el tan repetido art. 56.2 TRET, no así (por omisión legal) en el resto de supuestos, en los que continuará siendo válida la postura que aquí defendemos<sup>464</sup>.

En otro orden de cosas, pero muy conectado con lo que estamos analizando, debemos precisar, respecto a los salarios de tramitación que se originarían también con el despido nulo o improcedente, que el nacimiento del derecho a su percibo no se produce cada día que transcurre entre dicha decisión empresarial y el hecho que pone fin a su devengo, sino que, como decimos, nace de aquella decisión no conforme a derecho, siendo el dato temporal un mero criterio para determinar el monto final a pagar al trabajador<sup>465</sup>. El resultado de ello es que ambos empresarios deben responder solidariamente por los referidos salarios de tramitación (ex art. 44.3.1º TRET), por cuanto se tratarían de obligaciones nacidas con anterioridad al traspaso o sucesión empresarial. Esta opinión nos parece la más acertada, sobre todo tras la derogada redacción dada por el tan repetido R.D-Ley 5/2002, pues con ella se hubiera podido dar el absurdo de que –en el caso de despido improcedente en el que se opta por la readmisión– estos salarios se debían por esta decisión de readmitir, adoptada por el cesionario una vez que se ha producido la cesión, por lo que pareciera que deberían considerarse como deudas no nacidas con anterioridad y por ende, que sólo respondería de ellas este último. No creemos que esta pudiera ser la solución, y ello por los graves problemas que ocasionaría al cesionario, quien se vería en la tesitura de tener que extinguir, con la obligación de asumir él en exclusiva la indemnización, o de readmitir con la misma obligación respecto a esos salarios; pero con la innegable diferencia de que aquélla tiene lugar por su exclusiva voluntad y actuación, mientras que éstos responderían a una actuación ilícita previa del cedente.

Concluyendo, no nos debe extrañar que en el supuesto que venimos analizando más detenidamente (despido improcedente en el que no se hizo el depósito previsto en el art. 56.2 TRET) pueda surgir una responsabilidad diferente del cesiona-

---

<sup>463</sup> SJS de Madrid, nº 33, de 17 de marzo de 2003 (AS 686). Así se deduce también de SAIZ DE MARCO, I, "Cuestiones sobre el depósito del art. 56.2 del ET reformado"; A.L., nº 12, 2003, pág. 230.

<sup>464</sup> Aunque referido al RD 5/2002, esta parece ser también la opinión de GONZÁLEZ SÁNCHEZ, J.J., "Medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad: Real Decreto Ley 5/2002, de 24 de mayo"; T.S., nº 139, 2002, pág. 29.

<sup>465</sup> STSJ de Cataluña, de 19 de septiembre de 2000 (AS 3377). De ahí que si el procedimiento de despido quedó suspendido por voluntad del trabajador, no deban incluirse esos días en la cuantía final; STSJ de Cataluña, de 25 de noviembre de 2003 (AS 4184). Supuesto que no es equiparable al tiempo dedicado por el trabajador a nombrar a su abogado; STSJ de Catabria, de 10 de marzo de 2004 (A.L., 2004, ref. 697).

rio y cedente según que estemos haciendo referencia a los salarios de tramitación o a la indemnización por despido, pues unos y otra responden a razones diferentes<sup>466</sup>. Así, con los primeros se le abonan al trabajador los salarios que dejó de percibir (en nuestra opinión, pese a no estar extinguida su relación laboral y) como resultado, entre otras, de la indebida actuación inicial del empresario; mientras que con la indemnización del despido se intenta paliar al trabajador de los daños y perjuicios que le suponen la extinción indebida del contrato de trabajo<sup>467</sup>. Cada uno se origina por un acto distinto: la indemnización por la definitiva extinción del contrato, y los salarios de trámite como consecuencia de la resolución judicial contraria a la licitud del acto de despido que impidió al trabajador realizar su trabajo, esto es, su cuantía refleja el "importe de los salarios que debieron ser percibidos si se hubiera trabajado y no se percibieron porque *injustificadamente* se dejó de trabajar"<sup>468</sup>.

En consecuencia, podrá establecerse la responsabilidad exclusiva del cesionario por su decisión de concluir el contrato, ya que en el nacimiento de la indemnización por la extinción no existe intervención alguna por parte del cedente<sup>469</sup>; y, en su caso, la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario respecto de los salarios de tramitación (ex art. 44.3.1º TRET)<sup>470</sup>. Ahora bien, si el cedente hubiera activado la previsión del art. 56.2 TRET, y de aceptar que no cabe que posteriormente –dictada la sentencia– el empresario pueda cambiar la opción inicial, tanto la indemnización como, en su caso, los salarios de trámite, surgirán por un hecho anterior a la cesión, por lo que ambos empresarios responderían solidariamente. Más correctamente, de darse las exigencias del art. 56.2 TRET, no habrá lugar a crédito indemnizatorio alguno, porque éste ya fue entregado por el empresario-deudor-cedente, debiéndose, en todo caso, los salarios de trámite que hayan podido devengarse hasta el depósito –salvo que se considere que éstos también han debido ser depositados<sup>471</sup>–. Pero la solución acertada será la apuntada más arriba (corresponde al cesionario optar a favor de la extinción y por ello, la indemnización será considerada como crédito posterior a la cesión), si ese reconocimiento y depósito no se hicieron o se hicieron de forma incorrecta<sup>472</sup>.

<sup>466</sup> Al respecto, *vid.* STSJ de Madrid, de 16 de mayo de 2000, F.J., 3º (Estudios Financieros, nº 211, Jurisprudencia, pág. 161).

<sup>467</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., T. 14, pág. 32.

<sup>468</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE; "La improcedencia del despido"; REDT, nº 100, 2000, pág. 1166 (el subrayado es nuestro). También, STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 15 de abril de 2002 (AS 1979).

<sup>469</sup> Compárese ésta con la solución defendida en el derecho italiano respecto al "*trattamento di fine rapporto*" (t.f.r.); ESPOSITO, M., "I trattamenti di fine rapporto", AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. II, Jovene editore, 1994, pág. 181. Sobre el t.f.r., *ibidem*, págs. 144 y sgs. y 225.

<sup>470</sup> GARATE CASTRO, J., Los salarios de tramitación; ACARL, 1994, pág. 355. De opinión contraria parece mostrarse MELLA MÉNDEZ, L. (Sucesión de...; cit., pág. 40, nota 89), quien mantiene la responsabilidad solidaria tanto por los salarios de tramitación como por la indemnización.

Aunque referida a otra cuestión, creemos enormemente interesante la STS de 11 de diciembre de 2002 (A.L., nº 13, 2003, ref. 387), porque en ella se recoge la posibilidad de que, aunque la partida surgiera con anterioridad a la cesión, la responsabilidad de cedente y cesionario se determine en función de cual sea el hecho causante de la cuantía debida y el centro de imputación del hecho que los origina.

<sup>471</sup> Afirmando que dentro de la expresión indemnización se pueden considerar incluidos los salarios de trámite; SAIZ DE MARCO, I, "Cuestiones sobre el depósito...; cit., pág. 229.

<sup>472</sup> Por ejemplo, por ingresar lo adeudado en la cuenta corriente del trabajador, en lugar de hacer el depósito; STSJ de Cataluña, de 23 de enero de 2004 (AS 2) –comentario de MARÍN MORAL, I., "La obligación de abono de los salarios de tramitación por incumplimiento del requisito formal de depósito de la indemnización en el Juzgado de lo Social"; A.S., nº 1, 2004 (Presentaciones 2)–. O porque la improcedencia no se reconoció expresamente, SJS de Madrid, nº 33,

d. Relación entre los trabajadores de la empresa cesionaria y las obligaciones con los trabajadores de la empresa transmitente

Traemos esta cuestión debido a los problemas que se pueden plantear como consecuencia de que el cesionario asuma las obligaciones laborales de los trabajadores de la empresa cedente. En concreto, desde el momento en que el art. 44 TRET implica el establecimiento de una responsabilidad solidaria *ex lege* por deuda ajena –adquirida con posterioridad a las que el cesionario pudiera tener con sus trabajadores–, surge el conflicto entre los derechos de crédito de los trabajadores del cesionario y las obligaciones que como consecuencia de dicha transmisión adquiere éste respecto de las deudas laborales que el cedente mantuviera con sus trabajadores (cedidos). En este caso, los trabajadores del cesionario verían cómo se reducen sus posibilidades de recibir lo que se les adeuda, ya que el patrimonio de su empresario debe hacer frente también a las deudas de aquéllos (*cedidos*), y a la inversa, los trabajadores *cedidos* podrían ver perjudicadas sus posibilidades de ser satisfechos, en cuanto que el patrimonio con el que contaban pasa a manos de un nuevo sujeto (cesionario) sobre el que bien pueden pesar deudas con sus propios acreedores (laborales o no).

Cabe pues interrogarse si existe algún tipo de relación entre unos (los créditos de los trabajadores de la empresa cedente) y otros (los de la empresa cesionaria) en cuanto a la preferencia en el pago. Al respecto debemos indicar que nada dice nuestra normativa laboral sobre este tema, algo que desde luego nos resulta cuando menos extraño, toda vez que no es difícil imaginar supuestos en los que la entrada en el patrimonio del cesionario de la empresa cedida pueda originar los problemas arriba señalados. Así parece constatarse con el hecho de que el propio legislador comunitario haya previsto una regulación específica en el caso de transmisión de empresas en crisis: Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, que sustituye y codifica las Directivas 77/187/CEE del Consejo y la 98/50/CE.

Tampoco la doctrina civilista nos da claras respuestas de qué ocurre en un caso como el que planteamos, y sólo hemos encontrado algunas referencias de supuestos similares al que nos estamos refiriendo a) en la asunción de deuda que, como ya hemos señalado, no es exactamente el supuesto referido en el art. 44 TRET; y al tratar sobre la sucesión *mortis causa* (relación entre acreedores personales del heredero y acreedores del causante)<sup>473</sup>. No obstante, en relación al tema que estamos tratando en este estudio, podemos partir únicamente desde la posición crediticia del trabajador y deudora del empresario, en cuyo caso sí podemos extraer algunas ideas de lo que sobre ella dice la doctrina civilista, ya que no debemos olvidar que el art. 44 TRET no precisa que se transmita el contrato de trabajo, pues ya hemos analizado que no es necesario que éste se encuentre vigente, en cuyo caso sólo existiría una “transmisión de la deuda”, o más correctamente, una extensión de los responsables de la misma.

---

de 21 de octubre de 2003 (AS 62/2004). O porque lo depositado sea sustancialmente menor que lo realmente adeudado; STSJ de Galicia, de 17 de octubre de 2003 (AS 223/2004). No se considera erróneo el depósito en un juzgado social distinto de aquél al corresponde, siempre que se trate de un *error excusable* y no se origine perjuicio al trabajador; también se tiene en cuenta la vinculación de un centro de la empresa al territorio donde hizo el incorrecto depósito; STSJ de Cataluña, de 10 de marzo de 2000 (AS 1260).

<sup>473</sup> Vid. JORDANO FRAGA, F., Los acreedores del llamado a una sucesión “*mortis causa*”, ante el ejercicio por éste del “*ius delationis*”; Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996, especialmente, págs. 291 y sgs.

Así pues, en primer lugar, comprobaremos la aplicabilidad o no de las previsiones pensadas para el supuesto de la asunción de deuda<sup>474</sup>. Podría sostenerse que al igual que en ésta, ahora se produce también un cambio en la posición del deudor (subrogación) similar a la asunción acumulativa y a la sucesión hereditaria, apareciendo dos sujetos solidariamente responsables de las deudas salariales nacidas con anterioridad y, en su caso, con posterioridad. La solución prevista en el caso de la asunción de deuda exige que el cambio no perjudique, sin su consentimiento, a los anteriores acreedores del nuevo deudor, so pena de que el *nuevo* acreedor (v. gr. trabajador- acreedor en el momento de la sucesión de la empresa cedente) pueda anteponerse para el cobro a los créditos que aquéllos ya tuviesen al producirse la sucesión. En consecuencia, se considera que para dichos acreedores anteriores, la fecha de la deuda cedida "será la del momento de la asunción, no la que originariamente tenía", como si el deudor contrajese una nueva obligación<sup>475</sup>. Aplicada esta solución a nuestro caso, llevaría a que una posible concurrencia de créditos salariales de nuevos y anteriores trabajadores se resolvería en el sentido de que aquellos tramos del crédito salarial que no gocen de otra ventaja o privilegio a la hora de ser pagado que la anterioridad en el tiempo, se relegarán a la fecha del momento de la transmisión.

No obstante, considero que esta previsión no debe aceptarse para el caso de créditos salariales, debido a que no está en el espíritu del legislador esa distinción de fechas, pues el art. 44 TRET pretende, entre otras cosas, salvaguardar los derechos de los trabajadores *cedidos* y que éstos no resulten perjudicados con la transmisión de la empresa. De otro lado, mal casaría la solución aportada para la transmisión de deuda en supuestos como el del art. 44 TRET, pues en éste la sucesión tiene lugar sin el consentimiento del trabajador- acreedor, por lo que difícilmente se puede aceptar que éste se vea perjudicado por un hecho que le viene impuesto *ex lege*. Ciertamente, recordemos que un requisito esencial para que pueda plantearse la asunción de deuda es la concurrencia del consentimiento del acreedor, por lo que al no existir ese consentimiento mal pueden equipararse los supuestos y por lo tanto, la aplicación analógica de las mismas soluciones<sup>476</sup>.

En segundo lugar, nos queda comprobar si es aplicable la solución planteada en el caso de aceptación pura y simple de la herencia, donde se prevé, a favor de los acreedores del causante, la facultad de éstos para solicitar la separación de los patrimonios del causante y sucesor para evitar perjudicar a unos por otros (art. 1082 C.Civ.)<sup>477</sup>. El fenómeno previsto en el art. 44.1 TRET coincide con el de la sucesión *mortis causa* en el hecho de que el nuevo deudor se coloca en la misma posición jurídica que el anterior y en la imposición *ex lege* a los acreedores de la referida subrogación.

<sup>474</sup> Sobre la asunción de deuda; véase ADAME MARTÍNEZ, M.A., Asunción de deuda en Derecho Civil; Comares, 1996, especialmente, págs. 199 y sgs.

<sup>475</sup> Díez-PICAZO/GULLÓN BALLESTEROS, Sistema de derecho Civil; vol. II, Tecnos, 1999, 8ª ed., pág. 242.

<sup>476</sup> O'CALLAGHAN, X., Compendio de Derecho Civil; T.II, vol. 1º, EDESA, 1994, pág. 206. Sobre los requisitos para la aplicación analógica, *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I, vol. 1; Reus, 1988, pág. 573.

<sup>477</sup> Para el caso en que existiera una pluralidad de herederos que aceptasen la herencia pura y simplemente y con el objeto de que los acreedores de la herencia puedan oponerse a la partición de ésta en tanto que no se les pague o afiance sus créditos; *vid.* BLANQUER UBEROS, R., "Los efectos de la administración judicial sobre el deudor y sobre los deudores"; Ponencia presentada en la Escuela de Verano del Consejo General del Poder Judicial, 2001 (ejemplar multicoopiado), pág. 14. Véanse también los arts. 782.4, 792.2 y 796.3 LEC.

Además, la respuesta que se prevé no supone perjuicio alguno para los trabajadores *cedidos*, por lo que tampoco se vería así contrariado dicho precepto del TRET. Por todo lo cual, entendemos que no debe existir problema en que se apliquen las reglas de la sucesión en el caso de transmisión *mortis causa* de la empresa, pues lo que la norma estatutaria prevé es la subrogación en la posición del empresario-causante, sin que nada se señale respecto al patrimonio con el que se deba responder. No se olvide además que el beneficio de inventario o la separación de patrimonios en nada perjudica ni contradice, como decimos, el interés a salvaguardar por el art. 44.3 TRET<sup>478</sup>.

En consecuencia, en este caso los acreedores del empresario-causante (v. gr., sus propios trabajadores) podrán solicitar la separación de patrimonios (hereditario/cedente, por un lado, y del sucesor/cesionario, por otro), con el objeto de evitar que se vean perjudicados en sus derechos, y por lo tanto, asegurar que sea el patrimonio empresarial objeto de la herencia el que responda de las deudas que sobre él pesaban<sup>479</sup>. En otras palabras, "como regla general, puede decirse que en todos los casos opera el principio de que los acreedores del patrimonio en cuestión [*causante/empresa cedida*] tendrán preferencia para hacer efectivos sus derechos sobre los bienes que componen el mismo respecto a los acreedores personales (...)" del cesionario (heredero/legatario)<sup>480</sup>.

En el caso inverso, esto es, que como consecuencia de la transmisión se vieran perjudicados los acreedores personales del heredero, tampoco existen reglas específicas, lo que lleva a algunos autores a defender que debiera buscarse como solución aquella que evite un perjuicio para esos acreedores personales, para lo cual debe existir la posibilidad de que éstos pudieran solicitar satisfacer sus créditos con preferencia a los de los acreedores del causante (v. gr., sus trabajadores *cedidos*)<sup>481</sup>. En esta línea, en nuestra opinión podrían admitirse las siguientes soluciones:

Una, que sean aplicables analógicamente las reglas del art. 1082 C.Civ., y que por tanto, también puedan los trabajadores-acreedores del cesionario beneficiarse de esa separación de patrimonios; esto es, creemos que los acreedores del causante sólo podrán participar del patrimonio del heredero en la medida en que los acreedores de éste hayan cubierto sus créditos, y sólo respecto del sobrante podrán aquellos otros (v. gr., los trabajadores-acreedores del cedente) hacer valer sus créditos en función del rango o prelación que cada uno ostente<sup>482</sup>.

<sup>478</sup> Ningún problema supone la aceptación a beneficio de inventario, pues en este caso acontece una prededucción, fruto de la separación de patrimonios y acreedores (ex art. 1.034 C.Civ.); GARRIDO, J. M., Tratado...; cit., pág. 445.

<sup>479</sup> JORDANO FRAGA, F., Los acreedores del llamado...; cit., págs. 302 y 303.

<sup>480</sup> Díez Soto, C.M., "Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito"; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 73 y sgs. (el subrayado es nuestro).

<sup>481</sup> De opinión distinta, considerando que lo que debiera de establecerse sería la concurrencia entre los trabajadores "cedidos" y los acreedores del heredero, pero perdiendo aquéllos sus privilegios salariales; RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit, págs. 284 y 285. Debe indicarse que conforme a la regulación prevista en la reciente Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (art. 3.4 LC'03), esta solución sólo será de aplicación siempre y cuando el heredero no sea declarado en concurso, pues de serlo, todos los acreedores (personales y hereditarios) deberán someterse por igual a las reglas del concurso; cfr. BLANQUER UBEROS, R., "Los efectos de la administración...; cit., págs. 8 y 9.

<sup>482</sup> De opinión contraria, Díez-Picazo/Gullón Ballesteros, Sistema de Derecho Civil; Tecnos, vol. IV, 1995, págs. 554-556.

Otra, que en el caso ahora estudiado, los acreedores del heredero podrían rescindir la aceptación (pura y simple) "mediante el ejercicio de la acción pauliana con base en la presunción de fraude que en general acompaña a las liberalidades (y) que en este caso se justifica por la finalidad de reparar el perjuicio que pueden sufrir los acreedores del heredero a consecuencia de un acto de su deudor (heredero) que produce un beneficio o ventaja a unos terceros"<sup>483</sup>.

Por otro lado, existen importantes dificultades a la hora de poder aplicar análogicamente la conclusión propuesta para el supuesto de transmisiones *mortis causa* a los casos de transmisiones de la empresa por actos *inter-vivos*, pues la solución arriba planteada surge como consecuencia de la libertad de ejercicio por parte del heredero del *ius delationis* y su opción por la aceptación de la herencia de forma *pura y simple* en lugar de *a beneficio de inventario*<sup>484</sup>. Es el perjuicio que su decisión puede originar sobre los acreedores (personales del heredero o los del causante) el que justifica la solución que hemos adelantado (separación de patrimonios), presupuesto que no acontece en el hecho previsto en el art. 44.3 TRET y que vendría a apoyar la idea de que no es aplicable la solución expresada en la transmisión hereditaria de la empresa para el caso ahora planteado de sucesión *inter-vivos*.

Tampoco parece ser aplicable el principio de inoponibilidad a terceros de los actuaciones jurídicas ajenas, pues pese a que el trabajador pueda ser considerado como un tercero respecto al acto de la transmisión (ya sea por acuerdo de partes o prevista *ex lege*), lo cierto es que se dan ciertas características que hacen no aplicable aquél principio<sup>485</sup>. En este sentido, conviene recordar que la subrogación en la posición del cedente no es fruto de acuerdo entre las partes, ni siquiera es una consecuencia que necesariamente deba producirse y establecerse en el acuerdo de transmisión de la empresa, sino que, como ya hemos visto, es el resultado de la previsión legal al respecto, cualquiera que sea la voluntad de las partes<sup>486</sup>. En conclusión, entiendo que tanto los trabajadores-acreedores del cedente, como en su caso, los del cesionario, no podrán alegar la inoponibilidad del hecho de la transmisión por tratarse de un acto ajeno, pues esta transmisión es consecuencia de las exigencias legales, lo que hace impensable que el propio ordenamiento jurídico permita relativizar los efectos por él mismo previstos (responsabilidad solidaria).

Todo esto nos lleva a que la consecuencia en la transmisión *inter-vivos* no podrá ser otra que aceptar que los trabajadores cedidos dispongan de los privilegios que a su crédito les otorga el legislador, pudiendo ejercerlos no sólo frente a los acreedores de su antiguo empresario-cedente, sino también contra los del cesionario<sup>487</sup>; pues tampoco puede perderse de vista que ambos responden solidariamente<sup>488</sup>.

<sup>483</sup> BLANQUER UBEROS, R., "Los efectos de la administración..."; cit., pág. 7.

<sup>484</sup> JORDANO FRAGA, F., Los acreedores del llamado...; cit., págs. 25 y 26.

<sup>485</sup> Sobre este tema, *vid.* RAGEL SÁNCHEZ, L-F., Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad; Tirant lo Blanch, Monografías nº 26, 1994.

<sup>486</sup> CAMPS RUIZ, L.M., Régimen laboral de la transmisión...; cit., págs. 237 y 238.

<sup>487</sup> COLINA ROBLEDÓ, *Intervención*, en Díez-PICAZO, L., "Los créditos privilegiados en el concurso de acreedores"; La Reforma del Derecho de Quiebra; Civitas/Fundación Universidad-Empresa, 1982.

<sup>488</sup> PARENTE, F., Il sistema dei privilegii del credito; Giuffrè ed., 2001, págs. 162 y 163.

### e. Crisis empresariales

Se trata de una cuestión que sin duda justificaría un estudio específico y cuya extensión excedería con mucho la pretensión de nuestro trabajo. Con todo, queremos hacer algunas apreciaciones sobre esta materia, advertidos además los cambios que en esta materia prevé la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC'03). Por ello, conviene recoger siquiera brevemente algunas consideraciones a raíz de la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo, con la que se pretende conciliar los diferentes intereses en presencia, a saber: el de los potenciales acreedores que quieren ver satisfechos sus créditos, el de los trabajadores de mantener su empleo y el de la economía en general, expresado en la continuidad de la unidad productiva.

La norma comunitaria prevé la posibilidad de que en situaciones de verdadera crisis económica en la empresa, ésta pueda ser transmitida sin que el cesionario tenga por qué soportar solidariamente las cargas del cedente, superando de esta forma la exigencia impuesta por la normativa ordinaria (art. 44 TRET) y facilitando la flexibilidad, en este caso, en aras a la conservación de la actividad económica empresarial y de la mayor parte posible del empleo<sup>489</sup>. Se alega que lo que se quiere conseguir con ello es salvaguardar el interés colectivo (plasmado en la continuidad de la unidad productiva y la defensa del mayor número de puestos de trabajo), frente a la tutela individual que pretende el art. 44 TRET (protección del acreedor-empleado), algo que además, se dice, es sumamente respetuoso con la finalidad social del Derecho del Trabajo<sup>490</sup>. A pesar de aceptar en gran parte esa afirmación, en nuestra opinión, ésta no es tan absoluta como se mantiene, ya que como hemos tenido oportunidad de sostener *supra*, la actual redacción del art. 44 TRET atiende también a otros intereses generales (continuidad de la actividad de la empresa).

Sin embargo, sí creemos que la crítica situación de la empresa requerirá un tratamiento normativo distinto del previsto en el art. 44 TRET, porque de lo contrario, el contenido y alcance de éste precepto laboral sigue recogiendo el mínimo indisponible en materia de sucesión y en consecuencia, su imposible derogación por la negociación colectiva<sup>491</sup>. Y esta labor ha correspondido, como adelantábamos, a la LC'03, que expresamente recoge el supuesto de transmisión de empresas en crisis una vez abierta la fase de liquidación<sup>492</sup>.

Debe resaltarse muy favorablemente que el legislador disponga en el art. 149.2 LC'03 que en caso de liquidación de la empresa o unidad productiva con enajenación de ésta como un todo, si dicha entidad económica mantiene su identidad, "entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorias, se considerará, a los efectos laborales, que existe su-

---

<sup>489</sup> Vid. Considerando 7º de la Directiva, en relación con el art. 1, secc. 2ª, art. 4 bis de la misma. MONEREO PÉREZ, J.L., Transmisión de empresa en crisis y derecho concursal; Comares, 1999, págs. 101 y 102.

<sup>490</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., Transmisión de...; cit., págs. 100-102.

<sup>491</sup> STS, de 25 de febrero de 2002 (RJ 6235).

<sup>492</sup> Como expusiera RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M. ("El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales"; R.L., nº 11/12, 2002, págs. 196 y 197): "ante la omisión de la ley laboral, la anunciada nueva concursal habrá de tratar la cuestión de la suerte de los contratos de trabajo (y la transmisión de las obligaciones) en la transmisión de las empresas en crisis".

cesión de empresa. En tal caso, el Juez podrá acordar que el adquirente no se subroge en la parte de la cuantía de los salarios o indemnizaciones pendientes de pago anteriores a la enajenación que sea *asumida por el Fondo de Garantía Salarial* de conformidad con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores<sup>493</sup>. De esta forma, como decimos, se da entrada, siquiera de forma tímida y parcial, a las opciones abiertas por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 (art. 5)<sup>494</sup>.

En nuestra opinión tal medida será adoptada bien a petición de cualquiera de las partes (tanto del adquirente, como contenida en el propio *plan de liquidación*), bien de oficio por el propio juez, sin necesidad, por tanto que le sea solitada<sup>495</sup>. Así parece desprenderse no sólo de los términos empleados por el legislador, que además de hacer depender la solución de la discrecional del juez del concurso, estableció esta regla (supletoria) en caso de que el mencionado *plan* no exista o no recoja las operaciones contenidas en el art. 149 LC'03; de lo que se desprende que también en el *plan* acordado pudieran los interesados (administración concursal, deudor, acreedores o representantes de los trabajadores) haber solicitado que se introdujera una medida como la que contempla el art. 149.2 LC'03<sup>496</sup>. En cualquier caso, como decimos, corresponde al juez del concurso decidir discrecionalmente sobre si aplica o no dicha previsión.

Adviértase que esta previsión no excluye de forma absoluta la responsabilidad solidaria del cesionario, pues la misma se mantendrá, al menos, sobre las partidas no cubiertas por la protección que dispensa el FOGASA, tanto de aquellas que no son objeto de su tutela, como de la parte de aquellas que siéndolo, excede (cuantitativa y temporalmente) de su garantía, porque el legislador se limita a no reclamar del cesionario las cuantías en las que se subrogó el mencionado Fondo<sup>497</sup>.

En definitiva, con la posibilidad abierta por el art. 149.2 LC'03 no sólo se consigue que el adquirente (cesionario) no deba responder por las cuantías abonadas por el FOGASA, sino también que, a diferencia de lo resuelto ex art. 33 TRET, no sea necesario que se den los requisitos exigidos por éste precepto en todos los responsables solidarios para que se pueda reclamar el pago del Fondo<sup>498</sup>.

Con todo, debemos también criticar que la flexibilización de los efectos en el caso de transmisión de empresas con el objetivo de que continúe la actividad empresarial se limite en la normativa comunitaria a las obligaciones contraídas con los trabajadores, sin

<sup>493</sup> En este sentido apunta el art. 1, secc. 2ª, art. 4.bis a) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, cit., cuando exige que la insolvencia que legitima no aplicar el régimen general de la solidaridad y transmisión de las obligaciones, debe dar lugar a alguno de los procedimientos que justifican la intervención del FOGASA.

<sup>494</sup> FERNÁNDEZ PRIETO, M., La transmisión de empresas en crisis. Incidencia de la Ley Concursal; Laborum, 2004, págs. 254 y 256.

<sup>495</sup> Limitando al adquirente la legitimación para tal solicitud; MANZANO CEJUDO, M.A., "La liquidación"; en AA.VV. (FERNÁNDEZ/SÁNCHEZ, Coord.), Comentarios a la Ley Concursal; Marcial Pons (colección Garrigues); 2004, pág. 639.

<sup>496</sup> También, SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L., "Continuidad de la actividad empresarial"; en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE, Coord.) La reforma concursal: aspectos laborales y de Seguridad Social; Lex Nova, 2004, pág. 201.

<sup>497</sup> El tratarse de una cesión producida en la fase de liquidación es, en opinión de algunos autores, el justificante de que el legislador español haya podido disponer libremente del alcance de la excepción que marca el art. 5 Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001 (*ibidem*, págs. 83 y 84).

<sup>498</sup> Sobre ésta exigencia en los casos de sucesión de empresas, *vid.* Nota a la STSJ del País Vasco, de 22 de septiembre de 1998 (A.L., nº 3, 1999, ref. 133, pág. 290).

que nada se refiera en ella o en otras normas comunitarias a otros acreedores (hipotecarios, pignoratícios, bancarios, etc.). En efecto, siendo una de las razones para justificar el contenido de la Directiva el interés general, nos cuesta admitir que sólo sean los trabajadores quienes tengan que contribuir *especialmente* a ello, por lo que hubiera sido interesante que también se vieran *especialmente* implicados en este esfuerzo por mantener la empresa aquellos acreedores cuyos derechos y créditos más directamente pueden afectar al reflote de la empresa. Decimos *especialmente*, porque además de que los trabajadores podrían verse afectados al igual que los otros acreedores por los acuerdos que se alcancen en el correspondiente convenio concursal, hay que añadir ahora la pérdida de la garantía que implica la responsabilidad solidaria del cesionario.

En segundo lugar, creemos que para evitar la sensación de que la Directiva pretende sobre todo salvar la empresa con el sacrificio de los trabajadores, su trasposición debiera haber ido acompañada de otras normas que permitiesen, al menos, la intervención conjunta (como grupo) de los trabajadores en los procesos concursales. Consecuentemente, no podemos sino manifestar nuestra preocupación y crítica, ya que resulta cuando menos paradójico que el legislador no prevea la intervención en el proceso concursal del grupo de trabajadores (mediante la elección de un administrador, o su actuación como tal en el Junta, etc.). También, y para ser coherente con los sacrificados y con la finalidad de la norma, la disposición por las partes de la garantía del art. 44 TRET exigiría unos mínimos en el volumen de empleo que se debe mantener, pues no consideramos acertado que cualquier solución aceptada por los representantes de los trabajadores pudiera justificar el perjuicio que para algunos trabajadores puede suponer en ese caso la transmisión de la empresa.

Por último, y referido a los créditos salariales, esa limitación de la responsabilidad solidaria no será obstáculo alguno para que los trabajadores sigan manteniendo frente al cedente sus acciones y derechos y los privilegios o garantías de los arts. 32 y 33 TRET. Es más, de no existir compromiso por el cesionario sobre la continuidad de unos mínimos de empleo o de incumplirse el que existiera por su parte, debieran entrar de nuevo en juego las reglas del art. 44 TRET<sup>499</sup>. Abundando en las objeciones a la aplicación sin más de las previsiones de la Directiva en este supuesto (empresas en crisis), creemos que es indudable que los trabajadores verán mermadas sus posibilidades de cobro de los créditos salariales que mantienen frente a su empresario-cedente, pues el conjunto patrimonial que representa la empresa deja de pertenecer a su deudor y por ende, disminuyen sus garantías de cumplimiento; y es difícil justificar (jurídica y económicamente) frente al trabajador cuyo contrato se incluye dentro de los que es preciso extinguir, que deba soportar además una merma en las garantías de su crédito.

Resumiendo lo dicho, entendemos que la trasposición de la Directiva debe ir acompañada de otras medidas y algunos mínimos para evitar que se desvirtúe su finalidad<sup>500</sup>: Primero, en lo referente a la posibilidad de intervención conjunta de los trabajadores en el proceso concursal. Segundo, en la necesidad de que el volumen de em-

---

<sup>499</sup> En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L., *Trasmisión de...*; cit., págs. 181, 182, 189, 190 y 195.

<sup>500</sup> *Ex* Directiva 2001/23/CE, art. 1, secc. 2<sup>a</sup>, art. 4 bis. 4.

pleo que se mantiene justifique el sacrificio, lo que parece requerir que la continuación en sus empleos beneficie a la mayoría de los trabajadores de la empresa. Y tercero, que los trabajadores que ven extinguidos sus contratos –pese a la transmisión–, puedan disponer de algunas medidas o garantías que reduzcan el perjuicio que sufren (prestaciones, prioridad en el cobro frente al cedente, etc.).

### 3. Algunas conclusiones sobre la novación contractual

A lo largo de este apartado hemos analizado el supuesto específico de subrogación previsto en la norma laboral, ahora quisiéramos manifestarnos sobre las consecuencias que la cesión voluntaria de su contrato de trabajo tendría para el trabajador, esto es, fuera de los casos del art. 44 TRET<sup>501</sup>. En concreto, nos limitaremos a señalar algunos aspectos sobre su posición como acreedor por las deudas salariales que tuviera el empresario cedente<sup>502</sup>.

Hemos tenido la oportunidad de constatar que la jurisprudencia viene admitiendo la licitud de la subrogación contractual pactada en convenio colectivo, sin más limitaciones que la necesaria concurrencia del consentimiento del trabajador afectado por la misma<sup>503</sup>. Consentimiento que no puede ser sustituido por terceros, como pudieran ser los representantes de los trabajadores, por cuanto que se trata ésta de una cuestión que afecta al ámbito individual de los representados, en cuanto contrapartes en el contrato de trabajo<sup>504</sup>. En efecto, no puede afirmarse que no es preciso el consentimiento argumentando que, al igual que en el caso del art. 44 TRET, la subrogación beneficia al trabajador al permitir la continuidad de la relación laboral.

En esta línea, hay quien sostiene que de no consentir el trabajador la cesión de su contrato (o la subrogación), lo que existirá será un despido tácito por parte de su anterior empresario-contraparte, argumentándose para ello que “el que subsista el mismo contrato de trabajo con otro empresario, sólo puede afirmarse si se acepta que ha existido una sucesión de empresa en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (...) Pero si no hay sucesión, la decisión (de la empresa) es un despido improcedente; sólo si hubiera habido sucesión y se hubiera desestimado la demanda, podría afirmarse (...) que no ha habido despido. (*En consecuencia*), lo que realmente es-

<sup>501</sup> No debe perderse de vista, sin embargo, que algunos pronunciamientos comunitarios parecen ampliar las miras con las que hasta hoy se analiza el objeto del art. 44 TRET; al respecto, GÓMEZ ABELLEIRA, F., “Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”; A.L., nº 16, 2002. También, en relación con las concesiones administrativas, STSJ del País Vasco, de 22 de noviembre de 2003 (AS 3846), STSJ de Canarias/Las Palmas, de 12 de julio de 2003 (AS 212/2004), y SJS de Sevilla, nº 4, de 2 de febrero de 2004 (AS 11).

<sup>502</sup> Téngase en cuenta que el empresario-contraparte en este caso, además de acreedor, es al mismo tiempo deudor; LLANO SÁNCHEZ, M., “Sucesión de empresas contratistas: aplicación indebida del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y alcance de la subrogación impuesta en el pliego de condiciones. Comentario a la STS (UD) 29 de febrero de 2000”; A.L., nº 33, 2000, pág. 3361.

<sup>503</sup> Sobre las exigencias que se reclaman de las partes para que el convenio obligue a quienes actuarían como cesionarios, *vid.* ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La sustitución del contratista y la transmisión de personal en los convenios colectivos”; REDT, 116, 2003, págs. 263 y 264.

<sup>504</sup> Por todas, STS, de 18 de junio de 2002 (RJ 8518).

tá afirmando la trabajadora es que ha sido despedida precisamente porque no ha habido sucesión<sup>505</sup>. No podemos compartir esta opinión, por cuanto que "el mecanismo subrogatorio no constituye una alternativa al desempleo"<sup>506</sup>. De la misma forma, la oposición del trabajador a la subrogación tampoco puede ser calificada de dimisión<sup>507</sup>. Ciertamente, ante la negativa a consentir la cesión por parte del trabajador, lo que acontece es la falta de uno de los requisitos constitutivos de la cesión y por ello, la nulidad de la misma, debiéndose reponer la situación anterior<sup>508</sup>.

Retomando la cuestión relativa a crédito laboral, en las sentencias señaladas, no existe un pronunciamiento claro sobre cuáles sean las consecuencias de dicho consentimiento. Para una mejor comprensión de lo que queremos decir, consideramos más acertado hacer previamente un balance de las consecuencias que judicialmente se vienen atribuyendo a dicha subrogación o cesión contractual:

– En primer lugar, se admite sin objeciones que el trabajador pueda prestar su consentimiento y aceptar válidamente la subrogación de un tercero (subrogado) en la posición de su empresario (subrogante)<sup>509</sup>. Repárese en que el consentimiento deberá ser prestado por cada trabajador individual, sin que, reiteramos, pueda ser sustituido la voluntad de los representantes de los trabajadores<sup>510</sup>. Conviene precisar que parece admitirse la validez del consentimiento tanto expreso como tácito, deducido del distanciamiento entre el momento en que se hace efectiva la subrogación y aquel en el que los trabajadores reclamaron<sup>511</sup>.

– Segundo, que como consecuencia de ello, ese tercero asume los derechos y obligaciones del anterior empresario respecto a los trabajadores que consintieron la subrogación, ya provinieran de una norma, pacto colectivo o contrato de trabajo, siempre que la obligación no estuviera conectada con las características específicas del subrogante<sup>512</sup>.

<sup>505</sup> Véase el Voto Particular a la STS, de 30 de abril de 2002 (AS 7890).

<sup>506</sup> ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., "La sustitución del contratista..."; cit., pág. 256.

<sup>507</sup> LLANO SÁNCHEZ, M., "Sucesión de empresas contratistas..."; cit., pág. 3362 (nota 14), citando a SERRANO OLIVARES.

<sup>508</sup> Por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de Obligaciones*, II, vol. 1.º; cit., pág. 533. *Vid.* SSTs, de 23 de octubre de 2001 (RJ 1507/2002), y de 8 de abril de 2003 (RJ 4954). También, CAVAS MARTÍNEZ, F., en *Jurisprudencia Social Unificada*. (Mayo, junio y Julio 2002); A.S., 2002, págs. 15, 25 y 19 y 20, respectivamente.

Otras resoluciones entienden que lo que existe es el derecho del trabajador a optar entre depender del nuevo empresario o permanecer con el anterior; STSJ de Andalucía, de 8 de marzo de 2002 (AS 2613).

<sup>509</sup> SSTs, de 29 de febrero de 2000 (RA 2413), de 18 de marzo de 2002 (RA 7524), de 10 y 30 de abril de 2002 (A.L., 2002, nº 31, ref. 999; y nº 37, ref. 1151, respectivamente), y de 13 y 21 de junio de 2002 (RJ 7203 y 7610, respectivamente).

<sup>510</sup> STS, de 18 de septiembre de 2002 (A.L., nº 1, 2003, ref. 10).

Debe indicarse que en alguna sentencia, el TS parece admitir la subrogación obligatoria, sin necesidad de que el trabajador consienta, siempre que ello se prevea en un convenio colectivo del Título III; STS, de 30 de abril de 2002 (AS 7890). Sobre las exigencias requeridas para que tal previsión convencional se imponga a la empresa contratista y a los trabajadores; LLANO SÁNCHEZ, M., "Sucesión de empresas contratistas..."; cit., págs. 3361 y 3362.

<sup>511</sup> STS de 8 de abril de 2003 (RJ 4954); y CAVAS MARTÍNEZ, F., en *Jurisprudencia Social Unificada*. Junio 2002; A.S., 2002, pág. 15.

<sup>512</sup> STS, de 10 de abril de 2002 (A.L., nº 31, 2002, ref. 999), y de 11 de julio de 2002 (RJ 9221). Comparto la crítica realizada por algunos autores a esta última sentencia, en el sentido de que es rechazable la idea de que las distintas condiciones de la empresa cesionaria puedan suponer el no mantenimiento de los derechos del trabajador cedido; por todos, MOLERO MANGLANO, C., "Sucesión de empresa"; cit., págs. 759 y 760.

– En tercer lugar, de no ser aplicable a la cesionaria el convenio aplicable a la cedente, el trabajador mantendrá los derechos que tenía frente a su anterior empresario, pero contractualizados; esto es, que como consecuencia de la mencionada subrogación, los derechos de los que fuera titular el trabajador afectado como consecuencia de venir recogidos en cualquier norma colectiva se conservan pero como parte de su contrato (individualmente)<sup>513</sup>.

– Por último, la empresa que se subroga puede proceder a la modificación de los derechos del trabajador que consiente la subrogación, en las mismas condiciones que en cualquier otro supuesto (*v. gr.*, vía art. 41 TRET)<sup>514</sup>.

Hasta aquí lo que la doctrina judicial nos ha podido indicar sobre el tema, sin embargo, desde nuestro punto de vista y como adelantábamos más arriba, surgen numerosas cuestiones que no resuelven los pronunciamientos existentes, en concreto, cuál será la responsabilidad de las empresas (subrogante y subrogada) frente a los créditos que el trabajador tenga contra su anterior empresario. La duda se complica ante la ausencia de regulación laboral aplicable a los casos de sucesión contractual, lo que nos obligará de nuevo a extraer de la normativa civil, en relación con las exigencias que, ex art. 44 TRET, se puedan deducir.

En este sentido, debemos partir del hecho de que si bien los tribunales vienen aplicando el art. 1205 C.Civ. para reclamar la necesaria aceptación del trabajador a la subrogación contractual, éste precepto no se pronuncia expresamente sobre si el anterior deudor queda liberado respecto a los créditos que el acreedor tuviera frente a él. De aplicar las consecuencias derivadas de aquél artículo civil, la doctrina afirma que el anterior deudor, constanding el consentimiento del acreedor, queda liberado de sus deudas<sup>515</sup>. En otras palabras: "*El effectum iuris liberatorio [del anterior deudor] trae su causa de la constitución del nuevo deudor en obligado*", y en consecuencia, en principio, el empresario anterior no respondería de los créditos pendientes<sup>516</sup>.

No obstante esta afirmación, la solución al alcance de la responsabilidad del subrogado respecto a los créditos que el trabajador tuviera frente a su anterior empresario como consecuencia de su relación contractual laboral, exige, a nuestro modo de ver, que no perdamos de vista que nos encontramos ante una cesión de contratos y no sólo ante la subrogación en la posición deudora. Junto a ello, debe atenderse a las matizaciones que pueden hacerse a la misma en virtud de los principios que se infieren del art. 44 TRET<sup>517</sup>. De todo ello extremos que:

<sup>513</sup> Vid. S. Juzgado de lo Social nº 13 de Madrid, y el comentario al respecto de BORRAJO DACRUZ, E.; A.L., nº 29, 2000, ref. 1153.

<sup>514</sup> SAN, de 9 de enero de 2001, (A.L., nº 29, 2001, ref. 1073).

<sup>515</sup> RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil (Derecho de obligaciones I); cit., pág. 179. Así se extrae de GARCÍA-AMIGO, M.; La cesión de contratos...; cit., págs. 375 y sgs. Sin embargo, este autor también afirma que, en tanto no se cumpla el contrato, el cedido mantiene su derecho de crédito frente al cesionario y al cedente (*ibidem*, pág. 374).

<sup>516</sup> DIÉZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. T II, Civitas, 1993, pág. 844.

<sup>517</sup> Sobre la utilidad de este precepto laboral en estas cuestiones; ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., "La sustitución del contratista...; cit; y SJS de Sevilla, nº 4, de 2 de febrero de 2004 (AS 11).

– En la sucesión de contratos, el cedente se libera con efectos *ex nunc*, no *ex tunc*, porque, la liberación no tienen efectos retroactivos. En concreto, respecto al contrato de trabajo son sumamente interesantes las aportaciones al respecto referidas a los contratos de ejecución continuada o periódica, por cuanto que en este caso, de existir una ejecución anterior (la prestación de trabajo que dio lugar al crédito), “el cedente continua obligado a cumplir las obligaciones correspondientes al periodo anterior a la cesión (...)”<sup>518</sup>. De lo que se deriva que el simple consentimiento del trabajador a la cesión del contrato de trabajo no libera al cedente (anterior empresario) de las obligaciones que tuviera pendientes, porque no existió manifestación liberatoria en este sentido por parte del trabajador<sup>519</sup>.

– Adviértase que la liberación del deudor-cedente “puede considerarse como una renuncia de derecho de crédito o condonación de deuda”<sup>520</sup>.

– En este sentido, si el nuevo deudor (cesionario) asume la deuda, como consecuencia de su voluntad de subrogarse en la posición del anterior empresario-deudor<sup>521</sup>, podría afirmarse que acepta la cesión del contrato sin liberación del deudor originario, por cuanto que la liberación del cedente no puede entenderse implícita en dicha aceptación<sup>522</sup>. La consecuencia directa de ello sería que ambos adquieren la condición de responsables ante los créditos anteriores, surgiendo la duda de si lo son solidaria o subsidiariamente. Como solución a esta cuestión, la doctrina civilista plantea diversas opciones, que se pueden resumir en entender o bien que, como subrogación pasiva, habrá una asunción cumulativa y en consecuencia, antiguo y nuevo deudor responderán solidariamente. O bien que, al tratarse de una cesión de contrato, el cesionario responde subsidiariamente, si el cedente incumple, lo que no significa que goce de derecho de excusión, por cuanto no es fiador de éste<sup>523</sup>.

Para resolver cuál sea la opción más acertada, creo que sería interesante, como venimos afirmando, tener en cuenta que la previsión legal al respecto se manifiesta favorable a la solidaridad. Lo que además parece plenamente acorde al régimen de responsabilidades que parece presidir el Derecho del Trabajo y que ya analizamos en el Capítulo anterior, a cuyas valoraciones nos remitimos ahora.

En consecuencia, el consentimiento prestado por el trabajador no sólo no libera a su anterior contraparte de la obligación de satisfacer los créditos que el trabajador tuviera frente a él, sino que además implicará, a falta de pacto entre las partes cedente y cesionaria, que el nuevo deudor responda solidariamente por esas deudas.

---

<sup>518</sup> DIÉZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. T II, cit., pág. 868. En el mismo sentido, FORNER DELAYGUA, J. J., La cesión de contrato; cit., pág. 83.

<sup>519</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., Derecho de Obligaciones, II, vol. 1º; cit., pág. 534.

<sup>520</sup> FORNER DELAYGUA, J. J., La cesión de contrato; cit., pág. 81 (nota 160). Aunque referida a la subrogación en general, también RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios..., cit., págs. 286 y 288.

<sup>521</sup> STS, de 9 de julio de 2003 (RJ 4619).

<sup>522</sup> FORNER DELAYGUA, J. J., La cesión de contrato; cit., págs. 81 y sgs. Adviértase que los convenios colectivos sólo prevén en algunos casos la necesidad de que el cedente liquide los haberes pendientes con los trabajadores; y en algún caso se obliga a ambos empresarios, ORTIZ DE SOLÓRZANO AURUSA, C., “La sustitución del contratista...”; cit., págs. 260 y 261. Sobre la importancia para la normativa comunitaria de lo previsto en convenio colectivo a efectos de aplicar el efecto subrogatorio, incluso *ex art.* 44 TRET, *ibidem*, págs. 268-272.

<sup>523</sup> DIÉZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. T II, cit., págs. 844, 845, en relación con la pág. 868.

## B. Novación objetiva

No pretendemos traer aquí toda la problemática civil de la novación y su encuadre con el contrato de trabajo, sino más correctamente tratar de identificar los principales supuestos de novación objetiva que se dan en nuestra disciplina, con el ánimo de dar respuesta a aquellas cuestiones que sobre este tema –en conexión con el crédito salarial– se plantean y que precisan de una respuesta que integre las exigencias civiles de esta institución y los principios laborales<sup>524</sup>. Conviene hacer mención a los diferentes supuestos recogidos en la legislación laboral que pueden responder a este esquema, en aras de comprobar las peculiaridades del régimen de la novación objetiva en el ámbito del Derecho del Trabajo.

### 1. Delimitación

Cuando nos referimos a la novación objetiva estamos haciéndolo a los cambios operados en el objeto de la obligación o a las condiciones en la que ésta se presta, transformaciones que pueden serlo tanto de carácter cuantitativo como cualitativo, pero sin que tales variaciones impidan la subsistencia de la obligación originaria<sup>525</sup>. Ahora bien, para que podamos afirmar que existe una novación en sentido estricto es preciso que la decisión de modificar los términos de la obligación originaria surja de la voluntad de las partes; esto es, la modificación ha de operar desde las partes de la propia obligación, no como consecuencia de la actuación heterónoma<sup>526</sup>. En consecuencia, quedan fuera de lo que debe entenderse como novación objetiva los cambios operados como resultado de la aplicación a las partes de las regulaciones establecidas por agentes externos (v. gr. cambios legislativos o fruto de la negociación colectiva)<sup>527</sup>. Por ello, no van a ser objeto de nuestro estudio modificaciones tales como las cláusulas de descuelgue (que más que una modificación suelen configurarse como una no-modificación/aplicación de las nuevas tablas salariales), las revisiones del SMI que repercutan en el salario del trabajador, la aplicación de las nuevas tablas de salarios fruto de una sucesión de convenios, etc.<sup>528</sup>.

### 2. Supuestos

Dos son pues las posibilidades que debemos investigar: o bien un acuerdo entre las partes (trabajador-empresario), o bien la hipotética vía del art. 41 TRET. Somos conscientes de que a pesar de que en este último supuesto no puede hablarse en puridad de novación, debe también considerarse que en el marco de la relación laboral la novación no se manifiesta mediante “un acto bilateral puro, en el sentido de que las partes lo discutan

<sup>524</sup> Para un estudio de la problemática jurídica de la novación del contrato de trabajo, *vid.* RIVERO LAMAS, J., La novación del contrato de trabajo; Bosch, 1963.

<sup>525</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º; Bosch, 1983, págs. 335 y 336.

<sup>526</sup> CABRERA BAZÁN, J., La novación ilícita del contrato de trabajo; Universidad de Sevilla, 1963, págs. 62 y 79.

<sup>527</sup> RIVERO LAMAS, J., La novación del...; cit., pág. 184.

<sup>528</sup> Sobre la modificación de condiciones fruto de decisiones legislativas, *vid.* CABRERA BAZÁN, J., La novación ilícita...; cit., págs. 79 y sgs.

libremente" en plano de igualdad, sino que constituye "un acto unilateral cuya iniciativa procede del empresario (...)"<sup>529</sup>. Pero pese a que la modificación se produzca por la única voluntad del empresario, consideramos oportuno estudiarla, ya que como decimos, supone una especialidad de la novación en el ámbito laboral: Por un lado, por la admisión de la modificación unilateral de una de las partes en aras de una mayor flexibilidad y facilitación de la gestión del trabajo. Por otro, porque se pretende evitar el poder ilimitado del empresario en la disposición unilateral de derechos reconocidos al trabajador<sup>530</sup>.

En este sentido, descartada ex art. 41.2 TRET la posibilidad de modificar *in peius* el *quantum* salarial establecido en un convenio colectivo estatutario, ya no sólo por decisión unilateral del empresario sino también por acuerdo entre las partes individuales e incluso colectivas<sup>531</sup>, sólo queda cuestionarse la viabilidad de que se proceda a reducir el salario contractual cuando concurren las condiciones y causas que aquel precepto establece<sup>532</sup>. En definitiva, la duda surge sobre la posibilidad de admitir que el empresario unilateralmente pueda proceder a la reducción de la cuantía del salario contractual.

Adviértase así mismo que en estos casos la novación objetiva, al menos la que precisa un tratamiento legal peculiar en el ámbito laboral, afecta no tanto al crédito salarial, cuanto al salario (futuro) del trabajador. Con todo, y pese a que se aparte por tanto de nuestro objeto de estudio, creemos de interés analizar esta cuestión en relación al art. 41 TRET.

De las condiciones que señala el mencionado artículo, se recogen expresamente aquéllas que afecten al sistema de remuneración o al sistema de rendimiento. Ninguna de las dos nos ha de plantear dudas sobre su validez, en tanto que ambas hacen referencia a las condiciones de trabajo, o más acertadamente, a las *condiciones del salario*<sup>533</sup>; esto es, la primera respecto a las variaciones en las partidas que componen el salario o a la estructura misma de éste<sup>534</sup>, y la segunda, a si el sistema será por unidad de tiempo, de obra o mixto<sup>535</sup>. Como se ve claramente, ninguna de ellas hace referencia directa a la determinación y modificación de la cuantía que representa el salario en cuanto que contraprestación del empresario, sino a las condiciones, estructura o criterios para su cálculo, y sin perjuicio de que indirectamente todo ello puede afectar a la cuantía del salario<sup>536</sup>.

---

<sup>529</sup> CABRERA BAZÁN, J., La novación ilícita...; cit., pág. 78.

<sup>530</sup> LLUIS Y NAVAS, J., Manual de Derecho...; cit., pág. 237.

<sup>531</sup> NAVARRO NIETO/SÁEZ LARA, La flexibilidad en la nueva relación de trabajo; CGPJ, 1997, pág. 87.

<sup>532</sup> SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo del art. 41 del ET: Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo"; en Cuadernos de Derecho Judicial «Alteraciones en el contenido de la prestación y en las condiciones de trabajo»; CGPJ, 1996, págs. 135 y 136.

<sup>533</sup> SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo...", cit., pág. 135.

<sup>534</sup> MARTÍN VALVERDE, A., "Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y movilidad geográfica"; en AA.VV. (ESCUADERO, Coord.) La Reforma...; cit., pág. 80. De opinión contraria a que se incluyan las modificaciones en la estructura salarial; VALLEJO DACOSTA, R., "La reforma de la negociación colectiva y los acuerdos de empresa"; A.L., nº 7, 2002, págs. 136 y 137.

<sup>535</sup> Por todos, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 373.

<sup>536</sup> RIVERO LAMAS, J., "Modificación de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo"; en Cuadernos de Derecho Judicial «Alteraciones en...»; cit., págs. 269-271; y ELORZA GUERRERO, F., "El poder del empresario y la fijación de salarios"; AS, nº 2, 2001, pág. 91. *Vid.* la STSJ de Cataluña, de 4 de febrero del 2000 (AS 1236), que considera modificación sustancial la eliminación unilateral de una partida salarial, afectando, por consiguiente, a la estructura

Ahora bien, pese al carácter abierto de la enumeración que fija el art. 41.1 TRET (*entre otras*), no puede admitirse una reducción en el *quantum* del salario por este mecanismo<sup>537</sup>. La razón nos parece clara: el salario no es una condición de trabajo, sino un elemento esencial del contrato de trabajo, en cuanto supone la principal obligación del empresario<sup>538</sup>. En este sentido, no puede dejarse en manos de una de las partes el poder alterar los elementos mismos del contrato, ya que se estaría contradiciendo el art. 1256 C.Civ., al permitir a una de ellas que pueda disponer de su obligación, pues en ese caso no estaríamos ante un verdadero contrato (*ex arts.* 1254 y 1278 C.Civ.), porque de admitirse, se rompería la naturaleza contractual del salario en beneficio del poder de dirección del empresario<sup>539</sup>. Abundando en ello, podemos señalar que, como fija el art. 1449 C.Civ. (en relación con el art. 1690.2º C.Civ.), la determinación del *quantum* no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes<sup>540</sup>. Como señalábamos en el capítulo anterior, la prohibición de que sea una de las partes la que determine la prestación alcanza no sólo a los supuestos en los que "se le confía lisa y llanamente, sino también cuando prácticamente queda en sus manos"<sup>541</sup>.

Como consecuencia, sólo por pacto entre las partes será posible la modificación *in peius* de la cuantía salarial, eso sí, exclusivamente cuando ésta venga disfrutada en virtud de una decisión de alcance individual (condición más beneficiosa o contrato de trabajo)<sup>542</sup>. Así pues, este pacto al que hacemos referencia, que en todo caso habrá de respetar los límites establecidos en el art. 3.1 c) y 3.5 TRET, será la única vía para que se pueda operar una reducción en el *quantum* del crédito salarial<sup>543</sup>.

---

salarial y no directamente a la cuantía. Sustrayendo el *quantum* salarial de la dicción *sistema de remuneración*, DE LOS COBOS ORIHUEL, F.P., "Los pactos modificatorios de condiciones de trabajo", R.L., 1996-II, pág. 365. Sobre las razones que apoyan su exclusión de las expresiones *sistema de remuneración* y *de rendimiento*, *vid.* GALA DURÁN, C., "Modificación sustancial de condiciones de trabajo y cuantía salarial"; Aranzadi Social (Estudios), 1996-II, págs. 2468 y 2469; y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo; CES, 1.996, págs. 103 y sgs.

<sup>537</sup> Así también, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "¿Condicionamiento de la acción de resolución del contrato por voluntad del trabajador a la finalización de un expediente de regulación de empleo?"; R.L., nº 3, 2002, pág. 40. De opinión contraria, SALA FRANCO, T., "El alcance aplicativo...", *cit.*, págs. 136 y 137.

<sup>538</sup> NAVARRO NIETO/SÁEZ LARA, La flexibilidad...; *cit.*, pág. 35. En el derecho comparado, DOCKÈS, E., "La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail"; D.S., nº 2, 1997, pág. 150; y GIACOMO FONTANA, "Gratuità e onerosità nei rapporti di lavoro"; RIDL, 2003-II, parte 2ª, pág. 244. Favorable a la modificación *ex art.* 41 TRET del *quantum* salarial, STS, de 17 de diciembre de 2001 (A.L., nº 19, 2002, ref. 580). De la jurisprudencia menor; STSJ Madrid, de 6 de junio de 1996 (AS 3182), y STSJ de Baleares, de 18 de diciembre del 2000 (RL, nº 10, 2001, TSJ-1635).

<sup>539</sup> DOCKÈS, E., "Consécration de la nature contractuelle du salaire"; RIAS, nº 3, 1.998, pág. 169.

<sup>540</sup> De opinión contraria, GALA DURÁN, C., "Modificación sustancial de..."; *cit.*, pág. 2478-2482. Las razones arriba expresadas me hacen no compartir la opinión de esta autora cuando considera admisible la modificación unilateral de la cuantía salarial por decisión del empresario, no sólo de las cláusulas de alcance individual, sino también las de alcance colectivo, pero de origen unilateral.

<sup>541</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; *cit.*, T. II, vol. 1º, pág. 23.

<sup>542</sup> LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., "Las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo", en (BORRAJO dir.) Comentarios a las Leyes Laborales, T.I, vol. 2º; EDERSA, 1994, pág. 352. En el mismo sentido, NAVARRO NIETO/SÁEZ LARA, La flexibilidad en la...; *cit.*, pág. 35. Aunque referido a un supuesto de renuncia, es aplicable al caso que ahora tratamos lo señalado en el SJS nº 3 de Girona, de 14 de marzo de 2002 (A.L., nº 36, ref. 1119).

<sup>543</sup> En similares términos se expresa la doctrina francesa (RAY, J-M, *Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail*; ed. Liasons, 2000, pág. 25). La falta de un precepto similar a nuestro art. 41 TRET ha llevado a la doctrina y jurisprudencia gala a la construcción de un sistema de protección del salario que les conduce a excluir tanto la modificaciones *in peius* como *in melius*. Respecto al requisito de capacidad para proceder a la modificación, ALBALADEJO, M., Derecho Civil; *cit.*, T. II, vol. 1º, pág. 334.

## **Extinción**



# Extinción

## I. Introducción

La necesidad de dedicar un apartado a las causas de extinción del crédito salarial deriva de dos razones básicas. La primera, es la insatisfactoria regulación que el legislador hace del principal y normal modo de extinción del crédito salarial, esto es, el pago (art. 29 TRET); lo que ha llevado a que no queden claras numerosas cuestiones tales como el pago en especie, comisiones, etc. Y en segundo lugar, la escasísima literatura científica y la inexistencia de previsión legal específica respecto a otras formas de extinción del crédito salarial diferentes al pago<sup>1</sup>. Ambas razones implican la necesaria reconstrucción de la normativa laboral y una adecuación de la regulación civil al respecto a los postulados del Derecho del Trabajo.

La trascendencia de la extinción resulta, por un lado, porque las obligaciones que median entre las partes (deudor-acreedor) se caracterizan por su carácter temporal, es decir, es consustancial al derecho de crédito que el deudor deba cumplir con su prestación para que aquél y ésta desaparezcan del mundo jurídico<sup>2</sup>. Por otro, porque supone la liberación de la posición jurídica que hasta ese momento tenía el deudor<sup>3</sup>. Sin embargo, es posible que la extinción del crédito no conlleve la correlativa satisfacción del interés del acreedor. Con la pretensión de evitar que éste pueda acontecer en relación al crédito laboral, es por lo que el derecho de crédito del que goza el trabajador-acreedor tiende a su consumación o satisfacción a través del pago, y para ello el ordenamiento laboral pone en marcha toda una serie de medidas con el objetivo de garantizar su efectividad, pues no podemos olvidar que de éste depende en gran medida la materialización de lo preceptuado en el art. 35 CE<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Una crítica a esta pasividad del legislador, ante los múltiples problemas que se pueden plantear, en DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal de la suficiencia del salario; Dykinson, 2002, págs. 215-217 (nota 1).

<sup>2</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. II; Bosch, 1976, pág. 261; y RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil (Derecho de obligaciones I); Universidad Complutense, 1981, pág. 325.

<sup>3</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; CEURA, 1983, pág. 274.

<sup>4</sup> Véase también, DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., pág. 33; y GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago del salario", en Comentarios a las Leyes Laborales, «Nuevo régimen jurídico del salario»; EDERSA, vol. 1, 1994, págs. 262 y 263.

Ahora bien, debemos tener presente la posible aparición de cualesquiera otros hechos diferentes al pago que lo extingan o frustren, ya que al no prever el ordenamiento laboral regulación alguna para estos casos (compensación, dación, etc.), se corre el riesgo de que aquellas garantías y protecciones se eludan mediante estas otras formas de extinción.

Se recogerán aquí aquellos modos extintivos que consideramos generales (art. 1156 C.Civ.) y dentro de ellos, los que presenten alguna peculiaridad respecto del régimen general trazado en Derecho Civil, sin perjuicio de poder analizar otras causas de extinción que tengan un especial interés para créditos como el salarial<sup>5</sup>.

## II. Pago

Partimos en nuestro análisis de una definición genérica de pago, considerado éste como el comportamiento del deudor que se ajusta al programa o proyecto de prestación establecido<sup>6</sup>. De ella se desprende la importancia de determinar si el pago se realiza conforme a lo acordado, pues de no ser así se legitimaría al trabajador a negarse a recibirlo y como resultado, el deudor no sólo no se libera, sino que podría incurrir en incumplimiento o cumplimiento defectuoso, con las consecuencias que de ello se pudieran derivar (mora, extinción del contrato, etc.)<sup>7</sup>.

### A. Requisitos

Como decimos, para que el pago pueda consumir su función liberatoria debe cumplir una serie de exigencias, ya que no todo pago realizado al acreedor supone la extinción de la deuda ni obliga a su aceptación por parte del acreedor. En el ámbito civil estos imperativos sólo condicionan la existencia de cumplimiento en la medida en que es al acreedor a quien corresponde demandar su observancia, pero de igual forma, puede renunciar a ellas y aceptar como cumplimiento la prestación que se realice, aunque carezca de dichas exigencias<sup>8</sup>. Sin embargo, corresponde analizar cómo opera todo ello en el campo laboral, toda vez que la actuación y las decisiones que pueden adoptar los trabajadores sobre esos aspectos pueden verse limitadas ex art. 3.5 TRET (y art. 245 LPL), precepto cuya finalidad estriba en que no se vean vulnerados los derechos de los trabajadores (como interés supraindividual) y sobre todo, el propio ordenamiento laboral<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Como se ha puesto de manifiesto, el catálogo recogido en el art. 1156 del C.Civ. es incompleto, pues no abarca todas las formas de extinción, sino las generales o aplicables a todas las obligaciones; ALBALADEJO, M., Derecho Civil; Bosch, 1989, T. II, vol. 1º, pág. 294.

<sup>6</sup> Díez-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; Tecnos, 1990, pág. 178.

<sup>7</sup> ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento de las obligaciones", en VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones y contratos; Tirant lo Blanch, 1994, págs. 147 y 148.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 330.

<sup>9</sup> RIVERO LAMAS, J., La novación del contrato de trabajo; Bosch, 1963, págs. 93 y 94; y GHEZZI/ROMAGNOLI, Il rapporto di lavoro; Zanichelli Bologna, 1987, págs. 330 y 331.

## 1. Identidad

Hemos señalado ya que para constatar que efectivamente se produce el cumplimiento de la prestación debida, es preciso que exista una coincidencia o ajuste entre la prestación debida y el pago finalmente realizado. La identidad por lo tanto no se limita a que la prestación (art. 1088 C.Civ.: dar, hacer o no hacer) se realice, sino que el cumplimiento ha de ser total, esto es, abarcando también a las circunstancias que la rodean (lugar, tiempo y modo de realización)<sup>10</sup>.

En este sentido, siendo la obligación salarial una prestación que consiste en dar dinero y en menor medida, bienes *in natura* o un hacer, cabe plantearse dos cuestiones: una, relativa a la posibilidad de sustituir la parte debida como salario en especie por su equivalente en dinero; y la inversa, es decir, el pago en especie de las deudas salariales dinerarias. Esta última será tratada al estudiar la dación en pago, incluida dentro de las otras formas de extinción de la obligación salarial.

Centrándonos pues en la primera de ellas, recordemos que en las prestaciones en especie corresponde al empresario hacer entrega de lo comprometido al trabajador. Distinguiremos dos supuestos: que el objeto de la prestación sólo se haya determinado en su género, en cuyo caso ya vimos que era de aplicación lo previsto en el art. 1167 C.Civ. Por lo tanto, a falta de especificación de cuál sea el bien o servicio a entregar o suministrar y en *pro* del equilibrio entre las prestaciones, el deudor se libera entregando una de calidad media<sup>11</sup>.

Sin embargo, el problema se complica cuando especificada o determinada la prestación en especie, el empresario no quiere cumplir con la que se comprometió y pretende entregar el equivalente en dinero. En este caso, y sin perjuicio de que pueda ser aplicable el art. 41 TRET, considero que el trabajador puede negarse a recibir ese dinero, y ello no sólo por lo señalado en el art. 1166 C.Civ., que taxativamente impide al deudor que le pueda imponer al acreedor (trabajador) una cosa distinta o un hacer diferente; sino porque de aceptarse esta idea, se estaría permitiendo al empresario que libremente determinase el objeto de su prestación, frustrando las expectativas que el trabajador tenga en relación a esos bienes o servicios que se le han de entregar<sup>12</sup>. Además de ello, también puede suponer un perjuicio económico para el trabajador, por cuanto que, en ocasiones, el pago en especie puede ser más interesante para él desde el punto de vista fiscal, de Seguridad Social, etc.<sup>13</sup>.

No obstante, podría asumirse que la "atmósfera de buena fe, comprensión y permisividad" que debe presidir el cumplimiento y desenvolvimiento de las obliga-

<sup>10</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 331.

<sup>11</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 148.

<sup>12</sup> Piénsese por ejemplo, que al trabajador se le entregue el dinero equivalente a las acciones a las que se comprometió el empresario. En este caso también se afectan los derechos que implican éstas y de los que podría disponer el trabajador (derecho de voz y voto en la Junta de accionistas, etc.), por cuanto que la situación del poseedor de un título de participación le confiere una posición más compleja que la de simple acreedor, en cuanto que puede adquirir no sólo un crédito, sino también determinadas condiciones añadidas; sobre éstas, *vid.* TOBIO RIVAS, A.M., Limitaciones de los derechos de Asistencia y Voto del accionista (art. 105 LSA); Civitas, nº 19, 1995, págs. 20 y 21.

<sup>13</sup> *Vid.* RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y pago del salario"; REDT, nº 100; cit., págs. 656 y 659.

ciones (salarial en nuestro caso), permite admitir el cumplimiento pese a "una relativa disimilitud cuando no afecte de forma sensible al interés de acreedor"<sup>14</sup>. Decimos que cabría aceptarse este razonamiento cuando la diferencia entre lo prometido y lo entregado es mínima (*relativa disimilitud*) y no afecta a los elementos tomados como esenciales a la hora de determinar el objeto de la prestación (v. gr., que el automóvil tenga unos "extras" diferentes a los pactados, que el cambio de marca no perturbe en lo fundamental los elementos del bien o servicio, etc.)<sup>15</sup>. Sin embargo, esto no puede suponer en ningún caso que se desvirtúen de tal forma las exigencias de identidad que se termine por relativizar cuál ha de ser la prestación, conformándola casi como una obligación con facultad de sustitución; esto es, que pese a haberse pactado el cumplimiento de una prestación concreta y única (en nuestro caso, la entrega de la especie convenida), se admita la posibilidad de que en el momento del cumplimiento el deudor cumpla y se libere entregando otra<sup>16</sup>.

En consecuencia, sólo será admisible el cambio del pago en especie por dinero cuando se cuente con el consentimiento expreso del trabajador y el cambio no perjudique los derechos que le corresponden (v. gr., que el empresario también abone los costes que ello suponga, etc.), pues lo contrario supondría una clara violación de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones<sup>17</sup>. Más aún, de aceptarse lo contrario se estaría admitiendo el absurdo de que cualquier obligación consistente en hacer o dar un bien o derecho *in natura* es similar a la entrega de dinero, pues como vimos al estudiarlo, una de las principales características de éste es poder sustituir a cualquier otro bien o servicio<sup>18</sup>.

## 2. Integridad e indivisibilidad

No plantea mayores diferencias en esta cuestión el crédito salarial de cualquier otro, pues al igual que en éste se mantiene la exigencia de que no se puede obligar al acreedor a recibir un pago parcial (referido al *quantum*), como se deduce de la conexión entre los arts. 1157 y 1169 C.Civ.<sup>19</sup>. No obstante, es necesario matizar algo lo señalado, ya que al ser el cheque uno de los medios previstos para el pago (art. 29.4 TRET),

<sup>14</sup> STSJ de Asturias, de 9 de abril de 1999 (A.L., nº 29, 1999, ref. 1175).

<sup>15</sup> PUIG BRUTAU, J.; Fundamentos de...; cit., pág. 295 (citando a DÍEZ-PICAZO). Aunque señalado para la integridad en el pago, cabe aplicar este principio a nuestro caso, por cuanto que la irregularidad de aquélla es susceptible de conllevar una falta de identidad en la prestación; HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 332.

<sup>16</sup> Sobre este tipo de obligaciones, RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil...; cit., págs. 63-65.

<sup>17</sup> Se entiende por buena fe en estos casos la confianza y seguridad de que la contraparte cumplirá con lo prometido, evitando frustrar esa creencia en el cumplimiento leal de la prestación; PUIG BRUTAU, J.; Fundamentos de Derecho Civil; T. Preliminar, 2ª ed., Bosch, 1989, págs. 395 y 395. ESCUDERO/FRIGOLA/CORBELLA (El principio de buena fe en el contrato de trabajo; Bosch, 1996, pág.120) nos muestran la opinión de la jurisprudencia social al respecto, en la que se considera a la buena fe como la disposición a cumplir con el contenido propio de la prestación asumida, movida por su proba ejecución y por la voluntad de correspondencia a la voluntad ajena (el trabajador en nuestro caso).

<sup>18</sup> Más aún en casos como el de la STSJ de Asturias, de 9 de abril de 1999; cit., en el que no existía una relativa disimilitud en el objeto, pues se trataba de dar carbón, que poco o ningún parecido tiene con el dinero. Favorable a que la entrega de dinero suponga dar por cumplida la obligación salarial; MARTÍN JIMÉNEZ, R., El salario en especie; Aranzadi, nº 13, 2002, págs. 48, 49 y 51.

<sup>19</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; T. I, vol. 2º; cit., págs. 294 y 295.

cobra especial importancia la cuestión de la integridad en el pago, al existir un aparente conflicto entre el art. 1166.1º C.Civ. y lo preceptuado en el art. 140 Ley Cambiaria y del Cheque (LCCh 19/85), al establecer éste que el tenedor del cheque no podrá rechazar un pago parcial<sup>20</sup>.

Esta posible discordancia se resuelve aplicando el principio de que la norma especial (LCCh) deroga a la general (C.Civ.) y que la ley posterior deroga a la anterior. Concluyendo la validez de lo previsto en el mencionado art. 140 LCCH<sup>21</sup>. No obstante, queremos llamar la atención de que la elección de éste modo de pago también puede tener repercusión sobre las consecuencias que se derivan de un pago inexacto a efectos de mora, extinción, etc.; pues obviamente, no será lo mismo, por ejemplo, que el interés por mora lo sea sobre todo que sólo sobre una parte de la deuda, o que a efectos de resolución, se tome el total o sólo la cuantía hasta donde no alcanzó la provisión de fondos<sup>22</sup>.

Tampoco se puede admitir, como consecuencia de la indivisibilidad jurídica en el cumplimiento, que el deudor le imponga al trabajador el pago fraccionado del salario, sean o no las partidas de carácter periódico o sobre todo, si éstas son periódicas y regulares. Efectivamente, el trabajador-acreedor tiene derecho a que el pago de la cuantía debida se realice en un solo acto, el de su devengo (mensualidades, etc.), salvo pacto en contrario que deberá respetar los mínimos de derecho necesario (*ex art. 1.166 C.Civ. en relación, por ejemplo, con los art. 31.2º y 29.1 TRET*)<sup>23</sup>. La consecuencia inmediata de ello es que si el empresario pretendiese el pago fraccionado de su deuda salarial, debería recabar primero el consentimiento expreso del trabajador, pues de imponerlo unilateralmente se reputaría como una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Por concluir con esta cuestión del pago fraccionado, no considero acertado, para el caso del crédito salarial, aplicar sin más la doctrina civilista que entiende que la renuncia por parte del acreedor a su derecho al pago único le compromete para los pagos futuros<sup>24</sup>. En efecto, en nuestro caso, las necesidades socio-económicas a las que puede servir el salario, así como las exigencias normativas y de protección del trabajador en materia de pago, aconsejan que la aceptación del pago fraccionado en un momento concreto no tenga que vincularle para los futuros (en breve veremos, además, cómo la posibilidad de demandar anticipos es un derecho del trabajador y no una facultad del empresario-deudor).

---

<sup>20</sup> Quiere verse en la protección de los intereses de los deudores en vía de regreso la razón o fin que legitima esa excepción a la regla civil, SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de Derecho Mercantil, T. II; EDERSA, 1994, pág. 97.

<sup>21</sup> Sobre las reglas de derogación de las normas incompatibles entre sí, *vid.* PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de..., T. Preliminar; cit., págs. 178 y sgs.

<sup>22</sup> La integridad hace referencia también al pago de los intereses devengados y a los gastos que ocasione el cumplimiento, por lo que a falta del pago de éstos, tampoco existiría integridad en el cumplimiento; HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 333. CRISTÓBAL MONTES, A., "Elementos personales y reales del pago"; A.C., 1989-3, págs. 404 y 405.

<sup>23</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de Derecho del trabajo, T.I, 1991-1992, t/11, págs. 5 y 6; y HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 335 y 336.

<sup>24</sup> CRISTÓBAL MONTES, A., "Elementos personales y..."; cit., págs. 408 y 409.

## B. Lugar

Limitándonos exclusivamente a la obligación salarial, el lugar hace referencia a una circunstancia o modalidad en la que debe realizarse la prestación o pago, por lo que forma parte del deber de prestación cuyo incumplimiento genera una serie de consecuencias y responsabilidades para la parte que no lo observa<sup>25</sup>.

Conviene señalar la relativa importancia actual del tema que nos ocupa, ya que en un gran número de casos el pago se efectúa a través de operaciones bancarias, vía transferencias o ingresos en cuenta corriente o similares, y cuyos problemas son otros que después analizaremos. Pero pese a ello, es necesario indicar las reglas que rigen el lugar, y ello tanto por el hecho de que en este caso es preciso justificar las razones que amparan el pago por esos medios, como porque siguen existiendo numerosas ocasiones en las que el pago no se realiza o no puede hacerse por las referidas operaciones bancarias (v. gr., entrega del salario en especie). Asimismo, razones de tutela del trabajador exigen su determinación, de ahí, como veremos inmediatamente, que se limiten los lugares donde puede hacerse el pago y también el interés del legislador por evitar al trabajador costes económicos, espaciales o temporales para recibir su retribución<sup>26</sup>.

La normativa laboral sobre esta cuestión se limita a señalar en negativo cuáles no serían lugares de pago admisibles y unas breves notas sobre cuál puede ser. Respecto a lo primero, el Convenio nº 95 OIT de 1949, con una finalidad claramente protectora, indica aquellos espacios en los que se prohíbe el pago del salario (cantinas, bares, etc., salvo que sean estos el lugar de trabajo)<sup>27</sup>. Pero pese a que esa normativa internacional no se ha concretado en el ordenamiento interno, ello no impide no sólo su aplicación, sino la propia consideración de derecho interno de esa normativa, en virtud del art. 96.1 CE<sup>28</sup>.

Por lo que respecta a cuál sea en positivo el lugar de pago, el art. 29.1 TRET remite como regla general a la libertad de las partes para designar cuál deba ser y en su defecto, a los usos o costumbres<sup>29</sup>. En nuestro caso, el acuerdo al que se hace referencia puede venir establecido no sólo por los sujetos individuales, sino también y sobre todo por la negociación colectiva<sup>30</sup>. Sin embargo, y a salvo de las menciones indi-

<sup>25</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 422.

<sup>26</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, pág. 610. Vid. art. 6.d) Recomendación OIT (8 de junio de 1949), cuando exige que el lugar de pago sea previamente conocido por el trabajador.

<sup>27</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho del Trabajo; Vol. I, Marcial Pons, 1964, pág. 433. Esta previsión del texto internacional (ratificado por España el 12 de junio de 1958 y publicado en el BOE de 22 de agosto de 1959), ha sido criticada en numerosas ocasiones por su carácter obsoleto y prejuicioso; por todos, DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., t/11, pág. 32. Sin embargo, para otros autores, los caracteres del salario inspiran esta finalidad de apartar al trabajador de aquellos lugares que puedan incitarle a gastar su salario en bienes que distan mucho de satisfacer sus necesidades personales y familiares; ALBIOL MONTESINOS, I., El salario...; cit, págs. 147 y sgs.

<sup>28</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; Civitas, 1997, pág. 330; y GARCÍA-NUÑEZ SERRANO/GIL PLANA, "La imposibilidad de la prestación de servicios como criterio determinante para la compensación económica de las vacaciones devengadas"; AS, 2001, nº 1, pág. 54.

<sup>29</sup> Se repiten de esta forma las reglas civiles, Díez-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 169; ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento de..."; cit., pág. 155 y RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil...; cit., pág. 200. El alcance de ambos términos (uso y costumbre) es el mismo, al ser utilizados por la normativa laboral como una denominación sinónima; cfr. MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, pág. 105.

<sup>30</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; cit., pág. 385.

rectas en las que se establece el pago mediante ingreso en cuenta corriente o transferencia, en la mayoría de las ocasiones dicha negociación no establece cuál sea el lugar de pago<sup>31</sup>.

En defecto de ese acuerdo y a falta de uso o costumbre aplicable, antes de acudir a las reglas del art. 1171 C.Civ., deben prevalecer otras pautas<sup>32</sup>. Por ello, consideramos plenamente aplicable en este caso lo preceptuado en el art. 19 del Convenio nº 95 OIT, que especifica que el pago se hará en el lugar de trabajo o próximo a éste<sup>33</sup>. Abundando en esta idea, es preciso conectar las reglas que se señalan para las obligaciones con prestaciones periódicas y para las sinalagmáticas, pues en las primeras, el lugar en que se comenzó determina en lo sucesivo cuál sea éste *ad futurum*. Y en las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas, cuando la prestación de una de ellas exige que se realice en un espacio determinado (*v. gr.*, trabajo en un establecimiento, fábrica, etc.), el lugar de cumplimiento de la otra (*v. gr.* el pago) será ese mismo aunque nada se haya indicado (*arg. ex art.* 1500 C.Civ.)<sup>34</sup>. Esto supone que, a falta de pacto al respecto, debe hacerse el pago, tanto la primera vez como las sucesivas, allí donde el trabajador realiza efectiva y habitualmente su trabajo (generalmente, la empresa o centro de trabajo de su empresario-contraparte)<sup>35</sup>.

Resuelta la cuestión en estos términos, entendemos que también será esa la solución en los supuestos derivados de la creciente descentralización productiva (*v. gr.* contratas y subcontratas, trabajadores de ETT en destino, teletrabajo<sup>36</sup>, etc.); esto es, también en estos casos el lugar de pago será aquél donde se presta el trabajo, sea o no el centro de su empresario-contraparte<sup>37</sup>. Sin embargo, en ocasiones el lugar de trabajo de esos trabajadores puede ser diferente a lo largo del período que se toma en cuenta para tener derecho al percibo del salario (casi de forma absoluta, el mes); es decir, que durante ese lapso de tiempo el trabajador ha podido estar desempeñando su trabajo en diferentes sitios (diversos centros de la empresa de su empresario, otras em-

<sup>31</sup> Excepcionalmente, C.col. de "Kaefer Aislamientos, S.A." (BOE de 2 de noviembre de 1999), art. 41: el lugar de trabajo. Hemos constatado que, salvo muy contadas excepciones (*v. gr.*, C.col. Estatal de Tejas, Ladrillos y Piezas especiales de Arcilla Cocida, art. 70: en el centro donde se presten los servicios), en los C.cols. publicados en el BOE no se hace prácticamente referencia expresa al lugar donde se recibe el pago.

<sup>32</sup> No comparto la opinión de quienes aplican sin más las reglas del art. 1171 C.Civ., como es el caso del prof. MOLE-RO MANGLANO, C., La supletoriedad del Derecho Común en el Derecho del Trabajo, Instituto de Estudios Políticos, 1.975, págs. 199 y 200. En nuestra opinión, y como señalara DURAND, P. ("Le particularisme du droit du travail", D.S., 1.945, pág. 303), el Derecho del trabajo, como conjunto normativo, debe procurar la autointegración en la resolución de los problemas que se planteen. Expresamente así lo señala la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 6 de noviembre de 1998 (A.L., nº 9, 1999, ref. 368).

<sup>33</sup> Pese al carácter de norma interna del Convenio OIT, prevalece el uso o costumbre por expresa voluntad legal; PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Derecho del trabajo; Ceura, 1998, págs. 198 y 199. Utilizamos el término lugar de trabajo en su sentido propio, diferente de lo que es el centro de trabajo; al respecto puede verse MIÑAMBRES PUIG, C., El Centro de Trabajo; MTSS, 1985, págs. 186 y 187.

<sup>34</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 423.

<sup>35</sup> También, FARGNOLI, B., La retribuzione; Giuffrè Ed., 2002, pág. 490.

<sup>36</sup> Sobre la problemática del lugar de trabajo para los casos de Teletrabajo, *vid.* ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Teletrabajo", Ponencia presentada al X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; AEDTSS, Zaragoza, 1999, págs. 5, 6 y 15 y sgs.

<sup>37</sup> Referido a las ETT, ÁVILA ROMERO, M., "Relaciones laborales del trabajador con la empresa usuaria. La responsabilidad de la empresa usuaria"; en AA.VV. (BAYLOS, Dir.) Formas y cauces de la contratación. Las agencias no oficiales de empleo y las empresas de trabajo temporal; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pág. 235.

presas que no son las de éste, etc.). En este caso caben dos posibilidades: Una primera, que a falta de un lugar de trabajo fijo o permanente y si el primer pago se realizó en el local de la empresa, también los sucesivos deberán hacerse en éste, por su conexión con el trabajo y por la estabilidad del lugar. Y segunda, para los casos en los que no aconteciera ese primer pago en el local de la empresa, y haciendo una interpretación finalista de la regla antes expuesta sobre las obligaciones sinalagmáticas, nos parece que debe prevalecer la idea de que el lugar en el que se ha de proceder al pago de todo el período referido será donde se esté prestando el trabajo en el momento en el que surge el derecho al devengo del salario<sup>38</sup>.

En todo caso, para aquellos supuestos excepcionales que no pudiesen resolverse por las reglas arriba referidas (piénsese en los casos extremos en los que los trabajadores antes referidos –ETT, contratas y subcontratas, etc– no estén prestando sus servicios al momento del devengo de su salario y el primer pago no se haya operado en el local de la empresa), entiendo que tampoco sería directamente aplicable el art. 1171 C.Civ., pues conviene hacer algunas precisiones a la regla que en él se contiene, cual es establecer como solución residual y última que el pago se realizará en el *domicilio* del deudor<sup>39</sup>. Y ello porque esta regla no parece tener fácil encaje en el Derecho del Trabajo, toda vez que está pensando en la protección del deudor en cuanto sujeto más débil en la relación obligacional que une a las partes<sup>40</sup>. Por ello, considero más acertado en los casos excepcionales que estamos analizando y para otros igualmente problemáticos (v. gr., falta de domicilio conocido del empresario-deudor, como puede ocurrir en algunos casos de teletrabajo), que se invierta la regla y sea el domicilio del trabajador-creedor el lugar del pago<sup>41</sup>.

Respecto al pago del salario en especie, son aplicables las mismas reglas que para el pago en dinero; es decir, el lugar del pago será aquel donde se hubiese pactado o resultase de los usos o costumbres y en su defecto, en el lugar de trabajo; salvo que por la cualidad del derecho, bien o servicio sea conveniente hacer la entrega donde éste se encuentre (ex art. 1171.2º TRET), en cuyo caso se observará lo señalado sobre los gastos del pago respecto, por ejemplo, del *locus solutionis*.

<sup>38</sup> Tratamos de adecuar a estos casos la regla jurisprudencial según la cual en los casos de obligaciones de remunerar los servicios prestados, el pago deberá hacerse donde éstos se prestaron; ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág., 128 y 129. Sobre la interpretación finalista o teleológica, GARCÍA LALAJA/GARCÍA TENÍAS/HERNÁNDEZ BLASCO, "Interpretación teleológica"; en (CALVO GARCÍA, Ed.) Interpretación y argumentación jurídica (vol. I); PUZ, 1995, págs. 68 y sgs.

<sup>39</sup> Por tal hay que entender la localidad donde de forma permanente se encuentra el domicilio de éste, y no la casa donde específicamente habita, PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., págs. 300 y 301.

<sup>40</sup> VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 154 y 155.

<sup>41</sup> Esta es la solución que estima ALBALADEJO, M. (Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 127) ante la imposibilidad de aplicar las reglas del art. 1171 C.Civ.

## C. Forma

Es preciso aclarar previamente qué entendemos por forma del pago, pues dentro de ella vamos a estudiar diferentes acepciones: por un lado, la forma en cuanto medio de documentación del pago (formalidades), y por otro, también como medio de pago, esto es, el instrumento utilizado por el empresario para satisfacer el crédito salarial que el trabajador tiene contra él.

### 1. Formalidades: Recibo de salarios

Sobre el primero de los significados ya tuvimos oportunidad de señalar que una de las características del salario es el ser un crédito documentado; o mejor dicho, que el pago de éste es documentado, en cuanto se exige la entrega al trabajador de un recibo individual donde se haga constar por escrito lo percibido por él<sup>42</sup>. A éste dedica el legislador el párr. 3º del art. 29.1 TRET y la O.M. de 27 de diciembre de 1994 (BOE de 13 de enero de 1995), donde se recoge el modelo de recibo de salarios al que deberán ajustarse las empresas que no hayan acordado otro diferente. Esta relación de dispositividad de la ley por parte de la negociación colectiva (convenio colectivo o, en su defecto, acuerdo de empresa) no es absoluta, de tal suerte que pese a la supletoriedad de aquélla respecto del producto de ésta, se establecen unos límites mínimos e imperativos que han de respetarse en la configuración del modelo de boletín de pago<sup>43</sup>. En este sentido, será preciso que se recojan de una forma clara y separada "las diferentes percepciones del trabajador, así como las deducciones que legalmente procedan". Se excluyen por lo tanto, los requisitos de la firma por parte del trabajador y, salvo por otras razones contables o fiscales que así lo exijan, tampoco será preciso que dichos recibos sean conservados por la empresa, como sí imponen respectivamente los arts. 2 y 3 O.M.<sup>44</sup>.

Considero criticable la opción del legislador de no fijar un modelo general y uniforme de recibo de salarios, pues razones de orden público podrían justificar la existencia de éste en aras a garantizar al trabajador un mínimo de seguridad, procurando evitarle, en la medida de lo posible, los problemas y conflictos que la hipotética diversidad de modelos puede originar. Mayor es el reproche desde el momento en que no se alcanza a comprender en qué facilita ello la adaptabilidad y flexibilidad a las circunstancias de la empresa, como razones alegadas para el retroceso legal en este campo<sup>45</sup>. Sin embargo, pensamos que difícilmente puede seguir manteniéndose que esa sea la

<sup>42</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ/PALOMO BALDA, "La reforma del régimen de los salarios"; R.L., nº 17-18, pág. 40.

<sup>43</sup> El incumplimiento de estas mínimas formalidades podría ser sancionado, según señala el art. 6.6 LISOS. No considero acertada la opinión de quienes entienden aplicable en ese caso lo previsto en el art. 90.5 TRET (v. gr. ESCUDERO RODRÍGUEZ/PALOMO BALDA, "La reforma del..."; cit., pág. 41), y ello porque: a) no existiría lesión para terceros, pues en todo caso, el afectado sería el trabajador, quien a estos efectos no es tercero; y b) tampoco se conculca la legislación vigente, es decir, las normas formales que presiden la negociación y las materiales inderogables por convenio. Sobre estas razones, *vid.* ALONSO OLEA/CASAS BAAAMONDE, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 847.

<sup>44</sup> Difiere la opción de nuestro legislador de la existente en otros países de nuestro entorno, donde se establecen numerosas exigencias legales y la necesidad de conservar durante 5 años un registro de recibos de salarios; PIGNARRE, G., "Le regime juridique des creances salaires"; DS, 1997, págs. 593-595.

<sup>45</sup> ESCUDERO RODRÍGUEZ/PALOMO BALDA, "La reforma del..."; cit., pág. 40.

finalidad perseguida si, como observamos, una inmensa mayoría de los convenios colectivos carecen de un modelo propio<sup>46</sup>.

Retomando la cuestión que tratamos, señalaremos que de esa diversidad y disponibilidad se tiene que derivar a nuestro entender, una clara consecuencia sobre el valor del boletín de pago: éste no servirá ya como presunción *iuris tantum* del abono del salario. Así pues, si antes de la reforma de la Ley 11/1994 se admitía que el recibo de salarios no tenía un valor absoluto y que no suponía que lo que en él consta es todo lo debido como salario, ni que su aceptación por el trabajador manifiesta conformidad con lo que recoge<sup>47</sup>; actualmente, ni tan siquiera será prueba del pago en todo caso, pues su finalidad es meramente informativa, es decir, que le permita al trabajador tener conocimiento de los abonos y descuentos que se efectúan en su retribución. La razón básica de este cambio es que ya no se exige que en el recibo o boletín de salarios se haga constar la firma del trabajador<sup>48</sup>. Como resultado de lo dicho, únicamente cuando se cumplan los requisitos del modelo oficial podrá afirmarse que también sirve para dar constancia de la percepción por el trabajador de las cantidades liquidadas<sup>49</sup>.

Lo contrario sería desoír las reglas sobre la carga de la prueba (art. 1214 C.Civ.), toda vez que se haría recaer la prueba del impago sobre el trabajador. Más aún cuando, no lo olvidemos, éste se encuentra en una situación de subordinación, y por ello mismo, no se puede admitir que la sola aceptación por el trabajador del recibo de salarios tenga valor de presunción del pago<sup>50</sup>. Por estas razones, defendemos que al trabajador sólo le corresponde probar el cumplimiento de su obligación, incumbiendo al empresario que pretenda liberarse de la suya el acreditar dicho pago<sup>51</sup>. Siguiendo esta idea, el empresario que pretenda probar el cumplimiento del pago, haya o no acreditado la entrega del recibo de salarios, podrá hacerlo por cualquier otro medio admitido en Derecho (art. 1215 C.Civ.)<sup>52</sup>. Finalmente, si como es lógico la empresa es quien

<sup>46</sup> Como excepción, *vid.* C.col. de "Gallina Blanca, S.A.", (BOE 28/09/1999), art. 52). Esto puede suponer dos cosas: o bien que se sigue utilizando el modelo oficial de forma casi absoluta, o bien que éste ha sido un terreno abonado a los acuerdos de empresa u otros instrumentos de nivel empresarial, cuestión que por obvias razones no podemos precisar por falta de datos. Favorable a esta última razón, FERNÁNDEZ VILLARINO, R., "Viabilidad jurídica de la formalización del pago del salario a través de las tecnologías de la infocomunicación"; REDi, nº 46, 2002 (ISSN: 1576-7124), pto. II. (<http://www.vlex.com>).

<sup>47</sup> MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo y forma del pago de salarios", en (AA.VV.) Estudios sobre el salario, ACARL, 1993, págs. 772 y 773. De igual forma en el derecho francés; PIGNARRE, G., "Le regime juridique de la..."; cit., pág. 594.

<sup>48</sup> Esta era el fundamento que le otorgaba ese valor probatorio; OLIET GIL, B., "Liquidación y pago del salario"; D.L. (monográfico), octubre, 1987, pág. 135; y GARCÍA ABELLÁN, I., "Art. 29. Liquidación y pago", Comentarios a las Leyes Laborales, T. VI; EDERSA, 1982, pág. 163. Efectivamente, sólo cuando se firme el recibo tendrá este valor liberatorio para el deudor, PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; T.I, vol. 2º; cit., pág. 303.

<sup>49</sup> Así se deduce de las palabras de ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE (Derecho del trabajo; cit., págs. 332 y 333) cuando afirma que "del recibo oficial deriva la presunción *iuris tantum* (...)" del pago y de que "lo en él consignado era todo y sólo lo debido" (el subrayado es nuestro).

<sup>50</sup> LYON-CAEN, P., "Doit maintenir la presumption de paiement di salaire par l'acceptation du bulletin de paie?"; D.S., nº 3, 1999, pág. 256.

<sup>51</sup> OLIET GIL, "Liquidación y..."; cit., págs. 141, 157 y 158. *Vid.* STSJ La Rioja, de 26 de noviembre de 1998 (AS 4565).

<sup>52</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 290. Serán medios válidos: el recibo de salarios debidamente firmado, el justificante bancario del pago, cualquier tipo de documento contable, etc. PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 891; y RADÉ, C., "Salaires. Bulletin. Absence de présomption de paiement. Charge de la preuve incombant toujours à l'employeur"; D.S., nº 4, 1999, pág. 413. Véanse las SSTSJ del Principado de Asturias, de 31 de mayo de 2002 (A.L., nº 40, 2002, ref. 1254), y la de Andalucía/Sevilla, de 3 de septiembre de 2002 (A.L., nº 47-48, 2002, ref. 1471)

expide el mencionado recibo de pago, sí debemos admitir su valor probatorio en aquello que sea del interés del trabajador (ex arts. 1228 y 1253 C.Civ.), por ejemplo, acreditar la preexistencia de un contrato de trabajo o cualquier otro punto<sup>53</sup>.

De cualquier forma, lo que sí viene a quedar claro es la necesidad de que se entregue el recibo de salarios al trabajador (so pena para el empresario de incurrir en una infracción sancionable), no siendo suficiente para que el empresario cumpla su obligación con la entrega del recibo bancario por el que queda constancia del ingreso, ya que éste no sirve para cumplir las exigencias de claridad y separación de las partidas que reclama el art. 29 TRET<sup>54</sup>. Y además porque no consideramos que el art. 2.2 O.M. exonere al empresario del deber de entregar el recibo de salarios al trabajador, pues de lo que se le dispensa es simplemente de la necesidad de tener que recabar la firma del trabajador cuando el pago se haga a través de transferencia<sup>55</sup>.

Por otro lado, razones jurídicas y socio-económicas (subordinación, art. 35 CE, etc.) apoyan sobradamente que tampoco sea de aplicación la regla establecida en el párr. 2º del art. 1110 C.Civ., por lo que cada recibo que se le entregue al trabajador hace referencia exclusiva al período de devengo que señala, sin afectar a los anteriores<sup>56</sup>. Argumento que se fortalece si tenemos en cuenta que el propio legislador establece con el sistema de privilegios diseñado en el art. 32 TRET, la obligatoria prioridad para ser pagados de los salarios debidos "por los últimos treinta días de trabajo", con independencia de que puedan existir deudas anteriores y por las razones que luego se analizaran al estudiar los privilegios y garantías del pago. Todo ello sin perjuicio de que el trabajador deba "accionar período a período y de reaccionar, al menos, anualmente los derechos e intereses" si no quiere que se le perjudiquen los anteriores, pues "la existencia de reclamaciones salariales (...) no interrumpe el plazo de prescripción de las que teniendo el mismo o parecido origen, corresponde a cantidades o derechos referidos a períodos (...) anteriores"<sup>57</sup>.

Diferente de la documentación del pago es el denominado finiquito, previsto en el art. 49.2 TRET. A los efectos de este trabajo, nos interesa en cuanto que el art. 29.1 TRET párr. 4º se remite a él para documentar el pago de los trabajadores fijos discontinuos "en los supuestos de conclusión de cada período de actividad". Por lo tanto, consideramos que el legislador sólo está pretendiendo salvaguardar en mayor medida las

<sup>53</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago...; cit., págs. 290. *V. gr.*, el convenio colectivo aplicable, la categoría profesional, etc., LYON-CAEN, G., *Le salaire (Droit du travail)*, Dalloz, 1.981, pág. 384; y RADÉ, C., "Salaires. Bulletin. Absence de...; cit., pág. 413. Sobre su alcance para determinar el convenio colectivo aplicable, *vid.*, DUPLAT, J., "Portée de la mention de la convention collective dans le contrat de travail et sur le bulletin de paie"; RJS, nº 11, 2000, págs. 713-715.

<sup>54</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pago del salario a través de entidades de crédito"; A.L., 1992-2, pág. 464; y C.col. de "ALDEASA" (BOE 22 de septiembre de 2000), art. 38. Sobre la admisión de los medios telemáticos para cumplir esta obligación; FERNÁNDEZ VILLARINO, R., "Viabilidad jurídica...; cit., pto. III.

En el derecho francés también se sostiene la limitación del uso de los medios informáticos, en tanto en cuanto éstos no garanticen e incluyan las informaciones legalmente exigidas; *Liaisons Sociales, Le Salaire*; nº 10.254, julio de 1988; y PIGNARRE, G., *JURIS CLASSEUR, Travail*, Vol. 3, Fasc. 26-22, 1.999, págs. 9 y 10.

<sup>55</sup> De opinión contraria, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 327, nota 20.

<sup>56</sup> PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 891.

<sup>57</sup> STSJ de Madrid, de 11 de marzo de 1998 (AS 1187), F.J. 2º, y de 15 de marzo de 2000 (A.L., nº 32, 2000, ref. 1319), F.J. 5º. También ex STS, de 21 de septiembre de 1999 (A.L., nº 3, 2000, ref. 87).

garantías que con el recibo de salarios se pretende, incluyendo de esta forma que en esos casos se realice el pago y su documentación con sujeción a los trámites y garantías que establece el art. 49.2., párr. 2º TRET<sup>58</sup>, y no que le dé a este recibo de salarios de final de período un valor o alcance similar al finiquito<sup>59</sup>. En consecuencia, se mantiene también en este caso lo afirmado de forma general para el recibo de salarios, a lo que hay que añadir la obligatoriedad de sujetarse a lo establecido en el mencionado art. 49 TRET<sup>60</sup>.

## 2. Medios de pago

En lo que se refiere a la forma de pago, debemos prestar especial atención a la relación existente entre el art. 1170 C.Civ. y el art. 29.4 TRET, porque en este último se señala que el empresario podrá realizar el pago en moneda de curso legal, talón o cualquier otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito. Las cuestiones que se nos plantean de la lectura de dicho precepto son, en primer lugar, determinar qué ha de entenderse por moneda de *curso legal*; segundo, a quién corresponde la elección del medio de pago y por último, el alcance de la opción *por otros medios*.

### a. Moneda de curso legal

Su determinación no plantea mayor problema, pues por monedas de *curso legal* debemos entender (ex art. 1170 C.Civ.) los signos monetarios concretos (piezas metálicas o el papel moneda –billetes–) legalmente admitidos y vigentes en un determinado momento (el del pago) y cuya aceptación para el pago es obligatoria y sin posibilidad de conversión, de ahí que también se les denomine moneda de *curso forzoso*<sup>61</sup>. De esta forma, el alcance del art. 29.4 TRET parece mostrarse más limitado que el art. 1170 C.Civ., toda vez que sólo se hace referencia a *monedas de curso legal* y no al pago en otra *especie pactada*, donde pudiera incluirse el abono en moneda extranjera<sup>62</sup>.

Se excluye de esta forma la retribución en moneda extranjera incluso aunque así se pactase, toda vez que si bien ésta no es ilícita, no se puede considerar de curso legal, pues para ello se requiere de la determinación como tal por el Estado y la obligatoriedad en su aceptación para el pago<sup>63</sup>. Sobre el pago en moneda extranjera,

<sup>58</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y pago..."; cit., pág. 660.

<sup>59</sup> Sobre ello, *vid.* ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., Anexo V, págs. 1147 y sgs.

<sup>60</sup> Por no ser objeto de nuestro estudio, obviamos un análisis más detallado de este precepto, por cuanto no presenta ninguna peculiaridad en este caso (pago a fijos discontinuos). Un trabajo bastante detallado al respecto puede verse en GARCÍA RUBIO, M.A., El recibo de finiquito y sus garantías legales; Tirant lo Blanch, 1995. Sobre la evolución judicial en la valoración del finiquito, véase LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J., "Eficacia extintiva del recibo de saldo y finiquito. Comentario a la STSJ de Galicia, de 18 julio 2000"; A.L., nº 3, 2001.

<sup>61</sup> Díez-PICAZO/GULLÓN, Sistema de...; cit., vol. II, pág. 150; y ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º; cit., págs. 58 y 59.

<sup>62</sup> Por todos, BONET CORREA, J., Las deudas de...; cit., págs. 350 y sgs.

<sup>63</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 195. De opinión contraria, parece expresarse la STSJ de Madrid, de 2 de octubre de 2001 (A.L., nº 6, 2001, ref. 179), que expresamente señala que si el pago se pactó en dólares, "la empresa está obligada a cumplir con su obligación de abonar el salario fijado y de hacerlo, conforme a lo dispuesto en el art. 1170 del CC en la especie pactada, esto es, en dólares (...)".

conviene tener presente lo siguiente: Primero, que no parece contradecir lo que aquí estamos señalando el hecho de que algunas sentencias hayan admitido que el salario se pacte en moneda extranjera, alegando que "su conversión en pesetas exige únicamente una operación aritmética"<sup>64</sup>, y ello porque una cosa es que pueda pactarse el salario en moneda extranjera y otra en la que deba de pagarse, pudiéndose utilizar la referencia a aquélla como mecanismo para garantizar el valor o poder adquisitivo<sup>65</sup>. No obstante ello, en caso de que las oscilaciones impliquen una reducción en su valor, deberá garantizarse al trabajador, al menos, el mínimo convencional o legal aplicable<sup>66</sup>. Segundo, el precepto no habla de euros (ni pesetas), sino de moneda de curso legal, lo cual pudiera justificar que en el caso en que una relación laboral se desarrolle en el extranjero –pero sometida a las normas españolas–, deba retribuirse al trabajador en la moneda aceptada como tal (de curso legal) en ese país.

Por último, la entrada en vigor del euro, tanto en el período en el que convivió con las monedas nacionales como cuando ya sólo existe él como única moneda de pago, no supone modificación alguna de la obligación salarial, sino la mera introducción de una nueva moneda de curso legal de circulación admitida y con los mismos efectos que tenían las hasta entonces monedas nacionales<sup>67</sup>.

#### b. Otras modalidades de pago

La segunda parte del art. 29.4 TRET hace referencia a que el pago podrá hacerse "mediante talón u otra modalidad similar de pago a través de entidades de crédito", precepto que debemos conectar con el art. 1170 C.Civ., párrs. 2º y 3º. Sin embargo, de una primera lectura de ambas disposiciones, se observan claras diferencias. Así, en primer lugar, en el TRET se manifiesta que esas otras modalidades no pueden ser giradas frente a cualquier sujeto, sino que han de serlo a través de una entidad de crédito, ya por referencia expresa ya porque el cheque por definición se libra contra un banco o entidad de crédito (art. 106 LCCh)<sup>68</sup>.

<sup>64</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y pago..."; cit., pág. 661.

<sup>65</sup> Así parece extraerse de la STS, de 30 de enero de 1985 (Ar. 133), por cuanto admite la validez de la decisión judicial recurrida ya que ésta "condena al pago de una cantidad «resultante en pesetas, al cambio oficial en España, en la fecha de la Sentencia (...)». En parte también ocurre esto en la mencionada STSJ de Madrid, de 2 de octubre de 2001 (A.L., nº 6, 2001, ref. 179), cuando permite que además del valor fijado en dólares puede "también calcularse su contravalor en pesetas (...)". De igual forma, parece extraerse de la STSJ de Galicia, de 14 de octubre de 2002 (A.L., nº 4, 2003, ref. 117). En cuanto al uso de la moneda extranjera como cláusula valor, *vid.* RUIZ SERRAMALERA, Derecho Civil; cit., pág. 90.

<sup>66</sup> Sobre ello y los requisitos que deben cumplirse para la admisión de la estipulación de esa cláusula valor, *vid.* PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., pág. 155.

<sup>67</sup> CALLEJO RODRÍGUEZ, C., "La implantación del Euro y su incidencia en las obligaciones pecuniarias"; A.C., nº 5, 2001, especialmente, págs. 172 (nota 21), 180, 181 y 187 y 188. También, y una breve referencia a las distintas fases hasta la entrada definitiva y exclusiva del euro como moneda, *vid.* MARTÍNEZ MELÉNDEZ, M.T., La indemnización del mayor daño; Univ. de Valladolid, 1999, págs. 33 y sgs. Sobre los principios básicos de la sustitución, PÉREZ-TENESSA, A., La introducción del euro en España; Civitas, 1999, págs. 48-50. Previendo éstas y otras cuestiones, algunos convenios establecieron, junto al valor en pesetas del salario, su equivalente en euros; *v. gr.* "Canal de Isabel II" (BOE de 20 de julio de 2000), y "SEAT, S.A." (BOE 2 de agosto de 2000).

<sup>68</sup> Conviene precisar que cheque y talón no significan lo mismo, pero entendemos que la expresión del TRET debe hacer referencia al término cheque, ya que heredamos una inercia terminológica que no tiene en cuenta la voluntad del legislador con la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985, esto es, unificar conceptos bajo el *nomen iuris* de cheque; al respecto, DE ANGULO RODRÍGUEZ, L., "El cheque y su vigente configuración legal", en AA.VV., Títulos-valores: la letra de cambio, el pagaré y el cheque; Comares, 1993, pág. 187.

En segundo lugar, es preciso determinar cuál es esa *otra modalidad de pago similar*. Por un lado, consideramos que se hace referencia al cheque, pese a la opinión favorable de algunos autores que afirman que la *similitud* hace referencia al dinero<sup>69</sup>. En efecto, discrepamos de esta opinión y proponemos que venga referida al cheque, por un lado, por el hecho de que no existe ninguna otra modalidad de pago que se asemeje al dinero en el pago, pues éste tiene efectos *pro soluto* y cualquier otra (letras, pagarés, etc.) lo es *pro solvendo*. Y por otro, porque la utilización que el legislador hace de la fórmula "u otra modalidad de pago similar a través de entidades de crédito" se debe a que, existiendo otras modalidades de pago similares al cheque, éstas no tienen por qué ser satisfechas a través de un banco u otra entidad de crédito, admitiéndose en todo caso únicamente las que sí lo estén.

También pensamos que el alcance sobre cuáles sean esos medios es diferente en el art. 29.4 TRET y en el art. 1170.2º C.Civ., pues éste último no habla de modalidades de pago, sino de documentos mercantiles, donde se ha dicho que son incluidos el cheque, pagaré, letra, ingresos en cuenta o transferencias bancarias<sup>70</sup>. El TRET parece ser más restrictivo en la admisión de los medios utilizables a tal fin (pago), en cuanto que exige que se trate de un medio de pago y su similitud con el cheque, dentro de los que se encuentran, sin duda, el ingreso en cuenta o las transferencias bancarias<sup>71</sup>. Adviértase además que el art. 16.1 AICV (BOE de 9 de junio de 1997) no señalaba al pagaré (ni a la letra de cambio) como medios de pago admitidos.

No puede considerarse como *modalidad de pago similar* el pagaré, salvo en el caso del pagaré de cuenta corriente<sup>72</sup>. Ciertamente, a excepción de este último, dicho documento no contiene una orden de pago a través de un tercero (v. gr., entidad de crédito), sino que es una promesa de pago del propio firmante (deudor), quien queda directa y personalmente obligado al pago<sup>73</sup>. Por esta razón, se ha afirmado que a diferencia del cheque, el pagaré no se trata de un medio de pago, sino más bien de obtención de créditos a corto plazo<sup>74</sup>.

Al igual que el pagaré y a diferencia del cheque, tampoco la letra de cambio tiene obligatoriamente que ser pagada a través de una entidad de crédito, con lo que la admisión sólo se plantea para aquellos casos en los que sí se haga (letra *domiciliada*, art. 5 LCCh). También como el pagaré, la función de la letra de cambio es distinta a la del cheque o mejor dicho, más compleja. Así, mientras se afirma con rotundidad que éste es esencialmente un medio de pago, aquélla (la letra de cambio) viene a considerarse esencialmente como un instrumento de crédito y de circulación de és-

<sup>69</sup> Por todos, DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., T/11, pág. 32.

<sup>70</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 413 y 414. En este sentido, no comparto la opinión de quienes identifican las expresiones documentos mercantiles (art. 1171 C.Civ.) y otras modalidades de pago; v. gr. RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y pago..."; cit., pág. 660.

<sup>71</sup> Por todas, STS, de 5 de noviembre de 2001 (A.L., nº 14, 2002, ref. 14).

<sup>72</sup> Sobre la admisión de éste, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 5 de mayo de 2003 (AS 2392).

<sup>73</sup> BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil; Tecnos, 1994, pág. 708.

<sup>74</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de...; cit., pág. 56.

te<sup>75</sup>. Con todo, no pasamos por alto que también se ha predicado de ella su función como moneda de pago, "sustituyendo con ventaja al dinero metálico"<sup>76</sup>.

También existen otras diferencias importantes para la asimilación de la letra en general como modalidad de pago, ya que en el cheque, el librado que tuviese fondos en la cuenta del librador debe obligatoriamente cumplir con la orden de pago que recoge (art. 108 LCCh); sin embargo, en la letra de cambio el simple librado no está obligado a pagar la letra, sino que es un mero designado o advocado al pago, ya que sólo en el momento que la acepte se puede sostener que se obliga cambiariamente al pago de la letra a su vencimiento y frente al tercero-tenedor (en nuestro caso, el trabajador)<sup>77</sup>. Obsérvese que en el supuesto de pago mediante cheque, el banco paga una deuda del librador y no una propia (de ahí que no se admita la aceptación, art. 109 LCCh), correspondiéndole simplemente a esa entidad de crédito cumplir la orden y hacer uso de los fondos que a tal fin dispuso aquél (en nuestro caso el empresario-deudor)<sup>78</sup>. Frente a ello, en la letra (excluida la *domiciliada*), el librado (aceptante o no) paga una deuda propia y por lo tanto, lo que se hace es poner en circulación el crédito del que dispone el librador (en nuestro caso, empresario-deudor) frente a él<sup>79</sup>.

La consecuencia de ello es clara: se hace pesar sobre el trabajador la incertidumbre de la solvencia del librado que, además de no tener porqué tratarse de su deudor laboral, no queda obligado cambiariamente con él hasta que no acepte la letra. Hechos que parecen definitivos para no admitir a la letra de cambio sin más como modalidad de pago similar al cheque<sup>80</sup>. A ello viene a unirse, aunque en menor medida, el hecho de que en la letra no es necesaria la existencia del elemento esencial que justifica esa confianza en el cheque como medio solutorio: la provisión de fondos<sup>81</sup>.

En otro orden de cosas y en opinión de la mayoría de la doctrina, se deja a la libre voluntad del empresario-deudor la decisión final sobre el medio de pago (dinero, talón o similar), a diferencia del ámbito civil, en el que sí es necesario el acuerdo o aceptación por parte del acreedor<sup>82</sup>. Abunda en esta afirmación la mención hecha a los representantes unitarios, de los que sólo se señala que se exige al empresario que les comunique previamente la opción por la que finalmente se decida; por lo tanto, dichos

<sup>75</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, J.L., *El cheque*; ed. Porrúa, 4ª ed. 1983, págs. 29-33.

<sup>76</sup> RODRIGO URÍA, *Derecho Mercantil*; Marcial Pons, 1.997, págs. 923 y 924.

<sup>77</sup> PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J.L., "Libramiento y forma de la letra de cambio", en AA.VV., *Títulos-valores: la letra...*; cit., pág. 41. De similar opinión, CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pago del salario..."; cit., pág. 456. *Vid.* STS, de 26 de febrero de 2003 (RJ 2894).

<sup>78</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.; *Instituciones de...*; cit., pág. 120.

<sup>79</sup> RODRIGO URÍA, *Derecho Mercantil*; cit., págs. 955 y 956.

<sup>80</sup> De opinión contraria, OLIET GIL, "Liquidación y..."; cit., pág. 159.

<sup>81</sup> BROSETA PONT, M., *Manual de Derecho Mercantil*; cit., págs. 652, 653 y 696. Tal peso tiene la provisión de fondos que el libramiento de un cheque careciendo de esos fondos suponía, a diferencia de la letra, una conducta tipificada como delito en el anterior Código Penal (art. 563 bis b) R.D. 3096/73). Lo cual manifiesta la relevancia de la existencia de fondos para la confianza en el cheque y, por ende, en su pago (*vid.* al respecto, art. 108.3º LCCh).

<sup>82</sup> La previsión de la norma laboral se conecta fielmente con lo señalado en el Convenio nº 95 OIT, al indicar en su art. 3.2 que sólo será preciso el consentimiento del trabajador para aceptar esa otra modalidad cuando no exista acuerdo o regulación al respecto. Sobre la imposibilidad de compeler al acreedor a aceptar un documento mercantil en el ámbito civil y mercantil, *vid.* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil, T. I*, vol. 2º; cit., pág. 381.

representantes mantienen un papel meramente pasivo, como receptores de dicha información, y sin que se establezca ninguna otra actuación por su parte<sup>83</sup>.

De esta forma, por mandato legal, se le otorga a esas otras modalidades una de las características esenciales del dinero, a saber, el ser un medio irrecusable de pago<sup>84</sup>.

La razón del legislador para imponer al trabajador la aceptación de esos otros medios de pago es, en opinión generalizada, salvaguardar la seguridad del asalariado ante los posibles peligros a los que se expone quien recibe esa suma de dinero<sup>85</sup>. En nuestra opinión, no es esa la verdadera o al menos, la única y principal razón, pues en la opción legal pesan más la seguridad de la empresa y el facilitarle la realización de operaciones de pago a sus trabajadores. Efectivamente, es la empresa la que corre mayor riesgo (ante posibles hurtos), debido a la tentación que pudieran suponer las eventuales grandes cantidades de dinero que podrían encontrarse en ella en los días de pago<sup>86</sup>. Por otro lado, la nueva realidad económico-financiera prescinde cada vez en mayor medida del uso del dinero tangible, siendo menos costoso y más fácil y rápido realizar las operaciones a través de esos otros medios diferentes al dinero; amén de lo que ahora se dirá sobre la finalidad a la que sirve la posibilidad de esos otros medios de pago. Por último, difícilmente podemos aceptar que sea la seguridad de los trabajadores la razón básica, cuando a su vez se admite que el empresario-deudor pueda optar entre entregar el cheque nominativo o al portador. En efecto, no debemos olvidar que el cheque al portador se transmite con la mera *traditio*, por lo que el simple poseedor está legitimado para requerir el pago al banco, sin que las medidas previstas para los casos de pérdida o sustracción parezcan suficientes y rápidas para evitar el cobro por un tenedor ilegítimo<sup>87</sup>.

En resumen y como conclusión de lo que venimos señalando, la razón a la que responde esa libertad del empresario en la elección del medio de pago hay que buscarla en facilitarle, como deudor salarial, el cumplimiento de su obligación; en otras palabras, lo que está en juego en el art. 29.4 TRET es "el derecho del empresario a cumplir sus obligaciones en la forma que permite el ET a cuyo cumplimiento debe colaborar el trabajador de acuerdo a los principios de la buena fe y de las obligaciones que le impone el art. 5 del ET (...)"<sup>88</sup>. Tomado en este sentido, se entiende que la voluntad del empresario de elegir el sistema o medio para retribuir deba prevalecer sobre la voluntad del trabajador de que el ingreso se le haga en una determinada cuenta<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> GARCÍA ABELLÁN, I., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., pág. 178. La necesidad de que la representación unitaria emita informe sobre ello no es necesaria, pues esta afirmación (*vs. gr.*, de MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo..."; pág. 759) se debe a un error terminológico, por cuanto que el informe del que habla el art. 29.4 TRET no es *del*, sino *al* comité de empresa o delegados de personal.

<sup>84</sup> En principio, ni el cheque ni ninguna de esas otras modalidades gozan del carácter forzoso en su aceptación, HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 183.

<sup>85</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 610

<sup>86</sup> Considera GARCÍA NINET, J.I. ("Sobre el cobro del salario mediante talón u otra modalidad similar"; Revista de Derecho Privado, 1981, pág. 691) que el fundamento de la generalización del pago mediante cheque (1978) fue el incremento de atracos en las empresas los días de cobro.

<sup>87</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil; cit., págs. 699, 700 y 702.

<sup>88</sup> STS, de 5 de noviembre de 2001 (A.L., nº 14, 2002, ref. 402).

<sup>89</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pago del salario..."; cit., pág. 456.

De la misma forma, y como resultado de lo que estamos diciendo, no creemos que corresponda al trabajador decidir si el cheque se emite al portador o nominativo, pues, reiteramos, se trata del derecho del deudor a liberarse de su deuda y del deber del acreedor (trabajador) de colaborar en ello<sup>90</sup>.

Pero la afirmación respecto a la libertad del empresario para decidir el medio de pago debe ser matizada, ya que en ningún caso puede considerarse como absoluta. Así pues, por un lado, fijado por acuerdo individual o colectivo cuál sea el medio de pago, prima éste sobre la libre voluntad del empleador<sup>91</sup>. Por otro, razones de equidad y el evitar actuaciones arbitrarias por parte del empresario, aconsejan buscar una solución que procure el equilibrio de intereses entre ambas partes<sup>92</sup>. De ahí que, pese a que sea a aquél a quien corresponda la facultad de escoger entre el dinero u otra modalidad de pago, creemos que si opta por alguna de éstas últimas sin más, debiera corresponder al trabajador elegir cuál dentro de ellas prefiere<sup>93</sup>. Por último, ya sabemos que el empresario-deudor puede exigirle al trabajador la apertura de una cuenta corriente, sin que pueda éste negarse so pretexto de que ello le exigiría realizar un contrato con terceros, porque como acabamos de ver, no es ésta la obligación afectada en el mencionado art. 29.4 TRET, sino el derecho del deudor a pagar, "además, la apertura de cuenta corriente (...) es una conducta usualmente aceptada y adoptada en la sociedad actual (...) a efectos de su enjuiciamiento ex art. 3.1 C.Civ."<sup>94</sup>. Ahora bien, creemos que el derecho del empresario de elegir el medio de pago –dentro de los permitidos– no puede llevarle a imponer al trabajador que el ingreso se haga en una determinada cuenta que el empresario señale<sup>95</sup>.

## D. Gastos del pago

Es posible que al momento de hacerse efectiva la prestación del empresario (pago del salario), el trabajador pueda sufrir una serie de costes tales como desplazamientos, gastos de entrega de la cosa debida, etc. Es importante por ello determinar quién de las dos partes debe soportarlos: empresario o trabajador.

La falta de una referencia en la normativa laboral nos lleva a buscar en la civil la respuesta a esa cuestión. Al respecto, y a falta de pacto en contrario, se señala que cualesquiera gastos que ocasione el pago serán de cuenta del (empresario-) deu-

<sup>90</sup> GARCÍA ABELLÁN, I., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., págs. 178 y 179; y CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pago del salario..."; cit., pág. 452. Favorable a que la opción corresponda al trabajador, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. "Los requisitos..."; cit., pág. 76.

<sup>91</sup> BARREIRO GONZÁLEZ, G., "Forma de pago del salario. Elección por el empresario. Comentario a la STSJ Madrid de 25/9/1989"; La Ley, 1990-II, págs. 659 y 660. En algunos convenios encontramos una regulación supletoria en defecto de pacto entre empresa y trabajadores, C.col. "Novedades Agrícolas, S.A." (BOE de 22 de marzo del 2000), art. 26.

<sup>92</sup> GARCÍA NINET, J.I., "Sobre el cobro del..."; cit., pág. 694; y CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pago del salario..."; cit., pág. 450.

<sup>93</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 610. Así también parece manifestarse ÁVILA ROMERO, M., "Relaciones laborales del trabajador..."; cit., pág. 236.

<sup>94</sup> STS, de 5 de noviembre de 2001 (A.L., nº 14, 2002, ref. 402). Nuestros negociadores llegan incluso a exigir del trabajador de manera inexcusable la apertura de una cuenta y su comunicación al empresario como único medio de pago; v. gr. C.col. de "Fujitsu ICL España, S.A.", secc. 6ª, cláusula 18, y "Alcatel cable Ibérica, S.A.", art. 18 (BOE de 6 y 28 de octubre del 2000, respectivamente).

<sup>95</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., "Liquidación y..."; cit., pág. 661.

dor (ex art. 1168 C.Civ.), tanto en los salarios en especie como los pagados en dinero, ya que esos expendios "son necesarios para realizar exactamente la prestación prometida, y tal realización grava al deudor"<sup>96</sup>. Los motivos que justifican en el ámbito civil esta imputación sobre el deudor cobran mayor peso si cabe en la relación laboral debido a esa peculiar característica del salario ex art. 35 CE. En este sentido, la razón es simple: garantizar al acreedor (trabajador) el percibo de lo que se le adeuda sin deducción alguna<sup>97</sup>.

Como gastos extrajudiciales podemos incluir todos aquellos necesarios para cumplir la prestación, como por ejemplo, los exigidos para preparar la cosa (física y jurídicamente: documentales, etc.) o situarla en el lugar de cumplimiento (*locus solutionis*: transporte de la cosa, etc.). En este sentido, consideramos que también son de cargo del empresario-deudor los gastos necesarios para que el trabajador pueda cobrar su salario (desplazamientos, tiempo, etc.), como por ejemplo, cuando el pago se hace a través de *otras modalidades de pago* (v. gr., cheques, pagarés, etc.)<sup>98</sup>. Adviértase que estamos afirmando que es el empresario quien debe soportar esos costes o perjuicios que son necesarios para cumplir su prestación, sea cual sea la fórmula que aquél estime más conveniente para ello (pago de los costes, dejar un tiempo para poder cobrar, etc.), y no que el trabajador tenga derecho a disfrutar de un permiso para el cobro (sin perjuicio de que así se acuerde por la negociación colectiva)<sup>99</sup>. En este sentido, la jurisprudencia ha dejado bien claro que no existe base para apoyar el derecho del trabajador a tal permiso<sup>100</sup>.

Esa obligación pesa sobre el empresario-deudor, toda vez que la entrega de esas otras modalidades no excluye el necesario cumplimiento íntegro de la deuda salarial; por cuanto que la mera entrega de tales documentos no tiene un efecto *pro soluto* (de pago), sino *pro solvendo* (para que se procure el abono efectivo). En resumen, los efectos del pago y por lo tanto, el cumplimiento de la prestación, no se producirán hasta el momento en que aquéllos gastos hayan sido realizados, ya que dichos documentos representan simplemente un derecho a obtener el dinero<sup>101</sup>. El resultado de todo ello es claro, el empresario-deudor deberá correr con todos los gastos que al trabajador le haya ocasionado la falta del cumplimiento íntegro y exacto de la prestación salarial<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 131.

<sup>97</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., pág. 302.

<sup>98</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 5 de mayo de 2003 (AS 2392).

<sup>99</sup> V. gr. C.col. de "Sociedad Air France" (BOE de 28 de diciembre de 1999), art. 17.

<sup>100</sup> Por todos, GARCÍA NINET, J.I., "Sobre el cobro del salario..."; cit., pág. 694-696. Sin embargo, algunos autores defienden la idea de la no admisión del pago cuando unilateralmente se impuso al trabajador esas otras modalidades (cheque, etc.) y no se le concedió permiso para el cobro; cfr. GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 272.

<sup>101</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., págs. 381 y 382; y HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 183 y 413 y sgs.

<sup>102</sup> Como bien indica CAVAS MARTÍNEZ, F. ("El pago del salario..."; cit., pág. 459), la opción por el empresario del medio o forma de pago puede condicionar el lugar donde éste finalmente se lleva a cabo, y que no tiene por qué coincidir con el pactado o el debido. Siguiendo con esta idea, es posible sostener que, en ese caso, no está correctamente cumplida la prestación debida, porque como señala Díez-PICAZO/GULLÓN (Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 184): "Para que el pago sea regular y liberatorio es necesario que la prestación efectuada coincida con la prometida".

## E. Tiempo

Como señalábamos más arriba, si entendemos el cumplimiento como realización exacta y completa de la prestación debida, esto conlleva a su vez que se haga en el tiempo, forma y lugar convenidos<sup>103</sup>. El tiempo cobra una especial importancia para nosotros debido a la trascendencia social del salario y a la necesidad que el trabajador tiene de él como medio fundamental para atender a sus necesidades personales y familiares<sup>104</sup>. Así lo manifiesta en numerosas ocasiones nuestro legislador laboral, quien repetidamente exige el pago puntual del salario (arts. 4.2.f, 29 TRET), llegando a establecer la posibilidad de resolver el contrato en caso de que no se cumpla en el plazo acordado (art. 50.1.b TRET), e incluso, sancionando como infracción muy grave su inobservancia (art. 8.1 LISOS)<sup>105</sup>. La importancia del pago puntual se ve necesariamente reforzada debido al principio de *post remuneración* que preside la regla de pago del salario y que hace eminentemente crediticio al salario<sup>106</sup>.

La consecuencia que lleva aparejada esta voluntad del legislador es, como veremos, la de considerar que el plazo se presume establecido en beneficio del trabajador-acreedor, por lo que el empresario no sólo no podrá retrasarse en el pago, sino que tampoco puede imponer al trabajador un pago anticipado<sup>107</sup>.

### 1. Períodos de pago

Sabemos que el trabajador puede recibir del empresario por la prestación de su trabajo diferentes partidas de carácter económico (salario, suplidos, indemnizaciones, etc.), cada una de las cuáles puede tener su propio régimen en cuanto al momento del pago. A tal efecto, podemos dividir el art. 29.1 TRET en dos apartados, estando el inciso segundo referido a las percepciones de carácter periódico y regular, y el primero para las restantes<sup>108</sup>.

#### a. Naturaleza de las partidas

Previamente al análisis del tiempo, conviene pronunciarse sobre la naturaleza de las partidas a las que hace referencia el art. 29.1, párr. 1º TRET. Pensamos que los términos *salario* y *retribución* utilizados en el mencionado precepto no son empleados en sentido técnico-jurídico estricto y ello por diversas razones:

<sup>103</sup> CARDENAL FERNÁNDEZ, J., El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones; ed. Montecorvo, 1979, págs. 31 y 36-38.

<sup>104</sup> Sobre la conexión entre el principio constitucional de suficiencia (art. 35 CE) y el de puntualidad en el pago; BORELLI, S., "Diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente e criteri di rivalutazione dei crediti di lavoro"; RIDL, 2001-4 (II.- Giurisprudenza), págs. 668 y 669.

<sup>105</sup> Como acertadamente se mantiene, la sanción administrativa es plenamente compatible con la mora y la resolución; DÍEGUEZ CUERVO, G., "Infracción normativa e incumplimiento contractual en materia de salarios"; RPS, nº 73, pág. 16.

<sup>106</sup> HERRERO NIETO, B., "Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo"; RDP, 1958, pág. 124.

<sup>107</sup> Sobre esta cuestión y la diferencia con el acuerdo sobre la modificación de la fecha final de cumplimiento, *vid.* HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., págs. 429 y 430.

<sup>108</sup> Se diría así que la principal obligación del trabajador es de tracto continuo, mientras que la del empresario lo es de tracto sucesivo o periódico; GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 269. Al respecto, ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 36.

Uno, la ya referida funcionalidad del salario, que nos hizo mantener en su momento la diversidad de conceptos que puede integrar.

Dos, de una interpretación sistemática del art. 29.1 TRET. Así, por un lado, a diferencia del párr. 1º, en el caso del párr. 2º sí podemos considerar que se refiere al salario *stricto sensu*, ya que se menciona expresamente que los anticipos lo serán a *cuenta del trabajo ya realizado*. Por otro lado, y más claramente, en los diferentes párrafos de este art. 29.1 TRET se utiliza sistemáticamente la expresión salario para referirse también a partidas que no tienen esa consideración en sentido estricto, como es el caso de la documentación del salario, donde se incluyen las partidas extrasalariales percibidas, o la liquidación de salarios del personal fijo discontinuo<sup>109</sup>.

Tres, si no entendemos que dentro del apartado 1º del art. 29 TRET se incluyen otras partidas que no son estrictamente salario ex art. 26 TRET, podemos dejar en papel mojado la relación existente entre la suficiencia y la dimensión social del salario y su pago puntual (que ahora explicaremos), por cuanto que si bien el trabajador puede venir retribuido por una cuantía igual o superior al SMI, de no abonársele también las percepciones no salariales corrientes, se correría el riesgo de que, en realidad, en cada periodo no se disfrutase realmente de un salario respetuoso con el precepto constitucional o con las exigencias convencionales<sup>110</sup>.

Y cuatro, la relación existente con el art. 4.2.f) TRET que hace referencia a *remuneración*, concepto más amplio que el de salario. Este término también se recoge en el art. 35.1 CE., al indicar al final del apartado el derecho del trabajador "a una *remuneración* suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia (...)". Respecto a la relación existente entre esos dos conceptos (remuneración-salario), es asimilable a la existente entre género (concepto lato) y especie (estricto)<sup>111</sup>. Según lo mantenido, la remuneración englobaría a la totalidad de lo percibido por el trabajador con ocasión del trabajo; mientras que el salario, como concepto jurídico, haría referencia a algunas de las partidas incluidas en la remuneración, caracterizadas, como hemos visto, por la condición de contraprestación<sup>112</sup>.

De esta forma se acoge en sede laboral (art. 4.2.f TRET) un concepto no jurídico, sino económico, pues las partidas que integra no tienen por qué hacer necesariamente referencia al trabajo prestado<sup>113</sup>. Esto implica, a nuestro modo de ver, que el

<sup>109</sup> Sobre la interpretación sistemática en sentido *sedes materiae*, JULVE HERRANZ/FUERTE BIARGE; "Interpretación sistemática"; en (CALVO GARCÍA, Ed.) Interpretación y...; cit., págs. 39-41.

<sup>110</sup> MOULY, J., "Contrat de travail. Salaire. Frais professionnels. Remboursement par l'employeur. Forfait contractuel. Respect de la réglementation sur le salaire minimum"; D.S., nº 4, 2001, pág. 442.

<sup>111</sup> COUTURIER, G., Droit du Travail (T. 1 Relation individuelles); PUF, 1992, pág. 428. Otros autores sostienen que el término remuneración se usa aquí en sentido restringido, reconducible al de salario; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., El salario mínimo legal; Universidad de Málaga, 1986, págs. 59 y 60.

<sup>112</sup> LYON-CAEN, "Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la Sécurité social"; D.S., nº 12, 1960, pág. 614. Donde se incluiría cualquier partida que fuese pagada por el empresario al trabajador en cumplimiento de una obligación "(...) e in funzione ampia di corrispettivo della prestazione lavorativa"; ROMA, G., Le funzioni della retribuzione; Cacucci ed., 1997, pág. 114.

<sup>113</sup> MASSIMO ROCCELLA, I Salari; ed. Il Mulino, 1.986, págs. 110 y 111. Nuestro art. 35 CE es copia del de la constitución italiana; GÁLVEZ MONTES, F.J., "Artículo 35", en (GARRIDO, Dir.) Comentarios a la Constitución, 2ª ed., Civitas, 1985, págs. 718 y 719.

párr. 1º del art. 29.1 TRET es aplicable a la totalidad de percepciones económicas a las que tiene derecho el trabajador, sean o no salariales en sentido estricto. Ello no obstante, sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre la mora.

#### b. Fecha de pago

Al igual que ocurría con el lugar de pago, antes de aplicar la regla supletoria de los usos y costumbres, será a las partes (individual o colectivamente) a quienes compete en principio determinar el momento a partir del cuál corresponde la liquidación y pago, sin que exista ningún tipo de recorte a su libertad. Ahora bien, esta regla general tiene una limitación en el caso de tratarse de retribuciones periódicas y regulares, restringiéndose la facultad otorgada a las partes al no admitirse que el intervalo de los abonos sea superior al mes<sup>114</sup>. La finalidad del precepto se corresponde con la dimensión social del salario, porque a través de esa previsión se procura garantizar al trabajador unos suministros económicos periódicos, regulares y más o menos iguales<sup>115</sup>. Esta cierta igualdad permitiría garantizar al trabajador una estabilidad cuantitativa en cada periodo, evitando que se pueda ver afectado por la diferencia en cuanto al número de días en los distintos meses<sup>116</sup>. Finalidad social que se completa a través del hecho de que esos suministros se fijen en intervalos de tiempo no muy extensos, evitando la dilación en el percibo de su renta salarial<sup>117</sup>. Además, esa regla máxima de la mensualidad permite al trabajador disponer de recursos en los intervalos de tiempo en los que se devengan la gran mayoría de operaciones económicas de consumo ordinario en las que generalmente se ve inmerso (alquiler, préstamos, etc.). Por otro lado, históricamente, la limitación temporal *ex* deber de pronto pago, ha sido utilizada como un mecanismo para asegurar el pago de los salarios<sup>118</sup>.

Surgen así varias cuestiones: primera, qué ha de entenderse por retribuciones periódicas y regulares; y segunda, qué ocurre cuando las partes no han fijado un plazo para el pago y tampoco existe costumbre aplicable. Pero antes conviene señalar una serie de pautas de carácter general para el pago de cualquier partida:

– En primer lugar, en caso de que el pago se efectúe a través de una modalidad distinta al dinero, aquél no se entenderá realizado hasta que efectivamente conste el ingreso en la cuenta del trabajador o haya podido cobrarse (art. 1170 C.Civ.)<sup>119</sup>. Si bien en los casos de transferencias puede no existir problemas, no parece que ocurra lo mismo en el caso del pago de cheques o similar, en las que en tanto no sea posible hacerlo

---

<sup>114</sup> Este suele ser casi en exclusiva el periodo de referencia tomado por los negociadores para hacer efectivo el abono de estas partidas, pero dentro de ellos distinguimos los que establecen un día fijo, generalmente el último día del mes (v. gr., C.col. de "Hormicemex, S.A.", BOE de 22 de marzo del 2000, art. 28), o los que fijan una pluralidad de días dentro de los que deberá hacerse el pago (v. gr., C.col. de "Ibermática, S.A.", BOE de 9 de agosto del 2000, art. 23).

<sup>115</sup> PIGNARRE, G., "Le regime juridique des..."; cit., pág. 591.

<sup>116</sup> TEYSSIE, B., *Droit du Travail*, T.I, 10ª ed.; LITEC, 1992, pág. 521.

<sup>117</sup> PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 889.

<sup>118</sup> PÉREZ PÉREZ, M., "Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial"; *Revista de Derecho Privado*, enero, 1981, pág. 7.

<sup>119</sup> *Liaisons Sociales*, «Le salaire», nº 12.413, 1997, pág. 61; y RICCI, G., "Diritto a la retribuzione"; AA.VV. (Caruso/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. II, Jovene editore, 1994, pág. 5.

efectivo por causas no imputables al trabajador (falta de fondos, etc.), se entenderá que aún no se ha hecho el pago, con las consecuencias que ello pudiera tener (mora, etc.)<sup>120</sup>.

– En segundo lugar, salvo los ingresos en cuenta, el día fijado para el pago no podrá coincidir con aquellos en los que el trabajador tenga derecho al reposo legal o convencional correspondiente<sup>121</sup>, siendo en nuestra opinión aplicables las reglas civiles sobre días feriados a los supuestos como el contemplado<sup>122</sup>. En consecuencia, el pago no podrá realizarse el día posterior, sino que deberá hacerse el día hábil anterior<sup>123</sup>.

### b.1. *Retribuciones periódicas y regulares*

Consideramos que con los términos *periódicas* y *regulares* quiere hacerse referencia a las partidas que exigen del empresario una reiteración del acto de pago durante cierto tiempo<sup>124</sup>. Quedan pues excluidas de estas expresiones aquellas remuneraciones que aparezcan esporádicamente o en virtud de hechos aislados y que no exigen del empleador una repetición cada cierto lapso de tiempo (indemnizaciones por traslados, etc.). Pero además de la característica de la periodicidad, se exige la regularidad, esto es, habitualidad o de carácter frecuente o usual<sup>125</sup>; lo que exceptúa las partidas que tienen un carácter extraordinario o que no se reciben de forma rutinaria (v. gr., las pagas extraordinarias).

Por concluir con esta cuestión, como ya adelantábamos, el último inciso del art. 29.1 TRET es de exclusiva aplicación a las partidas (salariales o no) que le son debidas al trabajador y cuyo hecho causante se repite reiteradamente o de forma habitual como consecuencia o con ocasión del trabajo (v. gr., salario base, complementos personales y del trabajo realizado; pero también, los pluses de transporte para asistir al trabajo, limpieza de ropa de trabajo, etc.)<sup>126</sup>.

### b.2. *Remuneraciones sin plazo de cumplimiento*

Conviene señalar que la aparición de nuevos sectores económicos y el potencial peligro de la individualización de las relaciones laborales, hacen más que posible la aparición de supuestos en los que no se haya acordado el momento del pago ni exista uso o costumbre aplicable<sup>127</sup>.

<sup>120</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "El pago del salario..."; cit., pág. 460.

<sup>121</sup> Convenio OIT nº 95. La normativa francesa también recoge expresamente este límite, Code du Travail, art. R. 143-1.

<sup>122</sup> Al respecto, ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T.I, vol. 2º, pág. 489.

<sup>123</sup> COLINA ROBLEDO, A., El Salario; CISS, 1995, pág. 98.

<sup>124</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. II, vol. 1º, pág. 36.

<sup>125</sup> GUILLERMO CABANELLAS, voces *Regular* y *Habitual*, en Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; ed. Helias-ta, 15ª ed., 1982, T. VII (R-S) pág. 109 (*regular* nos remite ha *habitual*) y T. IV (F-I), pág. 233, respectivamente.

<sup>126</sup> Así lo establece también la negociación colectiva, que no duda en incluir dentro de las mensualidades las partidas extrasalariales y las salariales; v. gr., C.cols. de "Servicios Unificados Auxiliares de Asistencia y Mantenimiento, S.L." (BOE de 23 de noviembre de 1999), y "Centro Farmacéutico, S.A." (BOE de 14 de febrero del 2000).

<sup>127</sup> Sobre las posibilidades abiertas al mayor protagonismo del contrato en la determinación de condiciones de trabajo, vid. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del derecho del Trabajo, CES, 2000, págs. 97 y sgs. y 106 y sgs.

Para resolver ese problema debe indicarse previamente que en las obligaciones salariales a término de cumplimiento, éste hay que entenderlo hecho siempre en beneficio del trabajador-acreedor, pues así se extrae (ex art. 1127 C.Civ.) tanto de las razones sociales ahora alegadas, como de lo que posteriormente precisemos al referirnos a los anticipos<sup>128</sup>. Todo ello supone excluir de este ámbito aquellas normas que se prevén supletoriamente en la regulación civil para los casos en los que no se haya previsto plazo alguno (art. 1128 C.Civ.).

Señalado esto, deben distinguirse: por un lado, las partidas de carácter regular y periódico, para las cuáles el inciso 2º del art. 29.1 TRET fija que deberán abonarse siempre en intervalos no superiores al mes, mandato que actúa de forma supletoria, esto es, imponiendo un mínimo de derecho necesario relativo que debe respetarse y que será de aplicación tanto si el plazo fijado por las partes o el previsto por el uso o costumbre es superior a éste (ex art. 9.1 TRET), como si no se ha establecido ninguno y no existiera uso o costumbre aplicable al caso.

Y por otro, cualesquiera otras partidas (pagas extraordinarias, de beneficios, suplidos, etc.), que al carecer de un mandato como el anterior, precisan que se determine qué reglas le son aplicables. Dentro de éstas partidas, considero que debieran distinguirse las remuneraciones que carecen de regularidad y periodicidad, de aquellas otras que faltándoles la primera, mantienen sin embargo la nota de la periodicidad (v. gr., las pagas extraordinarias, la paga de beneficios, etc.). Y ello porque será importante esta distinción en aras de encontrar la mejor solución, pues tener o no esa nota de la periodicidad nos permite plantear dos respuestas bien diferentes:

Primera, para las partidas que no son regulares ni periódicas (v. gr., horas extraordinarias, primas por trabajos especiales, etc.). En estos casos conviene tener en cuenta lo señalado en el art. 1113 C.Civ., esto es, que las obligaciones puras son exigibles desde el momento del nacimiento o constitución de la obligación, porque –como acertadamente se afirma– esta previsión es aplicable a las obligaciones que carezcan de determinación de tiempo<sup>129</sup>. Interpretado correctamente, nos sería de gran utilidad, pues en definitiva lo que propone el texto civil es que cuando acontezca el hecho que hace nacer la obligación (v. gr., se realice el trabajo extraordinario, etc.), el acreedor pueda reclamarle inmediatamente el pago al deudor. Regla ésta que se ve matizada por la doctrina y la jurisprudencia en el sentido de que, pese a los términos del art. 1113 C.Civ., debiera concedérsele un tiempo razonable al deudor (empresario) para que pueda cumplir con esa obligación, y que estaría en función de aspectos tales como la naturaleza de la prestación, la voluntad manifestada en el contrato o los usos del tráfico jurídico<sup>130</sup>. Tiempo éste que pudiera conllevar que se permitiese su abono en la nómina del mes siguiente al que se produce<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo y...; cit., pág. 764.

<sup>129</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; cit., pág. 428; y PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., pág. 296.

<sup>130</sup> CARDENAL FERNÁNDEZ, J., El tiempo en el cumplimiento de las obligaciones; Montecorvo, 1979, pág. 42.

<sup>131</sup> Extraemos también esta respuesta de la actuación de los negociadores, *vid.* C.col. de "Uralita Productos y Servicios, S.A." (BOE de 1 de diciembre de 1999), art. 60.

Segunda, mantenemos que en los casos de obligaciones remuneratorias periódicas, pero no regulares, quizás sería más acertado que se aplicase lo previsto para las obligaciones que son de tracto sucesivo y periódico, pues parece más lógico entender que en estos casos "la determinación del plazo será la del tiempo durante el cual ha de tener efecto el cumplimiento"<sup>132</sup>. En consecuencia, el pago deberá hacerse antes de que concluya el periodo dentro del cual está previsto el devengo de la partida<sup>133</sup>. Con todo, debe tenerse en cuenta además que, de pactarse gratificaciones extraordinarias, el art. 31 TRET establece que al menos una de ellas deberá abonarse en Navidad.

## 2. Anticipos

Como acabamos de ver y como ya hemos señalado en otra ocasión, el derecho a la retribución se basa en el principio de *post remuneración*, excepción al cumplimiento simultáneo de las obligaciones sinalagmáticas o recíprocas. Su consecuencia directa es que primero se trabaja y en un momento posterior, se paga ese trabajo.

Junto a la regla que se establece en el art. 29.1 TRET párr. 1º (pago en el plazo señalado), debe llamarse la atención sobre la previsión recogida en el párr. 2º relativa al derecho que asiste al trabajador directamente o bien mediante autorización a sus representantes legales, a anticipos legales a cuenta del trabajo ya realizado. Se trata en definitiva de una excepción a la regla de que las obligaciones a plazo sólo son exigibles desde que llega el día de su vencimiento<sup>134</sup>, y manifiesta, como también dijimos, que el término para el cumplimiento de la obligación salarial ha sido fijado en beneficio del acreedor (trabajador) y por ende, la posibilidad del acreedor de exigir el pago fraccionado de su crédito. Es decir, no es un préstamo, sino una parte de su crédito, de ahí que llegado el día fijado para el vencimiento el deudor cumpla entregando la parte que resta, sin que entren en juego las reglas del art. 606 y 607 LEC, pues no estamos ante retenciones por deudas entre el trabajador y su empresario, sino, como decimos, ante entregas a cuenta del crédito salarial por voluntad del trabajador-acreedor<sup>135</sup>.

Del art. 29.1 TRET, párr. 2º nos surgen algunas dudas. En primer lugar, delimitar si la figura a la que hace referencia este párr. 2º son o no anticipos en sentido estricto; segundo, determinar si estamos ante un verdadero derecho a su percibo o si es una mera posibilidad de solicitarlos; y por último, precisar quiénes son los "representantes legales" autorizados de los que habla el precepto. Respecto a esta última cuestión, recordemos que ya fue resuelta al hablar del acreedor del salario, por lo que valga ahora lo dicho en aquel momento.

<sup>132</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de..., T. I, vol. 2º; cit., pág. 297; y BARAONA GONZÁLEZ, J., El retraso en el cumplimiento de las obligaciones; Dykinson, 1998, pág. 33.

<sup>133</sup> Como señala VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 149: "En las obligaciones duraderas, en cambio, su objeto supone un periodo de tiempo más o menos prolongado en el que se van realizando unas prestaciones (...) periódicas (...)".

<sup>134</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., El retraso en el...; cit., págs. 33 y 34.

<sup>135</sup> LYON CAEN, G., Le Salaire; cit., pág. 373.

### a. Determinación y delimitación frente a otras figuras

La primera cuestión apuntada se resuelve con una simple lectura del mencionado precepto, pues en él se señala que los anticipos lo serán "a cuenta del trabajo realizado". No se trata de anticipos, en tanto que éstos no se hacen sobre un trabajo futuro, sino que exigen de la existencia y prestación de un trabajo previo, requisito indispensable para tener derecho a recibirlo<sup>136</sup>.

Por ello, conviene distinguir la figura reconocida en este párr. 2º del art. 29 TRET, de aquellas otras que aún semejantes en algunos aspectos, hacen referencia a otros supuestos. En primer lugar, de lo que son realmente anticipos o *avances*, que sí suponen una verdadera ruptura del principio de *post remuneración*, ya que lo entregado lo es por un trabajo futuro, aún no prestado<sup>137</sup>. Sobre esos avances no existe una normativa interna mínimamente desarrollada, quizás fruto de la falta de necesidad de hacerlo ante la realidad de un mercado laboral como el nuestro, caracterizado por las altas cuotas de desempleo y que hace francamente difícil imaginar la existencia de este tipo de supuestos<sup>138</sup>. Ante la insuficiente regulación, nos debemos remitir a la voluntad de las partes (colectivas y, en su caso, individuales), quienes tienen sin duda la posibilidad de derogar el tan referido principio de la *post remuneración*<sup>139</sup>. Obviamente, esa libertad queda restringida a su vez respecto a aquellas partidas que no dependan o precisen conocer rendimientos o trabajos específicos, pues en estos casos será necesario que éstos se hayan prestado o alcanzado, lo cual demanda una remuneración posterior<sup>140</sup>.

No obstante y con el objeto de evitar que esos acuerdos entre las partes puedan resultar excesivamente gravosos para el trabajador en un momento posterior, debe traerse a colación el Convenio OIT nº 117 (recogido en el Decreto 3084/1974, de 11 de octubre), cuyo art. 12 recoge la posibilidad de que el empresario haga adelantos del salario a percibir con la finalidad de inducir al trabajador a que acepte el trabajo ofrecido. De lo que se deduce que éstos se entregan por la prestación de trabajo, aunque futura; esto es, están destinados a retribuir dicho trabajo futuro, razón por la cual considero que en principio se ha de reconocer naturaleza salarial a lo percibido por dicho concepto<sup>141</sup>.

<sup>136</sup> MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo y..."; cit., págs. 764 y 765.

<sup>137</sup> LYON CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 373.

<sup>138</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 276.

<sup>139</sup> RICCI, G., "Diritto a la retribuzione"; AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) *La retribuzione*; vol. II, Jovene editore, 1994, págs. 5 y 6. Adviértase que el art. 1 Convenio OIT nº 95, de 8 de junio de 1959 (BOE de 22 de agosto de 1959), señala que se considerará salario a "la remuneración o ganancia (debida al trabajador) por el trabajo que éste último haya efectuado o *deba efectuar* por servicios que haya prestado o *deba prestar*" (el subrayado es nuestro). Véase por ello la STS, de 5 de marzo de 2003 (A.L., nº 29, 2003, ref. 849).

No parecen entenderlo así GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, quienes afirman el carácter necesario del principio de *post-remuneración* ("Liquidación y pago..."; cit., pág. 273).

<sup>140</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 332.

<sup>141</sup> Así también, STS, de 5 de marzo de 2003 (A.L., nº 29, 2003, ref. 849); SAN, de 12 de febrero de 2002 (A.L., nº 29, 2002, ref. 935); y STSJ de Cataluña, de 5 de septiembre de 2002 (A.L., nº 47-48, 2002, ref. 1478).

En el mencionado art. 12 Convenio OIT se señalan algunas limitaciones a esos adelantos, en primer lugar, que el *quantum* tiene su tope en un máximo de tres mensualidades del salario base (so pena de que el exceso se considere legalmente irrecuperable e incompensable) y también, en el reembolso, que en ningún caso superará cada mes la sexta parte del salario base. Estas limitaciones responden tanto al interés en evitar un compromiso excesivamente amplio del trabajador que aún no conoce en la práctica qué y cómo debe trabajar (no se olvide que se entregan con la finalidad de que se acepte el trabajo), como al carácter claramente excepcional de este supuesto, que contradice uno de los principios salariales básicos: la *post remuneración*<sup>142</sup>.

Pese a que estas son las razones que justifican esas limitaciones, considero que las reglas que acabamos de señalar –al menos la relativa a la fórmula de pago o reembolso–, pueden ser aplicables a otros supuestos en los que se haya acordado entre las partes el adelanto de ciertas mensualidades, aún no estando ya ante el deseo o finalidad de inducir al trabajador a que acepte el trabajo ofrecido<sup>143</sup>. Empero, en nuestra opinión, y debido a que los progresivos cambios en la estructura del salario están llevando (y llevarán aún más en el futuro) a una pérdida del protagonismo cuantitativo que el salario base tenía antaño<sup>144</sup> –en favor en muchas ocasiones de algunos tipos de complementos (productividad, rendimiento, etc.)<sup>145</sup>–; consideramos más acertado entender que la referencia al salario base a la que hace referencia el Convenio OIT habría que entenderla hecha, en todo caso, al salario en su conjunto, porque de otra forma se limitaría en exceso la libertad de las partes, pues el sistema o reglas de reembolso serían suficientes para admitir esos pactos de adelantos.

Distinto del supuesto anterior son los préstamos que el empresario concede al trabajador por razón de su vinculación contractual y que también prevé el mencionado Convenio nº 117 OIT. Estos préstamos son cuantías que no hacen referencia al trabajo (ni al realizado ni por realizar), por lo que carecen de la naturaleza salarial, con las consecuencias que ello puede tener en materia de inembargabilidad, compensación, etc.<sup>146</sup>. Efectivamente, como hemos repetido en muchas ocasiones, el salario *stricto sensu* exige que se conecte con la prestación de trabajo dependiente y por cuenta ajena, afirmación que quedaría en entre dicho de mantener el carácter salarial de lo percibido, más aún cuando es posible que se extinga la relación laboral antes de que se abone el total de lo debido, careciendo de justificación salarial las cuantías adeudadas<sup>147</sup>.

<sup>142</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago...; cit., pág. 277.

<sup>143</sup> STS, de 5 de marzo de 2003 (A.L., nº 29, 2003, ref. 849).

<sup>144</sup> De hecho, esa importancia cuantitativa era una de las razones por las que recibe esta denominación, RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F., "Complejidad y racionalización de la estructura del salario"; REDT, nº 17, 1.984, pág. 37.

<sup>145</sup> Vid. COSTA REYES, A., "La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva"; R.L., nº 7, 1999, pág. 17; y RUESGA BENITO/RESA NESTARES, "Informe cuatrimestral...; cit., págs. 93 y 94.

<sup>146</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., "Descuentos sobre la percepción total bruta del trabajador"; (AA.VV.) Estudios sobre el salario; ACARL, 1993, págs. 646 y 647. Aunque se otorguen antes de la existencia misma de la relación laboral, lo cierto es que tienen una naturaleza equiparable a los préstamos otorgados por las empresas a sus empleados; DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., T. 11, pág. 30.

<sup>147</sup> Que no tenga carácter salarial no es óbice para que sea el orden social el competente para conocer de los conflictos que surjan entre empresario y trabajador sobre ese préstamo, pues su otorgamiento se hace en atención a la existencia de la relación laboral; ALBIOL MONTESINOS, I., El Salario; cit., págs. 149 y 150; y STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2004 (A.L., nº 11, 2004, ref. 390).

En este sentido, no puede seguir aceptándose que se pretenda poner el acento de la diferencia entre ambas figuras (préstamos y adelantos) en que en los casos de los préstamos ya existe una relación laboral (su entrega no es para inducir al trabajador a aceptar el trabajo), porque ello no es siempre así o al menos, no necesariamente, pues ya hemos tenido ocasión de defender la posibilidad de que las partes deroguen el principio de la *post remuneración*. Por otro lado, en los préstamos la cuantía entregada no es adelanto sobre salario alguno, sino que se trata sólo de un empréstito con la peculiaridad de estar garantizado con el salario del trabajador<sup>148</sup>. Y es este hecho el que facilita su concesión por el empresario, toda vez que es él mismo quien conoce y controla los pagos<sup>149</sup>.

Pese a que en el caso de estos "préstamos" la normativa internacional se remite al Derecho interno, lo cierto es que no existe una regulación laboral mínima sobre el tema, por lo que parecen ser aplicables las reglas generales sobre pactos entre las partes (colectivas o individuales)<sup>150</sup>. Sin embargo, entiendo que a falta de una regulación o acuerdo en otro sentido, serán de aplicación las reglas previstas en el Convenio nº 117 de la OIT; en concreto, el descuento periódico, así como el tope mensual de la retención sobre el salario base antes mencionado (1/6) y, en cualquier caso, habrá de garantizarse al trabajador un mínimo sobre su salario, que necesariamente será la parte inembargable de éste (art. 607 LEC)<sup>151</sup>.

En cuanto a la regulación convencional sobre esta cuestión (préstamos), cabe señalar que se prevé en bastantes convenios, por lo que cobra especial interés saber cómo se está configurando. De ese análisis se constata que éstos suelen limitar la cuantía máxima del préstamo en relación con alguna partida salarial (v. gr., mensualidades, pagas extras, etc.) y que establecen un periodo de tiempo amplio para que el trabajador devuelva esa cuantía mediante descuentos periódicos<sup>152</sup>. También son corrientes otras limitaciones, así, por ejemplo, se establece el requisito de que se lleve trabajando un mínimo de tiempo para la empresa, el hecho de que aún no haya devuelto otro anterior, que existan razones que lo justifiquen, etc.<sup>153</sup>.

Debido a la conexión entre el préstamo y la existencia de una relación laboral que vincula a las partes, cabe plantearse qué ocurrirá cuando se extinga la relación laboral sin que el préstamo haya sido íntegramente cubierto. Ante el hecho que

---

<sup>148</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., "Descuentos sobre la percepción..."; cit., pág. 646.

<sup>149</sup> SAVATIER, J., "Le remboursement des prêts de l'employeur à un salarié en cas de rupture du contrat de travail"; D.S., nº 11, 1994, pág. 864.

<sup>150</sup> Así, STSJ de Galicia, de 11 de mayo de 1999 (D.L., nº 60, 1999-III), que afirma la prevalencia de la voluntad de las partes.

<sup>151</sup> Aunque el autor parezca contrario, sí puede verse una interesante corriente judicial en este sentido en ALBIOL MONTESINOS, I., El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales; Deusto, 1992, págs. 151-153. Sirva también como apoyo a esta aplicación analógica lo preceptuado en el art. 216 LPL en su redacción de 1980 (RD 1568/80), en el que se prevía que en caso de responsabilidades del trabajador para con su empresario, el pago se ha de efectuar detrayendo una parte de su salario (1/10) y respetando en todo caso el SMI.

<sup>152</sup> V. gr., C.col. de "Tabacalera, S.A." (BOE de 9 de octubre de 1999), arts. 71 y 72, y "REPSOL Química, S.A." (BOE de 10 de noviembre de 1999), art. 73.

<sup>153</sup> Vid. C.col. de "Musini, S.A." (BOE de 21 de febrero del 2000), art. 14, y "Mediterráneo Obra Agrícola, S.A." (BOE de 19 de octubre de 1999), art. 60.

recogemos, conviene resaltar que aún no existe un incumplimiento por parte del trabajador, sino simplemente la pérdida de la garantía con la que el empresario pretendía satisfacer su crédito<sup>154</sup>. En consecuencia, no cabe que el empresario unilateralmente anticipe "los plazos de vencimiento del préstamo, pues éstos han de presumirse establecidos en beneficio de acreedor y deudor, según establece el art. 1127 C.Civ."<sup>155</sup>. Por esta razón, no debemos de perder de vista lo señalado en el art. 1.129.3º C.Civ., del cual extraemos la conclusión de que en el ámbito laboral el trabajador no perderá el plazo que tuviera señalado cuando la pérdida de la garantía (percibo de salarios/empleo) no derive de que la extinción del contrato se motivó por actos propios (v. gr., como sí podría serlo en los casos de despido disciplinario declarado procedente o bien, cuando la extinción lo es por voluntad del trabajador no basada en el art. 50 TRET, o por mutuo acuerdo entre las partes, etc.)<sup>156</sup>. En consecuencia, sólo en los supuestos indicados cabrá aplicar la regla del precepto civil, pero en todo caso, gozará el trabajador de la posibilidad de sustituir su garantía (cobro del salario) "por otras nuevas e igualmente seguras"<sup>157</sup>.

Por otro lado, y por las especiales peculiaridades de la relación laboral, no sería de aplicación el segundo supuesto que plantea el mencionado art. 1129.3º C.Civ., toda vez que el caso fortuito como causa de extinción no se prevé en la normativa laboral (a diferencia de la fuerza mayor, que se trata de otro supuesto distinto y por lo tanto, no incluido en el caso). Además, la nota de la ajenidad excluiría que se pudiesen hacer recaer sobre el trabajador las consecuencias que en orden a lo que estamos refiriendo (pérdida del salario) pudieran derivarse de una decisión de la empresa motivada por caso fortuito que le afectase a ella.

Por último, subrayar que la práctica totalidad de convenios que recogen la posibilidad de concertar préstamos con los trabajadores niegan expresamente o por ausencia de mención al respecto (ex art. 1756 C.Civ) que estos devenguen intereses<sup>158</sup>. Los convenios reservan esta posibilidad para lo que denominan expresamente *préstamos* y que son cuantías entregadas a los trabajadores, pero cuya configuración es diferente a los que ahora señalamos, entre otras cosas, porque no se prevé la necesidad de que su pago se lleve a cabo mediante descuentos salariales<sup>159</sup>.

<sup>154</sup> Vid. STSJ de Andalucía, de 26 de mayo de 1998 (AS 2740).

<sup>155</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., "Descuentos sobre la percepción..."; cit., pág. 647.

<sup>156</sup> Seguimos la idea de MORENO QUESADA, B. ("El vencimiento anticipado del crédito por alteración de sus garantías (art. 1129.3º C.Civ.)"; ADC, T. XXIV, 1971, pág. 452; citando a DÍEZ-PICAZO según la cual "acto propio, significa aquí (...) «imputación del acto a la persona»". De ahí que en nuestra opinión se excluyan como tales los supuestos del art. 50 TRET, toda vez que el hecho que genera la disminución no "se conecta a que tal acto sea atribuible a un acto propio del deudor" (*ibidem*, pág. 451). De esta opinión, SAVATIER, J., "Le remboursement..."; cit., pág. 865. Ver STSJ de Castilla-La Mancha, de 14 de diciembre del 2000 (A.L., nº 15, 2000, ref. A55). En sentido contrario, STSJ de Galicia, de 11 de mayo de 1999; cit.

<sup>157</sup> ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento de las obligaciones", en VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., pág. 154. De opinión contraria, afirmando que el empresario pueda reclamar el pago total del préstamo incluso en caso de despido improcedente; STSJ de Madrid, de 17 de noviembre de 2003 (A.L., nº 11, 2004, ref. 377).

<sup>158</sup> V. gr., C.col. de "Red Eléctrica de España, S.A." (BOE de 19 de octubre de 1999), art. 53. Aunque muy excepcionalmente, también existe algún convenio en el que se prevé el devengo de intereses a favor del empresario, v. gr. C.col. de "Jesús Santiago Cucart Todoli, S.L." (BOE de 19 de agosto de 1999), art. 27.

<sup>159</sup> V. gr., C.col. de "Fujitsu Sorbus, S.A." (BOE de 25 de enero del 2000), art. 46; y "Praxair España, S.A." (BOE de 27 de julio de 2000), art. 50.

Por otro lado, no deben confundirse los anticipos con lo que la doctrina civil denomina vencimiento anticipado, y ello porque en principio, la obligación salarial no es una obligación a plazo, por cuanto no depende de ningún momento futuro para que sus efectos comiencen o cesen de producirse<sup>160</sup>. Sin embargo, sí es una obligación con término de cumplimiento, en el sentido de que si bien la obligación sujeta a ese término o tiempo no ve condicionada su existencia a él, sí depende de él su ejecución; en resumen, la obligación salarial sujeta a un plazo de cumplimiento no es exigible sino desde que dicho plazo se alcanza o vence<sup>161</sup>.

La diferencia con los anticipos es importante, por cuanto que en el caso de la figura ahora contemplada (anticipo del nacimiento), al considerarse vencida la obligación, no será necesario esperar al momento que inicialmente se pactó para exigir el pago del salario y para que se actualicen las consecuencias que dicho vencimiento lleva aparejado (morosidad, resolución contractual, etc.). En nuestro supuesto, el momento de vencimiento será el que en cada periodo corresponda, sin que la negativa o excesiva demora en la entrega del mencionado anticipo del art. 29.2, párr. 2º TRET pueda considerarse retraso a efectos de legitimar la mora (ex art. 29.3 TRET) o la extinción de la relación laboral imputable al empresario (ex art. 50.1.b TRET)<sup>162</sup>.

#### b. Alcance del derecho recogido en el art. 29.1.2º TRET

Estimamos que se trata de un derecho del trabajador a percibir el anticipo, no sólo de la facultad de solicitarlo, y en consecuencia, será una obligación de la empresa el concederlo<sup>163</sup>. Mantenemos esta idea desde una interpretación del referido párr. 2º conforme al art. 3.1 C.Civ., ya que tanto el argumento gramatical como los antecedentes legislativos lo apoyan<sup>164</sup>. Así es, por un lado, el literal del texto no parece dejar lugar a dudas: *tendrán derecho a percibir* anticipos a cuenta<sup>165</sup>. Como podemos comprobar y a diferencia de lo que venía exigiendo la normativa anterior, se trata de un derecho que no se encuentra condicionado a ningún tipo de circunstancia o exigencia (necesidad urgente, etc.)<sup>166</sup>. Este cambio trae como consecuencia que, a falta de precisión de alguna de ellas por parte de los negociadores, la obligación que de ese derecho se deriva para el empresario deberá hacerse efectiva en el plazo más breve posible, sin dilaciones que nada tengan que ver con el tiempo estrictamente necesario y sin más limitaciones que las que sean acordes a la buena fe y al espíritu y finalidad de los anticipos; esto es, no se trata

<sup>160</sup> Sobre el concepto de obligaciones a plazo, PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de...*, T. I, vol. 2º; cit., pág. 112.

<sup>161</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el...*; cit., págs. 33 y 34.

<sup>162</sup> De opinión radicalmente contraria, MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo y..."; cit., pág. 764.

<sup>163</sup> MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo y..."; cit., pág. 764; y STS, de 21 de marzo de 2001 (RJA 4109). También la negociación colectiva lo entiende así, v. gr., C.col. de "Panificio Rivera Costafreda, S.A." (BOE de 3 de diciembre de 1999), art. 27. Difiere nuestra normativa de la francesa, que condiciona su existencia como derecho a lo que fijen los convenios colectivos; *La pratique du salaire*, ed. Francis Lefebvre, 1.998, pág. 90.

<sup>164</sup> El significado y alcance de la interpretación literal e histórica, GONZÁLEZ GARCÍA/FERNÁNDEZ ORTEGA/FALCÓN CERCADILLO, "Interpretación literal" y HERNÁNDEZ PASCUAL/GAVÍN OLIVA, "Interpretación histórica"; en (CALVO GARCÍA, Ed.) *Interpretación y...*; cit., págs. 22 y sgs. ("cuando el significado gramatical es claro, los márgenes interpretativos se estrechan", pág. 28), y 46 y sgs., respectivamente.

<sup>165</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 273.

<sup>166</sup> LLUIS Y NAVAS, J., *Manual de derecho...*; cit., pág. 193; y ALBIOL MONTESINOS, I., *El Salario...*; cit., págs. 148-150.

de adelantar caprichosamente el día del vencimiento del pago (que, como hemos sostenido, no acontece), sino de facilitar al trabajador los recursos basados en un trabajo que ya ha prestado, para afrontar alguna situación que requiere de su salario antes de llegar el día del vencimiento. Entiendo por ello que la solicitud de los anticipos, si bien no exige justificación, si manifiesta un carácter excepcional y no permanente<sup>167</sup>, pero sin que ello pueda llegar a implicar como sostiene algún autor, que sea necesario "justificar la oportunidad del referido anticipo, cuya concesión será siempre excepcional"<sup>168</sup>, pues esto implicaría desoír los cambios producidos en el art. 29.1. párr. 2º TRET<sup>169</sup>.

La cuantía, en principio, será a) la que corresponda en función del trabajo realizado en el periodo de referencia que aún no ha vencido (lo que hace plenamente aplicable este precepto para sistemas de remuneración o partidas fijadas tanto por unidad de tiempo como por unidad de obra); y b) sobre cualquier tipo de partida periódica de carácter salarial, tenga o no la nota de regularidad<sup>170</sup>. Lo defendido decae cuando la partida en cuestión exige por su propia naturaleza o configuración algún tipo de requisito especial (estar contratado en ese momento, el transcurso del periodo completo o mínimo para saber si se tiene derecho a ellas)<sup>171</sup>. Es decir, respetada ésta última salvedad, los anticipos no deben limitarse siempre y exclusivamente a las partidas incluidas en el período en el que se solicita el anticipo, pues no es este un mandato de la ley, que sólo señala que el adelanto lo será sobre el trabajo realizado, independientemente de cuándo sea exigible la partida. En consecuencia, también podrán ser objeto del adelanto aquellas partidas de devengo superior al mes que no se hayan prorrateado mensualmente y cuyo cobro sea proporcional a la permanencia en la empresa, anticipo que lo será en razón a la parte que corresponda por el trabajo ya prestado<sup>172</sup>.

Pero también ha de señalarse que la configuración de ese derecho es tan abierta que permitiría e incluso haría más convenientes, una mayor concreción por parte de la negociación colectiva (a quién debe dirigirse, plazos para solicitarlo, cuantías, justificante, etc.)<sup>173</sup>. El único límite a esa especificación por parte de los sujetos colectivos será que los requisitos que se establezcan no supongan en ningún caso una restricción de tal tipo que haga excesivamente dificultoso su obtención por el trabajador, o que de cualquier forma se desfigure el espíritu y finalidad que guía la norma (v. gr. plazos muy amplios para solicitarlo previamente, acreditación documental y pormenorizada de la necesidad, limitar el

<sup>167</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Los requisitos del pago del salario"; T.S., nº 87, 1998, pág. 74.

<sup>168</sup> En este sentido se pudiera entender la opinión al respecto de MONTOYA MELGAR, A., Derecho del Trabajo; cit., pág. 386.

<sup>169</sup> STS, de 21 de marzo de 2001 (RAJ 4109).

<sup>170</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho...; vol. 1; cit., pág. 432.

<sup>171</sup> V. gr., los *plus* de asistencia, que en ocasiones se condicionan a que no se sobrepase un número máximo de faltas de asistencia o puntualidad durante el periodo a tener en cuenta (generalmente, el establecido para el pago del salario regular y periódico). Vid. C.col. de "CETARSA" (BOE de 22 de diciembre de 1999), art. 42. Al respecto, véanse también la STS, de 10 de noviembre de 1999 (A.L., nº 13, 2000, ref. 500), F.J. 3º, y la STSJ de Madrid, de 13 de enero del 2000 (A.L., nº 20, 2000, ref. 813).

<sup>172</sup> Vid. C.col. "European Air Transport" (BOE de 12 de febrero del 2000), art. 19. En contra, MARTÍN SERRANO, A.L., "Lugar, tiempo y..."; cit., págs. 765 y 766. La jurisprudencia limita el alcance a las partidas del salario mensual; ALONSO OLEA/CASA BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 331, nota 39.

<sup>173</sup> A modo de ejemplo señalaremos que hay convenios que establecen unos plazos dentro de los cuales se ha de solicitar ("Repsol Butano, S.A.", BOE de 29 de septiembre de 1999), o en los que se limita la cuantía a disponer (generalmente entorno al 90% de lo debido, "Automóviles Guadalajara, S.A.", BOE de 17 de febrero del 2000, art. 44).

total de lo que se tiene derecho a percibir muy por debajo de lo que corresponde al trabajo realizado, etc.)<sup>174</sup>. Sin duda, de admitir esas limitaciones de forma indiscriminada se perdería de vista que el anticipo lo es sobre el trabajo prestado, es decir, se entrega sobre cuantías que ya son un derecho para el trabajador, pero que aún no son exigibles<sup>175</sup>.

### 3. Mora e incumplimiento

Analizados los diferentes aspectos en torno al tiempo del cumplimiento, queda por estudiar qué ocurre cuando llegado el momento en el que se ha de actualizar la prestación, ésta no tiene lugar. El vencimiento del término o la llegada del día en el que se debe cumplir la prestación comprometida origina lo que se denomina la exigibilidad, es decir, se actualiza el crédito o poder del acreedor para pedir al deudor la realización de la obligación debida, so pena de que se incurra en retraso<sup>176</sup>.

En el ámbito laboral, el retraso puede tener una doble consecuencia jurídica: el devengo de intereses/recargo por mora en el pago, y/o la resolución del contrato imputable al empresario con derecho a indemnización. Conviene determinar claramente cuándo el retraso origina una u otra consecuencia, pues es difusa la línea que separa el mero atraso, la mora y el retraso que da lugar a la extinción. Por otro lado, también será necesario estudiar la mora del salario (art. 29.3 TRET), para precisar los requisitos y esclarecer las numerosas dudas que aún genera tan corto precepto.

#### a. Elementos comunes

Como acabamos de decir, llegado el día del vencimiento y ante la exigencia y el deber de cumplir la prestación salarial, es posible que ésta no se realice. Como justificación de las medidas previstas por el legislador en caso de retraso (o incumplimiento) en el pago, no debemos olvidar ni la trascendencia jurídica del salario (concausa del contrato), ni tampoco la relevancia social que el art. 35 CE le otorga en cuanto elemento integrante de una remuneración que ha de atender a las necesidades personales y familiares del trabajador. Todo lo cual se constata en la importancia que el legislador le otorga al día del pago, hasta tal punto que exige en reiteradas ocasiones la puntualidad en el abono y limita la libertad de las partes para fijar el plazo máximo que puede existir entre pagos en caso de partidas periódicas y regulares, manifestándose de esta forma también el carácter perentorio del cobro del salario<sup>177</sup>. Sin embargo, esto no supone en ningún caso afirmar que el término fijado tiene carácter esencial, porque aunque no se realice en el día que se debió, es posible y útil al acreedor el pago extemporáneo<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> STS, de 21 de marzo de 2001 (RJA 4109), F.J. 10º.

<sup>175</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Los requisitos..."; cit., pág. 74; y BARAONA GONZÁLEZ, J., "El retraso en el..."; cit., págs. 33 y 34. Pero es posible que la regulación convencional vaya más allá del espíritu del precepto y conceda el derecho al anticipo donde en principio sería un límite admisible; v. gr., que no sea preciso justificarlo, art. 73, C.col. de "REPSOL Química, S.A." (BOE de 10 de noviembre de 1999); que el anticipo sea por semana trabajada, art. 20.2º, C.col. "La Venecia Levante, S.A." (BOE de 17 de febrero de 2000).

<sup>176</sup> CARDENAL FERNÁNDEZ, J., "El tiempo en el..."; cit., pág. 45.

<sup>177</sup> DE MIGUEL LORENZO, A.M., "La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador", Civitas, 1993, pág. 87.

<sup>178</sup> Al respecto, CARDENAL FERNÁNDEZ, J., "El tiempo en el..."; cit., págs. 97 y 98.

Así pues, de aplicar los criterios civiles referidos al transcurso del tiempo, la conducta omisiva del empresario-deudor irá pasando por diferentes fases que van desde un simple atraso, que sólo otorgaría al trabajador la posibilidad de reclamar su salario<sup>179</sup>; la mora, en virtud de la cual ese retraso se cualifica y alcanza trascendencia para el ordenamiento jurídico, imponiendo al deudor el deber de abonar al acreedor unos intereses/recargo (art. 29.3 TRET); y finalmente, la resolución contractual ante la falta de pago o los retrasos continuados en su abono (art. 50.1.b TRET).

También hemos indicado que la frontera que hace pasar de una a otra situación es difícil de delimitar, algo francamente criticable, pues deja al trabajador ante una situación de desconocimiento y de inseguridad jurídica sobre cuándo debe ejercer la correspondiente acción<sup>180</sup>. Por ello cobra mayor interés este estudio, en aras a obtener algo de claridad al respecto. Pero antes debemos resaltar desde ya la compatibilidad entre la exigencia por parte del trabajador de los salarios dejados de percibir con, en su caso, el recargo de mora y la indemnización a la que hace referencia el art. 50 TRET. La razón parece clara, pues dicha compatibilidad deriva de que cada una de esas cuantías responde a un hecho distinto: Por un lado, el salario, que es debido por el trabajo humano subordinado ya prestado; por otro, los intereses, que surgen de la mayor onerosidad que representa para el trabajador la impuntualidad y el retraso temporal en el pago de aquél, así como de la disminución en el valor de lo percibido que supondría mantener el principio nominalista en esos casos; y finalmente, la indemnización, que pretende paliar los daños y perjuicios que ocasiona al trabajador la pérdida de su empleo como consecuencia de la extinción del contrato imputable al empresario<sup>181</sup>.

Comenzaremos señalando los elementos comunes a la mora y a la resolución por voluntad del trabajador, pero imputable al empresario.

### a.1. Incumplimiento

Como ya hemos señalado más arriba, para que se entienda cumplida la obligación es preciso constatar que lo realizado por el deudor se ajusta a todo el programa que recoge la obligación (integridad, identidad, indivisibilidad, etc.)<sup>182</sup>. A los efectos que ahora interesa, hay que incluir tanto los incumplimientos totales como los parciales (retraso o falta de pago de todo o parte del salario). Ahora bien, mientras que en el caso del art. 50.1.b) TRET ese incumplimiento puede ser definitivo (falta de pago) o plasmarse en retrasos continuados, en el caso de la mora es necesario que la prestación pueda aún llevarse a cabo, pues de lo contrario carecería de sentido<sup>183</sup>.

<sup>179</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., La mora; EDESA, 1978, págs. 17 y 19. Sin embargo, algunos autores consideran que el simple retraso puede ser jurídicamente relevante a efectos indemnizatorios, etc., CARDENAL FERNÁNDEZ, J., El tiempo en el...; cit., págs. 295 y sgs.

<sup>180</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* DE MIGUEL LORENZO, A.M., La extinción...; cit., págs. 89 y 90.

<sup>181</sup> ALONSO OLEA, M.; "La extinción del contrato de trabajo por decisión del trabajador"; RPS, nº 126, 1980, pág. 144. Parece mostrarse en contra de esta opinión, ALBIOL MONTESINOS, I. (El salario; cit., pág. 159), quien hace distinción entre el mero retraso y el cualificado, dando lugar cada uno a una consecuencia distinta (mora vs resolución).

<sup>182</sup> Díez-PICAZO JIMÉNEZ, G., La mora y la responsabilidad contractual; Civitas, 1996, págs. 347-350; y BELTRÁN DE HEREDIA, P., El incumplimiento de las obligaciones; EDESA, 1990, pág. 73.

<sup>183</sup> BIEDMA SCHADEWALT, A.M., Mora automática; Astrea, 1986, pág. 45.

### a.2. Objeto

Tanto una como otra (mora y resolución) van referidas al salario en sentido estricto<sup>184</sup>. En consecuencia, debe reconducirse el impago de otras obligaciones remuneratorias al supuesto del art. 50.1.c TRET<sup>185</sup>. La posición que ocupan las partidas debidas al trabajador según sean salariales o extrasalariales es diferente, pues las exigencias del art. 50.1 TRET en su apartado c) difieren de las del b)<sup>186</sup>. Entendemos que esa diferencia se justifica por cuanto en el último caso señalado se está afectando a una de las causas del contrato y obligación principal del empresario, de ahí la diversa exigencia respecto a la gravedad y culpabilidad. Es lógico que si el salario es la contraprestación por el trabajo dependiente y por cuenta ajena, y éste ha existido, deba el empresario cumplir su contraprestación, so pena de quebrar el sinalagma trabajo-salario.

Y en esa línea, debe indicarse que los intereses o recargo del art. 29.3 TRET se devengan sobre la obligación principal del empresario (el pago del salario), y no tanto sobre aquellas otras que surgen o pueden hacerlo con ocasión del contrato de trabajo (indemnizar al trabajador, cubrir los gastos que le suponga el trabajo, etc.) que tendrán que ser reconducidas, en su caso, al art. 1108 C.Civ.<sup>187</sup>. También corrobora esta opinión el cambio legislativo operado tras la reforma en el concepto jurídico-laboral de salario, que ha supuesto el establecimiento por parte del legislador de una definición más estricta que la contenida en la derogada normativa laboral referida al salario<sup>188</sup>.

### a.3. Requisitos

Se afirma que es necesario que la cuantía de lo debido sea incuestionada, líquida y exigible. Exigencias sobre las que es preciso hacer algunas observaciones.

## Exigibilidad

Debemos recordar que para que el trabajador pueda resolver el contrato por retraso (o falta de pago) o para que se produzcan los efectos de mora previstos en el art. 29.3 TRET, será imprescindible que la deuda haya llegado a su plazo de vencimiento, pues sólo desde entonces y siendo exigible, como vimos, se actualiza el poder del acreedor frente al deudor para reclamarle el pago de su deuda<sup>189</sup>. Por consiguiente, es el venci-

<sup>184</sup> SSTSJ de Galicia, de 8 de marzo de 1999 (A.L., nº 27, 1999, ref. 1099); y de Aragón, de 30 de septiembre de 2000 (A.L., nº 6, 2001, ref. 182).

<sup>185</sup> Por todos, SALA FRANCO, T. (Direc.), Derecho del Trabajo; Tirant lo Blanch, 1997, pág. 672.

<sup>186</sup> DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., T/13, págs. 17 y 20.

<sup>187</sup> GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 282; también COLINA ROBLEDÓ, A., El Salario; cit., pág. 99. De opinión contraria, considerando que tampoco sería aplicable en este caso el art. 1108 C.Civ., SENRA BIEDMA, R., "La protección..."; cit., págs. 25 y 26. Este autor critica la exclusión de las partidas extrasalariales del precepto laboral y del civil, pues ello supone un enriquecimiento injusto del empresario-deudor.

<sup>188</sup> El art. 27 LCT de 1931 sirvió de base para justificar la mora por el retraso en el pago de cualquier partida (salarial o no); al respecto, MONTOYA MELGAR, A.; "La mora en el pago del salario", RPS, 1964, nº 64, pág. 98.

<sup>189</sup> También cuando el empresario-deudor haya perdido el plazo ex art. 1.129 C.Civ., entre las que citamos la apertura de la fase de liquidación del correspondiente proceso concursal (art. 146 LC'03). Más discutible es esa pérdida cuando tenga lugar

miento el que condiciona la exigibilidad, no la liquidez como han sostenido algunos autores<sup>190</sup>. Ciertamente, aquélla hace referencia al momento en que se activa el poder del acreedor y ésta (iliquidez) es, en todo caso, condición para imputar al deudor su incumplimiento<sup>191</sup>. Ello no obstante, sólo en casos muy extremos, cuando la iliquidez sea tal que impida conocer de forma absoluta qué es lo que se adeuda, podremos considerar que ésta no es exigible puesto que se ignora por completo qué se debe<sup>192</sup>.

Por otro lado, algunas sentencias y autores señalan que pese a que la deuda haya vencido, puede ocurrir que no sea exigible aún y que por lo tanto, no devengue interés ni pueda legitimar la resolución, lo que acontece cuando el trabajador haya consentido o tolerado la demora<sup>193</sup>. Pensamos que admitir esta opinión pudiera entrar en conflicto con el principio de indisponibilidad de derechos en relación con la exigencia legal de los arts. 4.2.f) y 29.1 TRET, párr. 1º, ya que el legislador establece como normas de derecho necesario la percepción puntual de la remuneración y la imposibilidad de que el pago de las partidas regulares y periódicas pueda ser superior al mes por las razones que ya se señalaron. No entendemos pues cómo se puede permitir ahora que las partes individuales puedan pactar un plazo mayor, contraviniendo el mandato legal y/o lo que pudieran haber acordado los sujetos colectivos, atentando de esta forma contra el principio de irrenunciabilidad de derechos<sup>194</sup>. Adviértase que lo que estamos planteando no es que con dicha prórroga haya una real renuncia al derecho al salario<sup>195</sup>; sino más bien, que lo que aquí se produce no es la renuncia al salario, sino la renuncia al plazo para el pago que, como derecho necesario, establece el legislador. De cualquier forma, no debe olvidarse que el art. 3.5 TRET no prohíbe sólo la renuncia, sino la disponibilidad, concepto más amplio que abarca situaciones como las que estamos analizando.

A estas razones habría que añadir que desde el plano socio-jurídico, la aceptación por parte del trabajador-acreedor del aplazamiento del pago se ve enormemente condicionada por la situación de subordinación en la que se encuentra, lo que supone matizar enormemente el alcance de la libertad de decisión del trabajador a la hora de acordar el aplazamiento ex art. 1255 C.Civ.<sup>196</sup>. Asimismo, se ha de tener en cuenta

---

un detrimento de bienes sobre los que recae el privilegio especial del art. 32.2 TRET y no hayan sido debidamente sustituidos por otra garantía; cfr. GARRIDO, J.M., *Tratado de las preferencias del crédito*; Civitas, 2000, pág. 182. Sin embargo, otros autores, con mejor criterio creemos, estiman que en este último supuesto el trabajador no podrá exigir una nueva garantía ni excluir el principio de la *post remuneración* (ex art. 1129.3º C.Civ.), por cuanto que la preferencia que deriva del privilegio del art. 32.2 TRET viene establecida ex lege; cfr. PARENTE, F., *Il sistema dei privilegi del credito*; Giuffrè ed., 2001, pág. 90.

<sup>190</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato por voluntad del trabajador"; REDT, nº 100, 2000, pág. 1075.

<sup>191</sup> BLASCO GASCÓ, F., "El objeto de la obligación. La prestación", en VALPUESTA (Coord.), *Derecho de...;* cit., págs. 99 y 100. Véase también MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *La indemnización...;* cit., pág. 73.

<sup>192</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el...;* cit., págs. 41 y 42.

<sup>193</sup> Algunas resoluciones judiciales en el sentido que estamos refiriendo, en ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*; cit., pág. 480, nota 7.  *Vid. STS*, de 28 de septiembre de 1998 (A.L., nº 2, 1999, ref. 66); y *STSJ* de Murcia, de 23 de julio de 2001 (AS 3441).

<sup>194</sup> PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; IEP, 1944, págs. 85 y 93; y PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL/THIBAUT ARANDA, "Sobre la naturaleza de las opciones sobre compra de acciones"; AS, nº 4, 2001, pág. 38.

<sup>195</sup> Esta parece ser la opinión de algunos autores cuando afirman que con la prórroga no existe renuncia, sino tan sólo el no ejercicio temporal del derecho, DE MIGUEL LORENZO, A.M., *La extinción causal...;* cit., pág. 93.

<sup>196</sup> Sobre esta cuestión, *vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.*; "Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación del trabajo" (Editorial); R.L., nº 18, 2000, especialmente págs. 1, 2, 9 y 12. También, CABRERA BAZÁN, J., "Sobre la causa y el principio de equivalencia de las prestaciones en el contrato de trabajo", en (AA.VV.) *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*; Tecnos, 1980, pág. 182.

el hecho de que, no lo olvidemos, el salario es la causa que lleva al trabajador a comprometerse con el empresario, y que su percibo es en muchas ocasiones la única fuente de ingresos para atender a sus necesidades familiares y personales. La consecuencia que tiene lo que estamos afirmando es que esa renuncia o disposición del plazo no sería válida y por lo tanto, es a partir del momento en que venció el plazo inicialmente establecido desde el que se ha entender que comienza el incumplimiento.

### Incuestionado y líquido

Con los otros dos requisitos (*crédito incuestionado y líquido*) se está reclamando que para que pueda acontecer la mora o la resolución es necesario que no haya litigio sobre la existencia misma de la deuda salarial y/o sobre su cuantía. En el supuesto del crédito salarial, los tribunales han optado por exigir que la deuda esté perfectamente líquida y determinada, rechazando la pretensión si existiera alguna discusión en torno a la cuantía no satisfecha<sup>197</sup>. Jurisprudencia que merece ser matizada con algunos elementos que debieran tenerse en cuenta<sup>198</sup>.

Así es, respecto al requisito de la *liquidez* de la deuda salarial, se entiende técnicamente por tal la determinación exacta y precisa del *quantum* en que consiste lo adeudado al trabajador<sup>199</sup>. Sin embargo, también debemos considerar que la obligación salarial es líquida no sólo cuando su cuantía está perfectamente determinada, sino también cuando para ello sea necesaria una simple operación aritmética con la que se obtiene el total de la deuda<sup>200</sup>. Es más, si en la deuda existiese una parte líquida y otra no, al ser posible que el acreedor pueda exigir su pago (*ex art. 1169.2º C.Civ.*), el devengo de intereses también se producirá con respecto a esa parte líquida<sup>201</sup>. Por ello y en función de su cuantía, como ahora veremos, será posible incluso solicitar la resolución; y a la inversa, esto es, el deudor que pague la parte líquida impide la aparición de la mora y la causa de resolución, pues ya no podría hablarse de incumplimiento. Como se sostiene por parte de la doctrina civilista, el art. 1169.2º C.Civ. no solo contiene la facultad de exigir el cumplimiento de la parte líquida, sino igualmente faculta al deudor para que pueda compeler al acreedor a recibirla<sup>202</sup>.

La exigencia de que el crédito esté *incuestionado* abre una amplia posibilidad a la actuación fraudulenta por parte del deudor, toda vez que éste puede plantear un proceso o litigio ficticio sobre cualquiera de los extremos señalados, con el objetivo de evitar la consecuencias de la mora o la resolución causal imputable al empresa-

<sup>197</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., *Liquidación y...*; cit., pág. 665. Véase la STS, de 2 de mayo de 2002 (RJ 2800).

<sup>198</sup> Esta continuidad en los criterios jurisprudenciales, pese a los cambios interpretativos y legislativos, ha sido criticada por diversos autores; ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 350.

<sup>199</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., "*Liquidación y...*"; cit., pág. 656.

<sup>200</sup> ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II*, vol. 1; cit., págs. 85 y 86; y STSJ de Cataluña, de 29 de octubre de 2001 (AS 58/2002).

<sup>201</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la...*; cit., págs. 533, 534, 578 y 579. Admitiendo también la mora en caso de liquidez parcial, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., "La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales", en *Cuadernos de Derecho Judicial «Extinción de las obligaciones»*; CGPJ, 1997, págs. 246 y 247.

<sup>202</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*; cit., pág. 336.

rio<sup>203</sup>. Ante la potencial casuística en las cuestiones que pudieran plantearse, los tribunales a quienes corresponda resolver esos casos deben atender a la buena fe de las partes en el ejercicio de las acciones<sup>204</sup>. En otras palabras, "la idea de controversia en orden al pago de una cantidad debida a efectos de mora ha de asociarse al hecho de la razonabilidad en la oposición, no a la negativa, sin más, de abonar lo debido que conduciría a una situación de injusticia con efectos claramente contraproducentes"<sup>205</sup>.

En relación también al carácter incuestionado, puede ocurrir que las partes estén de acuerdo en la existencia de la deuda, pero manifiesten su desavenencia en cuanto a su cuantía. De ser así, encontramos dos posibilidades: Una, que debido a la complejidad de la estructura salarial, la discrepancia surja por alguna partida en concreto, sobre su importe o su derecho al percibo. En este caso considero aplicable la solución antes adoptada, y de ahí afirmar que el trabajador puede exigir el pago de aquellas partidas sobre las que no exista duda (al ser líquidas) y dejar la discusión (y la iliquidez) sobre aquellas en las que subsista el desacuerdo. Y otra, puede que la discusión no sea por el total de la cuantía en la que consiste el crédito del trabajador, pues el deudor acepta deber al menos parte de la cuantía. En este caso, compartimos la idea de que "el que debe algo y no paga nada no obra bien, ni su conducta puede ser considerada ajustada a derecho"<sup>206</sup>. Por ello, y sin perjuicio de un tratamiento algo mayor para el caso de la mora, se puede considerar que el deudor que no pagó ni tan siquiera la cuantía que acepta deber, se considerará que incumple en esta parte y que por tanto sobre ella serán aplicables las consecuencias del art. 29.3 TRET y 50 TRET<sup>207</sup>.

Entendemos acertada también esta opinión desde el momento en que además, la sentencia que resuelve el litigio sobre la cuantía de la deuda no es constitutiva, sino meramente declarativa, pues parte de la existencia del crédito y la deuda y se limita a reconocer su cuantía, pero como decimos, de una obligación que ya se debía<sup>208</sup>.

#### a.4. Culpabilidad

Aceptamos de principio que es innecesaria la existencia de culpabilidad por parte del empresario para que operen las consecuencias previstas, aunque, a pesar de ser un elemento común a la mora y a la resolución, quizás convenga en determinadas ocasiones diferenciar cada una de ellas para argumentar el porqué de esta afirmación.

<sup>203</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato..."; cit., pág. 1076. Vid. STS, de 15 de junio de 1999 (A.S. 6736), F.J. 3º, párr. 2º *in fine*.

<sup>204</sup> STSJ de Extremadura, de 23 de mayo de 2002 (AS 2272); y STSJ de Castilla-La Mancha, de 2 de mayo de 2002 (AS 2800).

<sup>205</sup> STSJ de Murcia, de 10 de febrero de 2003 (AS 1346).

<sup>206</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II; Civitas, 1993, pág. 630.

<sup>207</sup> MARTÍN MELÉNDEZ, M.T., *La indemnización...*; cit., pág. 74; y SENRA BIEDMA, R., "La protección jurídica del salario y del crédito salarial e indemnizatorio y la ejecución de sentencias judiciales"; R.L., nº 4, 1998, págs. 24 y 25.

<sup>208</sup> MONTROYA MELGAR, A., "La mora en..."; cit., pág. 169; en el ámbito civil, BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el...*; cit., pág. 40. De opinión contraria, considerando la sentencia como constitutiva, HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*; cit., págs. 126 y 127.

Algunos autores sostienen que todo incumplimiento del deudor exige que se trate de un retraso culpable, pues éste es un elemento estructural del incumplimiento cuando se pretende obtener algún tipo de indemnización, compensación etc.; en consecuencia, sólo sería sancionable el incumplimiento doloso o culposo<sup>209</sup>. Sin embargo, otros autores consideran que es preciso atender a cuál sea el objeto de la prestación, de tal manera que "no será relevante la culpa para la mora en las obligaciones genéricas y, sobre todo, en las de dinero"<sup>210</sup>. En este sentido, conviene traer a colación el hecho de que en el ámbito civil, si bien la jurisprudencia se muestra aún vacilante en esta cuestión, parece claro el incremento permanente de las resoluciones que prescindan de la valoración de la conducta del deudor para declarar la resolución<sup>211</sup>.

También son numerosas las opiniones y razones que fundamentan que no sea precisa tal culpabilidad del deudor en el ámbito laboral<sup>212</sup>. Entre ellas señalamos que los preceptos no exigen la existencia de culpa por parte del deudor para fundamentar la mora o la resolución, estableciendo la doctrina civilista que en consecuencia, sólo se permitirá su exoneración (ex 1.105 C.Civ.) si prueba la presencia de caso fortuito<sup>213</sup>. Por otro lado, cuando se pretende extinguir la relación, se entiende que la acción resolutoria no viene a sancionar el acto responsable del deudor, sino más bien a tutelar o proteger a la contraparte (trabajador)<sup>214</sup>.

Sin embargo, nuestros tribunales no se muestran del todo firmes a la hora de exigir o no la culpabilidad del deudor en los casos de mora, existiendo una importante doctrina judicial que en ocasiones parece que la reclama, si bien quizás sea necesaria una detenida lectura para asegurar que así es en realidad<sup>215</sup>. Es preciso conectar esta opinión judicial con las exigencias para la resolución contractual ex art. 50 TRET, pues los fallos judiciales vienen requiriendo la puntualidad en el pago incluso cuando la empresa está en crisis, llevando esa exigencia a admitir la resolución del contrato ex art. 50.1 b) TRET también en esos casos y sin necesidad de culpa<sup>216</sup>. Aunque debe señalarse que frente a esta opinión se ha manifestado alguna sentencia que niega la jus-

<sup>209</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Régimen jurídico de la retribución", en (RAMÍREZ MARTÍNEZ/SALA FRANCO, Coords.) Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en materia laboral y procesal laboral; Tirant lo Blanch, 1999, págs. 219 y 220. En la doctrina civil, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., La mora; cit., págs. 28, 42, 73-75 y 99; y BELTRÁN DE HEREDIA, P., El incumplimiento de...; cit., págs. 28, 34 y 90-92.

<sup>210</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., Derecho de Obligaciones, II, vol. 1º; Bosch, 2000, pág. 181.

<sup>211</sup> Cfr. DE LA HAZA DÍAZ, P., El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo; Mc Gray Hill, 1996, págs. 73 y 74.

<sup>212</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 480.

<sup>213</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., El retraso en el...; cit., págs. 107 y 108. Como señala MARTÍN MELÉNDEZ, M.T. (La indemnización del...; cit., págs. 62 y 63), acreditar que la demora se debió a caso fortuito se convierte en algo realmente difícil en las deudas pecuniarias.

<sup>214</sup> DÍEZ-PICAZO, L., "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos"; A.D.C., 1969, págs. 399 y 400. Otros autores hablan de proteger la sinalagmaticidad, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., La mora y la...; cit., pág. 402.

<sup>215</sup> Vid. el resumen sobre las sentencias del TS, en CAVAS MARTÍNEZ, F., "Doctrina en Unificación del Tribunal Supremo" (junio de 1999); A.S., 1999, págs. 24 y 25. Vid. STSJ de Castilla y León/Valldolid, de 5 de mayo de 2003 (AS 2392).

<sup>216</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., "Régimen jurídico de...; cit., págs. 220 y 221. Vid. STS, de 25 de enero de 1999 (A.L., nº 21, 1999, ref. 828); y en la doctrina judicial, STSJ de Galicia, de 23 de mayo de 2003 (A.L., nº 41, 2003, ref. 1215), y STSJ de Cataluña, de 22 de enero de 2003 (AS 449). La culpabilidad, se señala, no es requisito esencial para justificar la resolución; ESCUDERO MORATALLA/CORBELLA HERREROS, "Últimas precisiones jurisprudenciales sobre despidos individuales (1996-1999)"; A.L., nº 45, 2000, pág. 733.

tificación de la resolución ex art. 50.1.b), alegando que ésta no procede cuando la falta de pago deriva de una situación de crisis en la empresa (suspensión de pagos) y no existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento, en cuanto que la empresa manifiesta un deseo de cumplir<sup>217</sup>. No podemos compartir esta última opinión, pues en tanto que el legislador no establezca algún mecanismo de coordinación entre aquél precepto y el art. 51 del mismo cuerpo legal, lo cierto es que el trabajador podrá resolver su contrato por falta de pago, incluso aunque el retraso en la extinción ex art. 51 TRET no sea imputable al empresario, sino debido a la demora en la resolución administrativa de la autoridad laboral<sup>218</sup>. Junto a ello no se olvide, el legislador otorga al empresario toda una serie de instrumentos para hacer frente a su situación de crisis sin tener que seguir manteniendo latente el contrato de trabajo (arts. 47, 51 TRET, etc.), "pero no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajos una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales (...)"<sup>219</sup>.

Por esta razón, nos parece que carece de sentido no exigir la culpabilidad para los supuestos más graves y sí hacerlo para los que tienen una menor trascendencia, pues ¿qué lógica tiene imputar la extinción del contrato al empresario-deudor que no paga o se retrasa en el pago, con la consiguiente indemnización y sin necesidad de que concurra culpa o dolo por su parte, y sí requerirla cuando se trata simplemente de la mora?<sup>220</sup>. En esta línea, entendemos que la especificidad de la relación laboral exige la existencia de una mora objetiva, ajena a cualquier requisito de imputabilidad, ya por aquélla especificidad laboral, ya por la ajenidad en el riesgo que trae como causa y consecuencia<sup>221</sup>.

Por otro lado, es preciso poner en relación la innecesariedad de culpabilidad del deudor con que el retraso no sea imputable al trabajador. Efectivamente, éste, como acreedor, debe cooperar en lo necesario con el deudor para poder llevar a buen fin la obligación, so pena de que sea el acreedor quien incurra en mora<sup>222</sup>. Ciertamente, el oportuno ofrecimiento y consignación de la totalidad de lo debido por parte del empresario-deudor, purga a éste de su *mora* y deslegitima al acreedor para poder pedir la resolución del contrato por retraso o impago<sup>223</sup>. No obstante, la mora del acreedor no redime la culpa pasada, por lo que el deudor debe ofrecer la deuda originaria y en su caso, lo debido por su mora<sup>224</sup>.

<sup>217</sup> STSJ de Castilla y León/Burgos, de 12 de marzo del 2001 (AL, nº 33, 2001, ref. 1238).

<sup>218</sup> En extenso, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "¿Condicionamiento de la acción de resolución del contrato por voluntad del trabajador a la finalización de un expediente de regulación de empleo?", R.L., nº 3, 2002. Vid. art. 64.10 LC'03.

<sup>219</sup> STS de Cataluña, de 22 de enero de 2003 (AS 449).

<sup>220</sup> En el mismo sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F., *Doctrina de Unificación...*; cit., pág. 25.

<sup>221</sup> Por todos, MONTOYA MELGAR, A., "La mora en el pago del salario"; RPS, nº 64, 1964, págs. 96 y 97.

<sup>222</sup> Sobre el fundamento y la naturaleza de esta cooperación por parte del acreedor, vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor", en (AA.VV.) *Homenaje al profesor JUAN ROCA JUAN*; Universidad de Murcia, 1989, págs. 117 y 118.

<sup>223</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La mora*; cit., págs. 87-89. Sobre la obligación de ofrecimiento previo a la consignación, vid. STSJ de Cantabria, de 10 de junio de 1998 (A.S. 2178).

<sup>224</sup> CABALLERO LOZANO, J.M., *La mora del acreedor*; Bosch, 1992, págs. 14, 285 (especialmente), 287, 288 y 294.

Ahora bien, no compartimos la opinión de que el trabajador debe aceptar el pago parcial si no quiere incurrir en *mora accipiendi* respecto de esa parte, que haría excluir la posibilidad de mora o extinción en esa porción<sup>225</sup>. Decimos que no nos parece acertada esta opinión porque como recogíamos más arriba, el trabajador –al igual que cualquier otro acreedor– se encuentra amparado por el principio de integridad e indivisibilidad en el pago. Además, el acreedor puede rechazar el ofrecimiento del pago hecho por su deudor si la prestación que realiza no se ajusta a lo establecido o acordado, por ejemplo y sin perjuicio de lo dicho en su momento respecto del *quantum* y su relación con la integridad, por la falta de idoneidad en la cuantía<sup>226</sup>. En este sentido, es innegable que "choca con los principios que rigen el pago de las obligaciones entender que el trabajador esté obligado a aceptar una propuesta que no cubra la totalidad de su crédito (En suma) lo ofrecido por el empresario ha de ser el cumplimiento íntegro de su obligación (...) Sólo ante una propuesta de este contenido cabe considerar que su rechazo por el trabajador es injustificado [de lo contrario] «no puede compelerse» (art. 1169 Código Civil) al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en las que consiste la obligación (...)»<sup>227</sup>. Abundando algo más, debe destacarse que si bien puede ser discutible e incluso, como hemos visto, rechazable considerar que el art. 1169.2º C.Civ. contenga únicamente una facultad a favor del acreedor, no debe perderse de vista que el supuesto al que ahora estamos haciendo referencia (incumplimiento/pago parcial) no es el previsto en ese precepto civil (iliquidez parcial de la deuda), por lo que no sería aplicable lo antes dicho respecto a la posibilidad de que el acreedor pueda ser compelido a aceptar esa parte.

## b. Mora

Antes de estudiar otros aspectos más específicos de la mora, conviene tener presente que si el hecho que la fundamenta es el retraso del deudor en el cumplimiento de la prestación a la que se obligó, y éste se produce desde que expira el día del vencimiento, debemos concluir que al ser la prestación salarial una obligación de tracto sucesivo, cuya materialización se lleva a cabo periódicamente, cada prestación devenga su propia mora, por lo que la mora en el pago de algún periodo no afecta o se extiende al posterior, ya que tales pagos tienen una estructura autónoma e independiente de los demás<sup>228</sup>.

### b.1. Requisitos: Interpelación

Debemos aclarar ahora la necesidad o no de interpelación al deudor como requisito previo para identificar el momento a partir del cuál comienza el devengo de los intereses. Sobre ello, traemos aquí lo señalado en el art. 1100 C.Civ., cuyo párr. 1º exige para constituir en mora al deudor que el acreedor le interpele y reclame las cuantías adeudadas, advirtiéndole de este modo tanto de su deseo de que cumpla la prestación una

---

<sup>225</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato...; cit., pág. 1076. Sobre la excepción que en esto supone el pago mediante cheque, *vid.* lo señalado más arriba, al referirnos a la integridad y indivisibilidad.

<sup>226</sup> CABALLERO LOZANO, J.M., La mora del acreedor; Bosch, 1992, págs. 15 y 145.

<sup>227</sup> STSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de octubre del 2000 (AS 3366).

<sup>228</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., La mora; cit., págs. 38 y 84.

vez que llegó el día del vencimiento, como de que cese en el retraso o cumplimiento inexacto que deriva en su demora<sup>229</sup>. No obstante, el mismo precepto civil establece dos párrafos más que merecen ser analizados para nuestro caso, pues establecen sendas matizaciones a ese principio de interpelación.

El párr. 2º contiene dos supuestos que eximen al acreedor de la interpelación: uno primero, cuando en la ley o en la obligación así se hubiera declarado expresamente, hecho que no ocurre en el caso del crédito salarial; y dos, cuando la fecha fijada para el cumplimiento "fue motivo determinante para establecer la obligación", es decir que el plazo de cumplimiento tenga una especial importancia<sup>230</sup>. Respecto a éste último, consideramos que es aplicable a la obligación salarial, toda vez que, a) el plazo al que está haciendo referencia este precepto civil no es esencial, pues de ser así llevaría a la imposibilidad física o jurídica del cumplimiento posterior y en consecuencia, no cabría la posibilidad de mora<sup>231</sup>. Y b), como ya ha quedado señalado, pese a que el plazo fijado para el pago del salario no tiene un carácter esencial, sí tiene condición de perentorio y de una enorme importancia socio-económica para el trabajador<sup>232</sup>. Razones éstas que como decimos, podrían eximir al trabajador del deber de interpelar<sup>233</sup>.

Sobre las obligaciones recíprocas a las que hace referencia el párr. 3º del referido art. 1100 C.Civ., existe una división de opiniones en la exigencia o no de requerimiento al deudor. Así, mientras para algunos lo que se establece es una mera especificación a la regla general del párr. 1º (la necesidad de intimación previa): exigir del acreedor que reclame la deuda, además de que él cumpla con su obligación<sup>234</sup>. Para otros, la solución depende de que las obligaciones recíprocas sean de cumplimiento simultáneo o no, pues en el primer caso se producirá la mora de forma automática, sin necesidad de requerimiento alguno, mientras que en el segundo (sucesivas) sería preciso dicha interpelación<sup>235</sup>. También hay una gran parte de autores que consideran que el párr. 3º establece la mora automática, con el único requisito de que llegado el día del vencimiento, la parte que reclama el cumplimiento haya realizado debidamente su prestación<sup>236</sup>. Y es ésta la solución que nos parece más razonable, no sólo por el literal del precepto que no hace distinciones en las obligaciones recíprocas, sino en aras de una mejor tutela del principio de sinalagmaticidad, más aún tal y como lo hemos concebido en el terreno laboral<sup>237</sup>.

<sup>229</sup> CARDENAL FERNÁNDEZ, J., El tiempo en el...; cit., págs. 200 y sgs.

<sup>230</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, G., "La mora y...; cit., pág. 552.

<sup>231</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; cit., T. I, Vol., 2º, pág. 489; y CARDENAL FERNÁNDEZ, J., El tiempo en el...; cit., pág. 104.

<sup>232</sup> DE MIGUEL LORENZO, A.M., La extinción causal del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, Civitas, 1993, pág. 87.

<sup>233</sup> MOLERO MANGLANO, C., La supletoriedad del...; cit., págs. 131 y 133. De opinión contraria MONTOYA MELGAR, A., "La mora en...; cit., págs. 104 y 105. Sin embargo, la divergencia de este autor respecto a la idea que mantenemos aquí quizás sea consecuencia de apreciar como esencial del plazo del que habla este art. 1100 párr. 2º, 2 C.Civ.

<sup>234</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º; cit., págs. 186 y 197. Del mismo autor, "Mora en las obligaciones recíprocas"; Revista de Derecho Privado, Julio-Agosto, 2000, págs. 627-629; y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., La mora; cit., pág. 83.

<sup>235</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., "El incumplimiento de la obligación", en VALPUESTA (coord.) Derecho de...; cit., pág. 189. Una incisiva crítica a la postura que distingue la constitución en mora en las obligaciones recíprocas según que éstas sean de cumplimiento simultáneo o no, en ALBALADEJO, M., "Mora en las obligaciones...; cit., págs. 624 y sgs.

<sup>236</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J.; El retraso en el...; cit., págs. 56 y 214; y RODRÍGUEZ DEVESA, C., El salario, la jornada de trabajo y su jurisprudencia; Aranzadi, 1982, pág. 387.

<sup>237</sup> MONTOYA MELGAR, A., "La mora en...; cit., pág. 105; y GARCÍA ABELLÁN, I., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., págs. 174 y 175.

Consecuentemente con todo lo señalado, sea por la especial importancia del plazo para el pago o sea por el carácter recíproco de las prestaciones, entendemos que la mora se inicia desde el momento en que llegado el día de pago, el empresario no cumple con la obligación salarial, esto es, desde el día de su vencimiento<sup>238</sup>. En cualquier caso, hacemos nuestras las palabras de quienes afirman que esta necesidad de intimación no responde a la realidad actual, "sobre todo teniendo en cuenta que muchas veces los deudores son empresas más poderosas que los acreedores"<sup>239</sup>.

## b.2. Efectos

Por último, debemos preguntarnos sobre la naturaleza jurídica de los efectos de la mora que señala el art. 29.3 TRET. La primera de las cuestiones a resolver pretende responder si el porcentaje que señala este precepto se trata de interés o recargo y, segunda, si la cifra resultante es o no salario en sentido jurídico. Pero antes de ello, quisiéramos manifestar nuestra crítica a la fijación de un porcentaje permanente (10%), ya que consideramos que sería más conveniente que éste variara en función de los diversos factores que son tomados en cuenta para su establecimiento. Adviértase, como veremos, que esto ha supuesto un importante perjuicio para el trabajador (e incluso para el empresario-deudor), ya que una norma de este tipo –que fija una cuantía o porcentaje de manera permanente–, no sirve para hacer frente a los cambios económicos que puedan producirse y que terminan por repercutir sobre el salario del trabajador. Por esta razón, consideramos que sería más oportuno que el valor de la mora no se establezca de forma tan rígida, sino que se ponga en relación con aquellos bienes o derechos que pretenden salvaguardarse con su establecimiento. En este sentido, proponemos una técnica similar a la prevista en la normativa civil (art. 1108 C.Civ.) recogida como consecuencia de la reforma operada por la Ley 24/1984, de 29 de junio de 1984; pues también con ella se consiguen "evitar los reiterados incumplimientos de las deudas dinerarias por parte de los obligados, que especulan con una tasa baja de interés moratorio, difiriendo el cumplimiento y colocando de modo remuneratorio más generoso la suma debida"<sup>240</sup>. En consecuencia, planteamos el establecimiento de un incremento sobre una cifra fijada *a priori* (interés legal, tipo de interés básico del Banco de España, IPC, etc.), siempre teniendo en cuenta que el porcentaje o incremento finalmente establecido debiera de atender a la situación económica real, de tal forma que esa cifra pueda cumplir los objetivos que con la mora se quieren alcanzar; a saber, servir de acicate para que el empresario-deudor cumpla puntualmente con el pago y evitar al trabajador la pérdida de su poder adquisitivo<sup>241</sup>.

<sup>238</sup> De la misma opinión, PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., pág. 139; y STSJ del País Vasco, de 5 de febrero de 2002 (A.L., nº 24, 2002, ref. 773). Admitiendo también la aplicación del art. 1100 C.Civ. al supuesto de la mora en el pago del salario; RODRÍGUEZ SANTOS, B., "La retribución del trabajo y el Fondo de Garantía Salarial: retribución del trabajo"; en (AA.VV.) El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo; IES, 1980, pág. 50.

Quizás sería más oportuno decir que la fecha se inicia el día del devengo, que no tiene por qué coincidir con el de vencimiento; STSJ de Castilla-La Mancha, de 17 de octubre de 2002 (AS 1118/2003).

<sup>239</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; cit., T. I, Vol., 2º, págs. 486 y 487 (citando a F. BENATTI).

<sup>240</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., "Mora *debitoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio"; en (AA.VV.) Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells, T. II; La Ley, 1994, págs. 1507 y 1508.

<sup>241</sup> En este sentido, creemos conveniente señalar que el tipo interés aplicable a los préstamos a hogares para créditos al consumo se situó el año 2001 de media en el 10'12%, a lo que debieran añadirse los costes necesarios de la operación

En este orden de cosas, también consideramos que el legislador debe limitarse a fijar el mínimo de ese valor variable en relación a la cifra tomada como referencia, correspondiendo también a la negociación colectiva la introducción de otros mecanismos de este tipo<sup>242</sup>.

### ¿Interés o recargo?

En opinión de la jurisprudencia y de la doctrina mayoritaria, el 10% al que se refiere el legislador laboral es un interés que se devenga proporcionalmente al tiempo de la demora<sup>243</sup>. Los argumentos que suelen alegarse son, por un lado, el literal del art. 29.3 TRET, que habla de *interés por mora*, lo cual exige que su determinación esté en función no sólo de la cuantía sino también del tiempo que perdure el retraso<sup>244</sup>. Y por otro, su paralelismo con el art. 1108 C.Civ., que establece el devengo de intereses como consecuencia de la demora en las obligaciones dinerarias (en las que parece estar pensando el legislador en el art. 29 TRET). Asimismo, se han indicado razones de interés socio-económico, pues el perjuicio que se deriva para el trabajador varía en función del tiempo que dure el mencionado retraso, ya que si no se tiene en cuenta en proporción al tiempo de retraso "invitaría al empresario a «dilatar al máximo el cumplimiento de lo debido»" o supondría un perjuicio para el empresario que pague antes<sup>245</sup>.

Como consecuencia de ello, se viene a interpretar que el art. 1108 C.Civ. (en relación con el art. 1101 C.Civ.) debe considerarse aplicable supletoriamente y por ello, entender que el periodo de referencia es el año<sup>246</sup>.

Sin embargo, ha de indicarse que existe una doctrina minoritaria que entiende que el art. 29.3 TRET no recoge un interés anual proporcional al tiempo de cumplimiento, sino un recargo o interés a tanto alzado<sup>247</sup>. Consideramos más acertada esta opinión con base en los siguientes argumentos<sup>248</sup>:

En primer lugar, el art. 29 TRET se configura como un precepto cerrado en el que el legislador, impulsado por razones socio-económicas que de seguido veremos, ha querido establecer un régimen particular para el caso del retraso en el pago del salario (re-

(Fuente: Banco de España. Boletín Estadístico. Abril del 2002; [www.bde.es](http://www.bde.es)). Para el año 2004, esa cifra se situó entorno al 8% (*ibidem*, [www.bde.es/infoest/a1803.pdf](http://www.bde.es/infoest/a1803.pdf)).

<sup>242</sup> En todo caso, el actual 10% (interés o recargo) juega como mínimo mejorable en negociación individual o colectiva; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración...; cit., pág. 273.

<sup>243</sup> Por todos, DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones de...; cit., T/11, pág. 31.

<sup>244</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., El Salario; cit., págs. 152 y 153.

<sup>245</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del...; cit., pág. 386; y SALA FRANCO (Dir.), Derecho del...; cit., págs. 486 y 487. Vid. STSJ de La Rioja, de 22 de septiembre de 1998, (A.L. nº 1, 1999, ref. 44).

<sup>246</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 609. Véase la STSJ de Castilla-La Mancha, de 24 de septiembre de 1998 (A.L., nº 8, 1999, ref. 327).

<sup>247</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del...; cit., pág. 351. Debe resaltarse también que en algunas sentencias en las que se condena al empresario al pago de la mora se aplica no un 10% anual, sino que ese porcentaje se aplica sobre la cuantía debida, con independencia de cuál sea el tiempo que dura el retraso; v. gr., STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero del 2001 (AS 1428).

<sup>248</sup> Señalamos desde ahora que cuando utilizemos la expresión *interés* o *intereses* para referirnos a los del art. 29.3 TRET, estamos aludiendo al recargo o interés a tanto alzado y no a un interés anual de devengo proporcional.

cargo), pues no tiene ningún sentido que haya fijado expresamente el porcentaje (10%) y se afirme que por "olvido" u omisión no fijase el periodo de referencia. En relación con ello, debe recordarse que "el ordenamiento laboral permite y obliga a una integración de los vacíos o lagunas que en él se produzcan en función de sus propios textos legales antes de acudir al Código Civil que sólo regirá cuando la posibilidad expansión resulta inviable (...)"<sup>249</sup>.

Segundo, razones jurídico-económicas no permitirían considerar el interés como devengado en espacio anual con prorrateo proporcional por periodos inferiores, pues si el régimen establecido por el legislador laboral estuviese pensado para otorgar al trabajador una mayor protección que la regla civil (art. 1108 C.Civ.), esa finalidad se vería quebrada con la interpretación que sostiene aquél sector mayoritario, debido a que en algunas ocasiones el interés legal del dinero (al que hace referencia el precepto civil) ha sido superior al 10% anual<sup>250</sup>. Por eso, difícilmente podemos compartir que el legislador haya establecido un tipo de interés anual de forma permanente e inalterada desde la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, más aún en una economía cambiante y fluctuante como la nuestra, donde las oscilaciones en el interés del dinero y de la inflación pueden variar sustancialmente de un año a otro, como de hecho ha ocurrido en numerosas ocasiones<sup>251</sup>. En efecto, en un contexto económico en el que la inflación superaba con mucho ese 10% anual, es harto difícil que pueda seguir manteniéndose que ese porcentaje se devengaba en proporción anual<sup>252</sup>.

En tercer lugar, nos basamos en los antecedentes legislativos, porque en otras ocasiones en las que el legislador sí ha establecido un verdadero interés se ha preocupado de fijar el periodo de referencia, pero que debió modificar ante las distorsiones de orden económico que generaban, ya que en un año los intereses devengados podían dar lugar a superar con mucho el doble de lo adeudado<sup>253</sup>.

Sobre el argumento legal, también podría señalarse que de aplicar analógicamente el art. 1108 C.Civ. al caso del salario se estaría limitando ese interés a las deudas dinerarias, pues aquél va referido a éstas ("Si la obligación consistiere en el pago

<sup>249</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla, de 6 de noviembre de 1998 (A.L., nº 9, 1999, ref. 368). La consecuencia de ello es negar la aplicación analógica del art. 1.108 C.Civ.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; "La indemnización por retraso en el pago del salario"; R.L. «Comentario de Jurisprudencia», 1996-II, pág. 66.

<sup>250</sup> SENRA BIEDMA, R., "La protección..."; cit., págs. 23 y 24. En 1985 se fijó en un 11%, en 1986 en un 10'5%, en 1992 se estableció el 10%, igual porcentaje que en 1993; Fuente: BANCO DE ESPAÑA-Boletín Estadístico de los años 1988, 1990 y 1998. En la D.A 6ª de la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995 establecía un 11% para ese ejercicio. Este hecho ya fue puesto de manifiesto por parte de nuestra doctrina, cfr. MONTOYA MELGAR, A., "La retribución del trabajo"; en DURÁN LÓPEZ/MONTOYA MELGAR/SALA FRANCO, El ordenamiento laboral y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario; MTSS, 1987, pág. 249.

<sup>251</sup> Es más difícil que esto pueda ocurrir actualmente, debido a las exigencias de convergencia y estabilidad presupuestarias; al respecto, PÉREZ-TENESSA, A., La introducción del euro en España; Civitas, 1999, págs. 30 y 31. Sobre las condiciones de convergencia y sus consecuencias sociales y, en especial, sobre los propios trabajadores; AA.VV. (NIETO SOLÍS, Ed.) La economía española ante la Unión Monetaria Europea; Síntesis, 1997, especialmente, págs. 30, 31 y 51-56.

<sup>252</sup> La inflación anual de los años en los que se promulgó el Estatuto de los Trabajadores era el siguiente (% en el periodo de 1978 a 1986); de 1978 a 1983: 16'5, 15'6, 15'2, 14'4, 14 y 12'2. Sólo es a partir de mediados de los '80 cuando la inflación es inferior al 10%. Fuente: Instituto Nacional de Estadística. Cifras similares –aunque no exactamente iguales– sobre el IPC, en FINA SANGLAS/GONZÁLEZ DE LENA/PÉREZ INFANTE, Negociación colectiva y salarios en España; CES, 2001, pág. 118.

<sup>253</sup> PÉREZ BOTIJA, E., Salarios; cit., págs. 138 y 139; y BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho...; vol. 1; cit., pág. 433. Como recuerda BORRAJO DACRUZ, E. ("Configuración jurídica del salario"; RPS, nº 50, pág. 14), el art. 87 LCT de 1931 llegó a fijar un interés semanal (5%).

de una cantidad de dinero..."), excluyéndose de esta forma la retribución *in natura*, que si bien no es una deuda dineraria, sí es una deuda salarial y que por ello debiera recibir el mismo tratamiento que la parte dineraria (*ubi lex non distinguit...*). En resumen, pareciera que con la redacción del 29.3 TRET se deben incluir las deudas en especie en cuanto que son susceptibles de valoración económica/conversión en dinero o incluso, en ocasiones, de admitir el incremento de bienes *in natura*.

No es ésta, sin embargo, la opinión que aquí defendemos, ya que no consideramos acertado que ese recargo sea predicable también de este tipo de deudas salariales (en especie), y ello porque el porcentaje del 10% se ajusta mejor a una de las ideas básicas que con él se busca: evitar la pérdida de poder adquisitivo por parte del trabajador que se ve injustamente privado de su salario. Adviértase que ese tipo de recargos –al igual que ocurre con los intereses– son predicables de "una deuda que consiste en el pago de una suma de dinero"<sup>254</sup>. Por todo ello, es fácilmente comprensible su aplicación en este caso a la parte dineraria de la retribución del trabajador, ya que ésta es la que puede verse afectada más claramente por el retraso en el pago, pues el principio nominalista puede hacerle perder parte de su valor real, como consecuencia del transcurrir del tiempo. Es lógico y coherente con lo dicho que el recargo no sea predicable del salario *in natura*, porque si con él lo que se quiere es –al menos, en parte– evitar la pérdida de poder adquisitivo del trabajador, ésto no afecta al salario en especie, por cuanto que en este caso corresponderá al deudor que se retrasa soportar los posibles cambios en el valor de dicho bien, porque debe no una determinada cantidad de monedas, sino un bien o derecho distinto, cumpliendo con su entrega (o, en todo caso, con la entrega del valor del bien al momento del pago). Y ésto sin perjuicio de que el retraso pueda producir algún daño al trabajador, en cuyo caso será aplicable lo que después decimos sobre el mayor daño.

Cuarto, también razones de tutela y protección apoyan esta idea. Así, la normativa laboral reitera en varias ocasiones la importancia del pago puntual del salario, causa por la cual establece diversas medidas en aras a tutelar y garantizar el pago en el plazo fijado, de ahí que afirmemos que con la regulación del art. 29 TRET el legislador haya querido establecer de nuevo un sistema propio de protección para los casos de retraso en el pago del salario<sup>255</sup>. Es decir, en nuestra opinión, el art. 29.3 TRET, guiado por un doble objetivo, pretende sustancialmente proteger la función social del salario. Así, procura, por un lado, salvaguardar una vez más el pago puntual del mismo (evitar o prevenir el daño), imponiendo un mecanismo que exija al patrono un pago diligente<sup>256</sup>. Y por otro, trasladar al deudor el riesgo por su demora en el pago, expresado en este caso en el interés por conservar el poder adquisitivo, pues es innegable que el transcurso del tiempo afecta al valor real del dinero y por ende, mella las posibilidades de satisfacer las necesidades personales y familiares del trabajador<sup>257</sup>.

<sup>254</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. II; Civitas, 1993, pág. 282.

<sup>255</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.; "La indemnización..."; cit., pág. 66.

<sup>256</sup> OLIET GIL, "Liquidación y..."; cit., págs. 152 y 153. Especialmente, PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1944, pág. 31.

<sup>257</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., "Mora *debetoris*, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio"; ADC, T. XLVII, fasc. III, 1994, págs. 22-24.

De todo ello extraemos que cobra mayor peso el carácter de recargo, porque a diferencia de los intereses moratorios que ponen el acento sobre la *indemnización* al acreedor por los *daños* que le produce el retraso en la entrega, el recargo hace referencia a la cuestión de la *puntualidad* en el pago, en tanto que pretende servir de estímulo al cumplimiento en plazo y evitar así el retraso y el daño consecuente<sup>258</sup>.

Y finalmente, no es admisible el argumento de la proporcionalidad en el devengo de intereses para evitar "premiar" los mayores retrasos o "castigar" al empresario que pretende cumplir cuanto antes, aunque extemporáneamente. Adviértase que de aceptarse esa idea, a) se obviaría que uno de los fines perseguidos por el legislador es garantizar el pago puntual, ya que el interés pretende básicamente mantener el poder de adquisición de la cuantía debida, y no tanto exigir una pago diligente. b) El trabajador también dispone de otros mecanismos para que el empresario procure el pago en el más breve espacio de tiempo (resolución contractual ex art. 50.1.b TRET, intereses ex art. 576 LEC, etc.). Y c), téngase en cuenta además que son difíciles los supuestos de retrasos superiores al año, tanto porque el plazo de prescripción en materia salarial es anual (art. 59.2 TRET), como porque de ser así, se desvirtúa la función socio-económica que la Constitución le otorga al salario<sup>259</sup>.

En todo caso, la solución a ello también es dada desde la posición que mantenemos, al poder entenderse también que el recargo a tanto alzado se devenga y es acumulable cada año<sup>260</sup>.

### Salarial o no

Resuelta la primera cuestión, queda por dilucidar la segunda interrogante, relativa a la naturaleza jurídica salarial o no de la cuantía obtenida en aplicación del art. 29.3 TRET. La respuesta que se dé depende en gran parte del concepto que se mantenga sobre esos *intereses*, esto es, que los consideremos "un fruto del salario, o de que le demos carácter indemnizatorio de los perjuicios causados por el retraso en el pago"<sup>261</sup>. En este sentido, la inmensa mayoría de la doctrina, al considerar que lo que se están recogiendo son intereses moratorios, no duda en calificar de indemnización a la cantidad resultante<sup>262</sup>. Afirmación que sustentan los autores, entre otras razones, en que con ellos lo que se pretende es resarcir al trabajador de los perjuicios que el cumplimiento extemporáneo puede suponerle<sup>263</sup>. Como consecuencia de todo ello, se consideraría una obligación autónoma desligada de la obligación salarial<sup>264</sup>.

<sup>258</sup> Sobre los distintos tipos de intereses, *vid.* CARDENAL FERNÁNDEZ, J., *El tiempo en el...*; cit., págs. 255-259, 336 y 337.

<sup>259</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La indemnización..."; cit., pág. 66.

<sup>260</sup> Como señalan ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE (citados por GALLEGO MORALES/OLARTE ENCABO, "Liquidación y pago..."; cit., pág. 280, nota 54): "Quizá la interpretación más razonable sea la de que el recargo (...) es del 10 por 100 si la mora no excede de un año, del 20 por 100 si excede de éste sin llegar a dos, etc."

<sup>261</sup> GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo de Garantía Salarial*; IELSS, 1983, pág. 184.

<sup>262</sup> Por todos, DIÉGUEZ CUERVO, G., "Infracción normativa..."; cit., pág. 16. En relación con ello y los intereses del art. 1108 C.Civ. (aunque referido a los intereses del art. 921 LEC), véase la STS, de 11 de diciembre de 2002 (A.L., nº 13, 2003, ref. 387).

<sup>263</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "Retroactividad del convenio colectivo y cláusula penal en materia de vacaciones"; RPS (Tribunal Central de Trabajo), nº 144, 1984, pág. 292. *Vid.* STS, de 11 de diciembre de 2002 (A.L., nº 13, 2003, ref. 387).

<sup>264</sup> J. A. DORAL/J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Nuevas orientaciones sobre la obligación de pago de intereses"; ADC, T. XXXIII, 1980, pág. 538, en relación con la pág. 526.

Difiere nuestra posición al respecto, porque como señalábamos el interés a tanto alzado que recoge el art. 29.3 TRET responde a una doble tutela: procurar garantizar al trabajador el pago puntual y, como efecto propio de la constitución en mora, trasladar al deudor el riesgo que supone la tardanza en el pago, pero sin que sea necesaria la existencia de culpa por su parte. El empresario que no cumple con su obligación e impone con ello al trabajador la falta de disposición de su salario el día de pago, debe responder también por los riesgos que se generan tras la mora<sup>265</sup>. En consecuencia, ha de reparar al trabajador por la quiebra que le supone el cobro tardío de su salario, procurando mantener el poder adquisitivo de lo abonado y evitar así una ruptura del equilibrio de las prestaciones derivada de dicho retraso<sup>266</sup>.

Siguiendo esta idea, el recargo moratorio manifiesta una naturaleza salarial<sup>267</sup>. A lo señalado cabría añadir las siguientes razones: primera, al considerarse como un obligación accesoria se revela como mera prolongación en el tiempo de la obligación principal<sup>268</sup>. Segunda, porque pretende una actualización permanente de lo adeudado y que su abono responda verdaderamente al valor que correspondía al trabajo subordinado en el momento que se previó su pago<sup>269</sup>. En definitiva, que no se pretenda tanto resarcir al trabajador por ese "mayor daño", sino mantener el valor real o poder adquisitivo del crédito, sin que ello implique transformar la naturaleza de la obligación pecuniaria en una deuda de valor, pues se trata simplemente de sustraer (ex art. 35 CE) el crédito salarial del principio nominalista<sup>270</sup>. En este sentido conviene recordar que este principio –regla general– no debe operar en situaciones anormales: incumplimiento de las obligaciones –excepción–, razón por la cual no debe mantenerse en los casos de retraso en el pago; amén de que aún reconociendo la necesidad del principio nominalista en un sistema capitalista desarrollado como el nuestro, ello no impide que pueda ser exceptuado "en determinados casos y determinadas condiciones, con remedios valoristas"<sup>271</sup>.

<sup>265</sup> Sobre el nexa causal que media entre la mora del deudor y la depreciación, y que permite justificar la obligación del deudor de resarcir por ello al trabajador-acreedor, *vid.* LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio"; ADC, T. XLVII, fasc. III, 1994, págs. 21 y 22

<sup>266</sup> Aunque referidas a los intereses ex art. 1.108 C.Civ., es aplicable a nuestro caso la opinión del TS mantenida en alguna sentencia "que considera a los intereses moratorios como una forma de mantener la equivalencia de las prestaciones", MARTÍN MELÉNDEZ, M. T., La indemnización...; cit., pág. 201. De igual forma, aunque referida a una cuestión de vacaciones, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. ("Retroactividad del..."; cit., pág. 300) señala que si lo que se pretende es eximir de tener que probar los daños que le ocasiona el retraso, la responsabilidad por daños "no es la primordial en toda teoría del resarcimiento; lo esencial es el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la parte perjudicada".

<sup>267</sup> Debe señalarse también que en el trámite parlamentario de este apartado se excluyeron aquellas enmiendas que expresamente hablaban de indemnización; al respecto, *vid.* SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (Dir.) Debate parlamentario sobre el Estatuto de los trabajadores; IES, T.I, 1981, págs. 501 y sgs. Asimismo, se ha incluido dentro del concepto de obligación salarial a la que hace referencia el art. 42.2 TRET; GODINO REYES/SAGARDOY DE SIMÓN, Contrata y subcontrata de obras y servicios. La cesión de trabajadores a través de las empresas de trabajo temporal; CISS, 1998, pág. 47.

<sup>268</sup> CORSINI/FORMERO/TAMBIERI, *Crediti di lavoro, surrogazione e compensazione*; ed. Giuffrè, 1999, pág. 43.

<sup>269</sup> HAGELSTEEN, D., "Les intérêts moratoires: nature et régime fiscal"; *Reveu François de Droit Administratif*, 1994, 1-3, págs. 367 y 368. Del mismo autor, en *Recueil Dalloz*, 1993 (*Jurispr.*), pág. 455; y PROVIDENTI, F., en *Procedure consorsuali e diritti dei lavoratori*; ed. Giuffrè, 1990, pág. 35.

<sup>270</sup> BORELLI, S., "Diritto alla retribuzione proporzionata e sufficiente e criteri di rivalutazione dei crediti di lavoro"; RIDL, 2001-4 (II.- *Ciurisprudenza*), págs. 671-673.

<sup>271</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio"; en (AA.VV.) *Estudios...*; cit., págs. 1501 y 1503.

### b.3. Revalorización y mayor daño

Ya hemos señalado que el interés por recargo previsto en el precepto laboral pretende, entre otros, evitar la pérdida de poder adquisitivo por parte del trabajador. Sin embargo, esta cuestión no debiera confundirse con las consecuencias de la depreciación monetaria, pues una cosa es la menor capacidad de adquirir ciertos bienes o servicios, que sí se conecta con "la pérdida económica que el patrimonio del acreedor padece al tener que procurarse bienes y servicios a un costo mayor", y otra bien distinta es la pérdida del valor de la prestación dineraria debida, esto es, su relación respecto al valor de la prestación (laboral) en un momento dado.

Por ello, si se considera que éste valor es el objeto debido en la obligación salarial dineraria (y no el relacionado con la menor capacidad de compra), la pérdida de su valor en cuanto dinero se conecta con "la tasa de inflación, o a lo sumo, a la tasa básica de descuento fijada por el Banco Central". Si todo esto se relaciona con el hecho de que el legislador del art. 29.3 TRET establece de forma fija o rígida el recargo o interés debido por mora, debemos concluir que ese precepto –como ha quedado expuesto más arriba– no ha tenido por qué tener en cuenta las cambiantes circunstancias de la vida social y económica. En consecuencia, en el caso de mora –donde no debe operar el principio nominalista– será preciso además proceder a una debida y adecuada revalorización previa de la suma adeudada<sup>272</sup>.

Por otro lado, consideramos que no existe problema para admitir la compatibilidad del recargo que prevé el legislador con que el trabajador pueda probar y reclamar el mayor daño que como consecuencia del retraso pudiera originarse<sup>273</sup>. Efectivamente, la demora en el pago del salario puede acarrear al trabajador problemas no sólo por el mero retraso (v. gr., menor valor de lo adeudado), sino también por la falta de disponibilidad de lo debido, ya porque le impediría poder destinar esa cantidad a un determinado fin que le fuera rentable (lucro cesante), ya porque puede obligarle a asumir o sufrir una serie de gastos que en principio hubiera resuelto con el pago puntual de su retribución (daño emergente) y que no se satisfacen suficientemente con el porcentaje previsto en el art. 29.3 TRET (v. gr., mora en el pago del alquiler de su vivienda, necesidad de solicitar algún préstamo para hacer frente a deudas que pudo pagar con su salario, etc.)<sup>274</sup>.

### c. Resolución contractual

Conviene empezar este apartado recordando que la extinción del vínculo contractual ex art. 50 TRET no se produce por la mera voluntad del trabajador ("el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato"), sino que requiere una sentencia afirmativa en

<sup>272</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., "Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio"; en (AA.VV.) Estudios...; cit., págs. 1504 y sgs.

<sup>273</sup> J. A. DORAL/J. MARINA MARTÍNEZ-PARDO, "Nuevas orientaciones..."; cit., págs. 543 y 544; y BORELLI, S., "Diritto alla retribuzione..."; cit., pág. 674.

<sup>274</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., El retraso...; cit., págs. 249, 250, 299 y 300. De la misma opinión se muestra FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración...; cit., págs. 278 y 279.

tal sentido para que la ruptura conlleve los efectos previstos en ese precepto, pues es la resolución judicial la que constituye tal extinción<sup>275</sup>.

En segundo lugar, es preciso hacer algunas observaciones sobre la resolución contractual, puesto que ésta se presenta como una excepción al principio de conservación del negocio, de ahí que no sirva cualquier incumplimiento, sino que es necesario que éste sea cualificado<sup>276</sup>. En otras palabras, para que un retraso legitime dicha resolución, se afirma que es preciso que el incumplimiento tenga cierta entidad, es decir, que sea grave<sup>277</sup>. Pero tal gravedad no viene exigida en el precepto estudiado, a diferencia de las otras causas de resolución contractual, lo que parece querer decir que cualquier incumplimiento del empresario en el pago es por sí grave si reviste cierta entidad cuantitativa<sup>278</sup>. Por ello tiene especial interés conocer cuáles son las exigencias que el legislador está estableciendo, ya en el aspecto cuantitativo ya en el temporal<sup>279</sup>.

Con el primero de ellos se quiere significar que el *quantum* de lo debido y no pagado ha de tener una importancia real en relación con el total de lo que debería pagarse<sup>280</sup>. Asimismo, también supone que dichos atrasos han de ser varios, de ahí que el legislador haya recogido el término *retrasos* (en plural)<sup>281</sup>.

En su dimensión temporal, el legislador exige que los retrasos sean *continuos*. Se trata de un término que ha dado problemas de interpretación y que en opinión de gran parte de los tribunales y de algunos autores viene a equipararse a *habituales*<sup>282</sup>. Difiero de esta opinión si con ello se quiere equiparar *continuos* exclusivamente al vocablo *habitual*, pues éste hace referencia a hechos que se repiten de forma frecuente o usual en el tiempo, sin tener en cuenta que la continuidad también se relaciona con el elemento estático, es decir, con la ininterrupción, permanencia o persistencia en el tiempo<sup>283</sup>.

<sup>275</sup> Por todos, SEMPERE NAVARRO/SAN MARTÍN MAZZUCCONI, El artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores; Cuadernos de Aranzadi Social, 2001, págs. 46 y 47. Vid. STS, de 21 de diciembre de 2000 (RJ 1867/2001); y STSJ de Murcia, de 17 de septiembre de 2001 (AS 3666).

Los efectos extintivos hay que entenderlos producidos con la resolución judicial originaria –en instancia– que así lo reconozca, sin que los efectos constitutivos de la extinción deban ser trasladados a la fecha de firmeza de dicho pronunciamiento judicial; STS, de 18 de febrero de 2003 (RJ 3806). Esta afirmación debe casarse con la exigencia de que el trabajador no "pueda dejar de prestar sus servicios durante las sustanciación del recurso", por lo que "el trabajador (*continuará*) en su prestación de trabajo hasta que la sentencia adquiera firmeza"; VIQUEIRA PÉREZ, C., "Sobre la necesidad de que el trabajador continúe en la prestación de trabajo hasta que adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la acción resolutoria ex art. 50 ET"; R.D.S., nº 4, 1998.

<sup>276</sup> Díez-Picazo, L., "El retardo, la..."; cit., págs. 389 y 390.

<sup>277</sup> NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato..."; cit., pág. 1075; y STSJ de Valencia, de 18 de mayo del 2000 (A.L., nº 44, 2000, ref. 1816).

<sup>278</sup> Cfr. DURÁN LÓPEZ, F., Lecciones...; cit., T/13, pág. 20. La postura de los tribunales en materia de modificaciones en la retribución (sistemas de remuneración, etc.) nos aclara lo que pretendemos afirmar aquí sobre la gravedad *per se* de los retrasos o falta de pago, porque de su doctrina judicial se extrae la presunción de que es sustancial cualquier cambio que afecte a la remuneración –por ser un elemento esencial y más relevante de la relación laboral– [vid. STSJ de Murcia, de 2 de abril de 2001 (A.L., nº 33, ref. 1253)].

<sup>279</sup> Así, STS, de 25 de enero de 1999 (A.L., nº 21, 1999, ref. 828).

<sup>280</sup> Vid. sobre la resolución por incumplimiento parcial, Díez-Picazo, L., "El retardo..."; cit., pág. 388; y DE LA HAZA DÍAZ, P., El incumplimiento...; cit., pág. 34.

<sup>281</sup> STS de Cataluña, de 22 de enero de 2003 (AS 449).

<sup>282</sup> Por todos, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato..."; cit., pág. 1073.

<sup>283</sup> GUILLERMO CABANELLAS, *voz continuado y continuidad*, en Diccionario...; cit., T. II (C-CH), pág. 328, y STS de Cataluña, de 22 de enero de 2003 (AS 449).

En consecuencia, consideramos que los retrasos sancionados pueden acontecer tanto si aparecen habitualmente, como cuando sin serlo, tengan una prolongación temporal suficiente<sup>284</sup>. Con ello se zanja el problema sobre la inclusión o no de los atrasos esporádicos o excepcionales, así como de los que acontecen de forma intermitente, pues como decimos, el legislador no está exigiendo exclusivamente que los retrasos sean habituales o reiterados, sino que también se incluye el que simplemente tengan un carácter de persistencia en el tiempo<sup>285</sup>.

Sin embargo, esto no resuelve toda la cuestión, porque aún ha de determinarse la duración de esa continuidad. Al respecto debe indicarse que nuestros tribunales vienen exigiendo que la demora en el pago sea muy dilatada en el tiempo para justificar la extinción<sup>286</sup>. En nuestra opinión, esta práctica judicial se ha mostrado excesivamente rigurosa con la exigencia temporal, hasta tal punto que en ocasiones el retraso requerido para dar lugar a la extinción choca con los bienes que pretenden salvaguardarse con los principios de puntualidad en el pago y con el interés socio-económico que para el trabajador tiene el salario (art. 35 CE)<sup>287</sup>. Consideramos por ello que es necesario matizar esta corriente jurisprudencial, pues el art. 50.1.b TRET tampoco parece que venga a establecer con tal rigidez esa exigencia, porque si analizamos lo que recoge el precepto, podemos comprobar que habla de *retrasos*, que ha de ponerse en conexión con el calificativo señalado de *continuados*. Así es, como exigencia temporal, el retraso requiere simplemente la inobservancia del tiempo del cumplimiento, por lo tanto, acontece cuando el deudor no cumple al vencimiento de su obligación con lo pactado<sup>288</sup>. Pero la mayor gravedad que diferencia la mora de la resolución es que con la resolución el retraso no manifiesta "una mera impuntualidad, sino un resistencia al abono del salario". Por lo tanto, la causa de resolución no es sólo el mero retraso, ya que éste carece por sí de entidad para justificar la resolución<sup>289</sup>. Ahora bien, tampoco el texto estatutario impone en ningún momento esa amplia demora que vienen a exigir los tribunales, sólo requiere que sean *continuados*, que, como ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos, manifiesta una reiteración en esa conducta y/o una estabilidad o durabilidad en la situación.

Si ponemos todo lo dicho en conexión con los arts. 4.2.f) y 29.1 TRET y 35.2 CE, deducimos que este requisito de *retrasos continuados* se cubre suficientemente –en su concepción estática– cuando sean varias las mensualidades (a las que se refiere el art. 29.1.1º *in fine* TRET) cuyo pago se demora y, además, el retraso persista de forma ininterrumpida hasta el cumplimiento del siguiente plazo. Consideramos que

<sup>284</sup> SEMPERE NAVARRO/SAN MARTÍN MAZZUCCONI, El artículo 50...; cit., pág. 85.

<sup>285</sup> De esta opinión; GARCÍA ABELLÁN, I., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., pág. 161. Aunque utilice el término habituales, también parece aceptar la idea que aquí mantenemos SALA FRANCO, T., por cuanto admite cualquier tipo de retrasos, intermitentes o no y porque en su desarrollo más parece referirse a la persistencia que a la habitualidad (Derecho del Trabajo; cit., pág. 672 y 673).

<sup>286</sup>  *Vid. algunos ejemplos en la STSJ del País Vasco, de 10 de marzo de 1998 (A.S. 1622).*

<sup>287</sup> Algunos ejemplos de lo que estamos diciendo pueden verse en DE MIGUEL LORENZO, A.M., La extinción causal...; cit., págs. 88 y 89.

<sup>288</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., La mora y la...; cit., págs. 343, 419 y 424.

<sup>289</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; cit., pág. 743; y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., La mora; EDESA, 1978, pág. 20.

junto al supuesto en que los retrasos se repitan habitualmente, también legitimará la extinción cuando el retraso alcanza una mensualidad completa, pues éste es el período de tiempo que manifiesta esa continuidad, ya que carecería de sentido que el legislador haya entendido de ese plazo como máximo y de derecho necesario relativo atendiendo a la realidad socio-económica del trabajador y a la función constitucional de su retribución, y posteriormente consienta dilaciones que excedan con mucho de él<sup>290</sup>.

Abundando en esta razón, pensamos que el retraso continuado legitimará que se impute al empresario la extinción del contrato de trabajo cuando se lesione el interés del trabajador, lo que acontece, en nuestra opinión, cuando el retraso altere sustancialmente el equilibrio de la prestaciones<sup>291</sup>. Sostenemos que esto ocurre sin necesidad de que el retraso sea muy prolongado, pues siendo el salario en muchas ocasiones la única o principal fuente de ingresos del trabajador, el incumplimiento del plazo máximo legal hace recaer sobre el trabajador ese posible perjuicio, más aún cuando el estar vinculado laboralmente a ese empresario-deudor puede privarle de poder prestar su trabajo para otro empleador (por razones legales, temporales y físicas).

En este sentido, consideramos que resulta francamente reprochable, desde nuestro punto de vista, la diversidad en las exigencias para admitir la licitud de la extinción cuando se trata de que el despido quede justificado por incumplimientos o faltas laborales, frente a la rigidez y amplitud reclamada a los supuestos del art. 50 TRET. Entendemos por ello que los tribunales debieran ser más sensibles con la situación de carencia en la que queda el trabajador privado de su salario y con los principios inspiradores de tutela de las normas laborales, toda vez que la descompensación entre unas y otras rompe el sentir lógico (despido por ausentarse y faltar al trabajo algunos días vs no extinción ex art. 50 TRET, pese a la existencia de retrasos que superan varios meses). Por todo ello, y en aras a una mayor seguridad jurídica, el legislador o los propios negociadores debieran proceder a limitar o concretar de algún modo a partir de cuándo el retraso en el pago justifica la extinción.

Concluyendo, para verificar que la resolución contractual sea factible es necesario o bien que se manifieste esa reiteración en el pago extemporáneo que no alcanza el mes pero que sí se caracteriza por la habitualidad en esa práctica; o bien que aún no siendo habitual se dé el retraso de una a otra mensualidad, siempre que sean una pluralidad (retrasos)<sup>292</sup>. Siguiendo esta idea, algunos autores han entendido que esta pluralidad se cumple cuando se acreditan más de tres o cuatro meses de retraso, pues a partir de entonces la alarma del trabajador estaría más que justificada por cuanto que las cuantías que excediesen de 120 días no quedarían cubiertas por el FOGASA (ex art. 33.1 TRET)<sup>293</sup>. En nuestra opinión, y aceptando que esas cuatro mensualidades ya suponen una entidad suficiente, creemos que no haría falta esperar tantos meses sin que el

<sup>290</sup> ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., "Los requisitos..."; cit., pág. 75.

<sup>291</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., El retraso en el...; cit., págs. 215 y sgs.

<sup>292</sup> Cuando lo adeudado es únicamente una de las pagas debidas, no se cumple esa pluralidad requerida; *vid.* STSJ de Andalucía/Málaga, de 13 de julio de 2001 (A.L., n.º 4, 2002, ref. A4).

<sup>293</sup> ESCUDERO MORATALLA/CORBELLA HERREROS, "Últimas precisiones..."; cit., pág. 733. STSJ de Cataluña, de 17 de julio de 2001 (AS 3639). En este sentido también, S. Juzgado de lo Social n.º 3 de Girona, de 22 de junio del 2000 (A.L., n.º 47, 2000, ref. 1918).

trabajador reciba su salario, además de que dicha regla que toma como referencia el periodo máximo de días cubiertos por el FOGASA está pensando en supuestos de insolvencia empresarial, situación ésta que no tiene por qué darse en el caso que estamos analizando. Por último, en relación al número de días del art. 33.1 TRET (120 días), debemos adelantar que no está clara su utilización analógica, por cuanto que esos días no parecen presentarse como un límite temporal, sino más bien, un nuevo tope cuantitativo a la responsabilidad del Fondo<sup>294</sup>. Tema sobre el que trataremos posteriormente.

En consecuencia, entendemos que superadas dos mensualidades de retraso continuado sin percibir salario, será suficiente con acudir a las reglas de la buena fe para comprobar si el ejercicio por parte del trabajador-acreedor de la extinción responde realmente a la defensa del interés socio-económico tutelado por la resolución y reconocer así el derecho del trabajador a resolver indemnizadamente su relación laboral<sup>295</sup>. En definitiva, se trata de evitar que el acreedor utilice abusivamente el derecho que le otorga el art. 50.1.b TRET<sup>296</sup>, y no tanto mantener una situación de claro incumplimiento que lleve al trabajador a tener que seguir prestando su trabajo en una relación laboral que no le permite hacer efectivas las exigencias del art. 35 CE, debido a los retrasos en el pago de su principal (cuando no único) medio de vida<sup>297</sup>.

Por esta razón rechazamos que de forma genérica pueda sostenerse que existe abuso, por ejemplo, cuando el trabajador solicita la extinción encontrándose la empresa sujeta a un proceso concursal o habiendo presentado la empresa, previamente, expediente de regulación de empleo<sup>298</sup>. Para nosotros la razón de ese rechazo es clara, ya que no se puede obligar al trabajador a que renuncie al derecho otorgado ex art. 50 TRET, ni a que se mantenga prestando su trabajo pese al perjuicio que le ocasiona esa situación de incumplimiento por parte de su empresario, pues, en todo caso, éste dispone de otros mecanismos para evitar su consideración como incumplidor en esos casos de crisis (v. gr., suspensión del contrato, etc.). Creemos además que en aquellos casos de evidente incumplimiento por parte del empresario de la prestación salarial, se debe legitimar al trabajador a suspender su prestación en tanto que no se le pague (*exceptio non adimpleti contractus*) –y sin perjuicio de su inclusión expresa dentro de las causas de suspensión del art. 46 TRET–, sin que ello pueda considerarse como un incumplimiento que diera lugar a la resolución por despido, tal y como ya prevén otros ordenamientos de nuestro entorno<sup>299</sup>.

<sup>294</sup> Considerando también que se trata de un límite temporal, ROQUETA BUJ, R., Las prestaciones del FOGASA; Tirant lo Blanch, nº 45, 1997, pág. 43; y MOLINER TAMBORERO, G., "La nueva regulación del FO.GA.SA."; A.L., 1986-I, pág. 159. De opinión contraria, RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo; Comares, 2000, pág. 304; y ROMERO BUSTILLO, S., "El FO.GA.SA.: puntos críticos"; A.L., 1994-I, pág. 44.

<sup>295</sup> Aunque referido al incumplimiento parcial, entendemos plenamente aplicable lo señalado por DÍEZ-PICAZO, L., El retardo, la mora...; cit., pág. 388.

<sup>296</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G.; La mora y la...; cit., págs. 501 y 502. Sobre el abuso del derecho en lo laboral, vid. IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, R., El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del Trabajo; Colex, 1989.

<sup>297</sup> Razón ésta que viene a justificar que el trabajador dejara de prestar su trabajo para la empresa durante la sustanciación del proceso, sin que ello implicase incumplimiento sancionable; STS de Cataluña, de 22 de enero de 2003 (AS 449).

<sup>298</sup> STS de Castilla y León/Valladolid, de 17 de diciembre de 2001 (AS 226/2002). Favorable a su consideración como abusiva, ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. "Los requisitos...; cit., pág. 80. Vid. arts. 62 y 64.10 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>299</sup> En algunas ocasiones se ha mostrado esa sensibilidad eximiendo al trabajador de continuar prestando servicios para el empresario deudor; SEMPERE NAVARRO/SAN MARTÍN MAZZUCCONI, El artículo 50...; cit., pág. 89 y nota 192. Sin embargo, no es ésta la opinión judicial mayoritaria; VIQUEIRA PÉREZ, C., "Sobre la necesidad de que el trabajador con-

Asimismo, pese a la aparente opinión judicial en contra<sup>300</sup>, también el retraso puede ser causa de resolución cuando además acontezca algún hecho que quiebre el crédito depositado sobre el deudor y haga generar la desconfianza en el trabajador-acreedor de que su empresario va a seguir cumpliendo en el futuro (*v. gr.*, actuación de mala fe del deudor, declaración en concurso del empresario, etc.)<sup>301</sup>.

Fuera del supuesto de los retrasos continuados, aunque conectado con él, igualmente justificaría la resolución del contrato la voluntad inequívoca y constatada del deudor de no cumplir, haciendo innecesaria una dilación temporal<sup>302</sup>. En efecto, este caso podría considerarse como falta de pago, ya que de ser necesario esperar a constatar que no hay cumplimiento en un periodo largo de tiempo, se estaría privando de parte de las posibilidades y de la intención que supone la primera de las causas que señala el art. 50.1.b TRET<sup>303</sup>.

Finalmente, si el trabajador hubiera solicitado la extinción del contrato por falta de pago y se dan los requisitos que la legitiman, carece de toda trascendencia el pago extemporáneo (aun cuando sea anterior a la resolución judicial), pues en todo caso también es causa de extinción los retrasos continuados y al precepto le basta con que se constate que existieron irregularidades, aunque no estén presentes al momento de reclamarlas o dictarse la sentencia, ya que como hemos señalado, la acción para resolver y aquella que reclama los salarios adeudados son independientes y compatibles, por lo que también lo pueden ser el pago extemporáneo y la resolución<sup>304</sup>.

## F. Imputación de pagos

### 1. Introducción y requisitos

En la práctica es posible que el empresario-deudor tenga frente al trabajador diversas deudas nacidas de la relación laboral que les une. Dichas deudas pueden ser de diversa índole (*v. gr.*, se debe parte del salario en especie de una deuda y parte de dinero correspondiente a alguna indemnización); o bien que existan varias deudas de la misma especie, generalmente deudas pecuniarias (retrasos de diferentes mensualidades,

tinúe en la prestación de trabajo hasta que adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la acción resolutoria ex art. 50 ET"; R.D.S., nº 4, 1998, especialmente, 153 y sgs.

En el derecho francés el retraso o impago por parte del empresario legitima al trabajador además de a interrumpir su trabajo licitamente, a que no se vea privado de su salario (LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., págs. 374 y 375); derecho al salario que no se reconoce en el derecho italiano (RICCI, G., "Diritto a la retribuzione"; cit., pág. 9).

<sup>300</sup> *Vid.* en MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*; cit., pág. 743.

<sup>301</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., "Estabilidad de la relación de trabajo en los casos de quiebra del empresario"; RPS, nº 70, 1.966, pág. 45; y con especial referencia para los contratos de tracto sucesivo, BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*; Dykinson, 1998, pág. 233. Negando tal posibilidad, al indicar que el contrato de trabajo se somete a una regulación específica, *vid.* JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J., *Derecho Mercantil*; Ariel, 2ª ed., 1.992, págs. 1075 y 1076.

<sup>302</sup> BARAONA GONZÁLEZ, J., *El retraso en el...*; cit., pág. 216.

<sup>303</sup> Se consideraría esa actitud del empresario como un obstáculo a la continuación de la relación, subsumible en el supuesto ahora contemplado; DURÁN LÓPEZ, F., *Lecciones de...*; T/13, págs. 17 y 18.

<sup>304</sup> SEMPERE NAVARRO/SAN MARTÍN MAZZUCCONI; *El artículo 50...*; cit., pág. 76; y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Extinción del contrato..."; cit., págs. 1077 y 1078.

indemnizaciones, etc.)<sup>305</sup>. En este último caso, si se hace el pago de parte de la cuantía total debida, se plantea la cuestión de determinar sobre qué deuda se aplica la cantidad entregada, con el objeto de saber en qué medida ese pago extingue y a cuál de las deudas pendientes. Es lo que se conoce como *imputación de pagos*.

Pero para que puedan operar las reglas sobre imputación de pagos previstas por el ordenamiento (arts. 1172-1174 C.Civ.) es preciso que concurren una serie de requisitos que ahora pasamos a analizar:

En primer lugar, que esa pluralidad de deudas que tiene el empresario-deudor sean para con un mismo acreedor (trabajador). Ha de tratarse de varias deudas, con independencia de que surjan de diferentes y autónomas relaciones, o bien de la misma relación obligatoria, como pudiera ser en caso de varias mensualidades impagadas o cuando los dos créditos son fruto de una misma relación obligacional en la que, por ejemplo, uno lo es por el capital y el otro lo es por el recargo (o los intereses) que el mismo capital produce –art. 29.3 TRET–, ya que en este supuesto también podemos hablar de una pluralidad de créditos<sup>306</sup>.

Al respecto, debe señalarse que no son de aplicación las reglas sobre la imputación de pagos –al no existir en sentido estricto una pluralidad de deudas–, cuando una misma deuda tenga diversos grados de protección o garantía<sup>307</sup>. Es importante esta apreciación porque se trata de un caso muy posible cuando hablamos de deudas salariales ya que, como veremos, el sistema de privilegios (y preferencias que supone) limita en su mayoría el alcance cuantitativo de su protección, afectando sólo parcialmente a los créditos por salarios adeudados (v. gr., art. 32.1 TRET).

En segundo lugar, que esas prestaciones debidas sean exigibles y fungibles o sustituibles<sup>308</sup>. Como ya razonamos anteriormente, no parece que sea preciso una absoluta liquidez de la deuda debida, pues la exigibilidad no requiere necesariamente la liquidez<sup>309</sup>.

Tercero, las deudas han de ser homogéneas, lo que excluye el supuesto en que sean de diversa especie o se trate de cosa específica, ya que en este caso carece de sentido hablar de un problema de imputación de pagos<sup>310</sup>. Lo mismo sucede cuando el pago no es voluntario, porque en los supuestos de ejecución forzosa el procedimiento para imponer el pago está dirigido a un determinado crédito<sup>311</sup>.

<sup>305</sup> DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; Tecnos, 1988, pág. 185.

<sup>306</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; cit., pág. 315. Creemos que no debe existir ningún problema en equiparar a estos efectos el recargo legal del que habla el precepto estatutario a los intereses referidos en el art. 1173 C.Civ. (*ibidem*, pág. 318 y 319); ya que ambos responden a los mismos fundamentos que se pretenden salvaguardar en ese precepto civil. Sobre esos fundamentos, *vid.* BERCOVITZ, R., La imputación de pagos; Montecorvo, 1973, págs. 295 y 296.

<sup>307</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; Bosch, 1976, pág. 307; y DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 184. Otros autores no se muestran tan seguros de esta opinión, si bien también manifiestan sus dudas sobre que pueda ser aceptada de forma general que estamos ante deudas distintas a efectos de las reglas sobre imputación, así, BERCOVITZ, R., La imputación...; cit., págs. 92 y 164 y sgs.

<sup>308</sup> BERCOVITZ, R., La imputación...; cit., págs. 63 y 64.

<sup>309</sup> ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento de...; cit. pág. 157.

<sup>310</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., Derecho de obligaciones; CEURA, 1983, pág. 417.

<sup>311</sup> BERCOVITZ, R., La imputación...; cit., págs. 131 y 132.

Por último, algunos autores exigen que los distintos créditos no tengan preferencia entre sí<sup>312</sup>. Ignoramos la razón de esta exigencia, salvo que con ella se quiera indicar que no ha de existir una regla anterior por la que se regule el orden en el pago, en cuyo caso no aportaría nada distinto que exigir del deudor el cumplimiento de lo pactado<sup>313</sup>. Pero si con ello se quiere hacer referencia a preferencias en el pago en el caso de concurrencia de créditos, estaríamos limitando en exceso las reglas sobre imputación del pago, ya que en ningún momento las reglas de imputación tienen por qué coincidir (es más, no puede) con la situación de concurrencia en sentido estricto, pues éste es un proceso que nace de la falta de pago voluntario por parte del deudor, lo que en principio excluye la aplicación de las normas sobre imputación. En todo caso, creemos que el problema del orden de pago ha de resolverse en función de la regla subsidiaria de la mayor onerosidad que analizamos posteriormente, pero no podrá suponer un requisito para que opere la imputación y los arts. 1172 a 1174 C.Civ.

El tema no es baladí en supuestos como el de las deudas laborales, pues de aceptarse este último requisito impediría en gran medida la aplicación de las reglas de la imputación en el caso de las deudas salariales, por cuanto que como acabamos de afirmar, existen diversos privilegios entre los créditos del trabajador en función del origen de la deuda y del momento en que surgen; esto es, se atiende a criterios temporales y de naturaleza (salarial o no). El problema se complica por el hecho ya indicado de que los privilegios actúan sólo parcialmente sobre lo debido, al haber previsto el legislador diferentes límites cuantitativos y temporales a la cantidad privilegiada.

## 2. Procedimiento de imputación

Cumplidos esos requisitos, será el deudor (o el tercero que paga) quien en último momento ("al tiempo de hacer el pago") tendrá la posibilidad de decidir a cuál de las deudas que mantiene quiere que se impute lo pagado. Incluso si la propuesta la hace el acreedor (trabajador), es el deudor quien tiene la última palabra, al poder aceptar esa indicación, expresa o tácitamente, u oponerse a ella (*ex art. 1172 C.Civ.*). Sin embargo, debe precisarse que la libertad del deudor no es absoluta, pues en el caso de que la pluralidad de deudas sea originada por una misma relación obligacional –una por el capital y otra por los intereses generados por éste–, será preciso atender a la regla dada por el art. 1173 C.Civ., que expresamente prevé la necesaria imputación en primer lugar al pago de los intereses, en clara protección del acreedor (trabajador)<sup>314</sup>. Por lo tanto, esa limitación no opera en el sentido de que teniendo el deudor diversas deudas (unas que generan una deuda de capital y otras de intereses), el pago realizado deba imputarse necesariamente y en primer lugar a los intereses<sup>315</sup>; ni cuando existen deudas de capital y de intereses pero surgidas de relaciones obligacionales distintas<sup>316</sup>. En

<sup>312</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. I, vol. 2º; cit., pág. 306.

<sup>313</sup> BERCOVITZ, R., *La imputación...*; cit., pág. 158.

<sup>314</sup> Razón por la cual algunos autores entienden que es admisible que el acreedor renuncie a esa limitación al deudor y acepte la imputación en primer lugar sobre el capital; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II; cit., pág. 186; y ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento de..."; cit. pág. 158.

<sup>315</sup> BERCOVITZ, R., *La imputación...*; cit., págs. 287 y 288.

<sup>316</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*; cit., pág. 419.

su lugar, el caso previsto en el precepto civil reseñado pretende que esa exigencia juegue en el caso de que la (misma) deuda existente o la designada sea la que genera una deuda de capital y otra de intereses, por razón del carácter unitario de la deuda de capital e intereses<sup>317</sup>.

Como indica la doctrina civilista, la regla contemplada en el art. 1172 C.Civ. no modifica la regla general establecida en el art. 1110 C.Civ., donde expresamente se señala que entregado el capital sin que el acreedor haga reserva respecto a los intereses (recargo para nosotros), se extingue la obligación también respecto a éstos<sup>318</sup>. Consideramos que esta regla no entrará en juego para el caso de una deuda salarial, porque ello supondría tanto como admitir la renunciabilidad por parte del trabajador de sus derechos, algo vetado ex art. 3.5 TRET.

Por último, el art. 1174 C.Civ. prevé una última solución para el caso de que ni la libre voluntad del deudor, ni el acuerdo sobre la propuesta del deudor ni la regla contenida respecto a capital e intereses fueran suficientes para resolver todos los problemas relativos a la imputación: imputar el pago a aquella deuda que suponga una mayor onerosidad, entendida ésta como aquella que "implica un mayor gravamen o sacrificio para el deudor". Entre las razones de esa mayor onerosidad podemos encontrar el tipo y grado de protección o garantía que tengan cada uno de los créditos de los que el trabajador-acreedor sea titular, por cuanto que a mayor grado de protección (vía preferencias, etc.), mayor onerosidad, y por ende, el pago deberá destinarse a los créditos que gocen de esa mayor tutela<sup>319</sup>.

En opinión de otros autores, en cambio, no puede sostenerse sin más la relación entre mayor onerosidad para el deudor y el hecho de que alguna de sus deudas esté provista de ciertos privilegios y preferencias de pago, por cuanto "la existencia de éstos no agrava la condición del deudor, sino la de sus acreedores"<sup>320</sup>. Para este sector, los privilegios (salariales) no suponen para el deudor un mayor gravamen sobre su patrimonio, sencillamente porque no restringen su disponibilidad sobre sus bienes o derechos, ni implican un aumento en las responsabilidades del patrimonio del deudor; simplemente permiten a su titular "satisfacer su crédito con preferencia respecto de otros acreedores del mismo deudor"<sup>321</sup>. Se arguye pues que "la deuda garantizada no tiene que ser más onerosa que las no garantizadas, ya que la garantía no sirve sino para asegurar el cumplimiento. Lo que es ajeno a la onerosidad, que hace referencia al mayor gravamen económico a que da lugar una obligación mientras no sea cumplida (...) "<sup>322</sup>. Línea que parece aceptarse por la jurisprudencia, al mostrarse favorable a aplicar la regla de la proporcionalidad, aduciendo que no "cabe respecto a los acreedores concurrentes hablar de deudas más gravosas"<sup>323</sup>.

<sup>317</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de...*; cit., págs. 316.

<sup>318</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*; cit., pág. 419.

<sup>319</sup> HERNÁNDEZ GIL, A., *Derecho de obligaciones*; cit., pág. 420.

<sup>320</sup> GARCÍA MÁIQUEZ, J.M., *El régimen Jurídico del Fondo de Garantía Salarial*; Trivium, 1992, pág. 83.

<sup>321</sup> GARRIDO, J.M., *Tratado de las...*; cit., págs. 75 y 76.

<sup>322</sup> En BERCOVITZ, R., *La imputación...*; cit., págs. 244 y 245.

<sup>323</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia de los créditos laborales"; en (AA.VV.) *Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2*; CGPJ, 2000, págs. 381 y 382.

No creemos acertada la opinión de no considerar como más gravosos aquellos créditos que se benefician de algún privilegio para facilitar su satisfacción, por cuanto que el mayor sacrificio económico que supone esa carga para el patrimonio hay que entenderlo no en sentido estático, sino dinámico, esto es, no atendiendo exclusivamente a la situación en cada momento, "sino también a sus posibilidades inmediatas de crecimiento o disminución (...). En este sentido, un patrimonio gravado con deudas garantizadas vale menos que un patrimonio gravado con simples deudas (...) sin garantizar, en tanto en cuanto aquellas garantías disminuyen a su titular la posibilidad de obtener nuevos créditos"<sup>324</sup>.

Se trata ésta, sin duda, de una cuestión de importantes consecuencias prácticas en el caso del crédito salarial, pues como ya adelantábamos, existen diversos tipos de privilegios según su alcance y protección y que a su vez estos recaen sobre distintas cuantías de los créditos salariales en función de su naturaleza, origen y fecha en que vencieron. La regla prevista en el primer apartado del referido art. 1174 C.Civ. podría implicar un grave perjuicio para los intereses del acreedor-trabajador, toda vez que éste verá cómo el pago hecho por el deudor se destina en primer lugar a los créditos que están mejor garantizados o protegidos mediante una mayor preferencia, lo que en caso de insuficiencia patrimonial podría conllevar una pérdida de las posibilidades de ver satisfechos la totalidad o mayoría de los créditos salariales de los que es acreedor, porque de ser insuficiente el patrimonio del deudor para cubrir todos los créditos salariales del trabajador, aquella imputación inicial a los que tenían mayor protección (*v. gr.*, superprivilegio) deja en una difícil situación a los que carecen de esa preferencia, que tendrán que entrar en concurrencia cuando existen menos bienes y menor tutela.

Pero junto con la existencia o no de garantías que protejan el crédito, existen también otros criterios para determinar cuándo una deuda es más gravosa que otras<sup>325</sup>. Así pues, deben también reconocerse como tales aquellas que producen un mayor perjuicio para el patrimonio del deudor por el transcurrir del tiempo, por ejemplo, por devengar intereses o, en nuestro caso, porque sobre ellas recae el recargo del art. 29.3 TRET; por lo que serán preferibles las deudas por salarios sobre las correspondientes a percepciones extrasalariales, y dentro de aquellas, las más antiguas, debido al crecimiento progresivo del recargo antes referido<sup>326</sup>.

Obsérvese que la mayor o menor onerosidad hay que deducirla en relación con el patrimonio del deudor que hace efectivo el pago, con independencia de la situación de otros deudores (*v. gr.*, subsidiarios: FOGASA)<sup>327</sup>; pues la imputación en beneficio de aquél deudor no puede ser considerada "como un arma en manos del deudor subsidiario que no hizo efectivo el pago (...), de modo que pueda jugar con ella en razón de sus propios y exclusivos intereses o conveniencias"<sup>328</sup>.

<sup>324</sup> BERCOVITZ, R., La imputación...; cit., págs. 246 y 247. Asimismo, ciertos créditos salariales manifiestan una mayor onerosidad que otros por la importancia de los privilegios que implican; ROQUETA BUJ, R., Las prestaciones...; cit., pág. 105; *vid.* también, AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; Francis Lefebvre; 2001, pág. 380 (4042).

<sup>325</sup> Algunos ejemplos, en BERCOVITZ, R., La imputación...; cit., págs. 252 y sgs. Véase también STS, de 13 de octubre de 1995 (RJ 7751).

<sup>326</sup> STS de Andalucía, de 8 de mayo de 2001 (A.L., nº 36, 2001, ref. 1346).

<sup>327</sup> *Id.*, STS de 15 de julio de 1997 (RJ 5706).

<sup>328</sup> ESCOTET VÁZQUEZ, M., "Jurisprudencia reciente sobre el Fondo de Garantía Salarial"; T.S., nº 87, 1998, pág. 175.

## G. Especial referencia al salario a comisión

El art. 29.3 TRET pretende recoger expresamente algunas peculiaridades que presenta el pago del salario a comisión como modalidad específica incluida dentro de los denominados sistemas salariales a resultado<sup>329</sup>. La característica de esta modalidad se basa en que el trabajador recibe todo o parte de su salario en función de su participación en el rendimiento de las operaciones en las que intervino, pudiéndose fijar una cuantía fija por operación o bien un porcentaje sobre el precio de dicho negocio. De ello se extrae una de las principales diferencias con otras partidas como las establecidas en función de la situación y resultados de la empresa, pues en éstas no se atiende directamente al esfuerzo individual del trabajador, sino a los resultados de la empresa o al esfuerzo colectivo<sup>330</sup>. Tradicionalmente esta forma de retribución ha sido propia de los trabajadores que intervienen en operaciones de mediación<sup>331</sup>.

En el tema que ahora nos ocupa (el pago), el art. 29.3 TRET presenta algunos problemas a los que pretendemos dar respuesta, debiendo conectar –en ocasiones– nuestra respuesta con la normativa mercantil (Ley 12/1992 sobre Contrato de Agencia –LCA–) y la relación laboral especial apuntada en el art. 2.1 f) TRET (posteriormente desarrollada en el R.D. 1438/1985), por cuanto presentan una regulación más amplia sobre este tema y, en todo caso, para delimitar bien las diferencias en este asunto.

El precepto laboral hace surgir dos preguntas básicas: cuándo surge el crédito a favor del trabajador y cuándo el deber de pago y liquidación de éste por parte del empresario. Relacionado con ello, y como derecho instrumental para garantizar al trabajador conocer su crédito y para el correcto cumplimiento de lo debido en materia salarial, se establece el derecho a solicitar información sobre ciertos documentos.

### 1. Devengo

Respecto a la pregunta de cuándo surge el crédito salarial (nacimiento del derecho al salario a comisión), el texto nos dice que "en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador". Es decir, no basta con haber efectuado todos aquellos actos necesarios para realizar el negocio, sino que también se exige la *solutio* o pago por parte del cliente<sup>332</sup>. En consecuencia, sólo cuando se haya realizado el cumplimiento por el cliente surgirá el derecho del trabajador al salario, hecho éste que, obviamente, bien puede acontecer después de que el trabajador haya dejado de prestar servicios para el empresario y que no será óbice alguno para que aquél mantenga su derecho a la correspondiente comisión<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> SALA FRANCO (Dir.), Derecho del...; cit., págs. 471 y 472. Sobre las distintos sistemas salariales y su clásica clasificación, *vid.*, entre otros, AA.VV., Dieciséis lecciones sobre salarios y sus clases; Universidad de Madrid, 1971; y LLUIS Y NAVAS, J., Manual de Derecho Laboral; Bosch, 1975.

<sup>330</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho...; vol. 1; cit., pág. 456; y COSTA REYES, A., "La estructura..."; cit., pág. 46.

<sup>331</sup> BAYÓN CHACÓN/PÉREZ BOTIJA, Manual de Derecho...; vol. 1; cit., págs. 455 y 456.

<sup>332</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del...; cit., pág. 381.

<sup>333</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del...; cit., pág. 163. El principio de mediatez de los resultados de la comisión fundamentan esta postura, cfr. LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., págs. 211 y 212.

En este sentido, destacamos que una interpretación literal del precepto nos llevaría a una solución criticable, pues supone admitir que los requisitos exigidos para que surja el derecho a la comisión serán mayores en el ámbito laboral (que sería salario) que en el mercantil<sup>334</sup>. Para evitar ese posible absurdo, considero que el trabajador tendrá derecho a la comisión si antes de la extinción de la relación laboral el negocio ya hubiese sido iniciado y el empresario se limitase a concluirlo conforme a lo acordado por el trabajador con el cliente<sup>335</sup>. Esta afirmación la sostenemos desde una interpretación analógica del art. 13 de la Ley 12/1992 sobre el contrato de agencia, y del art. 8.2 RD 1435/1985 –cuyo espíritu parece indicar en esta dirección–, debido a la incuestionable semejanza de ambas figuras y a la exigencia derivada del principio *pro operario*<sup>336</sup>. También surgirá el derecho a la comisión cuando se produzca el primero de los pagos y el cliente y el comitente hayan acordado directamente o a través del trabajador el pago fraccionado de la operación, y ello porque no parece razonable que los pactos entre las partes contratantes (cliente y empresario) puedan afectar al trabajador<sup>337</sup>.

Como podemos deducir de lo señalado, parece existir una quiebra parcial del principio de ajenidad en los riesgos, ya que según la jurisprudencia mayoritaria, sólo se tendrá derecho al salario correspondiente cuando el cliente cumpla, o al menos, se pruebe que la falta de perfeccionamiento del negocio se debió a la existencia de culpabilidad del empresario, perdiendo el trabajador el derecho a su salario en cualquier otro caso<sup>338</sup>.

De cualquier forma, mantenemos que sea cual sea el sistema de retribución que se establezca, es preciso garantizar al trabajador un mínimo por su trabajo que, en defecto de otra cuantía más favorable, será el SMI<sup>339</sup>. Razón ésta que hace relativizar las críticas a la posible ruptura del principio de ajenidad<sup>340</sup>. Obviamente, ese mínimo será de aplicación cuando el trabajo se encuentre sujeto a una jornada equivalente a la señalada para el SMI y sin perjuicio de que dicha cuantía fija quede absorbida cuando el montante de las comisiones sea superior<sup>341</sup>. En todo caso, también debe tenerse en

<sup>334</sup> Vid. SÁNCHEZ CALERO, F., *Instituciones de...*; cit., pág. 163.

<sup>335</sup> Esta idea ha sido aceptada en algunos países de nuestro entorno desde hace tiempo; vid. CABRERA BAZÁN, J., "La retribución a comisión"; RPS, n.º 85, 1970, págs. 132 y 133.

<sup>336</sup> ORTEGA PRIETO, E., *Representantes de comercio y agentes comerciales*; Deusto, 1995, especialmente págs. 25 y sgs. y 216-220. Sobre las exigencias legales para el devengo en este caso, vid. MONTEAGUDO, M., *La remuneración del agente*; Civitas, 1997, págs. 143 y sgs. En cuanto al principio *pro operario* y sus manifestaciones, véase, ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La vigencia del principio «pro operario»"; en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos al prof. Alonso Olea)*; MTSS, 1990.

<sup>337</sup> Aunque referidos al pago por cheque, consideramos extensible a todo pacto esta opinión; GARCÍA ABELLÁN, J., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., págs. 171 y 172.

<sup>338</sup> Por todos, SALA FRANCO (Dir.), *Derecho del...*; cit., págs. 472 y 473. También, en relación con los antecedentes legislativos, PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; cit., pág. 120. Las razones que fundamentan ese derecho al percibo pese al no perfeccionamiento del negocio han sido diversas: art. 30 TRET o, más acertadamente, el principio de buena fe; cfr. GARCÍA ABELLÁN, J., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., pág. 170. Vid. art. 8.3, párr. 2º R. D. 1438/1985.

<sup>339</sup> SALA FRANCO, T. (Direc.), *Derecho del Trabajo*; Tirant lo Blanch, 1997, pág. 473; y GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo de Garantía Salarial*; IELSS, 1983, pág. 180. También, STS, de 21 de marzo de 2001 (RJA 4109). En general, sobre el derecho a ese mínimo salarial en los casos en que el salario sea una parte de lo obtenido por el trabajador, EOCHE-DUVAL, C., "Remunération à la part et ordre public social"; D.S., n.º 7/8, 1992, pág. 667.

<sup>340</sup> DIÉGUEZ CUERVO, G., *Lecciones de Derecho del Trabajo*; Civitas, 1988, págs. 227 y 228.

<sup>341</sup> RAYÓN SUÁREZ, E., *Liquidación y...*; cit., pág. 665. También, aunque referido al supuesto del art. 2.1.f) TRET; CAMPS RUIZ, L., "La relación laboral especial de los representantes de comercio"; en (BORRAJO, Dir.) *Comentarios a las Leyes Laborales*, T.II, vol. 1º; EDERSA, 1987, págs. 267 y 268. Opinión no compartida por algunas sentencias; AA.VV., *Memento Práctico. Salario 2002-2003*; cit., págs. 264 (3266).

cuenta que en ningún caso el trabajador está responsabilizándose del fracaso de la operación más allá de que no surja el derecho al devengo de su salario, pero no deberá responder por las consecuencias que se deriven de la falta de perfeccionamiento del negocio en el que intervino<sup>342</sup>.

## 2. Liquidación y pago

El legislador establece una regla supletoria para cuando no haya pacto entre las partes, proponiendo que el pago y liquidación se realicen al finalizar el año; lo que a nuestro parecer viene referido a años naturales –como se puede inferir de la expresión "al finalizar el año"– y no a que el año lo es de fecha a fecha, contada desde el inicio de la prestación. Se trata por lo tanto de fijar un plazo máximo dentro del cual debe pagarse el salario adeudado, y no tanto de una excepción a la regla contenida en el aptdo. 1º del art. 29 (mensualidad), y ello porque la propia configuración jurídica de la comisión hace difícil concebirla como percepción periódica y regular, puesto que su devengo no responde a la mera prestación de trabajo, sino que se requiere que el trabajo alcance un resultado (la consumación del negocio) que queda fuera de la esfera del trabajador, lo que se encuentra sujeto a cierta aleatoriedad<sup>343</sup>.

La posibilidad de que la comisión se hiciera depender de las actuaciones individuales o de los resultados de la empresa parece, a nuestro modo de ver, la causa de la previsión legislativa aplicable en defecto de pacto de posponer hasta final de año la liquidación y pago de la comisión, pues en ese caso, para poder determinar cuál sea el *quantum* debido, sería preciso conocer el resultado final de las operaciones llevadas a cabo por la empresa<sup>344</sup>.

Ahora bien, esta opción del legislador de que el abono se realice al finalizar el año no parece responder a las exigencias sociales y constitucionales (art. 35 CE) del crédito salarial, por cuanto un plazo tan amplio hace realmente difícil para un trabajador ver cumplidas tales necesidades. No obstante, esas exigencias del salario pudieran ser atendidas mediante el ejercicio por el trabajador de su derecho a anticipos a cuenta, ya que el supuesto para el que están previstos encuadrarían perfectamente en situaciones como la que estamos analizando<sup>345</sup>.

Otra posible solución parte de la consideración antes realizada del derecho del trabajador a un mínimo salarial; en este caso y en nuestra opinión, la cuestión se resuelve desde la literalidad del precepto, pues éste habla del devengo de las comisio-

---

<sup>342</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del...; cit., pág. 347 y nota 18. En el mismo sentido, RAYÓN SUÁREZ, E., Liquidación y..., cit., págs. 664 y 665.

<sup>343</sup> DEVEALI, M.L., El derecho del trabajo; T.I, Astrea, 1983, pág. 330. Considero difícil de admitir que la comisión goza de esa *periodicidad* alegando que se devenga periódicamente (ALONSO GARCÍA, M., Curso de Derecho del Trabajo; Ariel, 1973, pág. 525), pues esta respuesta no pasa de ser una mera tautología.

<sup>344</sup> ALONSO GARCÍA, M., Curso de...; cit., pág. 525 y 526.

<sup>345</sup> CABRERA BAZÁN, J., "La retribución a..."; cit., pág. 140. En derecho francés también se reconoce la posibilidad de solicitar dichos adelantos en el caso de las comisiones; HENNEBELLE, D., Essai sur la notion de salaire; Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, pág. 222; y CABINET BARTHÉLÉMY ET ASOCS./IEEIT, "Les clauses du contrat individuel de travail relatives à la rémunération"; Études et Chroniques, n° 366, Semaine Juridique, J.-C. per., n° 24, 1994, pág. 300.

nes, no del salario en su totalidad, por lo tanto, es posible predicar la mensualidad del mínimo referido y esperar a final de año para las comisiones (sin perjuicio de los anticipos a cuenta mencionados y de que, como hemos visto, dicha cuantía fija quede absorbida cuando el montante de las comisiones sea superior).

Profundizando en esta idea de superar el inconveniente del abono de las comisiones al finalizar el año, cabe observar que en el caso de los mediadores mercantiles, regulado en el R.D. arriba indicado, pareciera que se establece un plazo general coincidente con el señalado en el art. 29.1.1º *in fine* TRET (mensualmente), aunque si observamos detenidamente, ese mes se cuenta desde que nace el derecho a la comisión (art. 8.3 RD 1435/1985). Por otro lado, se permite que las partes puedan no sólo reducir el plazo para la liquidación y pago (por ser más beneficioso para el trabajador, ex art. 3.1. c) TRET), sino incluso ampliarlo mediante pacto expreso, pudiendo fijar como máximo el devengo trimestral<sup>346</sup>. La razón que apoyaría esta mayor limitación temporal, a diferencia del general del art. 29.2 TRET, puede derivar de la constatación en la realidad social de que, frente a lo que ocurre en el general de los casos, en los que la comisión no pasa de ser un complemento salarial, los mediadores mercantiles suelen fijar su retribución casi en exclusiva mediante comisiones (como indica el art. 8.1 R.D. en su primer inciso)<sup>347</sup>. Por otro lado, con el posible acuerdo expreso parece querer otorgarse a las partes la posibilidad de buscar el equilibrio de intereses y ajustar la dinámica sobre el devengo del salario a la realidad de cada sector, empresa, etc.

Otra diferencia que se aprecia respecto del régimen general responde a la cuestión de a quiénes corresponde determinar la fecha del pago, pues el legislador parece haber optado por limitar las opciones al juego de la autonomía de la voluntad o en su defecto, la previsión legal. Quedan de esta forma obviadas las reglas que pudiesen resultar de los usos o costumbres, cuya aplicación parece excluirse en el presente caso (ex art. 3.4 TRET). No alcanzamos a comprender la razón de prescindir ahora de los usos y costumbres, debido a su gran importancia y tradición en este tipo de retribuciones y de trabajos<sup>348</sup>.

### 3. Exhibición de los libros

Como señalamos al principio, junto con las pautas para determinar cuándo surge el crédito salarial y cuándo se devenga, el art. 29.2 TRET, párr. 2º, prevé un derecho instrumental a favor del trabajador para que, mediante su ejercicio, pueda constatar el nacimiento del derecho a la comisión. En efecto, si el derecho al salario aparece tras la consumación del negocio u operación en la que el trabajador ha intervenido, parece lógico y necesario facilitarle los medios para que tenga constancia de que tal conclusión por parte del cliente se ha producido, y qué mejor prueba que poder analizar la contabilidad de su empresario-deudor<sup>349</sup>.

<sup>346</sup> En el mismo sentido en derecho comparado, DEVEALI, M.L., El derecho del trabajo; cit., pág. 693. Algunos autores han entendido criticable la ampliación del plazo previsto, pues estiman que al tener que garantizarse una cuantía fija mínima, carece de sentido la posibilidad de ampliación, DIÉGUEZ CUERVO, G., Lecciones de...; cit., pág. 228. Esta previsión del art. 8.3 R.D. en relación con el art. 29.2 TRET, ha sido considerada como de "legalidad dudosa", cfr. MONTOYA MELGAR, A., Derecho del...;cit., pág. 381.

<sup>347</sup> COLINA ROBLEDOS, A., El Salario; cit., pág. 61.

<sup>348</sup> CABRERA BAZÁN, J., "La retribución a...; cit., pág. 138.

<sup>349</sup> MONTOYA MELGAR, A., Derecho del...;cit., pág. 381.

### a. Objeto

Sobre cuáles sean los libros a los que alude el legislador en este precepto laboral, la doctrina viene entendiendo que se refiere a la parte de los libros contables del empresario que hacen referencia a los devengos de sus comisiones, lo que supondría una excepción al principio de contabilidad secreta de los empresarios<sup>350</sup>. No obstante, hay quien considera que no se trata de los libros oficiales<sup>351</sup>. En relación con ello, debe retenerse que la norma laboral no recoge el derecho a que les sean exhibidos tales libros, sino a *comunicaciones* de parte ellos, lo que parece suponer la existencia de algún documento en el que se hagan constar los datos necesarios; sin embargo y también por las razones que ahora diremos, ha de entenderse que la facultad se lleva a cabo "mediante la *exhibición* de la documentación interesada"<sup>352</sup>.

Asimismo, si analizamos la redacción del art. 29.2 TRET, párr. 2º y la ponemos en relación con el art. 15 LCA, podremos constatar que los términos en los que se pronuncia éste último son más amplios y abiertos que los del precepto laboral, dándose el criticable resultado de que pareciera ser que los medios a los que puede acceder el agente mercantil son mayores que los previstos para los trabajadores. Para resolver esta aparente paradoja es preciso traer a colación los derechos de información del trabajador que se derivan de las exigencias de la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre de 1991 (traspuesta mediante R.D. 1659/1998), donde se recoge la obligación del empresario de informar al trabajador sobre determinados extremos de su contrato, entre los cuáles resaltamos el de la cuantía y composición de su salario<sup>353</sup>. De ella obtenemos que el trabajador tiene un verdadero derecho a ser informado sobre su salario (contenido, elementos constitutivos, etc.), lo que podría justificar una interpretación extensiva el derecho del trabajador respecto a conocer todo lo relativo al devengo o no de las comisiones<sup>354</sup>. En este sentido, conviene traer también a colación el art. 8 R.D. 1438/1985, donde se recogen ciertos deberes del empresario de informar al trabajador sobre determinados puntos que afectan a su comisión: precio de las mercancías, operaciones realizadas y cuantía de la comisión, "recibo de pago", etc.

Por todo lo cual, planteamos que el alcance del art. 29.2.2º TRET sea, al menos, de la misma intensidad que el previsto en la normativa mercantil para los agentes de comercio; esto es, que el trabajador pueda tener acceso no sólo a los documentos referentes a las comisiones relacionadas, "sino también a aquellos otros de los que puedan derivarse derechos de crédito no incluidos en la relación entregada por el empresario", comprendiéndose dentro de los documentos exigibles no sólo los libros de contabilidad (oficiales) del empresario, sino también cualquier otro documento, "siempre en la medida necesaria para controlar efectivamente las comisiones adeudadas"<sup>355</sup>.

<sup>350</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del...; cit., pág. 347.

<sup>351</sup> LLUIS Y NAVAS, J., Manual de...; cit., pág. 182.

<sup>352</sup> GARCÍA ABELLÁN, J., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., pág. 173.

<sup>353</sup> Sobre esta normativa y su alcance, *vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., "El deber del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo"; R.L., nº 4, 2000.

<sup>354</sup> Sobre el significado de la interpretación extensiva, JIMÉNEZ RUÍZ/PÉREZ APARICIO, "Interpretación extensiva"; en (CALVO GARCÍA, Ed.) Interpretación y...; cit., pág. 110.

<sup>355</sup> MONTEAGUDO, M., La remuneración...; cit., págs. 219-221.

Finalmente, se debe hacer constar que ante la negativa o limitación inadecuada por parte del empresario de permitir al trabajador o a sus representantes acceder a la referida información, el trabajador que plantee litigio sobre la liquidación y pago de sus comisiones podrá instar la comunicación de tales libros y documentos mediante "una preparación de prueba dentro de los actos preparatorios del proceso laboral" (art. 77 LPL)<sup>356</sup>. Pese a ello, debemos destacar negativamente el cambio en esta materia, puesto que con la normativa actual corren a cargo del trabajador las costas originadas por la intervención del experto contable, mientras que antes éstas recaían sobre aquella de las partes (empresario o trabajador) que fuese declarada como litigante temerario<sup>357</sup>.

## b. Sujetos

Delimitado cuál sea el objeto de la información, queda por precisar quiénes pueden acceder a ella, pues de la redacción del precepto laboral queda claro que no se trata de un derecho personalísimo del trabajador<sup>358</sup>. En efecto, la norma establece que el trabajador y sus representantes legales son quienes en cualquier momento podrán pedir la referida documentación.

Respecto a quienes hace alusión el texto legal con la expresión *representantes legales*, no existe en nuestra doctrina una postura clara, manteniéndose en ocasiones que la referencia está hecha al representante o mandatario instituido para ello<sup>359</sup>. Desde nuestro punto de vista, tal referencia del mandato laboral hay que entenderla hecha a los representantes de los trabajadores, entendidas tanto la representación unitaria como la sindical, y con base en los argumentos ya mencionados al hablar de los anticipos<sup>360</sup>. De igual forma, compartimos la opinión de quienes sostienen que también ha de admitirse la actuación vía representantes voluntarios, ya no sólo porque la norma laboral no se configura como precepto limitativo o cerrado en este aspecto, sino también por la finalidad que persigue la norma (permitir al trabajador un conocimiento de los datos contables de su empresario referidos a su comisión), por la complejidad de los documentos que deben ser estudiados y por los antecedentes legislativos del 29.2 TRET, en los que se preveía la posibilidad de que el trabajador designase un perito para el mencionado análisis contable (art. 43 LCT) y que hoy recoge el art. 77 LPL<sup>361</sup>. Por concluir sobre esta cuestión, puede verse el debate parlamentario sobre el extremo que estamos estudiando (*representantes*), en el que queda claro que se refería a representantes unitarios, sindicales y de igual forma, no suponía limitación a quienes pudieran ser representantes conforme a las normas civiles<sup>362</sup>.

<sup>356</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del...; cit., pág. 347; y DIÉGUEZ CUERVO, G., Lecciones de...; cit., pág. 228.

<sup>357</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, C., El salario, la jornada...; cit., pág. 306.

<sup>358</sup> GARCÍA ABELLÁN, J., "Art. 29. Liquidación y pago"; cit., pág. 172.

<sup>359</sup> *Ibidem*.

<sup>360</sup> SALA FRANCO/ALBIOL MONTESINOS, Derecho Sindical; cit., pág. 239.

<sup>361</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del...; cit., pág. 347.

<sup>362</sup> (SAGARDOY, Dir.) Debate parlamentario sobre el Estatuto de los trabajadores; IES, T.I, págs. 500 y 501.

### III Otras causas de extinción

Conviene señalar desde ahora las limitaciones que han de existir en la aceptación de otros medios de extinción del crédito salarial diferentes del pago. Los intereses en presencia exigen del jurista una intervención que no pierda de vista la realidad socio-económica en la que se desenvuelve el trabajador y las exigencias y particularidades jurídicas que impone el crédito salarial, pues la utilización indebida de esas otras formas de extinción del crédito pueden afectar enormemente a las posibilidades de que el trabajador disfrute su salario y se hagan efectivas las exigencias constitucionales al respecto. Por todo ello, consideramos que la solución que se dé a estos casos debe sopesar tanto el aspecto social del salario (para evitar la eliminación del medio esencial de vida del trabajador y su familia), como el jurídico-económico (una excesiva limitación impediría al trabajador acceder a préstamos, disponer de su patrimonio, etc.)<sup>363</sup>.

#### A. Imposibilidad sobrevenida

Distinta de la imposibilidad que analizábamos al tratar de los requisitos de la prestación, la que aludimos en estos momentos acontece una vez que surgió y nació el negocio jurídico, pero en el que posteriormente tiene lugar un acontecimiento que determina que el mismo no pueda ejecutarse (física o jurídicamente) de una manera absoluta y definitiva<sup>364</sup>. El fundamento de la extinción en este caso es que al faltar el objeto, elemento necesario en toda obligación, tiene que desaparecer el vínculo<sup>365</sup>.

Por otro lado, y como también ya hemos señalado en algunas ocasiones, el crédito del trabajador es mayoritariamente (cuando no en exclusiva) un crédito dinerario, por lo tanto, al ser el dinero la cosa fungible y genérica por excelencia, no existe riesgo de imposibilidad, pues "dinero siempre hay". Diferente será que el deudor tenga disponibilidad de fondos, algo que queda fuera de lo que en sentido técnico es que el objeto de la prestación sea posible<sup>366</sup>.

En definitiva, nunca podrá alegarse por parte del deudor salarial la imposibilidad sobrevenida de realizar su prestación dineraria, ya para eximirse de su obligación, ya para dejar sin efectos el contrato de trabajo por imposibilidad del objeto<sup>367</sup>. A este respecto, debemos recordar que la posibilidad o no del objeto de la prestación es un hecho distinto de la falta de recursos o de la capacidad de alguna de las partes para contratar,

<sup>363</sup> LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 441.

<sup>364</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. I, vol. 2º; cit., págs. 423-425.

<sup>365</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español común y foral*; T.3, REUS, 1992, págs. 454-456 Sobre la relación con la dificultad extraordinaria, *vid. ibidem*, págs. 459-461.

<sup>366</sup> BONET CORREA, J., *Las deudas de dinero*; Civitas, 1981, pág. 270. Ya vimos en su momento al tratar del dinero, que existía una discusión doctrinal acerca de si las obligaciones de dinero son genéricas o un *tertium genus*, a cuyo análisis nos remitimos.

<sup>367</sup> GIL SUÁREZ, L., "Validez e invalidez del contrato de trabajo"; REDT, nº 100, pág. 362. Algún autor ha mantenido la posibilidad de que en las obligaciones genéricas sí sea admisible la imposibilidad *temporal* (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la...;* cit., págs. 428, 429, 586 y 587), pero que en nuestra opinión, en nada afecta a nuestro razonamiento ni a lo que en su momento se dijo sobre la mora. De esta opinión, ESCARDA DE LA JUSTICIA/DE LA HOZ SÁNCHEZ, "La imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de las obligaciones"; en Cuadernos de Derecho Judicial «Extinción de las obligaciones»; CGPJ, 1997, págs. 713 y 714.

ya que esto no hace referencia a la prestación, sino a las condiciones personales del deudor; razón por la cual considero errónea la apreciación como causa de imposibilidad *ex iure* del pago del salario la situación sobrevenida de concurso del empresario-deudor<sup>368</sup>.

En lo referente a los supuestos en los que parte de la retribución se paga en especie, y debido a los límites cuantitativos al salario *in natura*, nos encontraremos en todo caso ante una imposibilidad parcial, supuesto este que, por otro lado, no se encuentra previsto expresamente por el legislador laboral ni de forma general por la normativa civil<sup>369</sup>. Sin embargo, debe subrayarse la dificultad práctica de la imposibilidad (parcial) sobrevenida en el ámbito laboral, teniendo en cuenta que los bienes o servicios pactados lo serán, en la mayor parte de los casos, de género delimitado<sup>370</sup>.

Por otro lado, consideramos que en aquellas situaciones en las que una vez prestado el trabajo, deviniese imposible parte de la prestación del empresario, éste deberá responder y abonar el correspondiente salario en metálico (arg. ex art. 9 TRET)<sup>371</sup>. Y ello pese a aceptar que el supuesto previsto en este precepto laboral se refiere a la ineficacia (nulidad) *ab initio* de la obligación, mientras que ahora lo hacemos a la imposibilidad sobrevenida, que no genera nulidad alguna, sino la extinción (y, en consecuencia, que el empresario-deudor quedaría liberado de toda responsabilidad)<sup>372</sup>. El fundamento en el que nos basamos para mantener aquella afirmación, pese al inconveniente legal, estriba no sólo en la inexistencia de reglas aplicables al caso (los arts. 1182 C.Civ. y normas concordantes están referidos a la imposibilidad total), sino sobre todo, porque a nuestro parecer, de la normativa laboral se deduce la voluntad del legislador de impedir que se quede sin retribuir la prestación de trabajo (ex art. 9 TRET)<sup>373</sup>. Efectivamente, esta razón es la que lleva a establecer un régimen de responsabilidad empresarial más riguroso incluso que el señalado en el art. 30 TRET, exigiendo el pago del salario en todo caso, independientemente de a quién sea imputable la nulidad y sin perjuicio de las excepciones que ya referimos al hablar de la ilicitud de la prestación<sup>374</sup>. A estas razones socio-económicas, y ahondando en los motivos para seguir sosteniendo esa idea, hay que unir la finalidad de evitar el enriquecimiento injusto por parte del empresario, la salvaguarda del principio de reciprocidad, el sinalagma contractual y la equidad fruto de la regla de la post-remuneración que, también en este caso, perjudica al trabajador.

<sup>368</sup> SANTOS BRIZ, J., Derecho Civil, T. III, EDERSA, 1973, pág. 197. Favorable a su consideración como tal, MOLERO MANGLANO, C., La supletoriedad del...; cit., pág. 107.

<sup>369</sup> SANTOS BRIZ, J., Derecho Civil; cit., págs. 195 y 196.

<sup>370</sup> Sobre este tipo de bienes o servicios, ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T.II, vol. 1º, pág. 296; y LETE DEL RÍO, J.M., Derecho de obligaciones, vol. 1; Tecnos, 1991, págs. 170 y 171.

<sup>371</sup> También, MARTÍN JIMÉNEZ, R. El salario en..., cit., pág. 51.

<sup>372</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., pág. 456; y PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., pág. 426 y 429.

<sup>373</sup> Aunque para los supuestos de imposibilidad originaria de la prestación, consideramos aplicable a éste supuesto la opinión de MOLERO MANGLANO, C. (La supletoriedad del...; cit., pág. 209) sobre la exclusión de la aplicación de los arts. 1105 y 1183 C.Civ. en el ámbito laboral, cuando esa imposibilidad no sea imputable al trabajador.

<sup>374</sup> Adviértase que en la redacción dada al art. 9.2 TRET el legislador ha prescindido del inciso final que recogía el art. 55 de la extinta LCT y que señalaba el derecho a la remuneración "salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador". Ello apoya nuestra interpretación de que al no hacer distinciones el art. 9.2 TRET, el salario se debe con independencia de a quién le sea imputable la causa de la nulidad; LLUIS Y NAVAS, J., Manual de Derecho...; cit., pág. 192.

Basándonos pues en todo ello, consideramos que si se ha prestado el trabajo, el empresario deberá abonar al trabajador el equivalente económico de lo que suponga el bien, servicio o derecho que sobrevino imposible<sup>375</sup>. En otro caso (que no se haya trabajado efectivamente), pudieran ser de aplicación las reglas civiles sobre el riesgo y la imposibilidad sobrevenida que la doctrina civil interpreta en el sentido de que corresponde dejar en manos del acreedor la elección de la extinción total o parcial, pues exigir su cumplimiento en ese caso puede acarrear "consecuencias enormemente injustas (...)", de ahí que a él le corresponda apreciar si la mutación de lo debido "lo hace propio para el fin contemplado"<sup>376</sup>. Sin olvidar que se presume la responsabilidad del deudor por la imposibilidad, salvo prueba de que la causa fue por caso fortuito<sup>377</sup>.

## B. Condonación y compensación

### 1. Condonación

Con tal expresión se asimilan diversas palabras que a lo largo de la normativa civil parecen referirse al mismo supuesto o mejor dicho, a las consecuencias que se producen con él<sup>378</sup>. Para el estudio que a nosotros interesa aceptamos como válida su conceptualización como "la liberación de la deuda, otorgada gratuitamente por el acreedor en favor del deudor"<sup>379</sup>.

Partiendo de esta definición, se plantea el gran problema que esta forma de extinción del crédito puede suponer en el ámbito laboral debido a su difícil relación con el principio legal de indisponibilidad de derechos (art. 3.5 TRET)<sup>380</sup>. Tratándose la condonación de un claro acto de disposición<sup>381</sup>, su ámbito de actuación estaría excluido *a priori* de todo juego en el derecho laboral, pues tiene eficacia abdicativa, esto es, la extinción del derecho de crédito del que es titular el trabajador. De ahí que en principio la condonación hecha por éste carezca de cualquier valor<sup>382</sup>.

<sup>375</sup> Así parece desprenderse de la STSJ de Asturias, de 9 de abril de 1999 (A.L., nº 29, 1999, ref. 1175), que admite el cambio de la retribución en especie por su equivalente en dinero, debido a la imposibilidad del empresario de suministrar el bien al que se había comprometido.

<sup>376</sup> ESCARDA DE LA JUSTICIA/DE LA HOZ SÁNCHEZ, "La imposibilidad..."; cit., págs. 708 y 709.

<sup>377</sup> RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil (Derecho de obligaciones I); Universidad Complutense, 1981, pág. 327, en relación con las págs. 29 y 30.

<sup>378</sup> Sobre los términos utilizados por el legislador civil, véase SEGUÍ PUNTAS, J., "La condonación de la deuda"; en Cuadernos de Derecho Judicial; cit., pág. 476.

<sup>379</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; cit., pág. 461.

<sup>380</sup> OJEDA AVILÉS, A., La renuncia de...; cit., pág. 63. Sobre esta figura *vid.* CABALLERO LOZANO, J.M., La prohibiciones de disponer; Bosch, 1993.

<sup>381</sup> Por todos, FLORENSA I TOMÁS, C.E., La condonación de la deuda en el Código Civil; Civitas, 1996, págs. 96, 254 y 259.

<sup>382</sup> MOLERO MANGLANO, C., La supletoriedad del...; cit., pág. 209. Debido a la finalidad que guía los arts. 3.1.c y 3.5 TRET (evitar la pérdida de derechos de los trabajadores), utilizamos de forma equivalente los términos renuncia, remisión y condonación; cfr. OJEDA AVILÉS, A., La renuncia de derechos del trabajador; Instituto de Estudios Políticos, 1971, pág. 183.

Sin embargo, esta afirmación parece requerir alguna matización, por cuanto que el art. 3.5 TRET sólo hace referencia a la indisponibilidad de los derechos reconocidos en la ley o convenio<sup>383</sup>. Ello abre dos interrogantes: la disponibilidad de los derechos no reconocidos en esas fuentes (*v. gr.*, contrato de trabajo, condiciones más beneficiosas, pactos extraestatutarios, etc.); y por otro, la admisibilidad de los negocios transaccionales.

#### a. Derechos disponibles

Contestando a la primera de las cuestiones y como bien recoge el art. 3.5 TRET, debemos subrayar que la ley y el convenio forman el denominado mínimo laboral indispensable que en todo caso se ha de respetar y mantener. Sin embargo, en aquello que el trabajador tuviese en su patrimonio laboral y que excediese de ese mínimo, no encontrará límite para negociarlo<sup>384</sup>. La prohibición laboral implica que se ha de tratar de derechos y no sólo de meras expectativas, ya que sobre éstas no cabe disposición, por cuanto aún no forman parte del patrimonio del trabajador<sup>385</sup>.

De lo dicho se infiere que, como ya hemos hecho mención, el fundamento de la indisponibilidad está tanto en tutelar la posición en la que se encuentra el trabajador (que se da en todo caso –por tanto, protección del interés supraindividual– y que, por consiguiente, no justificarían ningún tipo de renuncia), como sobre todo, en la protección del orden público, entendido éste como el complejo de normas que pretenden el respeto al conjunto de principios esenciales para la organización social<sup>386</sup>.

En nuestro caso, ese orden público parte de garantizar una situación de mínimos para el trabajador debido a la posición contractual y material en la que éste se encuentra, aunque sin que ello conlleve el ánimo de eliminar por completo la voluntad individual<sup>387</sup>. Así pues, la autonomía privada vería en este campo abierta su posibilidad de actuación y disposición sobre los derechos reconocidos en ley o convenio colectivo que carecieran del carácter de indisponibles<sup>388</sup>. Obviamente, esa libertad también ala-

<sup>383</sup> Una interpretación correcta del alcance del principio de indisponibilidad exige poner en conexión los arts. 3.5 y 3.1.c) TRET; RUIZ CASTILLO, M.M., "A propósito de la indisponibilidad individual de derechos del trabajador"; *Temas Laborales*, nº 52/99; especialmente, págs. 163 y 164.

<sup>384</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., "El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales"; *RPS*, nº 85, 1970, pág. 38.

<sup>385</sup> Sobre los requisitos para el nacimiento del derecho como tal, *vid.* SJS nº 13 de Madrid, de 28 de junio del 2000 (A.L., nº 1, 2001, ref. A-6).

<sup>386</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La renuncia a los derechos*; Bosch, 1986, pág. 167, nota 1. En el mismo sentido, PRADOS DE REYES, F.J., "Renuncia y transacción de derechos en el Estatuto de los Trabajadores"; *R.P.S.*, nº 127, 1980, pág. 58.

<sup>387</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de...*; cit., págs. 50 y 51. En derecho francés, CAMERLYNCK, G.H., "La renonciation du salarié"; *D.S.*, nº 12, 1960, pág. 629.

<sup>388</sup> Indisponibilidad que se presume de forma general tanto en las leyes como en los convenios, salvo que se manifiesten de otra forma, GHEZZI/ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*; cit., pág. 331, y PRADOS DE REYES, F.J., "Renuncia y..."; cit., pág. 74. De opinión contraria parecen manifestarse algunos pronunciamientos del TS (SS de 27 de abril de 1999, R.A.J. 4538/99, y de 28 de octubre, AL, nº 14/2000, ref. 536), que exigen de los negociadores indicar la indisponibilidad. Un comentario crítico a esta nueva doctrina jurisprudencial, en RUIZ CASTILLO, M.M., "A propósito de la indisponibilidad..."; cit.; y LAHERA FORTEZA, J., "La disposición condicionada de derechos reconocidos en el convenio colectivo: una preopante ampliación del espacio de la autonomía individual"; *R.L.*, 1999-II (especialmente pág. 829).

canzará a los derechos de origen contractual o contractualizados y, de mantener una naturaleza obligacional de los convenios extraestatutarios, también de éstos<sup>389</sup>. En conclusión, se pretende la tutela no sólo del interés particular del trabajador (ni, por ende, de su patrimonio laboral concreto), sino la salvaguarda del interés general, manifestado en la situación jurídico-social que se quiere con la norma laboral, y por ello afecta tanto a los momentos anteriores o durante la relación laboral, como a los actos posteriores a la extinción del contrato<sup>390</sup>.

En este orden de cosas, cabe afirmar que en nada impide lo que estamos afirmando lo recogido en el actual art. 245 LPL, por cuanto que como se ha señalado, la interpretación rigorista y literal del precepto impediría cualquier acto de disposición por parte del trabajador, por mínimo que éste fuese, incluso sobre derechos nacidos de la voluntad de las partes que hayan sido reconocidos por la sentencia. Obviamente este razonamiento rompe cualquier lógica y finalidad del precepto, lo que aconseja una exégesis similar y conjunta con los preceptos sustantivos que recogen la indisponibilidad de derechos<sup>391</sup>.

## b. Diferencias y similitudes con otras figuras afines

Para un mejor entendimiento de los problemas que suscita la condonación es preciso su delimitación respecto a ciertas figuras que en ocasiones tienden a confundirse con ella, bien sea porque se trate de actuaciones que suponen una negociación y en cierta forma, una aparente disposición de los derechos laborales; o bien porque se produce el efecto que con la irrenunciabilidad de derechos se quiere evitar, esto es, la pérdida de los mismos.

### b.1. Transacción

En respuesta al primero de los supuestos aparece la denominada transacción, cuya definición recoge el art. 1809 C.Civ. De este precepto civil podemos deducir sus requisitos y presupuestos y sus diferencias con la renuncia o condonación. Así, el contrato de transacción tiene como finalidad evitar un pleito o terminar un litigio ya comenzado –sobre la existencia o contenido de un derecho–, además no se puede perder de vista que se trata de un contrato oneroso, en cuanto que exige recíprocas concesiones por las partes<sup>392</sup>.

<sup>389</sup> RUIZ CASTILLO, M.M., "A propósito de la indisponibilidad..."; cit., pág. 167, nota 33; y VALDÉS ALONSO, A., "Efecto liberatorio del finiquito y renuncia de derechos"; R.L., nº 19, 2000, pág. 54. En similares términos, en el derecho comparado, LYON CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 479.

<sup>390</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de...;* cit., págs. 119, 123, 128, 129 y 252-254. Matizando algo esa afirmación en el caso de disposiciones *ex post*, VALDÉS ALONSO, A., "Efecto liberatorio..."; cit., pág. 53. En opinión de parte de la doctrina la inadmisibilidad de la renuncia *ex ante* deriva de que en ese momento el trabajador carece de derecho alguno en su patrimonio laboral, de ahí la imposibilidad de renuncia de las meras expectativas de derecho; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La renuncia a...;* cit., pág. 90. Sin embargo, otros autores hacen depender la admisión o no de la condonación del momento en que ésta tenga lugar; CAMERLYNCK, G.H., "La renonciation..."; cit.; y COUTURIER, G., "Les techniques civiles et le Droit du travail"; *Recueil Dalloz*, 1975 (Chronique), págs. 227 y 228.

<sup>391</sup> Por todos, RÍOS SALMERÓN, B., "Libro IV: De la ejecución de sentencias", en (BORRAJO, Dir.) *Comentarios a las Leyes Laborales «La nueva Ley de Procedimiento Laboral»*, T. XIII, vol. 2º, EDERSA, 1990, pág. 1529. Como señalan GONZÁLEZ GARCÍA/FERNÁNDEZ ORTEGA/FALCÓN CERCADILLO ("Interpretación literal"; cit., pág. 25): "aún siendo muy clara la literalidad, ésta debe ceder ante el espíritu de la ley".

<sup>392</sup> ANGELINI, L., "Le rinunzie e le transazioni del lavoratore"; ANGELINI/RENNA/ROMEI, *La disciplina dei crediti del lavoratore subordinato*. (GIUGI Dir.) *Dottrina e Giurisprudenza di diritto del Lavoro*; UTET, 1994, págs. 382, 383 y 386.

## Admisibilidad

Debemos empezar indicando que toda transacción exige de las partes plena disponibilidad sobre la relación jurídica controvertida, excluyéndose por consiguiente en aquellas cuestiones sustraídas al poder de disposición de las partes<sup>393</sup>. Sin embargo, y aunque lo señalado pudiera justificar su aplicación con restricciones en el ámbito laboral (ex arts. 3.1.c y 3.5 TRET)<sup>394</sup>, debemos destacar su general aceptación por parte de nuestros tribunales y doctrina, justificada por razones que explican su compatibilidad con esos preceptos laborales<sup>395</sup>: por un lado, porque para la transacción no juega la prohibición del art. 245 LPL, ya que éste sólo se refiere a sentencias firmes. Y por otro, porque tampoco se ve afectado el art. 3.5 TRET, por cuanto el eventual derecho susceptible de transacción "sólo tiene un reconocimiento provisional en el marco de un litigio"<sup>396</sup>.

Pese a todo, debido a los efectos no deseados que pudiera tener sobre la virtualidad práctica de las medidas de protección del crédito del trabajador, es preciso que se respeten rigurosamente las exigencias para su aceptación<sup>397</sup>, e incluso sería aconsejable que en el ámbito laboral "le regime jurisprudentiel de la transaction (est) caractérisé par un objectif marqué de protection des intérêts des salariés"<sup>398</sup>. El conocer pues esas exigencias cobra un especial interés, sobre todo por la creciente potenciación de mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos y porque permite un importante ahorro de costes (incluidos los temporales)<sup>399</sup>.

## Presupuestos

En este orden de cosas, se ha de señalar que para que estemos ante una verdadera transacción tiene que darse tanto la situación de controversia jurídica, como la realización de recíprocas concesiones entre las partes<sup>400</sup>. La primera de ellas es consecuencia de la definición antes aportada, pues la razón de ser de este contrato está en la incertidumbre jurídica, las dudas y desacuerdos entre las partes<sup>401</sup>. Éste será quizás el elemento esencial que justifica su admisión en el derecho laboral, toda vez que la indisponibilidad

<sup>393</sup> DIÉZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol. II; Tecnos, 1989, pág. 493; y MOUVEAU, E., "Transaction" (S.C. D'Appel de Douai de 18/12/1998); Rec. Dalloz (Jur.), 1999, pág. 396.

<sup>394</sup> FARGNOLI, B., La retribuzione; Giuffrè Ed., 2002, pág. 501; y RADÉ, C., "L'ordre public social et la renonciation du salarié"; D.S., n° 11, 2002.

<sup>395</sup> Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Indisponibilidad de los derechos y conciliación en las relaciones laborales"; T.L., n° 70/2003, págs. 28 y 29.

<sup>396</sup> Vid. ATS, de 25 de octubre de 2001 (A.L., n° 8, 2002, ref. 248).

<sup>397</sup> LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., págs. 482 y 483.

<sup>398</sup> COUTURIER, G., "Nullités de transactions (Cass. soc., 14 juin et 24 octobre 2000)"; D.S., n° 1, 2001, pág. 24. No olvidemos que el trabajador se encuentra en una situación de dependencia económica; FERRÉ, N., Démission, rupture négociée, transaction; Liasons ed., 1997, pág. 137. Sobre ello, ANGELINI, L., "Le rinunzie..."; cit., pág. 386.

<sup>399</sup> MOXÓ RUANO, A., "Notas sobre la naturaleza de la transacción"; Revista de Derecho Privado, n° 402, 1950, pág. 673.

<sup>400</sup> PRADOS DE REYES, F.J., "Renuncia y..."; cit., pág. 62.

<sup>401</sup> Debe matizarse, como precisaba CARNELUTTI (citado por MOXÓ RUANO, A., "Notas sobre la naturaleza..."; cit., pág. 682, nota 36), que: "El derecho no puede ser incierto. O es o no es. En la mente de los litigantes es donde existe la duda". *El aliquod datum* es sobre la pretensión y no sobre el derecho.

de la que habla el ordenamiento laboral viene referida a derechos ciertos e incontrovertidos que integran el patrimonio del trabajador, por lo que si se sacrifica un derecho controvertido no existe en rigor disposición<sup>402</sup>. No olvidemos que la finalidad de la transacción es precisamente evitar o poner fin a un litigio (presente o futuro), haciendo desaparecer esa situación dudosa o de inseguridad con una nueva relación jurídica cierta<sup>403</sup>.

Esto último supone su exclusión en aquellos casos en los que no subsista una duda seria, racional y fundada sobre la existencia o alcance del derecho; de ahí que le sea exigible a las partes que ofrezcan alguna duda racional sobre la solidez de sus respectivas pretensiones, basándose para ello en "hechos ciertos que por su trascendencia puedan influir en los derechos que asistan a los contratantes"<sup>404</sup>. Lo cual, sin duda, exige de los tribunales u órganos administrativos que constaten la realidad y veracidad de las pretensiones y los motivos alegados por cada una de las partes, en concreto, del empleador<sup>405</sup>. En consecuencia, no procederá la transacción cuando no existiera discusión jurídica alguna sobre ellos, o cuando el derecho estuviera reconocido por las partes, un tercero o se recogiese en la correspondiente sentencia laboral firme<sup>406</sup>. Adviértase que en este último caso debe distinguirse entre sentencias firmes y aquellas que siendo definitivas sólo tienen carácter provisional por estar sometidas a un posible recurso, y ello porque en éstas, pese a la existencia de sentencia, cabría la posibilidad de transacción antes de que deviniera firme, puesto que sólo sobre éstas últimas juega la prohibición del art. 245 LPL<sup>407</sup>.

En segundo lugar, es necesario que se produzcan recíprocas concesiones, aunque esto no puede entenderse en el sentido de que sea necesario que lo que se conceden las partes tenga igual valor o lo sea sobre los derechos discutidos<sup>408</sup>. En ocasiones se viene señalando del concepto recogido en el art. 1809 C.Civ. que "envuelve horizontes más amplios (...), al estimar que no constituye requisito esencial la entrega recíproca de prestaciones", admitiéndose la transacción también en los casos en los que se alcanza para evitar los problemas y gastos del juicio, su demora, etc.<sup>409</sup>. En nada contradice esto a lo que hemos afirmado respecto a las recíprocas concesiones, pues no deben confundirse éstas (concesiones) con aquéllas (prestaciones), ya que las primeras se refieren a las expectativas o derechos discutidos, y las segundas a derechos indiscutidos de los transigentes<sup>410</sup>.

<sup>402</sup> DIÉZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de...; vol. II; cit., pág. 492; y MONTÉS PENADÉS, V.L., "Contratos en la litis", en (VALPUESTA, coord.), Derecho de...; cit., pág. 761. Sobre esta cuestión y su crítica, *vid.* OJEDA AVILÉS, A., La renuncia de...; cit., págs. 186 y sgs.

<sup>403</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T.II, vol. 2º; Bosch, 1982, pág. 402. Sobre su admisión en el ámbito laboral y su relación con el art. 3.5 TRET, *vid.* LÓPEZ BARBA/LÁZARO SÁCHEZ, "La transacción como mecanismo de solución extrajudicial de conflictos laborales"; D-11, La Ley, 2002-1, págs. 1835 y 1836.

<sup>404</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. II, vol. 2º; Bosch, 1982, pág. 627.

<sup>405</sup> FERRÉ, N., Démission, rupture négociée, transaction; Liasons ed., 1997, pág. 143.

<sup>406</sup> OJEDA AVILÉS, A., La renuncia de...; cit., págs. 193 y sgs. En el mismo sentido, ROJAS RIVERO, G.P., El derecho del trabajador al ejercicio individual de las acciones derivadas del contrato de trabajo; Civitas, nº 14, 1994, pág. 126.

<sup>407</sup> STS, de 11 de enero del 2001 (RA 834); y LÓPEZ BARBA/LÁZARO SÁCHEZ, "La transacción...; cit., pág. 1836.

<sup>408</sup> SAN JULIÁN PUIG, V., El objeto del contrato; Aranzadi, 1996, pág. 243.

<sup>409</sup> Por todos, PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; T. II, vol. 2º; cit., págs. 629 y 630.

<sup>410</sup> LÓPEZ BARBA/LÁZARO SÁCHEZ, "La transacción...; cit., pág. 1834 (nota 20).

En conclusión, uno de los elementos definidores y diferenciadores de la transacción frente a otras figuras como la condonación o renuncia es que supone sacrificios por ambas partes<sup>411</sup>. Ahondando en las razones que exigen mutuas concesiones, debemos recordar la posición de debilidad contractual en la que se encuentra el trabajador, más afectado que su empresario por aquellos eventos que puedan acontecer como consecuencia de la controversia suscitada (demora, riesgo de despido, etc.)<sup>412</sup>. En consecuencia, mantenemos como necesaria la transmisión de derechos que lleva implícita la transacción, pues de lo contrario estaríamos ante una mera renuncia<sup>413</sup>. Advirtiéndose además que aunque como hemos señalado, no es precisa la equivalencia de prestaciones, tampoco puede admitirse la transacción cuando la concesión prevista por el empresario-deudor es irrisoria, pues en este caso no podremos hablar de que realmente haya existido concesión<sup>414</sup>. En esta línea, creemos que puede jugar la transacción sólo "en la medida en que no mermen los límites mínimos fijados por la ley (...)"<sup>415</sup>, o incluso el convenio.

Por último, algunos autores y sentencias afirman que en caso de que alguna de las partes que acordaron la transacción no cumpla con lo acordado, la contraparte puede bien exigir su cumplimiento o bien solicitar la resolución del contrato de transacción, con el objeto de que le restituya en sus derechos primitivos<sup>416</sup>. Sin embargo, frente a esta segunda opción, es posible argumentar en contra que podría contradecir lo señalado en el art. 1816 C.Civ., sobre que la transacción tiene para las partes autoridad de cosa juzgada, de tal forma que incumplida la transacción, no podrían las partes volver a exigir o revivir la controversia primitiva, pues esto equivaldría a ignorar la existencia del contrato de transacción: "De la misma forma que el que no cumple lo ordenado en una sentencia sólo puede ser forzado a cumplirla, la que se han dado a sí mismas los transigentes sólo puede pedirse judicialmente que se cumpla, pues la fijación convencional de la situación jurídica entre ellas ya se ha hecho"<sup>417</sup>.

## b.2. Prescripción

Merece destacarse que en ningún caso pueden equipararse la condonación y la prescripción, pese al equívoco en el que incurren algunos autores cuando afirman que és-

<sup>411</sup> Por todos, DIÉZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de...;* vol. II; cit., pág. 491. VALDÉS ALONSO, A.; "Efecto liberatorio..."; cit., pág. 54; y STS, de 28 de febrero del 2000 (R.L., nº 19/2000, pág. 71), Voto Particular (DESDENTADO BONETE/RÍOS SALMERÓN).

<sup>412</sup> Sobre los cambios en la jurisprudencia francesa respecto a la necesidad o no de recíprocas concesiones y la debilidad de la posición del trabajador, *vid.* BLAISE, H., "Une transaction sans concessions..."; D.S., nº 5, 1988.

<sup>413</sup> OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de...;* cit., págs. 188 y sgs.; SAN JULIÁN PUIG, V., *El objeto del...;* cit., pág. 243; y MONTÉS PENADÉS, V.L., "Contratos en..."; cit., pág. 759. Respecto a las distintas opiniones sobre la transmisibilidad o no en la transacción, *vid.* PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de...;* T. II, vol. 2º; cit., págs. 633 y 634.

<sup>414</sup> Cfr. COUTURIER, G., "Nullités de..."; cit., pág. 24; y FERRÉ, N., *Démision, rupture...;* cit., pág. 142-144. El ATS, de 25 de octubre de 2001; cit., reconoce validez a la transacción realizada entre las partes, indicando que ésta no incurre en fraude (art. 6.4. C.Civ.), "en tanto en cuanto que la transacción reconoce el abono a la demandante de una cantidad superior a la que le había reconocido la sentencia recurrida (...)". Véase también, RADÉ, C., "L'ordre public..."; cit., especialmente, págs. 937 y 938.

<sup>415</sup> GARCÍA DE HARO, R., *El salario como crédito privilegiado;* Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1960, pág. 241; y RADÉ, C., "L'ordre public..."; cit., pág. 938.

<sup>416</sup> FERRÉ, N., *Démision, rupture...;* cit., pág. 154.

<sup>417</sup> DIÉZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de...;* cit., vol. II, pág. 475.

ta última puede ser considerada como una renuncia tácita<sup>418</sup>. En nuestra opinión esta similitud parte de una base errónea, pues se fundamenta en el efecto finalmente acontecido con respecto a la deuda, es decir, que el deudor ya no se encuentra jurídicamente obligado a satisfacerla. Y es aquí donde empiezan y acaban las semejanzas entre ambas, pues son muchas e importantes las diferencias que existen:

Primero, mientras la disposición de derechos (v. gr., condonación) supone un acto del acreedor por el que se deduce su voluntad de extinguir el crédito que tenía contra el deudor<sup>419</sup>; la prescripción es la consecuencia legal prevista ante la inactividad del sujeto titular del derecho, con el objetivo de salvaguardar el principio de seguridad jurídica, que podría verse afectado por la apariencia creada con la prolongación en el tiempo de que no se va a ejercer el derecho ahora prescrito<sup>420</sup>.

Segundo, obsérvese que lo que implica la prescripción es la inexigibilidad jurídica, no la extinción de la deuda, a diferencia de la condonación que supone la extinción del derecho o la pérdida de su titularidad<sup>421</sup>.

Tercero, el crédito otorga al trabajador un derecho a poder exigir y obtener del deudor el cumplimiento de su obligación, poder que se ve protegido por el principio de indisponibilidad de derechos. Pero éste no supone en ningún caso una obligación o un deber de ejercer tales derechos o poderes<sup>422</sup>.

Y finalmente, la prescripción se predica del deudor que es quien puede hacerla valer; esto es, a diferencia de la indisponibilidad que se refiere al trabajador-acreedor, en la prescripción es al deudor a quien se le otorga la facultad de negarse a satisfacer la reclamación o el crédito de aquél<sup>423</sup>.

## 2. Compensación

El art. 1156 C.Civ. recoge la compensación como otro modo de extinción de las obligaciones, señalando que la extinción tendrá lugar respecto de la cantidad en la que concurran las obligaciones de quienes por derecho propio sean acreedores y deudores la una de la otra (ex arts. 1195 y 1202 C.Civ.)<sup>424</sup>. Se configura como una forma de pago abreviado que actúa *ope legis* entre las dos partes, de ahí que sólo operará cuando ambas obligaciones cumplan con los requisitos exigidos para el pago<sup>425</sup>.

<sup>418</sup> CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., La renuncia a...; cit., pág. 88; y SEGUÍ PUNTAS, J., "La condonación de...; cit., pág. 485. Al respecto, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil español común y foral; T.I, vol. 2º, REUS, 1982, pág. 955. En la doctrina italiana, FARGNOLI, B., La retribuzione; cit., págs. 480 y 493.

<sup>419</sup> MARESCA, A., La prescrizione dei crediti di lavoro; Giuffrè ed., 1983, págs. 29 y 30.

<sup>420</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T.I, vol. 2º; cit., pág. 496.

<sup>421</sup> FABRIS, P., L'indisponibilità dei diritti dei lavoratori; Giuffrè ed., 1978, págs. 110 y 111.

<sup>422</sup> OJEDA AVILÉS, A., La renuncia de...; cit., págs. 227 y 228; y FABRIS, P., L'indisponibilità...; cit., págs. 111 y sgs.

<sup>423</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T.I, vol. 2º; cit., págs. 497 y 498.

<sup>424</sup> Sobre la diferencia de la compensación civil y la figura de la compensación y absorción de salarios prevista en el art. 26.5 TRET, vid. STS, de 29 de junio de 2001 (RJ 5975), F.J. 4º.

<sup>425</sup> ROJO AJURIA, L., La compensación como garantía; Civitas, 1992, págs. 51 y 52.

Sin embargo, también ha de observarse que esta regla necesita de algunas matizaciones o consideraciones debido a las peculiaridades del crédito salarial. En efecto, si la compensación es, como acabamos de señalar, un pago abreviado, será preciso que se tomen en consideración las reglas que rigen para el pago de las deudas salariales que el trabajador tuviera pendientes. En esta línea, si la compensación se basa y justifica en que para las partes resulta igual o más ventajoso la liberación de una deuda que tenga frente a su acreedor que el recibir un crédito del mismo por la misma suma (además del ahorro de gastos y molestias que el pago a veces supone); ese fundamento decae cuando "resulta difícil estimar que la compensación sea una satisfacción equivalente al pago", para una o ambas partes, en concreto para el trabajador<sup>426</sup>.

Con lo que terminamos de afirmar no se quiere en ningún momento rechazar de forma absoluta la compensación, pues a parte de que no hay razones jurídicas aparentes para ello, eso podría implicar para el trabajador más perjuicios que ventajas, al igual que su admisión pura y simple<sup>427</sup>. Para su estudio más detenido analizaremos los requisitos y limitaciones que han de darse para que pueda tener lugar la compensación en la relación laboral, toda vez que —no lo olvidemos— el trabajador se encuentra en una situación de subordinación<sup>428</sup>.

#### a. Requisitos

En primer lugar, la compensación exige homogeneidad de las prestaciones debidas. No tiene por qué existir problema alguno en aplicar los arts. 1195 y sgs. C.Civ. a los créditos salariales y extrasalariales del trabajador y los debidos por éste a su empleador, con independencia de cuál sea la naturaleza y origen de éstos créditos (préstamos, daños, adelantos, pagos de transporte, ropa de trabajo, etc.), ya que el art. 1196 C.Civ. no exige identidad de naturaleza entre ellos, mencionando sólo que se precisa identidad en cuanto a calidad y especie<sup>429</sup>.

Segundo, en la definición que aporta el legislador en el art. 1195 C.Civ. se exige la reciprocidad de los créditos. Al respecto se indica que la compensación presupone que el origen de los créditos es "consecuencia de la existencia de relaciones jurí-

<sup>426</sup> GARCÍA DE HARO, R., *El salario como crédito...*; cit., págs. 233 y 234.

<sup>427</sup> LYON-CAEN, G., *Le Salaire*; cit., pág. 457; y PIGNARRE, G., *JURIS CLASSEUR*, Travail, Vol. 3, Fasc. 26-22, pág. 22. Sin embargo, hay autores que niegan rotundamente la posibilidad de compensación del crédito salarial, cfr. LACRUZ BERDEJO, "Sobre los privilegios del salario y en particular el 'superprivilegio' del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores"; en LACRUZ BERDEJO/MARTÍNEZ GIL/GIL SUÁREZ, *El salario como crédito privilegiado*; ACARL, 1982, pág. 29. Los pronunciamientos judiciales no tienen la menor duda en aceptarla cuando se dan los requisitos para ello; STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de octubre del 2000 (AL, nº 27, 2001, ref. A125).

<sup>428</sup> MEUNIER-LE QUERREC, M.-N. (Barthelemi & Asociés), "La compensation contractuelle"; *Rev. de Droit du Travail*, 1992 (oct.), pág. 3.

<sup>429</sup> Cfr. GÓMEZ ABELLEIRA, F.J., "La compensación de deudas entre empresario y trabajador"; A.S., 1996-IV, pág. 3035. *Vid.* STSJ del País Vasco, de 28 de mayo de 1998 (AS 2307), en la que se admite la compensación entre salarios e indemnizaciones. También, STSJ de Madrid, de 12 de diciembre de 2001 (A.L., nº 17, 2002, ref. A59). Debe resaltarse, no obstante, la STS de 18 de diciembre de 2002 (A.L., nº 13, 2003, ref. 389), porque de ella parece excluirse la compensación, entre otras razones, porque las deudas debidas no tienen el mismo carácter (laborales. F.J. 6°).

Sin embargo, el TS ha rechazado la compensación cuando la misma se quiera dar entre créditos laborales (del trabajador) y los que carecen del carácter laboral (correspondientes al empresario), STS, de 18 de diciembre de 2002 (AS 2346/2003).

dicas diferentes entre unos mismos sujetos"; esto es, que el origen de las prestaciones no pueden resultar de un mismo contrato o relación jurídica<sup>430</sup>. Esta idea de que la compensación presupone una pluralidad de relaciones jurídicas que originan créditos autónomos podría llevarnos a afirmar que no será posible la compensación entre empresario y trabajador respecto de aquellas deudas que existieran entre ambos y que tuvieran lugar como consecuencia o con ocasión de la misma relación laboral. O mejor dicho, justificaría que en este caso no sean aplicables las limitaciones a la compensación que de seguido veremos, y en consecuencia, que los créditos resultantes de la relación laboral fruto del intercambio normal se extingan entre sí sin limitación alguna<sup>431</sup>.

No obstante, creemos que esta opinión no puede sostenerse en los términos que se expresa y menos aún, en un ámbito como el laboral. En efecto, la excepción que se ha señalado para que no opere la compensación *stricto sensu* (créditos surgidos de la misma relación jurídica) tiene su razón de ser en la lógica de las obligaciones recíprocas y sinalagmáticas exclusivamente, pues carecería de sentido que aquellas otras obligaciones surgidas con ocasión o como consecuencia de esa relación, también fueran afectadas por la imposibilidad de compensación. De ahí que manifestemos que son compensables todos los créditos que mantengan entre sí empresario y trabajador, porque –como decimos– la identidad (prohibida) sólo puede darse en todo caso entre créditos sinalagmáticos<sup>432</sup>. Será difícil que este hecho concorra en el caso del crédito salarial, toda vez que el requisito de la identidad en cantidad y calidad entre las prestaciones no acontece respecto de las principales (trabajo/hacer-salario/dar)<sup>433</sup>.

Por otro lado, para evitar equívocos y como ya tuvimos oportunidad de explicar en su momento, debemos distinguir claramente entre la compensación y la operación de descuento realizada por el empresario como consecuencia de los anticipos a cuenta que hubiera entregado al trabajador, de la que ya señalábamos que carece de limitación alguna<sup>434</sup>.

En tercer lugar, que cada uno de los obligados lo esté principalmente y que a la vez se sea acreedor principal del otro por propio derecho. En consecuencia, no cabe admitir la compensación cuando quien pretenda la misma no sea acreedor principal, sino un mero intermediario<sup>435</sup>. No obsta en nada a esta exigencia el hecho de que la posición de deudor de quien era acreedor (y viceversa) se hubiera producido –por ejemplo– como consecuencia de la sucesión empresarial del art. 44 TRET, ya que tam-

<sup>430</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de...*, T.I, vol. 2º; cit., pág. 447.

<sup>431</sup> CORSINI/FORMERO/TAMBIERI; *Crediti di...*; cit., págs. 151, 152, 156 y 157. VALLAURI, M.L., "Alcune considerazioni sui limiti alla compensabilità dei crediti retributivi e alla loro disponibilità da parte del lavoratore"; R.I.D.L., 2000-II, *Giurisprudenza*, pág. 317.

<sup>432</sup> *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M.L., La prohibición de compensar las deudas derivadas de depósito y comodato; Bosch, 1994, pág. 153, y CORSINI/FORMERO/TAMBIERI, *Crediti di...*; cit., pág. 158. Ejemplo de lo que decimos se aprecia expresamente en el art. 53.5 TRET, apartado b), segundo inciso; al respecto, *vid.* STSJ de Cataluña, de 26 de octubre del 2000 (AS 4542).

<sup>433</sup> "(...) lo que en modo alguno es posible es compensar una obligación de dar (...) con una obligación de hacer (...)"; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Facultad de compensar y encargo de custodia", en (AA.VV) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, T. II; Tecnos, 1976, pág. 460.

<sup>434</sup> *Encyclopédie Dalloz*, T. IV, "Salaire" (Définit/forme), 1977, pág. 17.

<sup>435</sup> *Vid.* STS de 18 de diciembre de 2002 (A.L., nº 13, 2003, ref. 389), F.J. 6º.

bién en este caso se da la reciprocidad entre principales y por derecho propio<sup>436</sup>. Lo mismo cabe decir a estos efectos en cualquiera de los casos en los que la ley prevea la responsabilidad solidaria entre las partes, pues de ser titulares de un derecho propio frente al trabajador, también en todos ellos se daría a su vez la condición de deudores principales<sup>437</sup>. Sí afecta este requisito a los supuestos de trabajadores de una ETT respecto de la empresa usuaria, pues como tuvimos oportunidad de ver, la responsabilidad de ésta es generalmente subsidiaria respecto a la ETT, por lo que no cabrá la compensación en este caso<sup>438</sup>. Distinta será la solución en los supuestos de solidaridad por vulneración de lo contemplado en los arts. 6 y 8 LETT, porque en ellos también se considera como deudora principal a la empresa usuaria<sup>439</sup>.

Finalmente, se precisa que ambas sean deudas ciertas, líquidas y exigibles<sup>440</sup>. La razón de estas exigencias parece clara, pues si hemos sostenido que en derecho español la compensación actúa como un pago abreviado, y exigiendo el pago la certeza, liquidez y exigibilidad del crédito, aquélla no tendrá lugar tampoco en los casos en los que el pago no fuera posible<sup>441</sup>. Esto implica que estando pendiente un proceso judicial que debe pronunciarse sobre la cuantía a pagar a una de las partes, "estas circunstancias (deudas líquidas, exigibles y vencidas) no concurren hasta el momento en el que gana firmeza la sentencia (...)", pues hasta ese momento "los trabajadores no son acreedores de deuda alguna y la empresa no es por tanto deudora"<sup>442</sup>. Sobre estos requisitos no encontramos peculiaridad reseñable para los créditos salariales, por lo que nos remitimos a las reglas civiles generales al respecto.

## b. Limitaciones

Pese a la admisión de la compensación en el ámbito laboral, han de respetarse algunas notas que es preciso indicar<sup>443</sup>. Debemos recordar lo indicado más arriba sobre el carácter de pago abreviado que supone la compensación. Obviamente, si el legislador ha

<sup>436</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T. II, vol. 1º; cit., pág. 311.

<sup>437</sup> BARBANCHO TOVILLAS, F.J., "Obligación solidaria y obligación indivisible", en Cuadernos de Derecho Judicial «Derecho de obligaciones»; CGPJ, 1996, pág. 74. Sin embargo, en el derecho italiano algunos autores consideran que en los supuestos de contratas, los responsables solidarios lo son por una obligación accesoria (no por la principal), en cuanto responsables de garantía; *vid.* PIZZOFERRATO, A., "Forme di tutela dei crediti di lavoro"; AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. II, Jovene editore, 1994, pág. 223.

<sup>438</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., Derecho de Obligaciones, II, vol. 1º; Bosch, 2000, pág. 295.

<sup>439</sup> CHACARTEGUI JÁVEGA, C., Empresas de Trabajo Temporal y contrato de trabajo; Tirant Monografías, nº 146, 2000, pág. 432; y ORUÑA MORENO, J., "Extinción de la obligación"; VALPUESTA FERNÁNDEZ (Coord.), Derecho de obligaciones...; cit., págs. 294 y 295.

<sup>440</sup> STSJ del País Vasco, de 28 de mayo de 1998 (AS 2307); citando a la STS, de 14 de diciembre de 1996 (RJ 9465/1996).

<sup>441</sup> ROJO AJURIA, L., La compensación...; cit., pág. 197. Por ser una forma de pago, también ha de respetar las reglas sobre jerarquía y privilegios (*ibidem*, pág. 201 y sgs.).

<sup>442</sup> STSJ de Cataluña, de 26 de octubre de 2000 (AS 4542), referida a un supuesto de despido.

<sup>443</sup> *Vid.* art. 123.4 LPL. En derecho francés, al tener una regulación expresa sobre algunos supuestos de compensación, existe cierta polémica sobre la admisión generalizada del mismo, pues hay autores y pronunciamientos judiciales que afirman la limitación de su aplicación a los casos expresamente previstos en la ley. *Vid.* la jurisprudencia señalada y la opinión contrapuesta de RADÉ, C., "À propos de la compensation des salaires et des dettes de responsabilité du salarié: une pratique licite, mais limitée à la fraction saisissable du salaire"; D.S., nº 6, 2000, pág. 596. Admitiéndola sólo en los supuestos expresamente previstos, VACHET, G., "La compensation"; D.S., nº 6, 1997, pág. 600.

previsto la inembargabilidad parcial del salario con la intención de que el trabajador conserve un mínimo social, la "obtención de esta finalidad exige la prohibición de compensación en tales créditos"<sup>444</sup>. En consecuencia, la primera de las limitaciones supondrá la imposibilidad de compensar más allá de lo que sería admisible embargar, por cuanto que materialmente no puede afirmarse la existencia de diferencia entre ambos, porque el embargo sirve, precisamente, a la ejecución forzosa que busca que el deudor pague la deuda que justifica precisamente esa medida<sup>445</sup>. En definitiva, y como indicábamos al principio de este apartado, la compensación actúa como un pago abreviado, y en consecuencia, no deberá compensarse sobre el salario una cuantía superior a la que debiera pagar, en este caso, la parte inembargable conforme a las normas procesales<sup>446</sup>. Aunque ya analizaremos en más profundidad sobre el carácter salarial o no de la cuantía inembargable, conviene subrayar que para algunos autores esta garantía es únicamente aplicable a las partidas de naturaleza salarial<sup>447</sup>, excluyéndose cualquier otra que pudiera serle debida al trabajador, sobre las que sí podrá operar la compensación conforme a las reglas civiles<sup>448</sup>. En nuestra opinión, la respuesta a la admisión o exclusión de partidas no salariales dentro de las parcialmente inembargables condiciona la solución al alcance de la compensación de esos casos, tema del que ya adelantamos nuestra posición favorable a que ciertas partidas no salariales puedan ser reconducibles a alguna de las expresiones que prevé el art. 607 LEC.

Segundo, también ha de tenerse en cuenta lo señalado ya al referirnos al art. 12 Convenio OIT nº 117 (D. 3084/1974, de 11 de octubre), el cual, recordemos, recoge la posibilidad de que el empresario haga adelantos al trabajador sobre el salario a percibir, estableciendo asimismo una serie de limitaciones. De éste precepto concluimos, entre otros, que en ningún caso el reembolso superará cada mes la sexta parte del salario. Por todo lo cual, entendemos que será de aplicación analógica al caso de compensación entre empresario y trabajador el descuento periódico, así como el tope mensual de la retención sobre el salario antes mencionado (1/6) y, de cualquier forma, habrá de garantizársele al trabajador un mínimo sobre su salario que obviamente coincidirá con la parte inembargable de éste (arts. 607 LEC)<sup>449</sup>.

Por último, y debido a la generalización del pago a través de entidades de crédito, debiera subrayarse el peligro que para el trabajador puede suponer el ingreso en cuenta de su salario cuando mantenga algún tipo de deuda impagada con la entidad bancaria (préstamos, etc.). En estos casos ha de señalarse: a) la admisión de la fi-

<sup>444</sup> LARENZ; citado por PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. I, vol. 2º; cit., pág. 450. *Vid.* también DÉPREZ, J., "À propos de quelques arrêts récents sur la compensation entre employeur et salarié"; *RJS (Etudes et Doctr.)*, 4/1989, pág. 155.

<sup>445</sup> Sobre la equiparación entre embargo y compensación, aunque referida a un supuesto de prestaciones de Seguridad Social, *vid.* ARIAS DOMÍNGUEZ, A., "Compensación de deudas con el INSS. Retención de parte proporcional de la pensión de viudedad. Imposibilidad de realizarla si la pensión no supera el salario mínimo interprofesional"; *AS*, nº 2 (Presentación, nº 7), 2002.

<sup>446</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Facultad de compensar..."; cit., pág. 456.

<sup>447</sup> RADÉ, C., "À propos de..."; cit., pág. 594.

<sup>448</sup> MOLERO MANGLANO, C., "La supletoriedad del..."; cit., pág. 214. Aceptándolo de forma general, aunque con alguna excepción, VACHET, G., "La compensation"; cit., pág. 605.

<sup>449</sup> *Vid.* PEDRAJAS MORENO, A., El embargo sobre retribuciones; *Tirant lo Blanch*, nº 85, 1998, págs. 76 y 80. Se trata ésta de una solución similar a la adoptada en derecho francés; TEYSSIE, B., "La réduction du salaire"; *D.S.*, nº 12, 1984, pág. 696 (nota 10); y *LÉGI SOCIAL*, nº 204 (jun.), 1991, págs. 19 y 20.

gura del depósito mercantil cuando concurren los requisitos para ello (art. 303 C.Com)<sup>450</sup>. b) La estrecha relación existente entre el depósito y algunas de las denominadas *operaciones bancarias pasivas*, en concreto, el depósito irregular de dinero (cuenta corriente, "libreta o cuenta de ahorro", etc.)<sup>451</sup>. Y c), que estas figuras bancarias son una variedad particular del depósito<sup>452</sup>. Siguiendo esto último, corresponde también poner en conexión el depósito irregular con el art. 1200 C.Civ., que prohíbe la compensación en el depósito y el comodato<sup>453</sup>. En nuestra opinión, el resultado de todo ello será que no sólo operan las limitaciones cuantitativas antes referidas, sino que además el banco no podrá operar compensación alguna entre las cuantías salariales ingresadas y los créditos que él mantenga con el titular de la cuenta (trabajador)<sup>454</sup>, salvo, obviamente, que así se haya pactado en el correspondiente contrato, lo que es práctica habitual.

### C. Dación en y para el pago

Aunque pensadas en la mayoría de las ocasiones para supuestos en los que el deudor carece de medios suficientes para afrontar el pago de sus obligaciones, lo cierto es que también pueden acontecer cuando aún no ha aparecido esa situación de insolvencia o falta de liquidez por parte de deudor, bastando la existencia de dificultad en el cumplimiento, cualquiera que sea la causa<sup>455</sup>. Trataremos en este momento el supuesto en el que no nos encontramos ante un proceso concursal, pues las singularidades de este último caso merecen una especial atención, por cuanto que en esa situación podría cambiar el resultado de nuestra respuesta sobre su admisión y alcance en el ámbito laboral'.

Conviene explicar por qué traemos a este lugar de nuestro estudio la dación en pago, pues si analizamos el art. 1156 C.Civ. no se recoge expresamente en él ninguno de los tipos de dación. Pese a ello, es innegable su admisión como tal, tanto en la *cessio pro solvendo*, porque se ampara en el art. 1175, 2º inciso, C.Civ., como en la *datio in solutionis*, que puede encontrarse presente en el inciso 1º de dicho precep-

<sup>450</sup> Al respecto, *vid.* RODRIGO URÍA, Derecho Mercantil; cit., pág. 822.

<sup>451</sup> BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil; cit., págs. 533 y 534.

<sup>452</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., Instituciones de...; cit., págs. 271 y 272. Los motivos por los que se constituyen estos depósitos bancarios (entre otros: tener la custodia de las cantidades entregadas), justifican esta equiparación; BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil; cit., pág. 534.

<sup>453</sup> MORENO-TORRES HERRERA, M.L., La prohibición de...; cit., págs. 38, 39 y 129. Sobre las razones y autores a favor y en contra de esta opinión; *ibidem*, págs. 116 y sgs.

Un debate sobre el alcance y sentido del art. 1200 C.Civ., véase, ALBADALEJO GARCÍA, M., "La prohibición o improcedencia de compensación en los casos de depósito y comodato"; RDP, T. XXXI, 1947, y la respuesta al mismo de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., "Facultad de compensar y encargo de custodia"; en (AA.VV.) Estudios en homenaje al Profesor Federico de Castro, T. II; Tecnos, 1976.

<sup>454</sup> En derecho comparado, VALLAURI, M.L., "Alcune consideración..."; cit., págs. 318 y 319.

<sup>455</sup> ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento..."; cit., pág. 167; y SERRANO GARCÍA, I., "Observaciones acerca de la dación en pago"; Comentarios al Código Civil, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, vol. II, 1989, pág. 1996. De opinión contraria, exigiendo la insolvencia para los supuestos de *datio pro solvendo*, CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; T. 3; cit., pág. 448.

\* Sobre la situación derivada de la regulación concursal, nos remitimos al estudio que hemos elaborado bajo el título "Los trabajadores y el Proceso Concursal", de próxima publicación.

to civil y en otros del mismo cuerpo legal<sup>456</sup>. En definitiva, se trata de analizar la naturaleza jurídica de la *datio*, cuestión de gran trascendencia no sólo para su posición dentro de la estructura de las obligaciones, sino también en cuanto determinará los requisitos y exigencias de su admisibilidad en derecho laboral.

Para ello será preciso diferenciar entre la *datio pro soluto* y la dación para el pago o *cessio pro solvendo*, pues si bien es cierto que ambas tienen en común el hecho de que son un acuerdo o pacto por el que el acreedor acepta de su deudor el cumplimiento mediante una prestación distinta de la acordada originariamente (ex art. 1175 C.Civ.), no es menos cierto que entre ellas existen numerosas diferencias y que éstas acarrearán importantes consecuencias en torno a su aceptación y contenido respecto al crédito salarial. En cualquier caso y como mínimo, es evidente la necesidad del consentimiento del acreedor, pues de lo contrario pudiera dejarse vacío de contenido el art. 1166 C.Civ. y la obligación salarial del empresario se confundiría con las obligaciones alternativas<sup>457</sup>.

### 1. *Datio pro soluto*

Definiríamos la dación en pago como "el acto en virtud del cual el deudor, voluntariamente, realiza, a título de pago, una prestación diversa de la debida al acreedor, quien consiente recibirla en sustitución de ésta". En sentido más restringido equivale a la entrega de una cosa corporal en lugar de la obligación debida<sup>458</sup>.

El inconveniente, por lo tanto, se muestra desde el momento en el que puede que los bienes, derechos o servicios entregados en pago supongan en la práctica una cuantía inferior a la que le correspondería al trabajador en función de las tablas salariales legales o fijadas en convenio. Y por otro lado, también podría vulnerarse el art. 26.1 TRET y 6.2 RD 1424/85, en el caso que se superase el tope legal de salario en especie que en ellos se fija. La potencialidad del problema es clara, pues en la *datio pro soluto* la nueva prestación a la que se compromete el deudor ha de tener valor patrimonial en sí y no tratarse de un mero medio de pago distinto del acordado<sup>459</sup>.

#### a. Naturaleza jurídica

Haciendo un rápido y breve resumen de las principales posturas que se han mantenido sobre su naturaleza jurídica, advertiremos que la dación en pago se ha entendido bien como un trueque o una compra-venta en la que "la cosa entregada en pago sería la cosa vendida y la cantidad pagada por ella sería el importe del crédito que de esta manera quedaría extinguido"<sup>460</sup>. También se la ha considerado como fruto de un ne-

<sup>456</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; T.I, vol. 2º; cit., págs. 341, 347, 350 y 351; y CORDÓN MORENO, F., Suspensión de pagos y quiebra; Aranzadi, 1995, pág. 145.

<sup>457</sup> SERRANO GARCÍA, I., "Observaciones acerca..."; cit., págs. 1995 y 2004.

<sup>458</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil...; T. 3; cit., pág. 445. Véase también, STS, de 23 de septiembre de 2002 (RJ 7837).

<sup>459</sup> SASTRE PAPIOL, S., La dación en pago; Bosch, 1990, pág. 98.

<sup>460</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; T.I, vol. 2º; cit., pág. 352.

gocio bilateral, oneroso y de carácter novatorio en virtud del cual las partes acuerdan modificar el objeto o prestación<sup>461</sup>. O finalmente, un pago particular por el que el deudor, con consentimiento del acreedor, paga en ese momento con otra prestación con la finalidad de extinguir la obligación que les une<sup>462</sup>.

Descartada la primera de las opciones por las fundamentadas críticas que ha recibido<sup>463</sup>, la última de ellas es, en nuestra opinión, la respuesta que parece más acertada<sup>464</sup>. Y para ello nos basamos no sólo en una interpretación contextual y sistemática del lugar en el que se encuentra el art. 1175 C.Civ. (dentro del Cap. IV, Secc. Primera: *Del pago*)<sup>465</sup>; sino también porque lo que se proponen las partes no es modificar o extinguir la antigua obligación para que subsista otra, sino que lo que acreedor y deudor pretenden es extinguir la obligación existente mediante el cumplimiento inmediato de la nueva prestación<sup>466</sup>.

La solución a la cuestión de su naturaleza jurídica no es, como decimos, bahladí. En efecto, concebir la *datio* como una novación que conlleva la extinción de la anterior relación y el surgimiento de una nueva, supondría también la desaparición de las garantías y accesorios que seguían a aquélla, así como que la obligación cumplida fuera no la originaria, sino la nueva o novada<sup>467</sup>. Todo ello podría afectar a las garantías del crédito salarial. Sin embargo, si se mantiene la postura que aquí sostenemos, la obligación que finalmente se cumple sería la originaria, por lo que ésta y las garantías accesorias sólo se extinguirán si el deudor cumple el acuerdo por el que se establece la *datio in solutionis*<sup>468</sup>. En otras palabras: "Si el deudor cumple, la obligación primitiva y existente se extingue (...) si no cumple, el acreedor (tendrá) entonces el derecho a exigir la prestación primeramente pactada como cumplimiento"<sup>469</sup>.

## b. Alcance y límites

Pese a lo sostenido, debemos indicar ahora que cualquiera que sea la postura que se mantenga, tanto si entendemos la *datio* como un negocio novatorio, como si la consideramos como un mero pago, se exigirá del acreedor (trabajador) capacidad para alcanzar el acuerdo con el negocio que se realiza, lo que supone la facultad de disponer

<sup>461</sup> Por todos, PASCUAL ESTEVILL, L., "La dación en pago"; RCDI, 1986, nº 575, pág. 1125.

<sup>462</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., "La dación en pago"; en Cuadernos de Derecho Judicial «Extinción...»; cit., pág. 444.

<sup>463</sup> Vid. LETE DEL RÍO, J.M., Derecho de obligaciones; cit., pág. 102; y ALBALADEJO GARCÍA, M., "La dación en..."; cit., pág. 443.

<sup>464</sup> Vid. STS, de 27 de septiembre de 2002 (RJ 7877).

<sup>465</sup> JULVE HERRANZ/FUERTES BIARGE; "Interpretación sistemática"; en (CALVO GARCÍA, Ed.) Interpretación y...; cit., págs. 39-41.

<sup>466</sup> RUIZ SERRAMALERA, R., Derecho Civil...; cit., pág. 220; y STS, de 27 de septiembre de 2002 (RJ 7877). Quedaría encuadrada dentro de las denominadas *relaciones jurídicas de extinción*, cfr. SANTOS BRIZ, J., Derecho Civil; cit., pág. 168.

<sup>467</sup> SASTRE PAPIOL, S., La dación...; cit., págs. 14, 15 y 195-197.

<sup>468</sup> Véase la STS, de 23 de septiembre de 2002 (RJ 7837). La principal crítica que se le hace a la postura que sostenemos, parte de considerar que al ser el pago el cumplimiento de lo debido (*ex art. 1157 C.Civ.*), esto no acontece si la prestación realizada difiere de la prometida originariamente, PASCUAL ESTEVILL, L., "La dación..."; cit., pág. 1121.

<sup>469</sup> DIÉZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de...; cit., vol. II, pág. 196.

del derecho (crédito) extinguido<sup>470</sup>. Como resultado de ello, se limitará al trabajador para poder aceptar el acuerdo por el que se concierte la dación *pro soluto*, por cuanto que, como sabemos, la posibilidad de disposición por parte del trabajador de sus derechos se encuentra restringida en el ámbito laboral.

En conclusión, la primera de las limitaciones será que el trabajador sólo podrá aceptar la dación en pago en aquella parte de su salario sobre la que tenga disponibilidad. Y en segundo lugar, que el total de lo dado en pago no supere, en el caso de ser prestaciones *in natura*, los porcentajes legalmente establecidos respecto al pago en especie<sup>471</sup>. Como vemos, aparece enormemente limitada la posibilidad de que el trabajador pueda consentir la dación en pago, pues los peligros que con estas restricciones quieren evitarse responden a las mismas consideraciones hechas sobre el salario en especie y el *truck sistem*<sup>472</sup>.

## 2. *Datio pro solvendo*

Por comenzar como en el caso anterior, la *cessio pro solvendo* puede definirse como aquel pacto por el que el deudor entrega o pone a disposición de sus acreedores la posesión jurídica y administración de sus bienes para que con su liquidación, puedan éstos intentar cubrir sus créditos<sup>473</sup>. Obsérvese que la dación para el pago no opera como un pago en sí, sino como un medio para el pago posterior, ya que carece de *solvendi causa*, pues su finalidad es simplemente *facilitar* esa extinción<sup>474</sup>. Como resultado de esto, los acreedores que la aceptan no adquieren la titularidad o propiedad de dichos bienes, sino que reciben del deudor un mandato irrevocable para que los enajenen o administren y posteriormente apliquen el importe resultante de ellos al pago de sus créditos<sup>475</sup>.

A los efectos que a nosotros interesa, la *datio pro solvendo* no supone la extinción de la obligación originaria, ni tampoco la disposición directa o indirecta de la cuantía de su crédito, porque como venimos señalando, la extinción no opera de manera automática. Así es, la desaparición de los créditos se produce sólo en la cuantía en la que aquél concurra con el importe percibido con dicha enajenación o administración, debiendo entregar al deudor la diferencia cuando la cuantía obtenida sea superior a la deuda o deudas debidas; o, en caso contrario, quedando dicho deudor responsable de completar lo que siga debiendo a sus acreedores (*ex art. 1920 C.Civ.*)<sup>476</sup>.

---

<sup>470</sup> SASTRE PAPIOL, S., La dación...; cit., págs. 159-161 y 164; y LETE DEL RÍO, J.M., Derecho de obligaciones; cit., pág. 103.

<sup>471</sup> MATORRAS DÍAZ-CANEJA, A., "El límite aplicable a los pagos salariales en especie"; A.L., nº 44, 2002, pág. 983.

<sup>472</sup> LYON-CAEN, G., Le salaire; cit., pág. 370.

<sup>473</sup> SANTOS BRIZ, J., Derecho Civil; cit., págs. 169 y 170.

<sup>474</sup> SERRANO GARCÍA, I., "Observaciones acerca..."; cit., pág. 2001.

<sup>475</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., "La dación en..."; cit., págs. 466 y 467; y STS, de 27 de junio de 2003 (RJ 4313). Sobre la razón de ser de esa irrevocabilidad, *vid.* DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Vol. II; cit., pág. 197.

<sup>476</sup> ORDUÑA MORENO, J., "Cumplimiento..."; cit., págs. 168. Al admitirse la *cessio* parcial es preciso salvaguardar el derecho de prelación y preferencia que pudieran tener el resto de acreedores que no la acordaron; asimismo, como no se produce transferencia real, estos acreedores podrán "dirigirse en vía ejecutiva contra los bienes cedidos por el deudor", *cfr.* LETE DEL RÍO, J.M., Derecho de obligaciones; cit., págs. 104 y 105.

Esto abre enormemente las posibilidades de su aplicación en la relación laboral, toda vez que el crédito salarial es preferentemente y en su mayor parte un crédito dinerario, por lo que no se plantea el problema de los límites porcentuales de pago en especie que sí se daba en la *datio pro soluto*. De la misma forma, al no suponer en principio una potencial renuncia o reducción de la cuantía realmente debida al trabajador, tampoco existirá peligro de que se incumplan los mínimos legales o convencionales<sup>477</sup>.

No obstante, este acuerdo *pro solvendo* no está carente de problemas en el ámbito laboral. En efecto, se nos plantea qué consecuencias tiene su aceptación por parte del trabajador, ya que, pensado para tener lugar al momento del pago o en un momento inmediatamente anterior o posterior, podría entrar en colisión con los preceptos laborales que tutelan la puntualidad en el abono del salario, con los que fijan la mora y, por ende, con los principios sociales que rigen el crédito salarial.

Ciertamente, piénsese que pese a la entrega al trabajador de la posesión de dichos bienes (al carecer esa cesión de efectos extintivos automáticos), será preciso esperar a su enajenación o administración para saber el importe resultante y, en caso de ser insuficiente, procurar obtener más recursos para cancelar definitivamente el crédito. Obviamente, todo ese tiempo y operaciones generan para el trabajador-acreedor una serie de perjuicios, gastos y costes (donde desde luego entendemos incluido el recargo por mora del art. 29.3 TRET), que también deberán tenerse en cuenta para admitir o no la validez y alcance del consentimiento dado por el trabajador.

Por esta razón, a nuestro parecer, cabría hacer una interpretación analógica respecto a lo resuelto en este tema en el caso de que la *cessio pro solvendo* se realice con intervención de los órganos judiciales. De ello resulta que todos esos costes también se tendrán en cuenta a la hora de determinar el importe total de la deuda, por cuanto se producen como consecuencia de la necesidad de llevar a cabo el mandato que contiene la *datio pro solvendo*<sup>478</sup>. De otra forma, ese acuerdo tendría un inaceptable contenido limitativo de los efectos del pago extemporáneo, contravendría lo dicho más arriba sobre la posibilidad de que el trabajador otorgue un plazo mayor que el legal o convencionalmente establecido para el pago, y del mismo modo, supondría establecer condiciones menos favorables o contrarias a lo dispuesto en el art. 29 TRET, algo que como sabemos prohíbe el ordenamiento laboral (ex arts. 3.1.c y 3.5 TRET).

<sup>477</sup> El art. 1175 C.Civ. en su inciso 2º, se cuida de señalar que "salvo pacto en contrario, sólo liberará..." Por lo tanto, únicamente en el supuesto en el que se pretendiera ese "pacto en contrario" entrarán en juego las limitaciones referidas en la *datio pro soluto* respecto a las cuantías mínimas.

<sup>478</sup> Así lo deducimos de la jurisprudencia al respecto citada por PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil, T. I, vol. 2º; cit., pág. 350. En cuanto a los requisitos y tipos de interpretación analógica, en ESCUSOL CORREDOR/GARCÍA MARÍN, "Argumentación analógica y argumentación a contrario"; en (CALVO GARCÍA, Ed.) Interpretación y...; cit., especialmente, págs. 125 y 126.

## **Privilegios y garantías del crédito salarial**



## Privilegios y garantías del crédito salarial

### I. Concepto y fundamento

Es lógico que ante las especiales características y finalidades del salario y los mandatos constitucionales de protección del trabajador, el legislador haya previsto una serie de medidas tendentes a tutelar su posición crediticia<sup>1</sup>. En otras palabras, “de nada sirve un ordenamiento que establezca la obligación de abonar el salario o reconozca determinadas indemnizaciones a favor de los trabajadores (...), si no establece mecanismos para asegurar que esos derechos sean reales y efectivos, y doten al trabajador de medios para asegurar (...) la percepción de los ingresos (...)”<sup>2</sup>. Algunos de esos mecanismos ya han sido vistos al analizar la extinción del crédito salarial (reglas sobre el pago, mora, limitaciones en materia de compensación, cesión, etc.), pero es ahora el lugar donde analizar aquellos que se establecen para proteger al crédito del trabajador frente a sus acreedores o frente a los de su deudor-empresario, o bien ante terceros ajenos en principio a la relación laboral y al fruto del trabajo prestado. Sin lugar a dudas, de la efectividad de esas normas depende en gran parte el carácter protector del Derecho del Trabajo respecto del trabajador como parte contractual más débil.

En orden a esa finalidad, la normativa reguladora del crédito salarial prevé expresamente algunos privilegios y garantías para su protección, que en nuestra opinión, son otorgados al trabajador por una doble necesidad: Por un lado, para procurar tutelar esa función y trascendencia social del salario, en cuanto medio esencial del trabajador para atender a sus necesidades familiares y personales (v. gr., estableciendo la inembargabilidad parcial del salario, etc.)<sup>3</sup>. Y por otro, también se establecen en atención a la especial situación en la que se encuentra el trabajador, cuya posición de debilidad contractual justifica que el legislador es-

<sup>1</sup> GHEZZI/ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*; Zanichelli Bologna, 1987, pág. 345.

<sup>2</sup> GUALDA ALCALÁ/LILLO PÉREZ, “La reforma de la legislación concursal y su incidencia en las relaciones laborales”; R.L., nº 22, 2001, pág. 120.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., “Garantías del salario”, en *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. VI; EDESA, 1982, págs. 275 y 276.

tales algunas medidas de protección del crédito salarial, pues *a priori*, el trabajador parece no poder exigir de su empresario-contraparte similares mecanismos de protección y garantía para su salario<sup>4</sup>. Sin olvidar los perjuicios que en este sentido derivan para el trabajador del principio de la *post remuneración*, que le obliga a prestar sus servicios anticipadamente y sin que sea posible —en caso de incumplimiento— una devolución posterior de las prestaciones<sup>5</sup>. Rechazamos por ello y por las razones que sostuvimos al inicio de este estudio, que los privilegios otorgados al crédito salarial sean el reflejo de su carácter alimentario<sup>6</sup>. Por lo demás, esta idea no responde a una realidad jurídica ni, en ocasiones, social (v. gr. personal de alta dirección)<sup>7</sup>. Junto a ello, las razones antes señaladas permiten justificar además otras medidas de tutela del trabajador que tampoco obvian su posición socio-económica.

Confluyen en esta materia preceptos de muy diversas procedencias (civil, procesal, mercantil y laboral), lo cual originará no pocos problemas de aplicación; problemas que se verán incrementados debido a la dispersión motivada por las diversas reformas que en esta materia (protección del crédito) ha ido realizando el legislador. Incluso en el terreno laboral, y pese a la mencionada relevancia que tiene su finalidad, existen muchas cuestiones que no tienen fácil respuesta debido a la proliferación desmesurada de privilegios crediticios, los cuales se establecen desordenadamente y sin prever la derogación de las normas anteriores que regulan también esos u otros privilegios y garantías<sup>8</sup>.

Pero antes de entrar en el análisis de esos mecanismos legales de protección del crédito salarial, conviene identificar cuáles son los institutos de los que se beneficia dicho crédito, advirtiendo de antemano que aunque hablemos de crédito salarial, la extensión y contenido de éste dependerá de la finalidad o bien que en cada caso se quiera proteger, sin que *a priori* sea admisible entender restringida dicha tutela a lo que técnica o legalmente sea salario ex art. 26 TRET<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> GARRIDO, J.M., “El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra”; AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje al profesor AURELIO MÉNDEZ, T. III; Civitas, 1996, págs. 3595, 3603 y 3604; y CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2º del Estatuto de los Trabajadores”; ADC, 1993-IV, págs. 1927 y 1928. En derecho comparado, PIPPI, F., De la notion de salaire individuel a la notion de salaire social; Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1.966, pág. 40; y PIGNARRE, G., “Le regime juridique des creances salaires”; DS, nº 6, 1997, pág. 589.

<sup>5</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios del crédito salarial; Civitas, 1984, pág. 35.

<sup>6</sup> Sin embargo, es de señalar que esta opinión es sostenida por diversos autores; entre otros, PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., “El salario como crédito privilegiado. Anticipos reintegrables”; en AA.VV., Diecisiete lecciones sobre la L.R.L.; Universidad de Madrid, 1977, pág. 416; y CUMBERO ROMERO/LACAMBRA MORERA, “Los créditos laborales y el art. 175, regla 2º, del Reglamento Hipotecario”; A.L., 1986-I, pág. 900. Más recientemente, considerando como causa de su tutela preferencial el carácter cuasi alimentario del salario, FONOLL PUEYO, J.M., “Las garantías del crédito salarial. Problemática actual y perspectivas de futuro”; RTSS (EF), 1/2001, nº 214, pág. 41.

<sup>7</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios del salario y en particular el ‘superprivilegio’ del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores”; en LACRUZ BERDEJO/MARTÍNEZ GIL/GIL SUÁREZ, El salario como crédito privilegiado; ACARL, 1982, pág. 21; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral, Tirant lo Blanch, 1.998, págs. 237 y 238.

En atención a esa diversa realidad social, la situación del crédito del personal de alta dirección ya fue afrontada en el ALC’95, postergándolo de forma absoluta; cfr. LOUSADA AROCHENA, J.F., “La propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal y los derechos de los trabajadores en la crisis de la empresa”; A.L., 1.996-III, págs. 957 y 958. Sobre su posición en la regulación concursal actual, nos remitimos a nuestro estudio sobre la misma (*Los trabajadores y el Derecho Concursal*), de próxima publicación.

<sup>8</sup> OLIVENCIA RUIZ, M., “Los privilegios del crédito salarial”; REDT, nº 18, 1984, pág. 190; y RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”, en Comentarios a las Leyes Laborales; EDESA, T.I, vol. 1º, pág. 302. Sin embargo, debe tenerse en cuenta la pretensión de aclarar este panorama tras la LC’03 (D.F. 33º).

<sup>9</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Privilegios salariales e indemnizaciones por cese; Tecnos, 1993, nº 64, págs. 32 y sgs.; y VARELA AUTRÁN, B., “El concepto de salario a los fines de ejecución separada, en proceso singular laboral, o integrada, en proceso concursal o de quiebra”; RGD, 1993, nº 588, pág. 8547 y sgs., y 8555.

Con un intento de aproximación general, y sin perjuicio de un estudio posterior más detallado, podemos distinguir en el sistema de protección diseñado por el legislador los siguientes objetivos: uno, tutelar la posición deudora del trabajador. Consciente el legislador de que el salario es la principal y –en muchas ocasiones– exclusiva fuente de ingresos del trabajador, establece una serie de limitaciones al principio de *responsabilidad universal* (art. 1911 C.Civ.), en concreto, mediante el establecimiento de la inembargabilidad parcial del salario, en un intento de garantizar al menos unos mínimos vitales y sociales. Segundo, evitar el enriquecimiento injusto de quien recibe el beneficio o resultado del trabajo prestado. Para ello, el ordenamiento laboral prevé la extensión de la responsabilidad (solidaridad y/o subsidiariedad) por las deudas salariales que su empresario-deudor no haya abonado, y alcanzar así a quienes adquieren el fruto del trabajo, pero que a través de fenómenos interpositivos o de descentralización productiva eluden la contratación directa del trabajador. En definitiva, se trata de impedir que el trabajador pueda salir perjudicado y pierda su salario o la efectividad de los privilegios a él otorgados, por el simple hecho de que la prestación de trabajo se realice en beneficio de un sujeto distinto del empresario-deudor-contraparte<sup>10</sup>.

Por último, procurarle al trabajador un derecho preferente de cobro o al menos, la satisfacción parcial de su crédito. A tal fin, se incluyen privilegios parciales con los que “vencer” a otros acreedores (art. 32 TRET, art.1921 y sgs. C.Civ., etc.)<sup>11</sup>, amén de otras garantías (art. 33 TRET) con las que el trabajador pueda superar los problemas y limitaciones de la debilidad de su posición negocial, que le impide conocer la situación económica de su empresario-deudor o constituir frente a él derechos de garantía<sup>12</sup>.

## II. Frente a los acreedores del trabajador: la inembargabilidad

### A. Introducción: Fundamento

No hay duda de que el trabajador con capacidad para ello puede ser sujeto pasivo de obligaciones económicas como consecuencia de las relaciones patrimoniales en las que intervenga y, como cualquier otro deudor, debe responder de sus deudas con su patrimonio (art. 1911 C.Civ.). Mas el denominado principio de responsabilidad universal no debe interpretarse de forma absoluta, como que todos los bienes y derechos del deudor quedan afectos al cumplimiento de sus deudas, pues es necesario que en ellos concurran una serie de requisitos para que puedan ser objeto de responsabilidad por deudas: carácter patrimonial, alienable o transmisible y embargable (art. 605 LEC)<sup>13</sup>.

<sup>10</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías...; cit., pág. 319.

<sup>11</sup> Como señalara LACRUZ BERDEJO, J.L. (“Sobre los privilegios...; cit., pág. 8): “el privilegio no es un arma de lucha contra el deudor, sino en el reparto del botín”.

<sup>12</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios...; cit., pág. 21. Cuestionando en gran medida estos justificantes, DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal de la suficiencia del salario; Dykinson, 2002, pág. 173.

<sup>13</sup> Las causas de estas exigencias responden a razones de política del Derecho o a la finalidad del embargo (enajenación forzosa para pagar al acreedor); al respecto véase MONTERO AROCA/CALDERÓN CUADRADO, Ley de Enjuiciamiento Civil; Tirant lo Blanch, 2001, nota al art. 605 LEC.

El crédito salarial cumple, como ya vimos en su momento, las características de patrimonialidad y transmisibilidad<sup>14</sup>. No ocurre así con la embargabilidad, o al menos, no en todo, pues del salario es predicable la inembargabilidad parcial<sup>15</sup>. Al respecto, debemos remitirnos a las normas existentes tanto en sede puramente laboral (art. 27.2 TRET) como en la norma adjetiva general (arts. 606 y sgs. LEC)<sup>16</sup>. La razón que sustenta esa inembargabilidad parcial debe buscarse en la conexión que guarda esa parte protegida del salario con su función como medio del trabajador para satisfacer sus necesidades y las de su familia (*ex arts. 10 y 35 CE*)<sup>17</sup>. En relación con este, debemos recordar el carácter prácticamente exclusivo que como ingreso patrimonial suele tener el salario, conectándose muy directamente con la dignidad humana<sup>18</sup>. Frente a ello, algunos autores han criticado que si es esta la razón para proteger el salario del trabajador, no se comprende por qué no se extiende dicha garantía a otros sujetos que no siendo trabajadores en sentido técnico (art. 1.1 TRET), también dependen de una renta como elemento patrimonial básico exclusivo con el que satisfacer sus necesidades, lo que podría suponer una violación del principio de igualdad (art. 14 CE)<sup>19</sup>. Creemos infundadas este tipo de críticas y ello porque la protección, como veremos, no se limita a los trabajadores en sentido estricto, sino que se extiende a todo aquél que hace de la prestación de sus servicios su medio de vida. En definitiva, en un sistema capitalista se justifica esa especial protección ante situaciones de subordinación económica<sup>20</sup>, expresada ahora en que es el trabajo personal (en sentido amplio) el medio a través del cual se obtienen los recursos necesarios para el mantenimiento personal y familiar.

Junto a estos motivos de carácter humanitario, también creemos que juega el interés socio-económico general, pues si se admitiese que es embargable la totalidad de lo percibido por el trabajador, difícilmente continuaría éste desempeñando su trabajo si no va recibir por él ninguna retribución real y efectiva de la que pueda disfrutar y con la que pueda cubrir sus necesidades mínimas. Piénsese en las consecuencias que pudiera tener para los terceros (empresario, clientes, etc.) el hecho de que el trabajador no continuase prestando sus servicios, algo más que probable cuando éste supiera

<sup>14</sup> No debe confundirse ésta última con la nota de indisponibilidad, que viene referida al sujeto y no al objeto, en cuyo caso se habla de "idoneidad", *cf.* PEDRAJAS MORENO, A., El embargo sobre retribuciones; Tirant lo Blanch, nº 85, 1998, pág. 32. *Vid.* también, ARMENTA DEU, T., "Consideraciones sobre la inembargabilidad por motivos de Derecho público y ejecución de sentencias condenatorias de la Administración"; RDP, 1989, nº 1, págs. 11, 18 y 19.

<sup>15</sup> Sobre el concepto de embargo, *vid.* ROQUE VILLAMOR, P., "Consideraciones sobre el embargo y su anotación preventiva"; en (DÍEZ-PICAZO/MARTÍNEZ SIMANCAS, Dir.) Estudios sobre Derecho Procesal; Sopec ed., vol. II, 1996, págs. 1177 y 1178 (citando a RIVAS TORRALBA).

<sup>16</sup> Todas estas normas tienen carácter de derecho necesario y por consiguiente, las partes no pueden disponer de ellas de ninguna manera, pues afectan no sólo a ellas, sino al tráfico jurídico-económico en su conjunto; RÍOS SALMERÓN, B., "La dinámica de la embargabilidad del salario"; R.L., 1987-II, págs. 132 y 133.

<sup>17</sup> De la misma opinión, DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; *cit.*, págs. 33 y 233 y sgs.; y ROMELI, R., "Le garanzie dei crediti dei lavoratori subordinati", AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. I, Jovene editore, 1994, pág. 285.

<sup>18</sup> SALINAS MOLINA, F., "Ejecución dineraria: el embargo"; R.L., nº 15-16, 1999, pág. 26. Para algunos esa función de sostenimiento justifica por sí sola esta medida de tutela; MARTÍNEZ JIMÉNEZ, J.M., El salario mínimo legal; Universidad de Málaga, 1986, pág. 197.

<sup>19</sup> *Cfr.* IGLESIAS ARES, J., "Embargo de sueldos o salarios"; en (DÍEZ-PICAZO/MARTÍNEZ SIMANCAS, Dir.) Estudios...; *cit.*, págs. 1360 y 1361.

<sup>20</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La dinámica..."; *cit.*, pág. 138.

que no disfrutará en nada del producto de su trabajo. Es más, esto terminaría repercutiendo sobre el propio acreedor del trabajador, pues al no prestar éste su trabajo, tampoco obtendría recursos y por ello, tampoco podría ese acreedor satisfacer completamente su crédito; de ahí que también para el acreedor sea más conveniente establecer un fraccionamiento en el pago de la deuda a través de embargos parciales. Todo lo cual manifiesta claramente cómo la inembargabilidad parcial del salario es una ventaja u oportunidad que trasciende al propio trabajador<sup>21</sup>.

Todas esas razones justifican que el legislador haya previsto la imposibilidad de trabar parte del salario, aunque –en nuestra opinión– de forma insuficiente, porque la reducción de las cuantías sobre las que no cabe la traba pone en cuestión la tutela real de los derechos constitucionales que pretenden salvaguardarse (v. gr., arts. 10 y 35 CE)<sup>22</sup>.

Con ello no queremos defender la inembargabilidad absoluta y total del salario, pues carecería de justificación suficiente e incluso de apoyo constitucional<sup>23</sup>. Asimismo, redundaría en un perjuicio para el tráfico jurídico-económico y para el propio trabajador, que se vería de esta forma privado de poder realizar gran parte de las operaciones de crédito ordinarias, al carecer su principal fuente de ingresos de interés económico en cuanto objeto de garantía que justifique préstamos y similares operaciones<sup>24</sup>.

## B. Elementos

### 1. Sujeto

Si bien no son los únicos que ven protegidos sus ingresos con la inembargabilidad, sí parece claro e indiscutible que los trabajadores ex art. 1.1 TRET gozan de tal medida, como se deriva no sólo de la normativa laboral (art. 27.2 TRET), sino de la propia ley procesal (art. 607 LEC). Sin embargo, ésta engloba en dicho precepto también y además de lo que sea salario, a otros sujetos y a conceptos que percibe cualquiera que preste sus servicios personales en una situación de dependencia económica, aunque no necesariamente jurídica (ex art. 607.6 LEC).

Se nos plantea no obstante, el problema sobre el trabajo en colectivo o grupal, por cuanto que de él se ha señalado que tiene reducidas las posibilidades de que le sea aplicable a sus componentes ésta garantía de inembargabilidad parcial<sup>25</sup>. Para nosotros la cuestión se sitúa en el grupo que actúa con representante (art. 10.2 TRET), del que ya vimos que la relación se mantiene entre el empresario y el grupo considerado en su conjunto, sin que existiese una relación individual de aquél con cada uno de

<sup>21</sup> En el mismo sentido ya se pronunció PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1944, pág. 32.

<sup>22</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., *La protección legal...*; cit., págs. 21, 22, 36, 249 y 250.

<sup>23</sup> Por todos, DEL VALLE VILLAR, J.M., *La protección legal...*; cit., págs. 248 y 249.

<sup>24</sup> PÉREZ BOTIJA, E., *Salarios*; cit., pág. 33; y SANZ TOMÉ, F., *Aspectos...*; cit., págs. 98 y 102. En la doctrina comparada, VACHET, G., "Saisie-arret et cession"; en *JURIS CLASSEUR*, Travail, Vol. 3, Fasc. 26-40, 1.999, pág. 3.

<sup>25</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La dinámica..."; cit., pág. 138.

los integrantes de dicho grupo. Pero a nuestro juicio, ello no puede perjudicar a los trabajadores que prestan su trabajo bajo esta figura, porque, primero, el art. 607 LEC menciona la inembargabilidad del salario o retribución respecto de las deudas que el trabajador tenga con sus acreedores, por lo tanto se trata de una cuestión que opera al margen de la relación empresario-grupo (que es donde se manifiestan los efectos de este tipo de contrato). En efecto, la inembargabilidad se conecta a la relación existente entre el trabajador en cuestión y su acreedor, por lo que la embargabilidad parcial del salario lo será sobre la parte que le corresponda en función de las relaciones internas del grupo. En segundo lugar, y relacionado con lo que acabamos de señalar, la duda que se suscita sobre los colectivos o grupos deriva de que son éstos globalmente considerados quienes reciben el pago de la remuneración; frente a ello, no puede perderse de vista que en el contrato de grupo –como ya vimos– cada uno de los componentes tiene en la relación interna la acción correspondiente para reclamar su salario. Por último, la ficción que para el ordenamiento laboral supone la figura que estamos analizando (art. 10.2 TRET), no puede servir para excluir las garantías otorgadas a los trabajadores frente a terceros, pues de lo contrario habría que cuestionarse la validez de tal modalidad de trabajo o al menos, su configuración tal y como la entendemos.

## 2. Objeto

### a. El salario y/o el crédito/obligación salarial

Una de las cuestiones más polémicas en materia de embargos era determinar si la inembargabilidad hacía referencia al salario/retribución ya percibido o al crédito que el trabajador tenía frente al empresario-deudor y que aún no había recibido. Esto último era lo que parecía deducirse de la terminología empleada por la anterior normativa, en la que se hablaba expresamente de las “retenciones sobre salarios...”, expresión ésta (retención) que se conecta directamente con el crédito más que con el salario materializado<sup>26</sup>.

Sin embargo, ya con la anterior regulación existían voces que proclamaban una interpretación ajustada a los principios sociales y que por ello, englobase no sólo el crédito propiamente dicho, sino también los salarios ya percibidos, siempre que de alguna forma pudieran identificarse<sup>27</sup>. Esta opinión cobra mayor peso con la actual redacción del art. 607 LEC, pues se elimina el término *retención* y de su lectura (también del art. 608 LEC) parece deducirse que son incluíbles sin problema los salarios ya percibidos, así como los créditos devengados y no cobrados (ex art. 621.1 LEC). Aunque, pensamos, la limitación ex art. 607 LEC debe alcanzar sólo desde el último salario devengado, ya que es éste el que cumple con la función más cercana a lo que se pretende proteger con el precepto procesal<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., pág. 150.

<sup>27</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La dinámica...; cit., págs. 145 y 146; y DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., págs. 33, 34, 254 y 255.

<sup>28</sup> En este sentido, PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., págs. 153 y 154.

Debido a la ya mencionada proliferación de los pagos a los trabajadores mediante su ingreso en cuenta corriente o similar, el problema se traslada ahora a determinar cómo se identifica la naturaleza de la remuneración cuando ésta ha ingresado en ella, pues en este caso pudiera darse un embargo formal de cuenta corriente, pero materialmente se afectaría al salario del trabajador. Compartimos la solución de quienes afirman que de ser ésta la forma de pago, debieran mantenerse las reglas de inembargabilidad y embargabilidad parcial, siempre que, como hemos señalado, existiese la posibilidad de identificar lo que se ingresó como salario<sup>29</sup>. De cualquier forma, el problema se relativiza si tenemos en cuenta lo señalado en el art. 621.3 LEC, ya que sólo en las cuantías ingresadas antes de decretar el embargo se dará este conflicto (incluso se limita a la última, por las razones antes expresadas), pues en las posteriores, y en aplicación del mencionado precepto ritual, bastará ordenar a quien realiza los pagos que los retenga.

#### b. Partidas incluidas

Sobre cuáles sean las percepciones reconducibles dentro de los términos usados por el art. 607.1 LEC, debemos recoger aquellas que el trabajador reciba de su empresario que estén conectadas con la relación laboral, sean o no salario<sup>30</sup>. Así se deduce de una primera lectura del precepto procesal, en el que se declaran inembargables “el salario, sueldo, pensión, retribución o *su equivalente (...)*”, ampliando en este sentido la redacción de la anterior regulación, lo que permite incluir también ahora, a nuestro modo de ver, las indemnizaciones o suplidos que ex art. 26.2 TRET quedan fuera de concepto de salario<sup>31</sup>. En efecto y sin perjuicio de la inexistencia de diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica entre salario y sueldo, se añade además del concepto de pensión, los de retribución y un término cierre (su equivalente) que nos permiten confirmar la ampliación del nuevo texto procesal respecto a cuáles sean las percepciones incluidas<sup>32</sup>.

Asimismo, el apartado 6 del mencionado art. 607 LEC extiende esa protección parcial a cualesquiera ingresos por actividades profesionales o mercantiles, sin ningún tipo de excepción en función de cómo y cuál sea ese ingreso<sup>33</sup>. Por añadidura, la inclusión de tales indemnizaciones será consecuencia de una aplicación extensiva de la norma acorde con el principio *pro operario* y el art. 3 C.Civ.<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> SOPENA GIL, J., El embargo de dinero por deudas tributarias; Marcial Pons, 1993, págs. 169-171.

<sup>30</sup> En extenso, DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., págs. 265-267. Sobre el alcance del concepto remuneración por prestación de servicios en esta cuestión, PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., págs. 139 y 140.

<sup>31</sup> También, AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; Francis Lefebvre, 2001, pág. 373 (4006). En el Derecho italiano, cfr. GHEZZI/ROMAGNOLI, Il rapporto di lavoro; Zanichelli Bologna, 1987, págs. 331 y 332.

<sup>32</sup> Esa dicotomía salario-sueldo es propia de los textos no laborales (v. gr., art. 1924.2.D C.Civ.). De la relación entre uno y otro, véase HERNÁNDEZ MARTÍN, D., “Salarios por unidad de tiempo: los sueldos”; en (AA.VV.) Dieciséis Lecciones sobre salarios y sus clases; Universidad de Madrid, 1971, págs. 87-90.

Sobre el alcance que el término pensiones puede tener para el texto ritual, véase CORTÉS DOMÍNGUEZ/MORENO CATENA, La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; T. IV, Tecnos, 2000, pág. 186, quien incluye no sólo las reconducibles al art. 26.2 TRET, sino también otras propias del ámbito civil (rentas, alimentos, compensatoria, etc.).

<sup>33</sup> Una crítica a esta extensión, en BARRIO CALLE, M.A., “Incidencia de la Ley de Enjuiciamiento civil de 2000 en la ejecución regulada en la Ley de Procedimiento Laboral”; A.L., nº 36, 2000, pág. 619.

<sup>34</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La dinámica...; cit., págs. 141 y 142. Este autor nos señala la semejanza entre la expresión de cierre y la contenida en el art. 32 de la antigua LRL (conceptos sustitutivos del salario), donde se incluían tales percep-

Pese a que del texto pareciera desprenderse la necesidad de que se trate de partidas de devengo periódico, no creemos que ello sea así, no sólo por la existencia de percepciones salariales de devengo único (v. gr., prima de fichaje), sino por lo dicho respecto a los ingresos mercantiles o profesionales, que también pueden no tener un carácter periódico y permanente<sup>35</sup>. También han de incluirse los gastos que el trabajador realizó para llevar a cabo su trabajo, pues esas cuantías son adelantadas por el trabajador de sus recursos (v. gr., salarios anteriores), lo que supone una reducción en su patrimonio que debe ser reestablecido mediante su devolución, con el objeto de saber cuál es el patrimonio inicial del trabajador y si esas cuantías fueron pagadas con sus retribuciones anteriores, ya que sostener lo contrario nos llevaría a perjudicar injustamente al trabajador que realizó tales gastos<sup>36</sup>.

Tampoco contradice lo señalado sobre la inclusión de partidas no salariales el hecho de que tanto el art. 27.2 TRET como el art. 607 LEC hablen del SMI, pues éste no se utiliza en cuanto tal sino como medida de valor revisable periódicamente en función de las exigencias establecidas en la ley. Adviértase además que el art. 27 TRET no señala que el SMI sea inembargable, sino que lo es *en su cuantía*, manifestando de esta forma que lo que se pretende es salvaguardar no ya el SMI, sino la percepción por el trabajador-deudor de una renta mínima.

Ahora bien, siguiendo el objeto de nuestro estudio, nos ceñimos al análisis del salario, sin perjuicio de que hagamos referencia a otras cuantías percibidas por el trabajador en caso de que lo entendiésemos necesario<sup>37</sup>. En este sentido, cobra especial importancia la cuestión del salario en especie (alojamiento, comida, vehículos, etc.), no ya por su inclusión o no dentro de los términos que recoge el precepto procesal, ya que como ya recogimos en su momento, el salario del trabajador puede incluir una parte en especie cuya valoración se haría conforme a las reglas de mercado. El problema se plantea a la hora de determinar la embargabilidad o no de dichas percepciones *in natura*. En nuestra opinión, no debe de existir problema alguno en incluir esa percepción a efectos de determinar cuál sea la cuantía percibida en calidad de retribución, e incluso el trabajador-deudor podrá designar sobre qué bienes o derechos de los que percibe en concepto de salario (dinero o *in natura*) recae el embargo (ex art. 553.1.3º LEC). No obstante, debe señalarse un supuesto de percepciones no dinerarias en el que posiblemente puedan plantearse algunos problemas: cuando esas percepciones sirvan para que el trabajador “y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia” (art. 606 LEC). Piénsese en supuestos como suministro eléctrico, comida, incluso alojamiento; en estos casos, el valor de dichos bienes o dere-

---

ciones. Como también afirma VARELA AUTRÁN, B. (“El concepto de salario a los fines de ejecución separada, en proceso singular laboral, o integrada en proceso concursal o de quiebra”; RGD, nº 588, 1993, págs. 8551-8555), ha de partirse de un concepto amplio de salario que permita incluir la mayor parte de las consecuencias económicas derivadas del vínculo jurídico laboral, ya que el legislador prevé su utilización restrictiva para fines concretos (generalmente relacionados con la Seguridad Social).

<sup>35</sup> VEGAS TORRES, J., en (AA.VV.) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil; Civitas, 2001, pág. 1062.

<sup>36</sup> PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., págs. 169 y 170. En el derecho francés existe una importante polémica sobre su embargabilidad o no, donde parece primar la segunda, HENNEBELLE, D., Essai sur la notion de salaire; Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2000, págs. 294 y 295.

<sup>37</sup> Excluimos aquí otras referencias a otros bienes inembargables que pueden conectarse con la actividad del trabajador (art. 606.2º LEC), en tanto que no son considerados salario.

chos puede sin duda superar el SMI y la escala establecida en el art. 607 TRET (aisladamente o junto con el salario en dinero), por lo que se plantea la cuestión de qué hacer con ellos<sup>38</sup>. Obsérvese que el problema no es sólo por la imposibilidad de dividir esos bienes<sup>39</sup>, sino por su posible conceptualización como imprescindible –por razones de dignidad, para su subsistencia personal y familiar–. De ser así, al declararse bienes inembargables ex art. 606.1º LEC, no cabe su traba, debiéndose conformar el acreedor con la parte que superando el SMI y en función de la escala antes mencionada, no se vea protegida por éste precepto.

### c. Módulo

El art. 607 LEC, como hizo su antecedente (art. 1451 LEC), establece un criterio de inembargabilidad basado en múltiplos del SMI y en función de la retribución percibida por el trabajador. Opción también criticada por algunos autores, porque supone desvirtuar el fundamento de la inembargabilidad del salario. Sostienen estos autores que si lo que se pretende es garantizar un mínimo vital, éste es y debe ser el mismo para todos, so pena de liberar para los trabajadores-deudores con mayores ingresos cantidades destinadas al “disfrute y lujo”, atentando incluso contra el principio de igualdad<sup>40</sup>. No podemos compartir este razonamiento, pues, en primer lugar, el embargo no lo es (ni tiene por qué serlo) sobre todos los bienes del deudor, sino sólo sobre los que sean suficientes para satisfacer la deuda (ex art. 584 LEC)<sup>41</sup>. Segundo, y conectado con lo que acabamos de señalar, es necesario desentrañar la finalidad que protege el legislador con la escala de inembargabilidad parcial del salario, pues no es sólo garantizar la suficiencia salarial (lo que parece que tampoco se conseguiría –ex art. 35 CE– con la inembargabilidad de la cuantía que representa el SMI), sino procurar no alterar en exceso la vida ordinaria del trabajador. En todo caso, esa escala no es el suelo mínimo protegido, de ahí que se mantenga sólo cuando sea compatible con el interés del acreedor(-es), que no puede verse perjudicado (de ahí lo que señalaremos de inmediato sobre el reembolso).

La regulación actual ha establecido un sistema mixto de determinación legal flexible de la cuantía no embargable, estableciéndose por ello una escala aplicable a cualquier trabajador en atención exclusivamente a la renta que percibe, pero también dejando en manos del juez la posibilidad de rebajar el alcance del embargo en atención a las cargas familiares del trabajador-deudor, y sin perjuicio de lo previsto para el caso de alimentos (art. 608 LEC) y en otros supuestos excepcionales<sup>42</sup>. Obsérvese que aqué-

<sup>38</sup> Sobre los términos del art. 606 LEC y su alcance, véase VEGAS TORRES, J., en (AA.VV.) Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil; Civitas, 2001, pág. 1058.

<sup>39</sup> En cuyo caso, algunos autores establecen que no cabrá exigir la división; PEDRAJAS MORENO, A., El embargo..., cit., pág. 166.

<sup>40</sup> Cfr. IGLESIAS ARES, J., “Embargo...”; cit., págs. 1362-1364.

<sup>41</sup> AA.VV. (CABAÑAS GARCÍA, Coord.), Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil; Trivium, 2000, pág. 552. Se trata de la plasmación de los principios de suficiencia y proporcionalidad que rigen en materia de embargos. Véase también MARTÍNEZ LÓPEZ, E., “La ejecución forzosa...”; cit., págs. 8, 20 y 25.

<sup>42</sup> También debiera tenerse en cuenta el R.D. 148/1996, de 5 de febrero, por el que se regula el reintegro de prestaciones indebidamente obtenidas, pues en él se permite que “el descuento de las prestaciones rebaje la cuantía de las mismas por debajo del quantum inembargable” del SMI. Al respecto, con una crítica a esa extensión, GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., “Aplicación del límite de embargabilidad del salario mínimo interprofesional a las prestaciones de Seguridad Social indebidamente percibidas”; R.L., 1999-I, pág. 712.

lla discrecionalidad judicial se limita para los casos cuyas rentas no superen en cinco veces el SMI (art. 607.4 LEC)<sup>43</sup>.

Así pues, conforme a lo señalado en el art. 27 TRET y en el art. 607.1 LEC, la inembargabilidad del salario lo es en cuantía que no supere el SMI, porque ésta representa para el actual legislador el mínimo personal que un Estado Democrático, Social y de Derecho (art. 1.1 CE) exige para salvaguardar el interés social<sup>44</sup>. Añadida a esta parte inembargable, existe la ya señalada escala del art. 607.2 LEC (y aptdo. 4), en la que se identifican unas cuantías que exceden del SMI, y que si bien no gozan de inembargabilidad, sí limita su afectación o embargo en función de esa graduación<sup>45</sup>.

En consecuencia, en los supuestos de reembargo (art. 610 LEC) será posible proceder al descuento sobre la cuantía restante, una vez realizado o garantizado el embargo anterior, también en función de la escala que contiene el tan mencionado art. 607 LEC y siempre que se respete la parte inembargable, esto es, el equivalente a la cuantía del SMI, única protegida como tal por el art. 609 LEC. Corroborata esta interpretación la nueva redacción dada a esta cuestión, por cuanto que se ha prescindido de la men- ción que recogía el antiguo art. 1452 LEC, que ordenaba que no se podía embargar más que los porcentajes establecidos en la escala mencionada, “debiendo quedarle siempre el resto libre de responsabilidad”<sup>46</sup>. Por lo que, como decimos, parece que se ha de admitir el reembargo de salarios aunque ya se hubiese practicado uno anterior conforme a los porcentajes a los que se refiere el art. 607 LEC y con el único límite absoluto del SMI, lo cual nos parece un retroceso enormemente criticable y poco sensible a los objetivos y fines que pretenden protegerse<sup>47</sup>. Debe advertirse además de los problemas prácticos que esto puede originar en una realidad económica como la nuestra donde por diversos factores sigue creciendo el endeudamiento de las familias españolas<sup>48</sup>.

#### d. Período de referencia

Hasta el momento hemos identificado cuáles son las percepciones que se computan a efectos de determinar el *quantum* de la retribución. Respecto a cuál sea el módulo designado para determinar qué parte de la remuneración goza de la inembargabilidad parcial, consideramos que debe ser la cuantía que corresponda al SMI vigente, obvia-

<sup>43</sup> Se asemeja de esta forma nuestra normativa a la existente en otros países de nuestro entorno cultural; RÍOS SALMERÓN, B., “El Salario Mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable”, en (BORRAJO, Dir.) Comentarios a las...; cit., T.I, vol. 1º, 1994, pág. 201. También, LE MIRE, A., “La saise des rémunérations”; RPDS, N° 625, 1997, pág. 171.

<sup>44</sup> Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Inembargabilidad y embargabilidad de las pensiones”; R.L., 1989-II, pág. 36; PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., págs. 52 y 53; y RÍOS SALMERÓN, B., “Inembargabilidad del salario: origen, fundamento y ámbito”; R.L., 1987-2, págs. 118-120. Sobre el alcance del Estado Social a estos efectos; vid. GARRONERA MORALES, A., El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho; Tecnos, 1984, pág. 102.

<sup>45</sup> Adviértase que la regulación actual ha aumentado la parte embargable; VEGAS TORRES, J., en (AA.VV.) Comentarios...; cit., pág. 607.

<sup>46</sup> Este era el argumento principal en el que se basaba la imposibilidad de reembargos cuando se hubiesen completado los porcentajes del anterior art. 1451 LEC; IGLESIAS ARES, J., “Embargo...; cit., págs. 1368 y 1369.

<sup>47</sup> Se aleja nuestra legislación en este tema no sólo de nuestro antecedente, sino incluso de lo contenido en otros ordenamientos como el francés, PÉLISSIER/SUPIOT/JEAMMAUD, Droit du Travail; Dalloz, 2000, págs. 1058 y 1059.

<sup>48</sup> MALO DE MOLINA/RESTOY, Evolución reciente del patrimonio de empresas y familias en España: implicaciones macroeconómicas; Documento ocasional n° 0402, Banco de España, 2004, especialmente, pág. 12.

mente, al momento en el que deba realizarse la traba. No obstante esa delimitación, este módulo queda aún sin identificar plenamente, pues su alcance depende en gran medida a) de cuál sea la referencia temporal tenida en cuenta para calcular el salario (jornada, día, mes, año, etc.), ya que el texto legal no señala ninguno, además, existen partidas de devengo irregular, diverso al de las periódicas y regulares (art. 29.1 TRET). Y b), de la modalidad contractual a la que está sujeta el trabajador, pues pareciera que ciertos contratos tienen fijado un SMI diferente al general, en función de la modalidad contractual (vid. art. 4 RD 1426/2002, eventuales y temporeros).

La determinación de a qué SMI está haciendo referencia el legislador procesal no se trata de una cuestión baladí, porque como venimos señalando, el *quantum* de lo que se entiende por SMI varía según que su cómputo se haga anualmente o bien de forma mensual o diaria, ya que en estos últimos casos suele considerarse que quedan excluidas las pagas extraordinarias. En consecuencia, y a falta de elementos legales que nos clarifiquen, consideramos que es la cuantía en cómputo anual (que incluye las pagas extraordinarias) la que debe tenerse en cuenta, por ser más acorde a la finalidad que se persigue en este caso (mantenimiento de un mínimo de poder adquisitivo) y al principio *pro operario*<sup>49</sup>.

Por otro lado, parte de doctrina ha afirmado que a falta de esa precisión por parte del legislador, la solución respecto a esas percepciones irregulares será esperar y tomar como referencia el SMI y el salario total en cómputo anual<sup>50</sup>; o bien, que el valor a tener en cuenta para determinar si se supera ese SMI lo sea por referencia al periodo de devengo de las partidas de carácter irregular<sup>51</sup>. Creemos que la solución pasa por tener en cuenta, en primer lugar, la precisión hecha en el párrafo anterior respecto a que la suma protegida es la prevista para el SMI anual. Ahora bien, tras ello, debemos resolver cómo se determina si la remuneración percibida supera o no esa cuantía, para lo cual sólo queda distribuir aquella suma anual en función del periodo de referencia para el devengo de la correspondiente partida (irregular o no)<sup>52</sup>. Creemos más ajustada esta última solución toda vez que, por un lado, respeta la letra de la ley y por otro, se ajusta mejor a los intereses de las partes: del acreedor, porque no tiene que esperar a conocer la cuantía anual para saber si opera el embargo, y del trabajador-deudor, porque la traba tiene en cuenta el periodo necesario para el devengo. En resumen, de esta forma se establece un criterio uniforme para todas las partidas, ya que las de carácter regular y periódico tomarán el módulo del SMI que coincide con ellas (generalmente, el mes, pero en valor anual). Lo mismo ocurrirá con el resto de percepciones que tengan un devengo irregular, que se pondrán en conexión con el valor SMI anual que correspondiera al periodo de tiempo que dio lugar a esa cuantía (v. *gr.*, indemnizaciones por despido)<sup>53</sup>. En el ejemplo señalado se trata de determinar el número de dí-

<sup>49</sup> ROQUETA BUJ, R., "La exclusión de las pagas extraordinarias del SMI que delimita el tope de la responsabilidad del FGS"; A.S., 1998-V, pág. 505. Sobre la interpretación de las normas acordes a tal principio, STSJ de Baleares, de 21 de diciembre de 2001 (AS 716).

<sup>50</sup> Solución similar a la fijada en la normativa francesa; VACHET, G., "Saisie-arret..."; cit., págs. 10 y 11.

<sup>51</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La dinámica..."; cit., pág. 153. Del mismo autor, "El salario mínimo..."; ci., pág. 232.

<sup>52</sup> Así parecen pronunciarse también otros autores, DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., pág. 264 (nota 16).

<sup>53</sup> PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., pág. 172. Criterio similar es el propuesto para las indemnizaciones que se calculan por referencia a un número de mensualidades de pensión, vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Inembargabilidad..."; cit., págs. 39 y 40.

as de indemnización devengados en función de los criterios que la ley establece (causa de la extinción, calificación, etc.). Conocidos cuántos sean esos días y conectados con el valor del SMI que correspondería a los mismos, sólo nos quedará aplicar la escala prevista en el precepto rituario (art. 607 LEC)<sup>54</sup>.

Una segunda cuestión a decidir es la referida a cuál sea la cuantía de ese SMI; esto es, resueltos por el legislador los antiguos problemas sobre la cifra a tener en cuenta según se trate de trabajadores menores o mayores de edad (tras la eliminación de la diferenciación cuantitativa), queda aún por resolver la cuestión relativa a la jornada que ha de tenerse como referente para saber el valor de dicho SMI. En efecto, se puede argumentar que la parte inembargable del salario (y los tramos adicionales hasta cubrir el importe de sucesivos SMI), será aquella que le corresponda al trabajador en función de su jornada, pues como señala el art. 1. párr. 2º Real Decreto 2388/2004, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2005, la cuantía señalada lo será referida a la jornada legal (máxima) de trabajo en la actividad, precisando por ello que si se realizase una jornada inferior, se percibirá a prorrata. Por tanto, se argumenta, ese SMI tomado como inembargable dependerá de cuál sea la jornada legal del trabajador-deudor (v. gr., trabajo a tiempo parcial)<sup>55</sup>.

No compartimos esta opinión, ya que existen sobradas razones para considerar que se ha de tener en cuenta la cuantía ordinaria o normal prevista para el SMI, con independencia de cuál sea la jornada real, y ello por las siguientes razones: a) el propio fundamento que justifica la inembargabilidad exigiría que la cuantía sea la prevista de forma general y no la proporcional en función de la jornada, pues como vimos, lo que se pretende con este art. 607 LEC –entre otras cosas– es salvaguardar para el trabajador un mínimo social, que le garantice unas mínimas condiciones de vida en dignidad, algo que no está relacionado con cuál sea su jornada de trabajo<sup>56</sup>. b), el precepto de la norma procesal incluye tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia (art. 607.6 LEC), lo que viene a confirmar la idea que planteamos de que el valor del SMI a efectos de inembargabilidad será igual en todos los casos, con independencia de la duración de la jornada, ya que de lo contrario, será muy difícil determinar cuál es la jornada (y por lo tanto el valor del SMI) aplicable a los trabajadores por cuenta propia. Tercero, el art. 27.2 TRET, al afirmar que el SMI es inembargable *en su cuantía*, parece querer manifestar que lo que se quiere proteger no es tanto el SMI como tal (partidas que lo integran, mecanismos de cálculo, etc.), sino la cuantía prevista legalmente para éste<sup>57</sup>. Y c), cuando en otras ocasiones el legislador ha utilizado el criterio del SMI (v. gr., importe de la garantía financiera de las ETT, acceso a determinados subsidios o prestaciones de Seguridad Social –art. 1 RD-Ley 3/2004, de 25 de junio–), lo ha hecho pensando, de nuevo, en la cuantía general referida al SMI, esto es, la correspondiente a la jornada legal o completa.

<sup>54</sup> Como se deduce de lo señalado por PÉREZ BOTIJA, E. (Salarios; IEP, 1944, pág. 171), cuando lo cobrado compute un periodo de tiempo distinto al fijado como referencia (en nuestro caso, el mes) “se computará el ingreso por el múltiplo que correspondería a las indicadas” mensualidades.

<sup>55</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La dinámica...; cit., pág. 152.

<sup>56</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “El salario mínimo...; cit., pág. 229; y DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., pág. 259.

<sup>57</sup> También, SENRA BIEDMA, R., “La protección jurídica del salario y del crédito salarial e indemnizatorio y la ejecución de sentencias judiciales”; R.L., nº 4, 1998, págs. 18-20.

Finalmente, la cuestión se suscita con ciertas modalidades contractuales o trabajos que tienen fijado un SMI específico, en atención a las características propias (temporeros, eventuales y la relación laboral especial del hogar familiar en el supuesto del art. 6.5 R.D.1424/1985). En este caso, el mínimo inembargable será el expresamente fijado como SMI para ellos, toda vez que con la diferencia cuantitativa lo que se pretende únicamente es incluir la parte proporcional de domingos, festivos y gratificaciones extraordinarias, por lo que de no tomar en cuenta la cifra expresamente establecida para éstos, se les estaría discriminando con respecto a otros trabajadores que incluyen esa parte proporcional ya en su salario<sup>58</sup>.

#### e. Cuantías brutas o netas

Un tema de indubitado interés es el relativo a si las cuantías percibidas por el trabajador-deudor se computan por su valor bruto o neto, con el objeto de saber los tramos o múltiplos del SMI que se cubren o alcanzan. Tanto la anterior normativa (art. 1451, párr. 2º LEC), como la actual (art. 607.5 LEC), con mejor técnica en nuestra opinión, se refieren a ello afirmando que el valor a tener en cuenta será el neto. No podía ser de otra forma, pues para poder servir a la función socio-económica que con la inembargabilidad parcial se pretende, es preciso atender al valor neto, pues sólo en ese caso puede servir para cubrir las necesidades vitales<sup>59</sup>. Téngase en cuenta que el trabajador (y su familia) establece su nivel de vida en función de las cuantías netas percibidas, pues sólo éstas les son entregadas al trabajador para satisfacer sus gastos.

Así pues, queda saber cómo cuantificar la cantidad líquida que percibe el trabajador-deudor a efectos de embargo, para lo que hay que tener en cuenta que el propio texto legal establece que si dicha remuneración o equivalente estuviera gravada con descuentos "de carácter público en razón de la legislación fiscal, tributaria o de Seguridad Social", se deducirán previamente éstos para obtener la cantidad que servirá para el embargo<sup>60</sup>. Debemos, en buena lógica, desentrañar cuáles sean esos descuentos permanentes o transitorios, partiendo de la base de que deben tener carácter público, lo que supone excluir tanto el de sujetos privados como los pertenecientes a entidades públicas cuando lo sean por deudas derivadas de su actuación privada<sup>61</sup>.

Las únicas cargas públicas que se deducen previamente serán aquellas que impliquen un descuento que grave la mencionada percepción; esto es, no cualesquiera gravámenes públicos, sino tan sólo los que impliquen un descuento (permanente o transitorio) del salario de carácter habitual, pues "de no hacerse así, quizá nos encontraríamos con que la ley sobre embargo establece un privilegio crediticio (...) a favor del

<sup>58</sup> PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., págs. 180 y 181.

<sup>59</sup> HENNEBELLE, D., Essai sur...; cit., págs. 233, 234, 288 y 289.

<sup>60</sup> Como han señalado los tribunales, no corresponde al orden social determinar si corresponde o no realizar retenciones ni, en su caso, cuál sea el importe, debiéndose acudir para ello a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; STSJ de Galicia, de 3 de abril del 2001 (AL, nº 34, ref. 1279), y STSJ del Principado de Asturias, de 11 de abril de 2003 (A.L., nº 31, 2003, ref. 915).

<sup>61</sup> PEDRAJAS MORENO, A., El embargo...; cit., pág. 160. Ello viene a excluir de la deducción aquellas cargas que no sean legalmente obligatorias, por ejemplo, las deducción o las cotizaciones para prestaciones voluntarias o complementarias de seguridad social; cfr. LE MIRE, A., "La saise...; cit., pág. 172.

Estado”<sup>62</sup>. En un análisis más concreto, y en referencia siempre al salario, los gravámenes que pueden recaer sobre éste derivados de la Seguridad Social y de las normas tributarias son, respectivamente, la cotización a la Seguridad Social que se retiene del salario y las retenciones en materia de IRPF, como tributo que grava los rendimientos de trabajo<sup>63</sup>. En nuestra opinión, éstos son los únicos gravámenes que deben reconducirse al supuesto ahora contemplado, de tal forma que también cualesquiera otros tributos fiscales u otras deudas con la Seguridad Social diferentes de los señalados, deben someterse a las reglas generales sobre concurrencia y embargo aplicables al resto de créditos<sup>64</sup>.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que es posible que con las deducciones realizadas la cuantía resultante pudiera quedar por debajo del SMI; en ese caso, considero que no cabrá practicarlas por debajo del SMI, pues ésta se presenta como una cuantía inembargable a todos los efectos (art. 27.2 TRET), siendo la deducción previa un mecanismo para determinar la cuantía líquida sobre la que se practica el embargo (art. 607.5 *in fine* LEC), lo que exige que se trate de un importe superior al SMI.

### 3. Otras cuestiones

La regulación actual relativa al embargo de salarios ha venido a resolver algunos interrogantes que no afrontaba de forma clara y directa la anterior regulación. De ellas resaltamos la problemática surgida cuando el trabajador-deudor es beneficiario de varias percepciones. En este caso, el legislador ha optado porque se acumulen “todas ellas para deducir de una sola vez la parte inembargable” (art. 607.3 LEC)<sup>65</sup>. Acumulación que también opera cuando los dos cónyuges reciben salarios, pensiones, retribuciones o equivalentes y siempre que el régimen económico matrimonial “no sea el de separación de bienes y rentas de toda clase”<sup>66</sup>. Sin embargo, conviene tener en cuenta lo señalado en el art. 1373 C.Civ., debido a que “la diligencia de embargo va a desplegar sus efectos en el futuro”<sup>67</sup>. En ese precepto civil se recoge que el cónyuge no deudor

<sup>62</sup> DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., págs. 270 y 271.

<sup>63</sup> DE LA VILLA GIL, L.E., “Descuentos sobre la percepción total bruta del trabajador”; (AA.VV.) Estudios sobre el salario; ACARL, 1993, págs. 640 y 641. También, BARRENECHEA/FERRER, El salario; Deusto, 2001, págs. 38 y sgs. Véase asimismo el cap VII (Salarios, Seguridad Social e impuestos) del libro (AA.VV.) Estudios sobre el salario; ACARL, 1993, págs. 779 y sgs.

Aunque no sea una cuestión directamente relacionada con nuestro estudio, puede verse una interesante crítica al enducimiento del gravamen fiscal sobre las rentas del trabajo en ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; Civitas, 1.998, págs. 354 y 355.

<sup>64</sup> Sobre el IVA en el caso de salario en especie; SAN, de 18 de septiembre de 2001 (A.L., nº 6, 2002, ref. 167).

<sup>65</sup> Las opciones doctrinales defendidas antes de la solución aportada por la LEC eran esa misma, o bien que la inembargabilidad y las escalas se aplicasen a cada una de las percepciones; cfr. RÍOS SALMERÓN, B., “El salario mínimo...; cit., págs. 235 y 236

<sup>66</sup> La extensión de la responsabilidad por deudas privativas de cada uno de los cónyuges ha sido fuertemente criticada por nuestra doctrina; por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español Común y Foral; T. 5, vol. 1, 1994, pág. 482 y sgs. Véase la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 21 de diciembre del 2000 (AL, nº 25, 2001, ref. A112). La normativa francesa excluye que el embargo sobre salarios de uno de los cónyuges afecte al salario del otro; VACHET, G., “Saisie-arret...; cit., pág. 11; y más extensamente, HENNEBELLE, D., Essai sur...; cit., págs. 283 y 297 y sgs.

<sup>67</sup> MAGAÑA MALO, J., “Los bienes embargables según el artículo 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en (DÍEZ-PICAZO/MARTÍNEZ SIMANCAS, Dir.) Estudios...; cit., págs. 1133 y 1134.

podrá exigir que en la traba llevada a cabo por las deudas privativas del deudor, los bienes comunes (*v. gr.*, bienes producto del trabajo y, en principio, cualquier otra renta, *ex arts.* 1347.1º y 1361 C.Civ.) sean sustituidos por la parte que éste tiene en la sociedad conyugal, “en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla”. Con ello se posibilita no perjudicar en exceso y en el futuro a quien optó inicialmente por el régimen económico de gananciales.

También debe recordarse que no existe límite de ningún tipo a efectos de embargar el salario cuando las deudas que se reclaman tengan por objeto el pago de alimentos derivados directamente de la Ley (no de pacto o de otro tipo de norma). De ser así, será el juez el que fije la cuantía a embargar, pudiendo exceder, como decimos, la barrera del SMI. La razón de que no existan límites en este caso es obvia, pues si el art. 607 LEC pretende salvaguardar los mínimos vitales para el trabajador y su familia (cónyuge e hijos, exclusivamente), los alimentos plasman mejor que ninguno esas necesidades. Debe advertirse que con la actual regulación se ha ampliado el ámbito de dicha excepción del principio de inembargabilidad, pues ya no se limita a los procesos que recogía el anterior art. 1451.3º LEC, sino que ahora la excepción abarca a la totalidad de alimentos de origen legal. Por otro lado, algún pronunciamiento ha equiparado esos alimentos –a efectos de que opere la excepción de inembargabilidad– a la pensión compensatoria, argumentando para ello la similitud que en muchas ocasiones existe entre ambos o el evitar vaciar de contenido lo previsto en el art. 97.1.8º C.Civ.<sup>68</sup>. Rechazamos de plano tal equiparación, por cuanto supone una interpretación analógica que excede sin duda de las posibilidades que ésta permite<sup>69</sup>. En efecto, una y otra responden a presupuestos y fundamentos distintos, de ahí que no quepa confundir los alimentos, en los que se tiene en cuenta las necesidades vitales de los familiares (necesidad-indigencia), con la pensión compensatoria, cuya finalidad es “como su nombre indica, compensar los servicios y trabajos prestados, o indemnizar los perjuicios producidos por la separación o divorcio”; esto es, evitar el desequilibrio mediante el resarcimiento, sin que además tenga que existir ya vinculación familiar y en consecuencia, faltando el elemento justificador de los alimentos (mutua ayuda)<sup>70</sup>.

En todo caso, creemos que la excepción por alimentos no debe suponer, a nuestro modo de ver, una privación absoluta del salario del trabajador-deudor, pues además de que esa cuantía es también para él su mínimo vital<sup>71</sup>, no debemos olvidar no sólo los arts. 146 y 152.2 C.Civ., sino también, como vimos, que existen otras razones de interés general que fundamentan la inembargabilidad<sup>72</sup>. Todo lo cual justifica nuevamente que se amplíe la cuantía considerada como mínimo inembargable a efec-

<sup>68</sup> LOUSADA ARCHENA, J.F., “El embargo de sueldos y pensiones por obligaciones alimenticias tras la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”; *La Ley*, D-28, 2001-1, pág. 1789.

<sup>69</sup> Sobre la analogía y su diferencia, pero a la vez, difícil separación respecto a la interpretación extensiva, ESCUSOL CORREDOR/GARCÍA MARÍN, “Argumentación analógica y argumentación a contrario” (págs. 125 y sgs.); y GIMÉNEZ RUIZ/PÉREZ APARICIO, “Interpretación extensiva” (págs. 110, 120 y 121); ambos en (CALVO GARCÍA, Ed.) Interpretación y argumentación jurídica (vol I); PUZ, 1995. Con mayor claridad, GARCÍA DE HARO, R., *El salario como crédito privilegiado*; Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1960, pág. 287.

<sup>70</sup> LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI, M., *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*; Colex, 2000, pág. 210 y sgs.

<sup>71</sup> PEDRAJAS MORENO, A., *El embargo...*; cit., págs. 98-102 y 233; y DEL VALLE VILLAR, J.M., *La protección legal...*; cit., págs. 262 y 263.

<sup>72</sup> *Vid.*, AA.VV., *Memento Práctico. Salario 2002-2003*; cit., pág. 375 (4015). En otros ordenamientos se ha previsto el mantenimiento de un mínimo, en todo caso, para el trabajador; LIASONS SOCIALES, *Le salaire*, n° 12.413, mai, 1997, pág. 90; y HENNEBELLE, D., *Essai sur...*; cit., págs. 290 y 291.

tos de salvaguardar unos mínimos de suficiencia y dignidad que requieren un Estado social como el nuestro, so pena de ver sacrificados esos intereses y valores esenciales para nuestra Constitución y/o, al mismo tiempo, obligar a que la escasez de lo protegido termine por enfrentar a los titulares de los intereses tutelados (trabajador vs resto de la familia) y perjudique ese interés general al que aludíamos más arriba.

Para concluir, indicaremos que conforme a lo establecido en el art. 621 LEC, y como ya hemos adelantado más arriba, corresponde a la entidad pagadera de los salarios objeto de embargo proceder a su *retención* en cumplimiento de la orden en tal sentido dada por el tribunal<sup>73</sup>. Dicha entidad pagadera deberá cumplir el mandato dado por el órgano judicial, aunque la decisión adoptada vulnere la normativa sobre inembargabilidad, correspondiendo al trabajador impugnar posteriormente dicha decisión por contraria al ordenamiento jurídico<sup>74</sup>.

### III. Frente a los acreedores del empresario

#### A. Introducción

Como ya anunciábamos al inicio de este trabajo, el principio de *post remuneración* que caracteriza a la prestación salarial implica que lo que el trabajador mantiene frente a su empresario-deudor es por lo general un derecho de crédito, de tal forma que hasta su cobro efectivo, “el salario es concebido y estructurado sobre la base de un derecho de crédito”<sup>75</sup>. Esto va a implicar que el trabajador pueda verse especialmente afectado por la situación patrimonial de su deudor y en concreto, por la cuantía de los créditos que otros acreedores pudieran tener frente a él. Por ello, y como ya hemos mantenido más arriba, la función social del salario y la posición de debilidad negocial y económica en la que se encuentra el trabajador debe y pretende ser compensada por el legislador, entre otras medidas, mediante el establecimiento de una serie de privilegios para poder anteponer su cobro frente a esos otros acreedores, dando así también cumplida respuesta a las exigencias de la normativa internacional al respecto, en particular el Convenio n° 95 OIT (art. 11.a)<sup>76</sup>.

Se caracterizan los privilegios por las siguientes notas básicas:

– En primer lugar, su establecimiento deriva de la voluntad directa de la ley. Se trata éste de un elemento diferenciador respecto a las garantías reales (*v. gr.*, pren-

<sup>73</sup> Salvo este matiz, el proceso de embargo de salarios no manifiesta ninguna especialidad respecto a cualquier otro embargo. No ocurre así en el derecho galo, donde la ley prevé un proceso expreso y propio para el caso de salarios; HENNEBELLE, D., *Essai sur...*; cit., págs. 284-288.

<sup>74</sup> PEDRAJAS MORENO, A., *El embargo...*; cit., págs. 234 y 235; y RÍOS SALMERÓN, B., “La dinámica...”; cit., págs. 134-136.

<sup>75</sup> HERRERO NIETO, B., “Aspectos patrimoniales del Derecho del Trabajo”; RDP, 1958, pág. 124.

<sup>76</sup> *Vid.* ALBIOL MONTESINOS, I., *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*; Deusto, 1992, pág. 165.

da, hipoteca), pues si bien éstas requieren una previsión legal (fuente mediata) que fije los requisitos para poder disfrutar de una preferencia, también necesitan para su constitución del acuerdo entre las partes (fuente inmediata)<sup>77</sup>.

– Segundo, carácter accesorio, de tal forma que no pueden existir sin el crédito al que acompañan. Las especiales características del privilegio salarial van a impedir tanto la disposición del privilegio al margen del crédito al que sigue (siendo imposible hacer circular o disponer de aquél de forma autónoma), como su transmisión, incluso en los casos de cesión o subrogación del crédito. De igual forma, al no poder existir sin el crédito al que acompañan, la extinción o prescripción de éste termina repercutiendo sobre la efectividad y desaparición del privilegio, pero también puede ocurrir que éste no pueda ejercerse pese a que aquél (crédito salarial) siga vivo. En efecto, y sin perjuicio de que sea tratado todo ello posteriormente, debe observarse en este sentido que la normativa laboral señala un plazo de prescripción para el crédito (art. 59.2 TRET) y otra para el privilegio (art. 32.6 TRET), lo que, aunque coincidan en su duración, implicará a nuestro modo de ver diversas cuestiones en torno a cuál sea la relación entre ambos, e incluso nos llevará a preguntarnos sobre la naturaleza del plazo establecido para los privilegios (caducidad o prescripción), pues no puede perderse de vista que a diferencia de lo que ocurre con el crédito, el sujeto pasivo de los privilegios no es el deudor, sino los otros acreedores<sup>78</sup>.

– Tercera, otorgan a su titular una ventaja particular frente a otros acreedores, eludiendo la regla general de la *par conditio creditorum*, con el fin de facilitar su efectividad, ya sea procesalmente, ya sea mediante un derecho de cobro preferente (sustancialmente)<sup>79</sup>. Sin embargo, esta preferencia queda limitada al patrimonio del deudor (art. 1911 C.Civ.) –en general y sin perjuicio de las matizaciones que luego se harán–<sup>80</sup>. Se añade así otro elemento que en principio los diferencia de los derechos reales de garantía, por cuanto éstos suponen un nuevo derecho –unido al derecho de crédito ya existente–, para reforzar o aumentar la seguridad del acreedor en que su interés se verá satisfecho pese a que el patrimonio del deudor pueda disminuir o desaparecer<sup>81</sup>. Por tanto, los derechos reales de garantía amplían los medios de los que dispone el acreedor para satisfacer su crédito, ya porque pueda dirigirse frente a algún bien concreto del deudor, para que con lo obtenido pueda cubrir la deuda (otorgándole pre-

<sup>77</sup> LLEBOT MAJÓ, J.-O., Las garantías en los procedimientos concursales; Civitas, 2000, pág. 102; y GARRIDO, J.M., Tratado de las preferencias del crédito; Civitas, 2000, págs. 42 (nota 30) y 44. Aunque muy escasas, deben exceptuarse de esta afirmación las llamadas hipotecas legales, que son en sí una creación ajena a la normal concepción de las garantías reales.

<sup>78</sup> DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios como mecanismo de protección del crédito”; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 40 y 41.

<sup>79</sup> En rigor técnico el privilegio hace referencia a preferencia, de ahí que sólo en un sentido amplio pueda hablarse de privilegio procesal; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento laboral”; R.L., 1993-I, pág. 119.

<sup>80</sup> De ahí que se afirme que carezcan de efectos frente a bienes de terceros, lo que implica la imposibilidad de reipersecutoriedad; cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios del salario y en particular el ‘superprivilegio’ del art. 32.1 del Estatuto de los Trabajadores”; en LACRUZ BERDEJO/MARTÍNEZ GIL/GIL SUÁREZ, El salario como crédito privilegiado; ACARL, 1982, págs. 14 y sgs. Como decimos, algunos autores entienden matizable esta afirmación cuando se trata de privilegios especiales o sobre bienes concretos, así GARRIDO, J. M., Tratado...; cit., págs. 104, 105, 109 y 115, y las notas 212, 216 y 226.

<sup>81</sup> LETE DEL RÍO, J.M., Derecho de obligaciones; Tecnos, vol. I, 1991, pág. 128.

ferencia); ya por autorizar al acreedor para dirigirse frente a terceros para que también a éstos pueda exigirles el cumplimiento<sup>82</sup>.

– Por último, el régimen de privilegios establecido varía según cual sea la situación procesal; es decir, que se distinguen o transforman según se trate de una situación concursal o una concurrencia singular<sup>83</sup>. Sin embargo, no debe perderse de vista que la actual normativa concursal pone en cuestión esta afirmación, ya que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante LC'03), si bien excluye el sistema de privilegios diseñado en el art. 32 TRET en los casos en los que el empresario se encuentre declarado en concurso (D.F. 14ª LC'03), al mismo tiempo habilita al Gobierno para que redacte y remita “un proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares” (D.F. 33ª), lo que podrá afectar al actual art. 32 TRET. Quizás por ello también cobra especial atención el estudio que ahora realizamos, en cuanto nos permitirá conocer mejor la situación actual, sus posibles deficiencias y ahondar en la indiscutible importancia de proteger debidamente al crédito del trabajador. Sobre esta idea adelantamos también que compartimos la opción de que “quizás sería más conveniente mantener un sistema único de preferencias tanto para ejecuciones concursales como para ejecuciones singulares evitando así posibles efectos indeseados que pueden derivarse de la coexistencia de un doble sistema prelativo”<sup>84</sup>.

En definitiva, podemos concebir el privilegio sustantivo como “la preferencia de que, por disposición de la ley, gozan determinados créditos para ser cobrados (..) antes que otros, sobre los bienes del deudor o sobre alguno de ellos en particular”<sup>85</sup>. Por lo tanto, como decimos, se trata de una excepción a la *par conditio creditorum*, pero no una garantía en sentido estricto (pese al título del art. 32 TRET: *Garantías del salario*), pues en defecto de bienes en el patrimonio del deudor, no existe –en general– derecho o facultad añadida que posibilite cobro alguno<sup>86</sup>. Aunque esta afirmación merece sin duda algunas matizaciones que desarrollaremos en breve.

Sin la más mínima duda de la necesidad de que el ordenamiento laboral estableciera una regulación específica para proteger al crédito salarial, debido a la insuficiencia de la normativa civil y mercantil al respecto<sup>87</sup>, sí debemos señalar también que, debido a las numerosas reformas emprendidas en materia de privilegios crediticios en ge-

<sup>82</sup> DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, Sistema de Derecho Civil; Tecnos, vol. II, 1988, pág.172. También, PARENTE, F., Il sistema dei privilegi del credito; Giuffrè ed., 2001, pág. 34.

<sup>83</sup> Se asimila ahora en este aspecto nuestra normativa al derecho galo, *vid.* SOUWEINE, C., Les créances résultant du contrat du travail dans le redressement et la liquidation judiciaires; Université Pierre Mendès France, T.I, 1992 (multicopy), pág. 198.

<sup>84</sup> ALONSO LEDESMA, C., “La clasificación de los créditos en el concurso”; AA.VV. (GARCÍA/ALONSO/PULGAR, Dir.) Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001; Dilex, 2002, pág. 188.

<sup>85</sup> ALBALADEJO, M., Derecho Civil; Bosch, T. II, vol. 1º, 1983, pág. 204.

<sup>86</sup> MOLINER TAMBORERO, G., “Régimen de privilegialidad salarial. Comentarios al art. 32 de la LET”; R.T., nº 78, 1985, pág. 25. Algunos autores consideran que hubiera sido más acertado hablar simplemente de “privilegios salariales”, así ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., “Garantías del salario”, en Comentarios a las Leyes Laborales, T. VI; EDESA, 1982, pág. 268. Sin embargo, también hay quien considera a los privilegios como una forma de garantía del crédito, CASTÁN TOBEÑAS, J., Derecho Civil Español, Común y Foral; Reus, 1992, pág. 306.

<sup>87</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia del crédito salarial”, en AA.VV., El salario y las garantías salariales; CGPJ, 1993, pág. 169. Sobre la evolución y origen de los privilegios salariales, *vid.* PÉREZ PÉREZ, M., “Aparición histórica y evolución jurídica de los privilegios del crédito salarial”; RDP, enero, 1981.

neral y del salarial en particular, se plantean serias dudas sobre su alcance efectivo como medio de tutela efectiva<sup>88</sup>. Ciertamente, para conocer el alcance real de los privilegios otorgados al crédito del trabajador ante esta multiplicación de los privilegios, se hace necesaria la determinación del orden de preferencia que tiene cada crédito dentro de los privilegiados o preferentes en general, o lo que es lo mismo, la prelación de créditos<sup>89</sup>.

Por otro lado, debe subrayarse que la práctica que algunos acreedores dan a la proliferación de privilegios, comienza a poner en cuestión la virtualidad de esta medida legal. En efecto, quienes generalmente suelen ser los acreedores económicamente más fuertes (entidades financieras, etc.), buscan otros mecanismos con los que eludir la preferencia que supone el privilegio, lo que no hace sino incrementar los costes económicos y ocasionar inseguridad y desconocimiento del patrimonio real del empresario-deudor<sup>90</sup>.

En suma, esta excesiva proliferación de los privilegios y mecanismos de garantía termina desvirtuando en la realidad el carácter “privilegiado” del crédito, que ve como pese a su derecho de cobro preferente, o bien no existen ya bienes suficientes para cubrir el crédito que protege, o bien el empresario-deudor no es titular dominical de gran parte de los bienes con los que podían satisfacerse dichas deudas (v. gr., por la existencia de reserva de dominio, supuestos de *leasing*, etc.)<sup>91</sup>.

Todo ello reclama del legislador una necesaria depuración de los créditos privilegiados, de tal forma que sólo se otorgue ese favor legal a quienes realmente carecen o ven en gran parte limitadas sus posibilidades de garantizar el crédito del que son titulares<sup>92</sup>. En este sentido, entendemos que ha de tenerse muy en cuenta que las medidas de protección de los créditos deben tomar en consideración la posición y situación socio-económica del contratante al que se le quiere otorgar, pues carece de justificación proteger *ex lege* a quienes no necesitan de esa atención, por cuanto que su capacidad contractual y negocial está en muchas ocasiones por encima de quien sería su deudor (v. gr., art. 1923.2 C.Civ: créditos de aseguradores)<sup>93</sup>.

Por tanto, será objeto de este apartado no sólo el análisis del art. 32 TRET, en cuanto norma principal y básica en materia de privilegios salariales en ejecuciones singulares, sino también aquellas otras normas que recogen privilegios del crédito salarial, con el objeto de determinar su alcance e interconexión. Asimismo, se analizarán aquellas figuras contractuales (*leasing*, reserva de dominio, etc.) que ponen en cuestión la efectividad de los privilegios otorgados.

---

<sup>88</sup> GARRIDO, J. M., Tratado...; cit., págs. 30, 31, y para las preferencias en general, 33 y 34. Es bastante expresiva la valoración que sobre esta cuestión y sobre la caótica situación existente hace el profesor OLIVENCIA RUIZ, M., “Los privilegios del crédito salarial”; REDT, nº 18, 1984, pág. 190.

<sup>89</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil; T. I, vol. 2º, Bosch, 1976, pág. 573.

<sup>90</sup> LLEBOT MAJÓ, J-O., Las garantías...; cit., págs. 115 y 116. Algunos autores han manifestado en numerosas ocasiones las dudas sobre la licitud de estas técnicas, ante el perjuicio que pueden ocasionar en el tráfico jurídico en general y en el sistema de tutela de los créditos; por todos, GARRIDO, J.M., “Teoría general de la preferencia”; ADC, T. LI, fasc. IV, 1998, págs. 1858 y 1859.

<sup>91</sup> GARRIDO, J.M., “El sentido y los excesos de la tutela privilegiada del crédito en la quiebra”; AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje al profesor AURELIO MÉNDEZ, T. III, Civitas, 1996, págs. 3587 y 3588.

<sup>92</sup> LLEBOT MAJÓ, J-O., Las garantías...; cit., pág. 135.

<sup>93</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., “Los privilegios crediticios en la jurisprudencia civil”; RCADI, nº 627, 1995, pág. 312.

Relacionado con lo que venimos señalando, no queremos pasar por alto la crítica justificada a la degradada técnica de protección que el legislador establece vía privilegios, debido a su mencionada proliferación en función de la exigencias y presiones políticas de cada sector. Y la razón no es sólo el antedicho caos en materia de preferencias, sino la situación particular del crédito salarial, que se ve protegido de forma preferente en función no de la innegable exigencia de tutela, sino que depende de factores tan aleatorios como el tiempo; esto es, la previsión del legislador laboral sobre los privilegios del salario a efectos de su prelación se sustenta en una gran medida en función del principio *lex posterior*<sup>94</sup>. Esto va a suponer, como tendremos oportunidad de ver, que la aparición *descontrolada* de nuevas normas sectoriales sobre protección de ciertos créditos puede terminar por relegar la posición preferente absoluta de algunas partidas salariales<sup>95</sup>. Obviamente, esto exige bien una Ley (única) armonizadora de las preferencias crediticias, o bien elevar la preferencia legal de los privilegios salariales para garantizar esa necesaria tutela de la retribución del trabajador.

Finalmente, sabemos ya que los privilegios suponen una excepción a la regla general de la *par conditio creditorum*, de ahí que se exija la tipicidad *ex lege* y que según algunos autores, no se acepten interpretaciones analógicas o extensivas de las normas que los regulan<sup>96</sup>. Sin embargo, las especiales exigencias del crédito salarial (principio *pro operario*, etc.) deben hacerse presentes también en estos supuestos, con el objeto de asegurarle al trabajador el mayor nivel de protección y tutela mediante una interpretación extensiva o incluso correctora<sup>97</sup>.

## B. Artículo 32 TRET: Privilegios sustantivos

Procedemos ahora a realizar un estudio de las distintas preferencias que el legislador ha querido otorgar al crédito salarial, sin perjuicio de analizar también aquellas otras que si bien no se recogen en el ordenamiento laboral, sí afectan al trabajador.

Debemos comenzar resaltando el cambio de orientación llevado a cabo por el legislador en esta materia, en el sentido de proceder progresivamente a una reducción de la protección de la remuneración del trabajador tanto por la limitación temporal y cuantitativa de las percepciones que se benefician de los privilegios, como en lo referente a la exclusión del derecho de separación *ex art. 32.5 TRET*. Asimismo, es cri-

<sup>94</sup> RÍOS SALMERÓN B., "La preferencia..."; cit., págs. 169, 170 y 179. También el principio *lex specialis* juega en la aplicación de los privilegios del TRET, cfr. CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., "Prelación de créditos"; RGD, marzo, 1993, pág. 1313.

<sup>95</sup> Ya han surgido dudas sobre la preferencia del crédito salarial respecto a otras deudas del empresario-deudor (*v. gr.*, tributarias, aseguradoras, etc.) que parecen gozar de –al menos– el mismo rango; RÍOS SALMERÓN, B., "Garantías..."; cit., págs. 303-305; y SAGRERA TIZÓN, J.M., "De la prelación de créditos en los procesos concursales (créditos a favor de la Hacienda Pública, de los trabajadores y de la Seguridad Social)"; RGD, 1992 (diciembre), nº 579. Recientemente se ha planteado la cuestión con respecto a la Administración en relación a las garantías en caso de contratación con ésta (art. 46, Ley 13/1995), y su posible contradicción con el Convenio OIT nº 173; sobre ello, RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia de los créditos laborales"; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, (pág. 375) notas 9 y 10.

<sup>96</sup> PÉREZ PÉREZ, M., "Concepto, naturaleza jurídica y clases de privilegios del crédito salarial"; REDT, nº 4, 1980, págs. 489 y 490. En la jurisprudencia gala y una crítica a su excesivo rigor, AYNÈS, L./GAUTIER, P.-Y., "De l'application stricte des privilèges"; Recueil Dalloz, 1994 (Chronique), pág. 13. En la doctrina judicial italiana no han faltado pronunciamientos que admitan la interpretación extensiva e, incluso, analógica; PARENTE, F., Il sistema dei privilegi...; cit., págs. 41 y 42.

<sup>97</sup> CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., "Prelación..."; cit., pág. 1285. Un estudio jurisprudencial al respecto, en RÍOS SALMERÓN, B., "Jurisprudencia sobre los privilegios del crédito laboral"; A.S., 1996, vol. I, pág. 2726.

ticable que esta lenta, pero continuada reducción en preferencias crediticias no sólo no venga acompañada de otros mecanismos protectores, sino que termina incidiendo negativamente en los ya existentes (v. gr., alcance de la protección del FOGASA). Crítica que se acentúa debido a la rapidez con la que están ocurriendo esos cambios, pues hasta fechas relativamente recientes se afirmaba la creciente sensibilidad social (y jurídica) en la protección de los créditos salariales, a diferencia de otros (como los privilegios tributarios), que se encontraban en franco estancamiento<sup>98</sup>. Como veremos, esta afirmación no responde a una realidad actual –sobre todo tras las reformas laborales de 1994– y menos aún responderá a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC'03)<sup>99</sup>.

Por otro lado, numerosas han sido las opiniones que tratan de dilucidar cuál es el hecho causante que justifica la aplicación de los privilegios crediticios del trabajador. En este sentido, cabe distinguir primero que, sin lugar a dudas y por la propia razón de ser de las preferencias, éstas entrarán en juego cuando exista algún otro crédito con el que concurrir, pues sólo en este caso tiene sentido el mencionado precepto. Pero la cuestión más problemática es desentrañar si es preciso para ejercitar las preferencias que se haya producido la extinción de la relación laboral o que se haya declarado abierto el proceso concursal correspondiente.

Por razones de extensión, trataremos en este trabajo los aspectos generales del privilegio y la situación de los laborales en las concurrencias no concursales, remitiéndonos respecto a éstas a nuestro estudio *Los trabajadores y el Derecho Concursal* (de próxima publicación). Sin embargo, la similitud (aunque no identidad) en las partidas protegidas, permiten extender al proceso concursal gran parte de lo que aquí vamos a señalar y viceversa, si bien son importantes las diferencias respecto al grado de prelación final del crédito del trabajador.

#### a. Módulo cuantitativo: SMI

Una cuestión común para todos los privilegios de los que disfruta el crédito del trabajador es la relativa a cuál es el SMI que ha de tenerse en cuenta: momento temporal y módulo (salario-día o mes), debido a que es su cuantía la que sirve para determinar el alcance real de la tutela dispensada. Comenzando por ése último (módulo), debemos entender que la referencia lo es al SMI-día, como parece deferirse del propio art. 32.1 TRET, y sin perjuicio de que ese SMI-día incluya en su cuantía la parte proporcional de pagas extras a las que hace referencia el art. 2 R.D. 2388/2004, por el que se fija el SMI<sup>100</sup>. Otras razones a favor del módulo día son que con él se permite acoger fácilmente todo tipo de modalidades contractuales (con independencia de la duración del contrato, pues todas son en principio reducibles a esta unidad); amén de que, no se debe olvidar, en el propio trámite parlamentario se señaló que así debía entenderse<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> SAGRERA TIZÓN, J.M., "De la prelación..."; cit., pág. 11802.

<sup>99</sup> Al respecto, véase RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*; cit., págs. 201 y sgs.

<sup>100</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La dinámica..."; cit., pág. 150; y STSJ de Navarra, de 30 de julio de 2004 (AS 2436). Esta matización permite llegar a la misma solución que aquellos que defienden que el módulo sea el SMI anual; cfr. SENRA BIEDMA, R., "La protección jurídica del salario y del crédito salarial e indemnizatorio y la ejecución de sentencias judiciales"; R.L., nº 4, 1998, pág. 41.

<sup>101</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (Dir.) Debate parlamentario sobre el Estatuto de los trabajadores; IES, T.II, 1981, págs. 17 y 19.

Respecto a cuándo ha de tomarse en cuenta el periodo del que se toma el valor el SMI, surgen varias posibilidades: bien el correspondiente al momento en el que se devengaron los salarios que se reclaman; bien el que estuviera vigente al interponerse la reclamación o cuando aconteciera la causa que legitima el ejercicio de los privilegios (la concurrencia); o bien el resultante en la fecha en la que se dicta la resolución reconociendo el derecho al crédito. En nuestra opinión, la respuesta ha de tener en cuenta tanto los intereses en presencia (trabajador/empresario-deudor/resto de acreedores) y las exigencias de homogeneización de la solución, como el evitar un perjuicio al trabajador que soporta la demora en el pago de sus salario, de tal forma que se dé una respuesta aplicable a todos los casos.

Una primera solución pudiera ser distinguir entre el supuesto del aptdo. 1º y los del 3º del art. 32 TRET, según se dé la determinación o no del periodo de referencia, pues en aquél se establece (los salarios de los 30 últimos días de trabajo), mientras que en el privilegio ordinario no se especifica periodo de referencia para los créditos salariales restantes<sup>102</sup>. Sin embargo, sí cabría entender delimitado el periodo de referencia respecto a las indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo, pues éstas sí surgen en un momento preciso y por una sola vez. Esto llevaría a remitirnos, al menos, a tres fechas distintas para determinar cuál sea ese SMI a tomar como base: para el primer caso ("superprivilegio"), el correspondiente al momento de devengarse esos últimos 30 días<sup>103</sup>. Solución que se complicaría de mantener que esos 30 días no son consecutivos, sino que pueden venir referidos a los últimos trabajados durante el año a que se extiende el privilegio, pues en este caso pudiera ocurrir que los SMI a considerar fueran distintos<sup>104</sup>.

Y para los supuestos del 32.3 TRET, distinguiríamos entre los créditos salariales restantes, que, a falta de devengo en la misma fecha, pareciera que debiera ser o bien el correspondiente a cada devengo o, por reducir, el SMI vigente en la fecha del hecho causante del ejercicio del privilegio. Finalmente, los créditos por las indemnizaciones por extinción del contrato, que tendrán como referente el SMI del momento en que se dicta la resolución reconociendo el derecho a su percibo<sup>105</sup>.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, debido a que los distintos grados del privilegio se otorgan con la misma finalidad y por la misma razón, es lógico y necesario simplificar todo esto y reducir a una sola las soluciones<sup>106</sup>. Esta es, para nosotros, el valor del SMI en la fecha de la reclamación-concurrencia, porque, por un lado, no parece positivo establecer una regla para el aptdo. 1º y otras para el 3º del art. 32 TRET, en función de que en apariencia en aquél sí se ha señalado periodo de referencia (últimos treinta días), mientras que en éste no se especifica periodo alguno (los créditos por salarios no protegidos), o se hace de forma indirecta (indemnizaciones por despido).

<sup>102</sup> Vid. arts. 84.2.1º y 91 LC'03.

<sup>103</sup> Por todos, RÍOS SALMERÓN, B., "Garantías del salario"; cit., pág. 330.

<sup>104</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., "Sobre los privilegios..."; cit., págs. 39-41.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ DE ALEJA, R., "Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico del salario: la incidencia de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en las garantías del crédito salarial"; en (BAYLOS GRAU, Dir.) La Reforma Laboral de 1994; Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pág. 115 y 116.

<sup>106</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral; Tirant lo Blanch, 1.998, pág. 341.

Por otro lado, ésta parece la solución más conveniente y adecuada con el principio *pro operario*, pues si la protección de esta cuantía responde a una necesidad del trabajador, no tendrá sentido tomar en cuenta el valor de un SMI anterior a esa fecha en la que se demanda esa necesidad<sup>107</sup>.

Es más, ninguna de las razones en contra de este criterio aportan una solución más ajustada a Derecho. Así es, a la solución señalada (el SMI de la fecha de la reclamación-concurrencia) podrían hacerse dos objeciones:

Primera, que para las cuantías del aptdo. 1º del art. 32 TRET tendríamos que entender aplicable el SMI del momento en el que se devengó dicha partida, ya que si el legislador ha querido proteger el salario perteneciente a un determinado momento, debiera ser el SMI de tal fecha el que deba atenderse<sup>108</sup>. Sin embargo, esta objeción parece tomar como cifra adeudada el SMI, sin percatarse de que éste simplemente se toma como referencia para limitar el *quantum* de la preferencia, no como la cifra debida o a pagar, es decir, el SMI no importa en cuanto tal (determinante del valor mínimo del trabajo en un momento dado), sino como límite cuantitativo que debe considerarse como salario del trabajador a efectos de su protección.

Segunda, que ello instaría a los trabajadores a elegir un momento posterior en el que reclamar sus salarios, con el objeto de que sea mayor la cifra máxima de referencia, perjudicando de esta forma a los demás acreedores<sup>109</sup>. Tampoco nos parece suficiente esta razón, pues baste ver el periodo de prescripción del salario y su privilegio (un año) y los periodos en los que se actualiza el SMI (art. 27 TRET, generalmente, cada año), para comprobar que no será un gran aliciente esperar ese tiempo para cobrar el crédito salarial.

Por último, la ya mencionada necesidad de actualizar el crédito salarial llevará a la respuesta que estamos defendiendo, ya que no parece lógico que si el trabajador ve retrasado el momento en que deba hacerse el pago, recaiga también sobre él el coste de dicha demora, manifestado en que sea un valor inferior y anterior el que se tome en consideración<sup>110</sup>.

## b. Naturaleza jurídica

Como ya hemos advertido, lo que el legislador establece a favor del crédito del trabajador es una serie de privilegios que, pese a la rotundidad con la que algunos de ellos se imponen sobre los derechos reales de garantía (*v. gr.*, art. 32.1 TRET), no llegan a

<sup>107</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 404. Al tratarse de una norma social ha "de interpretarse en el sentido más favorable a la clase a que los afectados pertenecen"; cfr. MUÑOZ MERINO, A., Privilegios del crédito tributario; Aranzadi, 1996, págs. 125 y 126.

<sup>108</sup> De esta forma "se mantiene el poder adquisitivo en las dos cifras comparadas"; cfr. RÍOS SALMERÓN B., "La preferencia..."; cit., pág. 201.

<sup>109</sup> Cfr. RÍOS SALMERÓN B., "La preferencia..."; cit., pág. 201.

<sup>110</sup> Similar solución se propone en los casos en los que el legislador ha establecido un límite cuantitativo al privilegio/preferencia, aconsejando que se permita la revisión periódica de su valor; cfr. GARRIDO, J. M., Tratado...; cit., pág. 159.

ser un gravamen en sentido técnico, sino simplemente "una afectación de los bienes del empresario mientras sean de su propiedad"<sup>111</sup>. Sin perjuicio de las matizaciones que luego se harán al hablar del denominado privilegio salarial refaccionario (art. 32.2 TRET), ese carácter de afectación significa que el trabajador carece de derecho alguno para perseguir aquellos bienes que hayan salido debidamente del patrimonio del deudor (ex art. 32.4 TRET); esto es, aún compartiendo el *ius praelationis* con los derechos reales de garantía, carece, a diferencia de éstos, del denominado *ius persecuendi*<sup>112</sup>. Será por ello necesario acudir a los instrumentos civiles para proteger al trabajador-acreedor ante las posibles actuaciones fraudulentas o perjudiciales que el deudor, en beneficio de otros acreedores (v. gr. los hipotecarios), pueda realizar en orden a hacer sacar de su patrimonio aquellos bienes en los que pudiera existir concurrencia y prevalencia del crédito salarial respecto de los derechos reales de garantía<sup>113</sup>. Fuera de estos supuestos fraudulentos, el trabajador verá imposibilitada la persecución del bien y, por ende, la posible satisfacción de su crédito. Adviértase además que en los casos en los que su deudor haya hecho salir de su patrimonio aquellos bienes o derechos objeto del privilegio que ahora estudiamos, el trabajador no podrá exigir una nueva garantía ni excluir el principio de la *post remuneración* (ex art. 1129.3º C.Civ.), por cuanto que la preferencia que deriva del privilegio del art. 32.2 TRET viene establecida *ex lege*<sup>114</sup>.

En este orden de cosas, es interesante analizar el supuesto en el que el empresario-deudor cede sus créditos a una entidad de *factoring*. En este caso, al igual que en otros supuestos de cesión de créditos, no se produce la traslación de la titularidad del crédito frente a terceros (v. gr., trabajadores-acreedores) sino desde que la fecha de dicha transmisión deba tenerse por cierta (art. 1526 C.Civ. en relación con los arts. 1218 y 1277 C.Civ.). Razón por la cual, si esa fecha no consta antes de proceder al embargo de los créditos, no prosperará posteriormente la traslación de la titularidad, porque de lo contrario se perjudicaría a quienes trabaron el crédito que correspondía al empresario-deudor<sup>115</sup>.

Por último, en relación a lo dicho sobre la limitación a los bienes del empresario, y como ya tuvimos oportunidad de sostener al referirnos al fenómeno de la sucesión de empresa (art. 44 TRET), no debe limitarse la expresión *empresario* simplemente a quien fuera contraparte del contrato de trabajo, sino que se consideran tales también los sujetos responsables (v. gr. arts. 42 y 43 TRET), de ahí que también los privilegios del crédito salarial afecte a los acreedores de éstos últimos<sup>116</sup>. En consecuencia, valdrá para ellos lo que digamos cuando hablemos del empresario-deudor

<sup>111</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., "Las garantías del crédito salarial"; RDP, marzo, 1980, pág. 399.

<sup>112</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia..."; cit., pág. 205.

<sup>113</sup> Algunos autores habían advertido ya de los peligros que puede conllevar esta situación de que al acreedor hipotecario le sea más beneficiosa la enajenación del bien a un tercero; por todos, LACRUZ BERDEJO, J.L., "Sobre los privilegios..."; cit., págs. 27 y 28.

<sup>114</sup> PARENTE, F., *Il sistema dei privilegi...*; cit., pág. 90.

<sup>115</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, de 21 de diciembre del 2000 (R.L., nº 10, 2001, TSJ-1629).

<sup>116</sup> Por todos, RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia de los créditos laborales"; en (AA.VV.) *Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2*; CGPJ, 2000, págs. 380 y 405.

### c. Prescripción de los privilegios

Ya aludíamos al inicio de este capítulo a la necesidad de estudiar la naturaleza y sentido que tiene la previsión del art. 32.6 TRET, en relación con el plazo general de prescripción de las partidas económicas del art. 59 TRET. Las opiniones doctrinales y judiciales sobre esta cuestión han sido de lo más variadas, abarcando sin duda, todas las posibles. Desde nuestro punto de vista, el plazo al que hace referencia el art. 32.6 TRET lo es de prescripción, por los siguientes motivos:

En primer lugar, no puede sostenerse que existan datos claros o supuestos irrefutablemente propios de caducidad o de prescripción, como se pone de manifiesto en los diversos estudios realizados con el objeto de establecer una línea clara que permita distinguir entre ambas. Por esta razón, obviamos las teorías que han intentado construir una diferenciación ontológica o funcional entre ambas instituciones, amén de los problemas que estas mismas teorías implicaban para poder llevarse a la práctica<sup>117</sup>. En resumen, la diferencia de una u otra depende más de la voluntad del legislador que de ninguna otra cosa<sup>118</sup>.

Además, en todo caso, si como sostiene cierto sector doctrinal la diferencia entre una y otra institución está en que la caducidad pretende proteger mejor el interés público o general, frente al interés individual propio de la prescripción<sup>119</sup>, debiera concluirse que el plazo dado en el art. 32.6 TRET lo es de prescripción, pues si el privilegio es un derecho de preferencia establecido por la ley en interés del acreedor, lo lógico es que ese derecho prescriba por inactividad del mismo<sup>120</sup>. Lo mismo cabe decir cuando se sostiene que la brevedad de los plazos parece relacionarse mejor con la caducidad, siendo más propio de la prescripción unos plazos mayores, y ello porque si bien los plazos en el orden laboral son menores que los del orden civil, no debe perderse de vista que periodos como el de un año son, por lo general, amplios en el ámbito laboral, pues la caducidad suele identificarse con plazos de días<sup>121</sup>.

También hay autores que han sostenido que el plazo es de prescripción alegando que, al tratarse el privilegio de un derecho accesorio del crédito, no es posible que aquél “posea un plazo de extinción distinto, no en cuanto a su duración, sino en cuanto naturaleza (...), por lo que en este caso, cabe suponer que el crédito salarial y sus preferencias se someten a un plazo extintivo común, cual es el de la prescripción”<sup>122</sup>. Aun cuando este argumento podría ayudarnos a apoyar nuestra postura, no lo consideramos acertado, ya que es posible que el crédito y el privilegio o preferencia

<sup>117</sup> GIL Y GIL, J.L., La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo; Comares, 2000, págs. 15 y sgs.

<sup>118</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., La caducidad en el Derecho Laboral; Aranzadi, 1995, págs. 115 y 116.

<sup>119</sup> BEJARANO HERNÁNDEZ, A., La caducidad en...; cit., págs. 69 y sgs. Debe tenerse presente que “una cosa es el motivo por el cual tutela un interés el legislador, y otra –del todo diversa– es el interés tutelado por el legislador” (ibidem, pág. 71, citando a AURICCHIO, A.).

<sup>120</sup> GARRIDO, J., Tratado...; cit., pág. 176.

<sup>121</sup> Algunos ejemplos de caducidad en el orden laboral, en MOLERO MANGLANO (Dir.) Prescripción y caducidad de acciones en el proceso laboral; Mc Graw Hill, 1999; y en BEJARANO HERNÁNDEZ, A., La caducidad en...; cit.

<sup>122</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión...; cit., pág. 390.

que le acompaña no sólo tengan un plazo distinto en el que decae su exigibilidad, sino que es posible que la naturaleza de uno y otro sea distinto, como así pone de manifiesto el propio ordenamiento (v. *gr.*, art. 1922.4º C.Civ.)<sup>123</sup>.

Por otro lado, sostener su calificación como prescripción no deriva sólo de la presunción del buen hacer y entender del legislador, manifestado, como algunos han sostenido, en el propio art. 59 TRET, donde se expresa claramente que cuando el legislador quiere utilizar uno (prescripción) u otro término (caducidad) lo ha hecho expresamente<sup>124</sup>. Decimos que no es sólo esa especie de creencia en el rigor del legislador, sino también en que de aquél precepto se deduce, sin lugar a dudas, la preferencia del mismo por la prescripción como remedio a la inactividad del derecho, pues establece una regla general de prescripción (apartado 1) –junto con una excepción al inicio de su cómputo (apartado 2)–, a la vez que recoge expresamente, como de caducidad, una serie de supuestos concretos (apartado 3).

Por último, aunque muy conectado con lo anterior, aún admitiendo la posible duda sobre si el plazo lo es de caducidad o de prescripción, una correcta interpretación hermenéutica, conducida por el principio *in dubio pro operario*, debe llevarnos también a sostener que el plazo señalado lo es de prescripción<sup>125</sup>. Frente a esta opinión no han faltado quienes mantengan que lo que sería más acertado con el principio de interpretación restrictiva de los privilegios es considerar que el plazo es de caducidad<sup>126</sup>. No podemos sino rechazar esta opinión, desde el punto y hora que olvida también que debido al principio que se hace primar en este caso (la seguridad jurídica sobre la justicia), es precisa una interpretación restrictiva<sup>127</sup>. En consecuencia, si bien pudiera ser cierto que la caducidad respondería más ajustadamente al principio interpretativo que rige en materia de privilegios, no menos lo es que, como ya hemos mantenido, el ordenamiento laboral exige también una respuesta respetuosa con el principio *pro operario*, y que la solución más correcta en estos casos debiera ser aquella que menos sacrifique el principio de justicia<sup>128</sup>.

Resuelta la cuestión de forma favorable a que el plazo al que hace referencia el art. 32.4 TRET es de prescripción, la pregunta que de inmediato nos surge es cómo se conecta ese precepto (privilegio) con el también mencionado art. 59.2 TRET, referido al crédito. En nuestra opinión, tanto del propio fin y fundamento de los privilegios otorgados por el art. 32 TRET, como de su literalidad, podemos extraer que no todo ejercicio del derecho de crédito interrumpe la prescripción del privilegio. En efecto, si las preferencias a las que se refiere este artículo toman en consideración la trascendencia social del salario, amén de la posición del trabajador, cabría deducir en buena

<sup>123</sup> También, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., "Consideraciones en torno a la llamada 'prescripción' de los privilegios de los créditos salariales y a la prioridad sobre dichos créditos de los de otra naturaleza anotados preventivamente en el Registro de la Propiedad"; La Ley, 1986.

<sup>124</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios del...; cit., pág. 303.

<sup>125</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia de los créditos laborales"; cit., pág. 445.

<sup>126</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., "Los privilegios del crédito salarial ¿prescriben o caducan?"; PJ, nº 5, pág. 85.

<sup>127</sup> Vid. SSTSJ de Madrid, de 15 de marzo de 2000 (A.L., nº 32, 2000, ref. 1319), y de 24 de abril de 1999 (E.F., nº 199, pág. 106); y STSJ de Aragón, de 25 de enero de 1999 (A.L., nº 9, 1999, ref. 758).

<sup>128</sup> Sobre ese principio y su raíz, ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La vigencia del principio «pro operario»"; en AA.VV., Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo (Estudios ofrecidos al prof. Alonso Olea); MTSS, 1990, pág. 865.

lógica que esa finalidad social que justifica el privilegio se pierde cuando el trabajador-acreedor no muestra su voluntad de exigir el crédito antes de que transcurra un determinado plazo de tiempo (piénsese por ejemplo en el supuesto que ahora veremos del art. 32.1 TRET). Este plazo no requiere ser excesivamente amplio, precisamente en sintonía con los bienes y derechos que pretenden ser tutelados<sup>129</sup>. Ciertamente, si se quiere garantizar al trabajador el pago de su salario ante esa relevancia social que tiene como medio básico para atender a sus necesidades, ningún sentido tendría protegerlo con la misma intensidad (o grado de preferencia) cuando ha transcurrido el periodo de tiempo legalmente considerado para ejercer el privilegio.

En conclusión, los privilegios prescriben si ha transcurrido un año desde que el crédito salarial debió percibirse sin que se haya hecho ejercicio de las preferencias que el art. 32 TRET le otorga. Y ello, como decimos, porque desaparece la razón que justificaba la protección social del salario al nivel que aquél precepto laboral preveía; en otras palabras, que la función social del salario ha perdido la intensidad que permitía justificar en parte esos privilegios. Por otro lado, no compartimos la opinión de quienes consideran que “el simple ejercicio del crédito mantiene viva la preferencia que lo garantiza; y que la preferencia solamente puede ser excepcionada con eficacia por prescripción, en la medida en que lo pueda ser el crédito principal”<sup>130</sup>. De ser así, ¿qué sentido tiene haber fijado la prescripción del art. 32.4 TRET? Obsérvese que éste sería inútil o redundante desde el momento en que tanto él como el del art. 59.2 TRET coinciden en el plazo (un año), ya que el ejercicio del crédito interrumpe el de la preferencia y decaído el derecho de crédito también lo hace el privilegio, como consecuencia del principio de accesoriedad<sup>131</sup>. El mismo rechazo merece la opinión de algún autor sobre la posibilidad de interrumpir la prescripción de las preferencias si, antes del transcurso de ese año, el trabajador insta en un proceso civil el reconocimiento de su privilegio, aunque no exista ningún tercero frente al que concurrir<sup>132</sup>.

Nuestra oposición a estas opiniones se basa en que la interrupción de la prescripción de los privilegios hay que entenderla en referencia a los acreedores del empresario-deudor<sup>133</sup>. En efecto, si las preferencias tienen sentido en supuestos de concurrencia de créditos (tercerías o situaciones concursales), para poder vencerles, es lógico que el ejercicio y la prescripción se relacionen con esos supuestos, de ahí que los privilegios decaigan si en ese año el trabajador voluntariamente no hace uso de ellos pese a existir una situación de concurrencia de créditos, y también cuando no se da tal situación, ya que entonces no será posible que el trabajador utilice sus preferencias y por ende, que interrumpa la prescripción de las mismas. Esta posición, sin duda, dificulta la posibilidad de tal interrupción<sup>134</sup>, pero ¿qué sentido tiene esa protección tan intensa cuando ha transcurrido un periodo largo de tiempo desde el punto de vista laboral y

<sup>129</sup> SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “La prescripción y la caducidad en el contrato de trabajo”; RPS, nº 85, págs. 76 y 77.

<sup>130</sup> RÍOS SALMERÓN, B. Los privilegios del...; cit., pág. 303; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de pagos...; cit., págs. 392 y 392, y jurisprudencia en él citada.

<sup>131</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., “Los privilegios del crédito...; cit., págs. 82 y 83.

<sup>132</sup> DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Consideraciones en torno...; cit., pág. 1167.

<sup>133</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., “Los privilegios del crédito...; cit., págs. 82 y 83.

<sup>134</sup> GARRIDO, J.M., Tratado de las...; cit., pág. 177.

de la finalidad del propio privilegio? Parece que transcurrido ese año se rompe esa ligazón entre el privilegio y los bienes que pretenden protegerse (v. gr., suficiencia) y, por ello, gran parte de las razones que podían justificar tal nivel de protección<sup>135</sup>.

## 1. El “superprivilegio” del art. 32.1 TRET

Este apartado establece un privilegio *general* (en cuanto que no recae sobre ningún bien en concreto, sino sobre el patrimonio del deudor en conjunto) y *preeminente* o superior, pues prevalece sobre cualquier otro crédito<sup>136</sup>. Pero pese a la firmeza con la que el legislador se expresa en este precepto (“...gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito”), existen algunas dudas y matices respecto al alcance del mismo, a las que pretendemos dar respuesta, para lo que seguimos el orden de redacción de dicho apartado<sup>137</sup>.

### a. Objeto: “Los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo”

En primer lugar, nos preguntamos qué se entiende por créditos por salarios. Obviamente, al conectar el término salarios con el de trabajo, debemos excluir de este privilegio a aquellas otras partidas que carecen de naturaleza salarial (art. 26.2 TRET), pero no las que teniendo esa naturaleza no dependan de la prestación efectiva de trabajo<sup>138</sup>. Es decir, el privilegio alcanza tanto a los salarios debidos por prestación laboral efectiva, como por aquellos periodos en los que no se trabajó, pero que se computan como de trabajo (descansos, vacaciones, art. 30 TRET, etc.)<sup>139</sup>; y ello debido a lo señalado en el art. 26.1 TRET, que establece que serán salario las percepciones económicas recibidas por el trabajador por la prestación de sus servicios, entre ellas se incluyen y consideran aquellos periodos que, pese a no existir prestación efectiva, se computan como tales<sup>140</sup>. Lo contrario pudiera afectar enormemente al trabajador que –v. gr.– siendo privado indebidamente de la cuantía de sus vacaciones o de su deber-derecho de trabajar, no podría disfrutar del “superprivilegio” salarial sobre las cuantías devengadas en esos periodos.

<sup>135</sup> Así también parece desprenderse de DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal...; cit., págs. 190 y 191..

<sup>136</sup> En general, la doctrina utiliza el término absoluto; por todos, MOLINER TAMBORERO, G., “Régimen de...; cit., pág. 31. Sin embargo nosotros recogemos el de preeminente y no el de absoluto, porque uno y otro se refieren a conceptos y derechos distintos (respectivamente, según exista o no concurrencia, en este último caso, por estar ante un derecho real), vid. GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 569, nota 129. Esta calificación no es aplicable al supuesto del art. 84.2.1º LC'03 en relación con el art. 154.3 LC'03.

<sup>137</sup> Sobre el origen de este “superprivilegio”, ya se han realizado algunas investigaciones, entre ellas destacamos las obras de RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios del...; cit.; y de PÉREZ PÉREZ, M., “Aparición histórica...; cit., especialmente, pág. 27. Sobre las diferencias en esta cuestión entre el régimen jurídico francés y el nuestro, véanse las págs. 244 y sgs. de la obra del primero de los autores mencionados.

<sup>138</sup> Véase, sin embargo, la extensión anunciada por el art. 121 TRLGSS.

<sup>139</sup> PÉREZ PÉREZ, M., “El crédito privilegiado del trabajador: sujeto, objetos y ejercicio”; RPS, nº 126, 1979, págs. 54 y 55. Sin embargo, algún sector de la doctrina parece no entenderlo así, v. gr., SENRA BIEDMA, R., “La protección...; cit., pág. 34.

<sup>140</sup> Por ejemplo, por las razones ya defendidas, se podrían encontrar los salarios de tramitación; RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”; cit., págs. 328 y 329; y STS de 27 de julio de 1988 (RJ 6254). Excluyéndolos por no surgir de la prestación efectiva de trabajo; ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión...; cit., págs. 257-259; y la STSJ de Valencia. de 17 de marzo del 2000 (AS 3135).

Más controvertida si cabe parece la cuestión del recargo ex art. 29.3 TRET que, desde nuestro punto de vista, no habría problema en incluirlos; al respecto, vid. GULLÓN BALLESTEROS, A., “El crédito privilegiado en el Código Civil”; ADC, 1958 (abril-junio), pág. 455; y CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., “Prelación...; cit., págs. 1287 y 1288. Mostrando algunas dudas sobre su inclusión, DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios...; cit., págs. 47 y 48.

Es más, el sentido propio de las palabras parece avalar esta interpretación (art. 3.1 C.Civ.), pues la norma habla de los treinta últimos días de trabajo, no de los últimos días *trabajados*. Lo que reafirma como decimos la idea de que también son incluidos en este precepto los periodos no trabajados, pero computables como tales<sup>141</sup>. Compárese además la expresión recogida en este apartado 1 del art. 33 TRET y la recogida en el art. 26.1 TRET (“...como *de trabajo*...”).

Por otro lado, se ha de determinar cuál sea el salario-día devengado y correspondiente a esos 30 últimos días. El problema deriva de aquellas cuantías que se devengan en un periodo superior al mes (v. gr., pagas extraordinarias, comisiones, etc), en cuyo caso pueden aparecer dos soluciones: incluir la parte proporcional de las pagas extras o no hacerlo<sup>142</sup>. En nuestra opinión, sólo se tendrá derecho al prorrateo si el hecho que motiva el ejercicio del privilegio lleva implícito el pago anticipado (v. gr., extinción o la apertura de la fase de liquidación en el proceso concursal, etc.), pero no en otros casos en los que pese a reclamar del empresario los salarios de los últimos 30 días, no fueran aún exigibles y no aconteciera ningún hecho que adelantase su pago. Sin embargo, para evitar situaciones absurdas y debido a la vinculación que el legislador parece querer establecer entre los salarios y esos días, cuando la totalidad de esas partidas se hubieran devengado dentro de ese periodo, no sería correcto imputar todo en este superprivilegio, pues el valor de esas partidas de percibo superior al mes se devenga proporcionalmente a los días de trabajo, debiéndose incluir en el aptdo. 1º del art. 32 TRET sólo la parte proporcional correspondiente a esos 30 días<sup>143</sup>.

Segundo, queda responder también a la cuestión anticipada más arriba sobre cuál es el hecho a partir del cual se puede ejercer este “superprivilegio”. En nuestra opinión no es ni la declaración concursal ni la extinción de la relación laboral, y ello por las siguientes razones: a), la norma en cuestión no señala nada ni requiere de ninguna de estas situaciones, sino que como (erróneamente) menciona el título del art. 32 TRET, simplemente se pretende garantizar el pago del salario. Una interpretación sistemática o del contexto (art. 3.1 C.Civ.), nos permite concluir que la norma no pretende ser aplicada en situaciones de extinción o concurso, ya que, al igual que cualquier privilegio, su puesta en práctica no requiere la ruptura de la relación que lo sustenta, sino sólo el hecho que motiva la situación de riesgo: el impago y la concurrencia de créditos. b), la D.F. 14ª LC'03, que expresamente derogó el hasta entonces apartado 4º del art. 32 TRET, así como la habilitación al gobierno contenida en la D.F. 33ª LC'03<sup>144</sup>. Lo mismo puede desprenderse del literal del art. 32.1 TRET, del que ya se señaló que se

---

<sup>141</sup> De cualquier forma, aún en el caso de que los días fueran *trabajados*, podría seguir sosteniéndose que incluye los periodos en los que no existe trabajo efectivo, en aplicación analógica del art. 72.2.b) TRET, en relación con el 9.4 RD 1844/1994, de 9 de septiembre, de Elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

<sup>142</sup> A favor de la primera, MOLINER TAMBORERO, G., “Régimen de...; cit., pág. 32. Favorable a la contraria, RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 335 y 336.

<sup>143</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 332 y 333.

<sup>144</sup> Esta específica regulación de los privilegios laborales en sede concursal implica que lo que ahora concluyamos no sea extensible al supuesto de la LC'03.

Por otro lado, se diferencia nuestra regulación de la prevista en el Convenio nº 173 OIT, por cuanto que el precepto laboral no vincula los privilegios con la insolvencia del empresario, ESCUDERO RODRÍGUEZ/MERCADER UGUINA; “Convenio 173 OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador y su impacto en el ordenamiento español”; R.L., 1995-I, pág. 1247.

refiere a últimos días *de trabajo*, no a los últimos días *trabajados*. Y c), tampoco se requiere la extinción de la relación laboral, pues ni tan siquiera la apertura de dichos procesos extingue por sí la relación laboral (ex art. 61.2 LC'03), por lo que es posible el ejercicio de los privilegios del art. 32 TRET teniendo viva la relación laboral<sup>145</sup>.

Esto plantea de inmediato la crítica de que con ello se animaría a los trabajadores a un uso constante de dicho privilegio, con los problemas que podría conllevar un hecho de este tipo: ejercicio periódico y reiterado (cada treinta días) de este precepto ante el alcance del privilegio otorgado<sup>146</sup>. En nuestra opinión, lo que no puede sostenerse con base en el art. 32 TRET es que el trabajador no pueda utilizar los privilegios que le otorga el ordenamiento laboral nada más que cuando su relación laboral haya concluido<sup>147</sup>. Así lo sostenemos también porque esas exigencias no se dan en otros lugares del ordenamiento jurídico en los que no se le impide a los acreedores privilegiados el ejercicio sucesivo y reiterado de sus preferencias<sup>148</sup>. Obsérvese además que el legislador actual ha eliminado la limitación que en este sentido existía en la regulación preconstitucional (art. 59.3º LCT'31), y que, en todo caso, no impedía el ejercicio reiterado de los privilegios laborales<sup>149</sup>.

Como acabamos de señalar, el privilegio está previsto para facilitar con su uso el conseguir la satisfacción del crédito salarial del trabajador, sin distinción de cuál sea la causa por la que éste ve impagados sus salarios, lo contrario sería imponer un límite a su ejercicio que no viene previsto por la norma<sup>150</sup>. El propio texto legal parece amparar esta decisión cuando afirma en el apartado 4º del art. 32 TRET que el plazo para ejercitar los derechos de preferencia se inicia desde el momento en que debió percibirse el salario, sin indicar ninguna otra causa, pues lo importante parece ser, como hemos defendido, proteger el pago del salario de forma general.

Como resultado de lo indicado, sostenemos que esos últimos treinta días lo serán en función de la opción del trabajador que los requiere, es decir, que pueden ser tanto los treinta últimos antes de la demanda que reclama los salarios devengados y no pagados<sup>151</sup>, como los anteriores a la extinción de la relación laboral, o incluso los previos al cese o suspensión (temporal) de la prestación de trabajo<sup>152</sup>.

<sup>145</sup> Difiere de esta opinión un sector de la doctrina que entiende, en función de su antecedente francés, que sí es preciso el cese; ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión...*; cit., págs. 229 y sgs.

<sup>146</sup> MOLINER TAMBORERO, G., "Régimen de..."; cit., págs. 31 y 32.

<sup>147</sup> Defendiendo también que el uso de este superprivilegio presupone la extinción de la relación laboral, MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R., *La preferencia de los créditos de la Seguridad Social*; Marcial Pons/Estudios Financieros, 1998, págs. 197, 200 y 201.

<sup>148</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*; cit., págs. 343-345.

<sup>149</sup> GARCÍA DE HARO, R., *El salario como crédito...*; cit., págs. 361 y 362.

<sup>150</sup> En este sentido, y relativizando la importancia real o práctica de esta cuestión, RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia..."; cit., pág. 204.

<sup>151</sup> DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*; T. II, Civitas, 1993, pág. 767. *Vid.* STSJ de Navarra, de 30 de julio de 2004 (AS 2436).

<sup>152</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*; cit., págs. 334 y 335. Con esta última solución se facilitaría la reclamación y ejercicio de los privilegios por los trabajadores fijos-discontinuos. Adviértase además que esta solución es más acorde con la Directiva 80/987/CEE, de la que se extrae que en el cómputo del periodo protegido no deben tenerse en cuenta aquellos "períodos que, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a créditos por salarios impagados. Por consiguiente, debe excluirse el periodo durante el cual la relación laboral encuentra suspendida (...) y que, por esta razón, no da derecho percibir retribución alguna"; STJCE, de 15 de mayo de 2003 (AS 140).

En tercer lugar, aunque muy conectado con lo que hemos concluido, el texto extiende la protección a los “treinta últimos días de trabajo”, lo que puede significar o bien que se refiera a días trabajados en general, sin limitación del periodo dentro del cual hayan podido devengarse, pero siempre que fueran los últimos; o bien limitar dichos salarios al periodo cerrado de los últimos treinta días de trabajo inmediatamente anteriores a aquél en el que se ejercite el privilegio. De nuevo aquí es preciso relacionar el art. 32 con el contexto en el que se inserta; esto es, la sección 4ª del Capítulo II, así como con la finalidad perseguida por este apartado primero.

Respecto a esto último, parece que lo que se pretende es asegurar al trabajador un mínimo con el que hacer frente a las necesidades inmediatas que de ordinario se le presentan<sup>153</sup>. Para esa interpretación sistemática, es preciso traer a colación el art. 29.1 *in fine* TRET, cuya finalidad se corresponde con la dimensión social del salario en cuanto que –como tuvimos oportunidad de explicar–, a través de esa previsión se procura garantizar al trabajador unos suministros económicos periódicos, regulares y más o menos iguales, facilitando de esta forma una cierta estabilidad cuantitativa en cada periodo, evitando que se pueda ver afectado por la diferencia en cuanto al número de días en los distintos meses. Finalidad que también requeriría que esos suministros se fijasen en intervalos de tiempo no muy extensos y evitando la dilación en el percibo de su renta salarial.

De todo lo cual no podemos sino concluir que la protección ahora otorgada “corre al lado y compás de la forma de pago, con lo que se privilegia, en definitiva, el último plazo devengado (...)”<sup>154</sup>. Adviértase que la actual regulación prescinde de “la incómoda referencia a la «última mensualidad»” que hacía el art. 32.1.b LRL<sup>155</sup>. Consideramos pues que esos últimos 30 días pueden o no coincidir con una mensualidad (v. *gr.*, trabajadores fijos-discontinuos, temporales, etc., que cesan antes de concluir una mensualidad), bastando que el salario devengado lo sea dentro del periodo cerrado de esos últimos treinta días de trabajo, a contar en función de lo señalado *supra*. En resumen y en conexión con la conclusión del apartado anterior, estos treinta últimos días de salario devengado son los incluidos en el periodo protegido ex art. 32.1 TRET, pues en poco o nada responden a este privilegio los salarios devengados más allá de los 30 días anteriores al hecho que motivó la reclamación, porque, como decimos, el legislador entiende que ese periodo de la última treintena de días es el máximo para que el salario cumpla en efecto su finalidad de suficiencia (art. 35.1 CE)<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 403.

<sup>154</sup> PÉREZ PÉREZ, M., “Aparición histórica...; cit., pág. 27.

<sup>155</sup> Cfr. FONOLL PUEYO, J.M., “Las garantías...; cit., pág. 29.

<sup>156</sup> Así, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión...; cit., pág. 327; y DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección...; cit., págs. 180, 189 y 214. En el derecho francés, SOUWEINE, C., Les créances...; cit., pág. 176 De opinión contraria, considerando que serán los últimos treinta días que trabajó dentro del año de la reclamación, LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios...; cit., págs. 39-41. La evolución de la doctrina y jurisprudencia francesas en este tema se muestra cambiante, aunque más parece que ésta acepta la inexistencia de límite de referencia temporal para determinar cuál es el periodo dentro del que se encuentran esos treinta últimos días; cfr. HENNEBELLE, D., Essai sur...; cit., págs. 350 y 351.

### b. Límites: “El doble del salario mínimo interprofesional”

Determinado cual sea el límite temporal (*treinta últimos días*), el legislador establece ahora un límite cuantitativo, que permite reafirmar que con este privilegio no se protege el salario en general, sino sobre todo ese mínimo social para el trabajador, pues la cifra no se fija en proporción a los ingresos salariales del trabajador, sino que sólo se limitan de una sola vez por arriba<sup>157</sup>. Indudablemente, esa limitación busca además otra finalidad: disminuir la postergación de los créditos garantizados con un derecho real de garantía<sup>158</sup>.

Respecto a la relación que se establece entre el valor resultante de esos treinta últimos días y el límite cuantitativo establecido por el legislador, consideramos que lo que se pretende fijar es el tope máximo que cubre el “superprivilegio”, sin perjuicio de que sean menos de treinta los últimos días de trabajo debidos. Es decir, que el límite se fija en la cuantía resultante de multiplicar por treinta el doble del SMI diario, con independencia de cuantos sean los días debidos en ese periodo; pues como ya hemos afirmado, treinta hace referencia al periodo de referencia sobre el que se aplica el *superprivilegio* y no a días efectivamente trabajados o debidos<sup>159</sup>.

Sobre esta cuestión también, creemos que es esclarecedora la redacción del apartado 3º del art. 32 TRET, por cuanto que en ella sí se liga la cuantía que goza de la preferencia con el número de días no pagados, al señalar que el privilegio alcanza al *quatum* resultante de *multiplicar el triple del SMI por el número de días de salario pendientes* de pago.

Respecto a cuál haya de ser el SMI que se toma como cuantía-máxima protegida respecto de los salarios debidos, nos remitimos a lo señalado más arriba.

### c. Alcance: “Gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca”

Esta afirmación va a suponer la preferencia total del crédito salarial por los últimos 30 días de trabajo, pues la rotundidad del legislador parece no dejar dudas de que estos salarios prevalecen por encima de cualquier otro crédito. Preeminencia que debe sostenerse sin duda, pese a la inquietante opinión de la RDGRN de 3 de abril de 1988 (R 3564), de que “la constitución de una hipoteca equivale a enajenar el inmueble y sustraerlo a la acción de los demás acreedores del deudor, lo cual nos parece jurídicamente erróneo”<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> La propia normativa internacional parece exigir que ese límite cuantitativo respete un mínimo suficiente socialmente; ESCUDERO RODRÍGUEZ/MERCADER UGUINA; “Convenio 173 OIT...”; cit., pág. 1247.

<sup>158</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 335. Véase el debate parlamentario al respecto, en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A. (Dir.), Debate...; cit., T. II, págs. 15-19.

<sup>159</sup> Piénsese que los días debidos en esos treinta últimos de trabajo no sean todos (v. gr., 15). El límite del aptdo. 1º se referiría al total máximo a percibir por lo debido en ese periodo.

<sup>160</sup> GARRIDO, J.M., “Los créditos privilegiados en la quiebra y en la suspensión de pagos”; y RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia de los créditos laborales”; ambos en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, pág. 188 (notas 21 y 22), y 388 y sgs., respectivamente.

En otro orden de cosas, a esta preferencia otorgada al crédito salarial se le ha criticado en muchas ocasiones la inseguridad que genera en el tráfico jurídico-económico, por cuanto que es desconocida para el resto de acreedores la existencia y cuantía de las deudas salariales<sup>161</sup>. Sin embargo, a los autores que defienden esa crítica cabría recordarles no sólo las exigencias de que este privilegio exista en atención a la situación del trabajador, importancia de su salario, etc. y a las que parecen no otorgar la debida consideración. Sino también señalarles que existen otras formas de “garantía” que carecen de la requerida publicidad, sin que en estos casos parezcan merecer el reproche por esa doctrina, al menos en lo que hace a su proliferación y validez<sup>162</sup>.

No existe pues ningún otro crédito preferente al señalado en el art. 32.1 TRET, no sólo los protegidos con derecho real de garantía, sino ni tan siquiera el mencionado en el aptdo. 2º del mismo artículo<sup>163</sup>. La claridad y rotundidad de los términos, unida al hecho de que el TRET de 1995 sea *lex posterior* respecto de otros privilegios que hayan podido establecerse, aseguran a los trabajadores esta posición de ventaja en la satisfacción de sus créditos<sup>164</sup>. El privilegio se extiende sobre cualquier bien o derecho que se encuentre en el patrimonio del empresario-deudor e independientemente de que se incorpore con posterioridad (art. 1911 C.Civ.); o que sobre el bien adquirido por el deudor pesase con anterioridad a su adquisición un gravamen real (v. gr. hipoteca)<sup>165</sup>; o que el empresario garantizase sobre él una deuda ajena<sup>166</sup>.

Sin embargo, que el privilegio se imponga a las garantías reales no implica que el trabajador tenga que dirigirse necesariamente y en primer lugar contra los bienes gravados con ellas<sup>167</sup>; más al contrario, en nuestra opinión, la solución correcta será aquella que provoque menos daños a otros acreedores, antes que iniciar una pugna de preferencias con otros créditos, siempre que, desde luego, la solución final no sea tampoco perjudicial para los intereses de los trabajadores. Según lo sostenido, en principio, existiendo diversos bienes con los que el trabajador puede satisfacer su crédito, debiera hacerse sobre aquéllos que no estén gravados con derecho real de garantía alguno<sup>168</sup>.

<sup>161</sup> Por todos, CORBERO LOBATO, E., “La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular, el privilegio salarial refaccionario del artículo 32.2º del Estatuto de los Trabajadores”; ADC, 1993-IV, pág. 1928.

<sup>162</sup> LLEBOT MAJÓ, J.-O., Las garantías...; cit., pág. 131.

<sup>163</sup> MOLINER TAMBORERO, G., “Régimen de...”; cit., pág. 32; y RÍOS SALMERÓN, Los privilegios...; cit., pág. 345. De opinión contraria, LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios...”; cit., pág. 25.

<sup>164</sup> De opinión contraria, SÁNCHEZ ALFONSO, J.C., “El superprivilegio salarial: la nueva doctrina sobre sus consecuencias registrales y procesales”; La Ley, nº 4776, 1999, pág. 2. Este autor considera que en aquellos privilegios en los que se utiliza la expresión de que la preferencia lo será *sobre cualquier otro crédito*, debe realizarse el pago a prorrata; hecho que ocurre, según su opinión, en el caso de la hipoteca legal tácita prevista en el art. 73 LGT.

<sup>165</sup> Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios...”; cit., págs. 44 (del mismo autor, Elementos del Derecho Civil Patrimonial; T. II, vol. 1º, Dykinson, 2000, pág. 286); y PÉREZ PÉREZ, “El crédito privilegiado...”; cit., pág. 69. Empero, ésta no es opinión unánime, pues algunos autores se muestran contrarios a ello; al respecto, véase ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral, Tirant lo Blanch, 1.998, pág. 323.

<sup>166</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 339.

<sup>167</sup> DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios...”; cit., pág. 93.

<sup>168</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios...”; cit., págs. 26 y 48; y RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 340 y 341.

Si no existieran otros bienes que los gravados con estas garantías, sí procederan la concurrencia, planteándose la cuestión de cómo se hace efectiva la prelación del crédito laboral. Creemos que en este caso se debiera proceder a la venta del correspondiente bien, librándolo de la carga mediante su oportuna cancelación o extinción<sup>169</sup>. Sobre esta cuestión existe una amplia polémica, manifestándose un sector de la doctrina en contra de esa cancelación respecto a las anotaciones anteriores, argumentando para ello que bastaría la prelación en el cobro, pero sin necesidad de la cancelación de asientos anteriores<sup>170</sup>. En esta línea, se afirma la indebida cancelación con base en que la preferencia y asiento juegan en planos diferentes; esto es, el rango hipotecario hace referencia al orden registral que nada tiene que ver con el crédito en sí, ni le otorga preferencia de cobro alguna, limitándose su función “en determinar cuáles son los asientos registrales que han de subsistir o ser cancelados como consecuencia de un proceso de ejecución, según que dicho asiento registral sea anterior o posterior al ejecutado”<sup>171</sup>.

Frente a estas razones, como decimos, consideramos más acertada la opinión de quienes han defendido la cancelación de las cargas posteriores y anteriores, por los perjuicios que de lo contrario pueden derivarse para el trabajador que concurre, ya que las cargas del bien ejecutado limitarían la cuantía que estarían dispuestos a ofrecer por dicho bien los licitadores y por ende, cuestionaría la efectividad del cobro del salario<sup>172</sup>.

En resumen, el acreedor con ese derecho real de garantía vería perdido éste, aunque no su crédito, que será pagado en el orden que ahora le corresponda, desprovisto de preferencia sobre el crédito salarial en relación a los restantes bienes. Ciertamente, no debe olvidarse que la inscripción de una hipoteca tiene carácter constitutivo, de ahí que si la preferencia está condicionada a la existencia misma de la hipoteca, si ésta se cancela no podrá beneficiarse el crédito que garantizaba de más preferencia que la que pueda corresponderle por otras razones (documento público, el propio crédito, etc.)<sup>173</sup>.

Con esta solución pudiera parecernos que los privilegios salariales contradicen o “desbordan los principios hipotecarios. Pero aquí está el secreto, no de modo arbitrario, sino como resultado de su integración en la unidad total del ordenamiento ju-

<sup>169</sup> ALBIOL MONTESINOS, I., El salario...; cit., pág. 167. Sobre la posición de la jurisprudencia al respecto, véase RÍOS SALMERÓN, B., “Jurisprudencia sobre...; cit., págs. 2729 y 2730. En todo caso se requeriría que el crédito salarial “quede perfectamente individualizado” y “que el procedimiento de ejecución social sea notificado al acreedor hipotecario”; DESDENTADO DAROCA, E., “El conflicto entre crédito salarial superprivilegiado y los créditos hipotecarios: doctrina registral frente a jurisprudencia”; R.L., n° 4, 1999, pág. 46.

<sup>170</sup> PARDO NÚÑEZ, C., “Rango y...; cit., págs. 317 y 318; y Díez SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios...; cit., págs. 131-133 y las notas a pie de página.

<sup>171</sup> RIVAS TORRALBA, R., “Preferencia de cobro y rango hipotecario”; (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 50 7y sgs.; y del mismo autor, “Ejecución dineraria y Registro de la Propiedad”, en (RÍOS SALMERÓN, Dir.) Puntos críticos en ejecución de sentencias; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPG, 1999, págs. 162 y sgs. *Vid.* también, RDGRN, de 28 de marzo de 2001 (RJA 2193).

<sup>172</sup> Por todos, RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia de los créditos laborales”; (AA.VV.) Preferencia de créditos; cit. pág. 387.

<sup>173</sup> Díez-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial; Civitas, T. II (1993) y T. III (1995), pág. 758 (T. II), en relación con la pág. 425 (T. III); y CUMBERO ROMERO/LACAMBRA MORERA, “Los créditos...; cit., pág. 902.

En este sentido, se explica la importancia de resolver la cuestión de si el acreedor hipotecario puede pagar al acreedor preferente (salarial ex art. 32, apartados 1 y 2 TRET) y ampliar su hipoteca en esa cuantía. A favor, FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, M.T., “Incidencia de las quiebras y suspensiones de pagos en el proceso de ejecución laboral”; RDP, n° 1, 1980, pág. 100; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de pagos y...; cit., págs. 289 y 290.

rídico. La finalidad del Derecho no es la salvaguarda de unos principios técnicos (hipotecarios), sino la justicia. El error, la miopía, está en aislar el Derecho hipotecario (...)”<sup>174</sup>.

Subsiguientemente, una vez vendido el bien libre de cargas, se pagará con el fruto de lo obtenido, primero, los créditos salariales (ex art. 32.1º TRET) y lo sobrante se destinaría a pagar los créditos de quien proceda (por regla general, los protegidos con el derecho real de garantía). Obviamente, salvo que además se tratase de bienes elaborados por los trabajadores, en cuyo caso, como explicaremos, se cubrirían las restantes deudas salariales hasta donde alcanzase el valor obtenido<sup>175</sup>.

#### d. Supuestos problemáticos

Ya adelantábamos que el problema más importante se suscita con la utilización de determinados negocios con fines de garantía, con los que se pretende alcanzar unas cotas de protección más eficaces que las conseguidas mediante los tradicionales derechos reales de garantía (hipoteca y prenda). La dinámica es bien sencilla: otorgar o mantener en la propiedad o dominio del bien a quien sería acreedor en la relación obligacional, para evitar la prevalencia sobre dicho bien de cualquier crédito<sup>176</sup>. El interés para proceder así también está claro: “la tutela de la propiedad es el fundamento del sistema crediticio liberal. Una transmisión válida (...) es oponible al acreedor aunque sea privilegiado. Porque el bien sale del patrimonio del deudor y por ello no responde de sus deudas”<sup>177</sup>. Asimismo, se plantea el tema de las reglas generales sobre resolución contractual ante el incumplimiento de una de las partes (art. 1124 C.Civ.) que permitiría a quien cumplió rescindir el contrato y exigir la restitución de las prestaciones.

Distinguiremos pues estos dos mecanismos. En primer lugar, las reglas generales sobre resolución contractual. Al respecto, algunos autores consideran que en este caso prima esa acción sobre el superprivilegio salarial, por cuanto se pretende restituir el dominio al patrimonio originario<sup>178</sup>. Esto supondría que se extraería dicho bien del patrimonio del empresario-deudor, imposibilitando al trabajador ejercer su derecho de preferencia y cobro sobre él. En nuestra opinión ésta no puede ser una solución aceptable, pues la acción resolutoria “no llega a traspasar a la esfera jurídica de los terceros” (ex art. 1124 C.Civ., párr. 4º)<sup>179</sup>. Lo contrario supondría desoir las reglas sobre preferencias en el cobro de los créditos pendientes debidos a incumplimientos por parte del deudor.

---

<sup>174</sup> GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito...; cit., pág. 260 (aunque referido a cuestiones de preferencia, creo plenamente extrapolable la afirmación señalada en el texto).

<sup>175</sup> Sobre la dinámica para la venta del bien afectado por un derecho real de garantía, *vid.* RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”; cit., págs. 333 y sgs.

<sup>176</sup> OLIVENCIA RUÍZ, M., “Las garantías mobiliarias en el Derecho Mercantil”; en AA.VV. (NIETO CAROL/MUÑOZ CERVERA, Coords.) Tratado de garantías en la contratación mercantil; T.II, vol. 1º, Civitas, 1996, págs. 53 y 54.

<sup>177</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., “Los privilegios...”; cit., pág. 305.

<sup>178</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., “Sobre los privilegios...”; cit., pág. 46.

<sup>179</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio; Tirant lo Blanch, 1994, pág. 91. Desarrollando esta idea y criticando una sentencia al respecto del TS, en DE LA CUESTA RUTE, J.M., “Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador”; La Ley, 1982-4, especialmente págs. 329-332.

En segundo lugar, nos corresponde analizar detenidamente esas *nuevas formas de garantía*, con el objeto de determinar cuál es su alcance y protección. Por esa razón e independientemente de cuál sea el negocio formalmente utilizado (generalmente, un negocio de reserva o traslativo del dominio), es preciso, en todo caso, estar a la verdadera causa del negocio, con el objetivo de delimitar el alcance de los derechos de los sujetos intervinientes y de sus efectos respecto a terceros. Pretendemos indicar aquí el alcance de esos negocios que utilizan los derechos reales (generalmente la titularidad de la propiedad o dominio) con una finalidad de garantía, pues de ello depende en gran medida la suerte (al menos parcial) de los créditos de los trabajadores, toda vez que de la solución que demos dependerá que consideremos que el bien en cuestión forma parte o no del patrimonio del empresario-deudor.

En efecto, el impedir el pacto comisorio en los negocios constitutivos de garantía supone que el acreedor no pueda apropiarse del bien objeto de ésta para con él procurar satisfacer su crédito (ex arts. 1.859 y 1.884 C.Civ.), y ello porque, en todo caso, debe someterse a las reglas de preferencia, so pena de perjudicar a aquellos acreedores que tuvieran un crédito de superior condición<sup>180</sup>. De otra forma, esto es, entender que existe un verdadero negocio de reserva o traslativo del dominio o propiedad, no habría lugar a concurrencia alguna, pues al ser el derecho en este caso de carácter absoluto, simplemente se trataría de mantener en su poder al legítimo *dominus* del mencionado bien<sup>181</sup>. Lo mismo cabe plantear en el caso de cualquier otro derecho real que no sea de garantía (no sólo el de propiedad, sino también de uso y habitación, servidumbre, censo y enfiteusis, etc.), pues en este caso, como decimos, no hay ni siquiera lugar a concurrencia, pues no existe un derecho de crédito, sino un poder absoluto, *erga omnes*<sup>182</sup>.

### *d.1. Contratos con pacto de reserva/traslación de dominio*

Planteadas las consecuencias que pueden acarrear al crédito del trabajador la existencia de ciertos pactos en los que la propiedad o *dominium* se pretenden utilizar con una finalidad fundamental de garantía para una de las partes, procedemos a analizar los supuestos que de forma más general hacen uso de ese pacto que implica la reserva de dominio.

### **La venta en garantía**

Mediante este tipo de contrato, el *vendedor-deudor* entrega al *comprador-acreedor* la propiedad de un determinado bien a cambio del *precio* (generalmente equivalente al capital adeudado), obligándose éste último a restituírle el bien si aquél le entrega el va-

<sup>180</sup> DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, citados por GUILARTE ZAPATERO, V., "Pactos en la hipoteca inmobiliaria"; AA.VV. (Nieto Carol/Muñoz Cervera, Coords.) Tratado...; cit., vol. 2, pág. 137.

<sup>181</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., "Ejecución..."; cit., págs. 421 y 422. También, GARRIDO, J. M., Tratado...; cit., págs. 118; y PARDO NÚÑEZ, C., "Rango y preferencias en el juicio ejecutivo"; en AA.VV., Protección registral de los derechos reales y tutela judicial efectiva; CGPJ, nº 13, 1999, págs. 276 y 277.

<sup>182</sup> GARRIDO, J.M., "Teoría..."; cit., pág. 1859. Sobre esta cuestión, *vid.* RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 346 y 347. En relación a las características de los censos y la enfiteusis y su diferencia respecto a los derechos reales de garantía, *vid.* PUIG BRUTAU, J., Fundamentos...; cit., T. III, vol. 3º, págs. 508 y sgs.

lor acordado<sup>183</sup>. En definitiva, lo que pretendemos resolver es si en realidad lo que se quiere es una enajenación propiamente dicha o una garantía o afianzamiento del débito; cuestión de gran trascendencia ya que de ello depende que consideremos que para los terceros (v. gr., trabajadores) el bien pasó a propiedad del comprador o por el contrario, no existió una verdadera traslación del dominio, continuando el vendedor (v. gr., empresario) como titular del bien y, por lo tanto, sin que dicha garantía pueda anteponerse a la señalada en el art. 32.1 TRET.

La variable opinión jurisprudencial ha dado lugar a diferentes resoluciones: considerarlo válido, o nulo por tratarse de un negocio simulado, etc.<sup>184</sup>. A nuestro juicio, parece más acertado entender que en aquellos casos en los que la finalidad perseguida por las partes sea esa garantía, no existe traslación real del derecho de propiedad y por consiguiente, el bien continuaría en el patrimonio del deudor (empresario en nuestro caso)<sup>185</sup>. Esto conlleva que, al igual que en los negocios de garantía, no cabe en este caso pacto comisorio alguno; es decir, que el acreedor no puede adquirir el dominio de la cosa que sirve de garantía en el caso de que el deudor no satisfaga su prescripción, pues si la finalidad real del negocio era crear esa preferencia, existe también aquí el problema que quiere impedirse con el pacto comisorio<sup>186</sup>.

En consecuencia, debe someterse a las reglas de preferencia que conforme a ese crédito corresponda. Siendo esto así, nos queda saber cuales son los efectos derivados de este negocio; esto es, si realmente otorgan alguna protección al acreedor. Una gran parte de nuestra doctrina viene entendiendo que éste, en todo caso, sería equiparable a los derechos (reales) de garantía<sup>187</sup>. En cualquier caso, se exigiría para que tuviesen esa protección y produzcan efectos para terceros, que se inscribiesen en el correspondiente registro o en todo caso, que constasen en escritura pública<sup>188</sup>. Así, el adquirir la protección de los derechos reales de garantía exigirá su inscripción en el correspondiente registro<sup>189</sup>, de lo contrario, podría perjudicarse a otros acreedores y tener importantes efectos respecto a los créditos del art. 32.3 TRET, de los que trataremos posteriormente, por lo que nos remitimos a lo que allí se señala.

En lo referente a la cuestión que venimos tratando, el denominado “super-privilegio” salarial tendría una posición prevalente en su cobro, por lo que también en estos casos el salario del trabajador por esos últimos treinta días debe primar sobre las denominadas ventas en garantía.

---

<sup>183</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., La posición...; cit., pág. 48.

<sup>184</sup> Como bien advierte REGLERO CAMPOS, L.F., no hay que confundir los negocios de los que estamos hablando con los denominados simulados; pues mientras que en éstos se pretende alcanzar los efectos de un negocio a través de otro (aparente), en los ahora analizados, el efecto producido es el propio del contrato utilizado [“Ejecución de garantías reales mobiliarias e interdicción de pacto comisorio”; en AA.VV. (NIETO CAROL/MUÑOZ CERVERA, Coords.) Tratado...; cit., pág. 437].

<sup>185</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Ejecución...; cit., págs. 441-443.

<sup>186</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., “Pactos...; cit., pág. 138.

<sup>187</sup> Algunos pronunciamientos judiciales hablan de privilegio; RÍOS SALMERÓN B., “La preferencia...; cit., pág. 213.

<sup>188</sup> GARRIDO, J. M., Tratado...; cit., pág. 499.

<sup>189</sup> RIVERA FERNÁNDEZ, M., La posición...; cit., págs. 51, 98, 99 y 134-136.

### La reserva de dominio

Nos ceñiremos al supuesto de la venta a plazos con reserva de dominio, en especial aquellas que se recogen en la Ley 28/1998, de 13 de julio, sobre Venta de Bienes Muebles a Plazos (LVP). Nos interesa de nuevo determinar cuál es el alcance de la reserva de dominio que pudiera concertarse en este tipo de ventas. El mecanismo en este caso difiere del anterior, aunque con idéntico resultado, pues ahora no consiste en detraer el bien del patrimonio de quien sería el deudor en la relación fiduciaria para garantizar al acreedor; ahora lo que simplemente se pretende es evitar un incremento en el patrimonio de quien será el deudor, a efectos de garantizar así al acreedor-vendedor<sup>190</sup>.

Aunque se hayan sostenido diversas opiniones sobre el alcance de los derechos que implica las ventas con reserva de dominio, parece aceptarse por parte de la doctrina y de los tribunales, que el vendedor no conserva la propiedad del bien, sino que, en todo caso, se convertiría en un acreedor preferente, al que podría extenderse la protección de un derecho real de garantía<sup>191</sup>. Para ello también parece requisito necesario que la reserva de dominio se encuentre inscrita en el correspondiente registro (art. 15.1 LVP), pues de lo contrario se carece de la preferencia que con la garantía real se otorga (art. 16.5 LVP), sin perjuicio de la preferencia correspondiente a las formales, esto es, debidas al instrumento utilizado para formalizar el contrato (escritura pública) o reclamar la deuda (sentencia, anotaciones, etc.)<sup>192</sup>. Ahondando en la idea de que estamos ante un derecho de garantía y no ante un verdadero derecho de dominio, debe traerse a colación lo manifestado en el artículo 16.2.c) y .5.2º LVP, que parece recoger la necesidad de venta en subasta para cobrarse con el producto de ésta (lo cual se aleja de la idea de que el vendedor sea el propietario), permitiendo en este último caso el derecho de ejecución separada, de forma similar a los créditos hipotecarios o pignoraticios<sup>193</sup>.

En conclusión, y al igual que ocurría en el caso de la *fiducia cum creditore*, el vendedor no es el propietario del bien o derecho, perteneciendo éste al comprador, quien, aunque con una disponibilidad limitada, parece ser el titular de un bien o derecho gravado con un derecho de garantía, en el caso de que se cumplan los requisitos exigidos en la LVP<sup>194</sup>. De nuevo, los créditos del trabajador por los últimos treinta días primarán sobre el crédito que el vendedor-acreedor tiene sobre el comprador-deudor (empresario en nuestro caso)<sup>195</sup>.

<sup>190</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., citado por RIVERA FERNÁNDEZ, M., La posición...; cit., pág. 50. Sobre los negocios fiduciarios y su validez en nuestro ordenamiento; ALBALADEJO, M., "La causa"; RDP, 1958, págs. 326-328.

<sup>191</sup> DÍEZ SOTO, C.M., "Los privilegios..."; cit., págs. 83-85 (nota 128). Obsérvese que el art. 7.10 LVP habla de que el contrato de venta a plazos podrá contener "la cláusula de reserva de dominio, (así como) cualquier otra de las garantías previstas..." (el subrayado es nuestro). Un resumen de las más importantes teorías, en LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., La reserva de dominio en la quiebra; Civitas, 1996, págs. 53 y sgs.

<sup>192</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., "El derecho real de hipoteca y el crédito garantizado"; AA.VV. (NIETO CAROL/MUÑOZ CERVERA, Coords.) Tratado...; cit., vol. 2, pág. 47.

<sup>193</sup> Lo que manifiesta que sólo existe un "derecho de separación *ex iure crediti* con obligación de llevar a la masa el sobrante del precio obtenido en la subasta"; LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., La reserva...; cit., págs. 175 y 176, nota 40, y págs. 181 y 182. Sobre la similitud con los bienes hipotecados, *vid.*, FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., "La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento"; (AA.VV.) Garantías reales mobiliarias; CGPJ, nº 8, 1998, pág. 383. *Vid.* arts. 90 y 156 LC'03.

<sup>194</sup> La consecuencia de ello es que en caso de que el vendedor sea sometido a un proceso concursal, el comprador goza sobre el bien de su titularidad real, pudiéndola hacer efectiva mediante la *separatio ex iure domini*. LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., La reserva...; cit., págs. 227 y sgs.

<sup>195</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "Garantías del salario"; cit., pág. 341; y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., La reserva...; cit., pág. 257. No es esta la solución en la LC'03, que expresamente recoge la prelación de los acreedores por plazos de compraventa con precio aplazado, arts. 90.1.4º y 154.3 LC'03, en relación con el art. 84.2.1º LC'03,

Si esta es la solución aplicable a los bienes muebles inscritos conforme a la LVP, similar será nuestra respuesta en cualquier otro supuesto, en el sentido de que el vendedor, al carecer de preferencia alguna, cede ante el crédito privilegiado del trabajador. Lo dicho también será de aplicación respecto a los bienes inmuebles que, aún habiendo pactado la reserva de dominio, carezcan del correspondiente derecho real de garantía debidamente inscrito<sup>196</sup>.

#### d.2. El *leasing*<sup>197</sup>

Las exigencias de una economía capitalista como la nuestra vienen a hacer surgir nuevas figuras contractuales no previstas en un primer momento, pero que debido a su importancia económica reclaman del legislador una mínima regulación; una de las cuales es, sin duda, el contrato de *leasing*. Las razones de su surgimiento y desarrollo hay que buscarlas en el deseo de resolver cuestiones tributarias y/o de financiación-crédito en la adquisición de ciertos bienes de equipo<sup>198</sup>.

De forma genérica, la operación consiste en que la empresa cliente acuerda con la empresa de *leasing* la identificación del bien que desea adquirir –e incluso el proveedor o fabricante que lo suministra–. La empresa de *leasing*, por un lado, celebra un contrato de compraventa con el proveedor que dispone del mencionado bien, estableciendo que le sea entregado directamente a la empresa cliente que lo solicitó. Y por otro lado, concierta con la empresa cliente el contrato de *leasing*, en virtud del cual ésta le paga un canon periódico<sup>199</sup>.

Aparecen pues dos contratos formalmente independientes: uno, de compraventa entre la empresa *leasing* y el proveedor; y otro, el contrato de *leasing*, entre aquélla y la empresa cliente o que requiere el bien. El resultado jurídico es que la empresa de *leasing* aparece formalmente como la propietaria del bien que se lo *arrienda* a la empresa cliente<sup>200</sup>.

En consecuencia, pareciera que no existe posibilidad alguna de concurso ni preferencias sobre el (valor del) bien entre los acreedores de la empresa cliente (v. gr., trabajadores-empresario), porque la empresa *leasing* es la titular o propietaria del mis-

<sup>196</sup> Cfr. RIVERA FERNÁNDEZ, M., La posición...; cit., págs. 133-136.

<sup>197</sup> Por razones de interés para nuestro estudio, limitamos el campo al denominado *leasing* financiero. Sobre las diversas formas de *leasing*, vid. CHULIÁ VICENT/BELTRÁN ALANDETE, Aspectos jurídicos de los contratos de *leasing*; Bosch, 1989, págs. 34 y sgs.

<sup>198</sup> MARÍN MARÍN, S., “La demanda y las modernas figuras del crédito”; en AA.VV., Ordenación jurídica del crédito; Instituto de Estudios Fiscales, 1978, págs. 76, 78, 86 y 87. Sobre las características del contrato de *leasing* financiero pueden verse algunas opiniones de nuestros tribunales, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El pacto de reserva de dominio y la función de garantía del *leasing* financiero”; AA.VV. (NIETO CAROL/MUÑOZ CERVERA, Coords.) Tratado...; cit., vol. 1, págs. 392-394, 398 y 399.

<sup>199</sup> Vid. CORRALES ROMERO/GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, Sociedades de financiación, *leasing* y *factoring*; Civitas/Hispaner, 1991, págs. 211 y sgs.

El *leasing*, se ha dicho, satisface un triple orden de intereses: el del usuario, el del proveedor o fabricante y el de la entidad de *leasing*; cfr. SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., *Leasing* financiero mobiliario; Montecorvo, 1989, pág. 156. Sobre los beneficios fiscales del *leasing*, vid. VILLAR URIBARRI, J.M., Régimen jurídico del «*leasing*»; EDERSA, 1993, págs. 211 y sgs.

<sup>200</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El pacto...; cit., pág. 408; y MARÍN MARÍN, S., “La demanda...; cit., pág. 77.

mo<sup>201</sup>. Así parece inferirse de la escasa regulación legal del arrendamiento financiero (D.A. 1ª LVP 28/1998 y su posterior reforma por la LEC 1/2000, de 7 de enero.), cuando distingue en la entidad de *leasing* su posición, por un lado, como propietaria del bien y, por otro, como acreedora por las cuotas no pagadas<sup>202</sup>.

A ello no osta que sea imprescindible el cumplimiento de los requisitos formales expresados en la mencionada D.A., pues de no constar en los referidos documentos o inscrito en el correspondiente Registro, la entidad de *leasing* carece de título suficiente para ejercer los derechos que se le otorgan, en especial, la recuperación de la posesión del bien en virtud de su titularidad dominical<sup>203</sup>. No obstante, de esto último se desprende que no todos los contratos que consten como *leasing* gozarán de las ventajas señaladas, sino que es preciso que se cumplan los requisitos formales exigidos, porque si se le otorgasen los mismos efectos y alcance a quien no cumple con las referidas formas, no se explicaría qué sentido tiene exigirlos en la ley<sup>204</sup>.

Con esa regulación el legislador parece querer zanjar la polémica sobre la similitud entre el arrendamiento financiero y la compraventa a plazos, decantándose por sostener que ambos tienen una diversa naturaleza jurídica<sup>205</sup>. Lo que ha supuesto, en opinión de cierto sector de la doctrina, que con ello la LVPBM “vulnera sin ambages la prohibición de pacto comisorio en el caso de los contratos de *leasing* en ella regulados”<sup>206</sup>.

Por ello, existen algunas cuestiones que es preciso señalar para aclarar hasta qué punto el derecho de propiedad de la entidad de *leasing* es tal, ya que como destacamos al principio de este apartado, es necesario analizar la realidad del negocio y no sólo lo que formalmente recoge<sup>207</sup>.

En este sentido, a nuestro parecer, la regulación del arrendamiento financiero no es óbice para mantener que en ciertos casos la configuración que hacen las partes en el contrato permite afirmar que la voluntad real de las partes es más cercana a la compraventa a plazos o al préstamo que a un verdadero arrendamiento financiero<sup>208</sup>.

<sup>201</sup> CORRALES ROMERO/GARCÍA-BARBÓN CASTAÑEDA, Sociedades de...; cit., pág. 217. Por todas, *vid.* STS, de 8 de febrero de 2002 (RJ 2238).

<sup>202</sup> Sobre el valor de la disyuntiva o a los efectos de poder ejercer la acción de recuperación del bien mueble; GARCÍA SOLÉ, F., “Venta a plazos y *leasing* tras la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”; La Ley, D-103, 2000-3, pág. 1760.

<sup>203</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., Tercerías de Dominio...; cit., págs. 59, 60, 62 y 63. Mostrando sus dudas y una crítica por la posición afirmativa; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., “El *leasing* frente al pacto comisorio: su vulneración por la modificación que la Ley 1/2000 ha introducido en la Ley de ventas de bienes muebles a plazos”; RDM, nº 239, 2001, págs. 222, 225 y 226.

<sup>204</sup> También, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., “El *leasing* frente al pacto comisorio...; cit., págs. 219 y 220. Sobre la importancia del cumplimiento de tales requisitos para considerar el contrato como de *leasing*, véase la STS, de 16 de septiembre de 2002 (RJ 8450).

<sup>205</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., Tercerías de Dominio, Tercerías de Mejor Derecho en el Contrato de *Leasing*; Aranzadi, 2001, págs. 46 y 47; y DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios...; cit., pág. 85.

<sup>206</sup> Sobre ello y las consecuencias en el contrato de *leasing*, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., “El *leasing* frente al pacto comisorio...; cit., págs. 222-225. Como señala esta autora, el *leasing* operativo o *renting* queda excluido de esa afirmación de vulneración de prohibición del mencionado pacto.

<sup>207</sup> La cuestión sobre a quién corresponde la propiedad del bien objeto del *leasing* es, sin duda, “una de las principales fuentes de conflicto de (este) instituto”; SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., *Leasing* financiero...; cit., pág. 196, 285 y 286.

<sup>208</sup> OCAÑA ÁLVAREZ, A., Garantía de la venta a plazos y contrato de *leasing*; La Ley, 2001, págs. 310 y sgs.

En efecto, la atipicidad del contrato de *leasing* hace que su configuración dependa del juego de la autonomía de la voluntad (art. 1255 C.Civ.), de ahí que sea preciso atender a la regulación establecida por las partes y, como no, a las acciones anteriores, coetáneas y posteriores de los mismos, para poder interpretar correctamente su voluntad real, por cuanto que, como señalamos, ello pudiera derivar en que no se reconozca a la entidad de *leasing* la titularidad del bien<sup>209</sup>.

Para aclarar algo esas cuestiones y la diversidad de opiniones existentes en este tema, cabe indicar brevemente algunas notas sobre esta operación:

1. La finalidad básica perseguida con el contrato de *leasing* es facilitar a las empresas contar con una financiación que les permita adquirir ciertos bienes<sup>210</sup>. Adviértase en este sentido que la empresa de *leasing* no dispone de los bienes, sino que adquiere el bien designado por la empresa cliente, quien lo recibe directamente del proveedor (generalmente, también identificado por la cliente)<sup>211</sup>. Obsérvese pues, que tanto en este contrato como en la compraventa de bienes muebles a plazos persiste la misma finalidad económica: procurarse una financiación externa para la adquisición de bienes destinados a la actividad de la empresa<sup>212</sup>.

2. Es requisito del contrato de *leasing* la existencia obligatoria de una *opción de compra* del bien por su valor residual (art. 19 R.D-L. 15/1977, de 25 de febrero; y art. 2 R.D. 1669/1980, de 31 de julio,), y que generalmente suele consistir en una cuantía similar a uno de los pagos o cánones<sup>213</sup>. Así, desde el principio se fija no sólo el *quantum* de dicho canon, sino el del valor residual (para la opción de compra) y el tiempo o plazos que se han de pagar, para que al final de la operación se haya cubierto “el coste de la inversión (...), sus intereses, cuota de amortización y el beneficio de la empresa *leasing*”<sup>214</sup>.

En relación con este aspecto debe subrayarse que uno de los argumentos esenciales utilizado para sostener que la entidad de *leasing* no ostenta la propiedad es el hecho de que en una gran cantidad de ocasiones esa opción de compra se encuentra desprovista en su valor de una entidad cierta en cuanto precio real, lo que sin du-

<sup>209</sup> STS, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 9639). MANZANO SOLANO, A., “Sobre la naturaleza jurídica del *leasing* o arrendamiento financiero”; RCDI, n° 611, 1992, págs. 1812 y 1813. Negando el carácter atípico del contrato de *leasing*, VILLAR URIBARRI, J.M., Régimen jurídico...; cit., pág. 79.

<sup>210</sup> MARÍN MARÍN, S., “La demanda...; cit., pág. 87. Sobre la equiparación entre el préstamo y el *leasing* en algunos aspectos, STS de 17 de junio de 2003 (RJ 5645).

<sup>211</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El *leasing* financiero y la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles”; ADC, T XXXIII, 1980, págs. 763 y 764.

<sup>212</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., Tercerías de Dominio...; cit., pág. 45. Sin embargo, no en todos los casos el *leasing* financiero tiene la misma *ratio* que la venta a plazos, CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “El *leasing* financiero...; cit., pág. 780. Véase la STSJ de Castilla y León/Burgos, de 22 de enero del 2001 (AL, n° 25, 2001, ref. 926).

<sup>213</sup> En otros ordenamientos no existe ese requisito obligatorio, y quizás por ello algunos concluyan que la empresa *leasing* es, en todo caso, la propietaria bien; v. gr., COILLOT, J., *El leasing* (trad. PÉREZ RUIZ, T.); Mapfre ed., 1979, págs. 169 y 170.

<sup>214</sup> MARÍN MARÍN, S., “La demanda...; cit., pág. 76 y 77. Además, debe señalarse que en muchas ocasiones las cuotas se van pagando en función de las letras previamente aceptadas por el arrendatario-usuario, lo que parece confirmar que lo que existe es un aplazamiento del precio; O’CALLAGHAN, X., “Jurisprudencia sobre el *leasing*”; Actualidad Civil, 1991-1, págs. 13 y 14.

da puede entenderse como una clara voluntad de las partes de que lo que se quiere realmente es financiar la adquisición del bien y no tanto su arriendo. En efecto, cuando el "valor residual" es insignificante con respecto al valor real del bien, pareciera que éste ya se encontraba pagado y que la finalidad del *leasing* sí es, más aún en este caso, muy similar a la de la venta a plazos<sup>215</sup>. Adviértase que con ello lo que se manifiesta es que el valor del canon periódico está expresando más que el simple valor del arrendamiento, procurando que aunque la opción de compra final no se ejerza, el bien quede amortizado durante el desarrollo del *leasing*<sup>216</sup>. Todo ello puede en ocasiones alejar esta figura del arrendamiento<sup>217</sup>.

3. Finalmente, la empresa *leasing* se desentiende de todos aquellos problemas que puedan surgir con la empresa cliente en relación con las obligaciones que ha de asumir frente a ella por las deficiencias en el producto, reparaciones, etc, y a tal efecto se prevé la subrogación de ésta última en los derechos que la entidad de *leasing* pudiera tener frente al proveedor o fabricante<sup>218</sup>. Estos datos han llevado a algunos autores a sostener que estamos ante un negocio de compraventa o de préstamo más que ante un arrendamiento<sup>219</sup>.

Por otro lado, aunque en relación a este punto, las consecuencias que un contrato puede tener sobre el otro hace decaer la rígida separación entre el contrato de compraventa (con la proveedora) y el de *leasing* (con la usuaria)<sup>220</sup>. Es más, el papel de propietaria de la entidad de *leasing* se vuelve a perder si observamos que en caso de pérdida de la cosa por fuerza mayor o caso fortuito, la usuaria (cliente) deberá continuar pagando las cuotas, no quedando exonerada de esa responsabilidad pese a dicha pérdida<sup>221</sup>.

En otro orden de cosas, conviene recordar que los antecedentes históricos del *leasing* lo equiparan a una garantía o derecho de preferencia, lo que viene a apoyar la idea que aquí estamos sosteniendo<sup>222</sup>. Asimismo, la actual Ley 22/2003, Concursal, parece conceder a la empresa de *leasing* no el carácter de propietaria, sino de titular de una preferencia especial<sup>223</sup>.

<sup>215</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "El *leasing*..."; cit., pág. 781. Sin embargo, algunas sentencias recientes mantienen la diferencia entre ambas figuras en todo caso, con independencia de la escasa importancia del valor residual; STS, de 7 de octubre de 2002 (AS 9265), y STS (Sala 1ª), de 28 de diciembre de 2001 (RJA 1647). En la *jurisprudencia menor*, STSJ Cataluña, de 8 de febrero de 2000 (AS 1241) y STSJ de Castilla y León/Burgos, de 5 de junio del 2001 (A.L., nº 44, 2001, ref. 1623). Sobre la evolución jurisprudencial en este punto y las divergentes opiniones al respecto, puede verse UREÑA MARTÍNEZ, M., *Tercerías de Dominio*...; cit., págs. 34 y sgs. (especialmente, pág. 40).

<sup>216</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M., *Tercerías de Dominio*...; cit., pág. 53. La relación existente entre el precio de la opción y los alquileres parece innegable, pues se entiende que con "estas cantidades se ha permitido la amortización del bien"; COLLLOT, J., *El leasing*; cit., pág. 151.

<sup>217</sup> GARRIDO, J. M., *Tratado*...; cit., pág. 516 y 517; y LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., *La reserva*...; cit., pág. 361.

<sup>218</sup> SÁNCHEZ-PARODI PASCUA, J.L., *Leasing financiero*...; cit., págs. 157 y 158.

<sup>219</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "El pacto..."; cit., pág. 416; y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., "El *leasing* frente al pacto comisorio..."; cit., págs. 203, 209 y sgs. y 226.

<sup>220</sup> SEGURADO LLORENTE, J.L., *Todo sobre el leasing*; ed. De Vecchi, 1987, págs. 62 y 63.

<sup>221</sup> FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, M.C., "El *leasing* frente al pacto comisorio..."; cit., págs. 211 y 212.

<sup>222</sup> MANZANO SOLANO, A., "Sobre la naturaleza..."; cit., págs. 1805 y 1812.

<sup>223</sup> *Id.* lo preceptuado en los arts. 56, 90.4º y 156 y en la Exposición de Motivos (III) LC'03. Esta consideración aparecía en las anteriores propuestas concursales, como en el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983 (ALC'83), art. 287.6º.

Concluyendo, en nuestra opinión, y ante la confusión reinante en los diversos textos legales, creemos que no puede afirmarse de forma categórica que la voluntad del legislador sea otorgar la propiedad a la entidad de *leasing*<sup>224</sup>. Ciertamente, en un gran número de ocasiones la propiedad que ésta ostenta es utilizada como un medio de garantía de que la empresa cliente cumplirá con su obligación periódica de pago del canon o “precio de arriendo”, buscando con esa apariencia de arrendamiento evitar el sometimiento a las reglas de preferencia que supondría su consideración como crédito<sup>225</sup>. De lo que resulta que, al igual que en aquellos negocios en los que se pretende utilizar la reserva de dominio como garantía para el cumplimiento del crédito adeudado (v. gr., ventas de bienes muebles a plazos), la entidad de *leasing* lo que ostenta es un mero derecho real de garantía sobre el bien, y siempre que además se den los requisitos formales exigidos para ello<sup>226</sup>.

A mayor abundamiento, teniendo en cuenta además las notas antes señaladas (cuantía del canon, valor de la opción, finalidad de venta en garantía, etc.), consideramos que habrá de estarse al caso concreto y a la voluntad manifestada por las partes en el contrato de *leasing*<sup>227</sup>, pues de ello puede deducirse que no son de aplicación las reglas que contiene la mencionada D.A.1ª Ley 28/1998, sino que lo que conservará la entidad de *leasing* será un derecho real de garantía (cuando se cumplan los requisitos formales exigidos) que cederá ante el crédito salarial de los trabajadores de los apartados 1 y 2 del art. 32 TRET<sup>228</sup>.

## 2. Crédito salarial refaccionario del art. 32.2 TRET

Recoge este apartado un privilegio *especial*, por cuanto que no recae de forma general sobre el patrimonio del deudor, sino sobre ciertos bienes (los elaborados por lo trabajadores); y de alcance *ilimitado*, pues a diferencia de los privilegios de los apartados 1º y 3º, no se indica ningún límite cuantitativo a los créditos que pueden satisfacerse con esos bienes, por lo que el valor total de éstos queda afecto a su pago<sup>229</sup>. Por último, este pri-

<sup>224</sup> Señala ROJO AJURIA, L. («Leasing»...; cit., págs. 282 y 283) que considerar que el *leasing* “no es un crédito garantizado, sino un verdadero derecho de propiedad, (...) puede ser de difícil aceptación”. Hay autores como OCAÑA ÁLVAREZ, A. (Garantía de la venta...; cit.) que aunque partiendo de que la entidad de *leasing* sea la propietaria del bien, también advierten que en ciertas ocasiones el *leasing* se asemeja a un préstamo de amortización a plazos (pág. 312), o bien —cuando se refiere a inmuebles— a un pacto comisorio (págs. 317 y sgs.).

<sup>225</sup> ROJO AJURIA, L., «Leasing» mobiliario; Tecnos, 1987, págs. 260 y 284; y CHULIÁ VICENT/BELTRÁN ALANDETE, Aspectos jurídicos...; cit., pág. 18. Como expresa UREÑA MARTÍNEZ, M. (Tercerías de Dominio...; cit., págs. 53 y 54): “la sociedad de arrendamiento financiero retiene la propiedad del bien, cedido en *leasing*, a los meros efectos de garantizar el crédito”.

<sup>226</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El pacto...; cit., págs. 413-416; y ROJO AJURIA, L., «Leasing» mobiliario...; cit., pág. 289; y GRÁVALOS OLIVELLA, J. “Radiografía del Anteproyecto de Ley Concursal (y II)”; Consell Obert, nº 161, 2002, pág. 40. De opinión radicalmente distinta, VILLAR URIBARRI, J.M., Régimen jurídico...; cit., págs. 199-202. Sobre los requisitos, véase la D.A. 1ª de la Ley 28/1998 de Venta a Plazos.

<sup>227</sup> Ex STS, de 23 de diciembre de 2001 (RJA 1037).

<sup>228</sup> LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., La reserva...; cit., pág. 362, nota 81.

De la redacción de la LC'03 se extrae que no cabe la preferencia salarial cuando el empresario-deudor sea declarado en concurso, pues en este supuesto no son de aplicación los privilegios previstos en el art. 32 TRET, sino las reglas contenidas en la norma concursal (vid. art. 90.1.4º en relación a los arts. 84.2.1º y 154.3 LC'03).

<sup>229</sup> MARTÍN VALVERDE/RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ/GARCÍA MURCIA, Derecho del Trabajo; Tecnos, 1997, pág. 614. Sin perjuicio de lo que luego se indica respecto a los bienes que no siendo de su propiedad, estén en posesión del empresario-deudor.

villegio especial e ilimitado no es a su vez *preeminente*, ya que como ya indicamos más arriba, cede ante los salarios de los últimos 30 días de trabajo<sup>230</sup>. Si bien prevalece frente a cualquier otro crédito, inclusive los protegidos con algún derecho real de garantía<sup>231</sup>.

Este privilegio se denomina *refaccionario*, porque recae sobre bienes que reciben el trabajo del trabajador. La causa de la preferencia establecida en este precepto es evitar que la riqueza aportada por el trabajo humano a cualquier bien pueda quedar sin retribuir o, al menos, impedir que tenga menor consideración que otros créditos a la hora del reparto del valor de ese bien, por cuanto el valor y mejora del mismo dependen también y en gran medida de la actividad del trabajador que se le incorporó<sup>232</sup>. En definitiva, es lógico privilegiar a quien ha aportado lo necesario para que la cosa exista o siga existiendo como tal, de lo contrario pudiera darse una situación de enriquecimiento injusto por quien disfruta y se beneficia de un bien o derecho cuyo valor, como decimos, se debe en gran medida al trabajo no retribuido<sup>233</sup>. Junto a ello, también debe argumentarse que la posición del trabajador respecto al empresario en lo referente a la (im-)posibilidad de exigir garantías de este tipo (v. gr., art. 1929.3º C.Civ.), justifica también el otorgamiento de este privilegio<sup>234</sup>.

Esta idea de lo que sea el crédito refaccionario y la configuración que de él hace el precepto laboral, nos hace pensar que deben incluirse en este privilegio no sólo los salarios en sentido estricto, sino también aquellos gastos realizados por el trabajador como consecuencia directa de la prestación de trabajo, con el objeto además de evitar que se produzca un enriquecimiento injusto por parte del empresario, amén de un beneficio para todos los acreedores, en cuanto que se aprovecharían de esta forma del gasto realizado por el trabajador en el objeto<sup>235</sup>. Si bien la no aceptación de esta interpretación parece no afectar a los gastos realizados sobre los objetos que tengan la consideración de bienes muebles, pues en todo caso serían preferentes ex art. 1922.1º

<sup>230</sup> Se trata de una excepción a la regla de que las preferencias especiales (v. gr., 32.2 TRET) priman sobre las generales (v. gr., 32.1 TRET); DÍEZ SOTO, C.M., "Los privilegios crediticios..."; cit., págs. 29, 33-35 (nota 19); expresamente, SÁNCHEZ ALFONSO, J.C., "El superprivilegio..."; cit., pág. 2. En el Derecho comparado, ROBERTO ROMELI, "La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concursuali"; GDLRI, nº 34, 1.987, págs. 315 y 316; y PARENTE, F., "Il sistema dei privilegi..."; cit., págs. 268 y sgs. Sin embargo, otros autores sostienen lo contrario, así GULLÓN BALLESTEROS, citado por PÉREZ PÉREZ, M., "Concepto..."; cit., pág. 494. La LC'03, sin embargo, ha establecido el carácter preeminente del crédito laboral refaccionario (arts. 90.1.3º, 154.3 y 155.3 LC'03).

<sup>231</sup> CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia..."; cit., pág. 1946. De opinión contraria, considerando que cede ante los derechos reales de garantía y créditos anotados, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., "Los privilegios..."; cit., pág. 327. La razón que alega este autor es que lo establecido en este apartado es un criterio de preferencias entre créditos por refacción (primando los de trabajo sobre los de capital), pero no sobre los derechos reales. Del mismo autor, El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias; Comares, 1995. Vid. art. 155.3.2º LC'03.

<sup>232</sup> CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia..."; cit., pág. 1947. Este privilegio es a su vez una plasmación de las exigencias del art. 11 Convenio nº 95 OIT.

<sup>233</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., "Los privilegios..."; cit., págs. 323 y 324. Sin embargo, otras interpretaciones ven en razones sociales (no patrimoniales) la explicación del privilegio refaccionario en general, por cuanto que "todos los acreedores incrementaron, con sus prestaciones, el haber del deudor común"; RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 83 y 84.

<sup>234</sup> CORDERO LOBATO, E., El privilegio del crédito refaccionario; Tecnos, 1995, págs. 58 y 59.

<sup>235</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 306; CORDERO LOBATO, E., El privilegio...; cit., pág. 68; y ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ, Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia; Trivium, T. VI, 1991, pág. 1136. Adviértase que el art. 90.1.3º LC'03 equipara el crédito refaccionario laboral y civil, en el cual se incluyen sin discusión tales gastos; PÉREZ PÉREZ, "El crédito privilegiado..."; cit. págs. 65 y 66.

C.Civ.; no puede decirse lo mismo en el caso de inmuebles, que se verían relegados a una posición difícil a efectos de satisfacción (art. 1923.5º C.Civ.)<sup>236</sup>.

Desde nuestro punto de vista y frente a algunas opiniones que pretenden la eliminación de este privilegio para el trabajador, consideramos que debe ser mantenido por la lógica y fundamento que refleja<sup>237</sup>. En efecto, con él se manifiesta esa inseparable relación entre el trabajo que se presta y la persona del trabajador, plasmada en el concreto objeto realizado y reflejo de la causa del contrato de trabajo<sup>238</sup>. No se trata simplemente de procurar más bienes con los que se pueda atender a la protección de las necesidades del trabajador, sino de cumplir con unas mínimas exigencias de justicia, porque lo que el privilegio reaccionario está procurando es que en situaciones en las que la contraprestación de ese trabajo subordinado esté en cuestión y ante la imposibilidad de que frente al incumplimiento empresarial pueda darse la restitución de las prestaciones, no se obvие la realidad de que el valor del objeto se debe, al menos en parte, a la incorporación del trabajo por el trabajador y por ende, de parte de él mismo<sup>239</sup>. Esa razón de justicia (art. 1.1. CE) y de respeto al principio de reciprocidad en las prestaciones de cada una de las partes (empresario-trabajador), debe llevarnos a afirmar y defender el mantenimiento y necesidad de este privilegio.

Esta defensa no significa que ignoremos el relativo desfase de este privilegio, propio de una economía industrial y cada vez menos ajustado a una realidad económica como la actual caracterizada por la terciarización de la economía, donde los servicios son y serán su principal motor y donde la producción de bienes –en relación con los servicios– tiene cada vez una menor importancia a nivel macroeconómico. Pero ante esta nueva situación no creo que la solución pase por eliminar este privilegio, sino que, en todo caso, lo que debiera plantearse es la creación de otros que tengan también en cuenta las peculiaridades de una economía basada, como decimos, en los servicios. Quizás ese nuevo privilegio para estos trabajos sea establecer expresamente la extensión de la misma preferencia sobre las instalaciones y bienes directamente conectados con el trabajo (como incorrectamente sostuvo ya algún pronunciamiento judicial, carente, como veremos, de la cobertura legal necesaria). En definitiva, extender ese privilegio sobre todo o parte del patrimonio afecto de forma inmediata al desenvolvimiento de la actividad o servicio de la empresa, y sin perjuicio de las limitaciones cuantitativas que pudieran establecerse en aras a no afectar en demasía al tráfico económico<sup>240</sup>.

Pese a la brevedad del apartado 2º del art. 32 TRET, son muchas las interrogantes que se abren en torno a su extensión y alcance, de ahí que procedamos a un análisis casi detallado de cada uno de los términos utilizados.

---

<sup>236</sup> Sobre la aplicabilidad de estos preceptos al caso del crédito salarial, PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., "El salario como crédito privilegiado. Anticipos reintegrables"; en AA.VV., Diecisiete lecciones sobre la L.R.L.; Universidad de Madrid, 1977, págs. 422-424.

<sup>237</sup> No parecía ser ésta la voluntad manifestada en el Anteproyecto de Ley Concursal del 2001 (ALC'01), quien pretendía eliminarlo, ALONSO LEDESMA, C., "La clasificación de los..."; cit., pág. 191. Sin embargo, el art. 90.1.3º LC'03 retoma expresamente ese privilegio a favor de los trabajadores.

<sup>238</sup> GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito privilegiado; Publicaciones del Estudio General de Navarra, 1960, pág. 229.

<sup>239</sup> RODRÍGUEZ SANTOS, B., "La retribución del trabajo y el Fondo de Garantía Salarial: La retribución del trabajo"; en (AA.VV.) El Estatuto de los Trabajadores. Jornadas de estudio de los Magistrados de Trabajo; IES, 1980, pág. 53.

<sup>240</sup> Situación que ya se da en algunas relaciones concretas como la de los privilegios marítimos, que no sólo se extienden al buque, sino que se acercan a los derechos reales de garantía; RUIZ SOROA, J.M., "Los privilegios marítimos"; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, pág. 317.

### a. Objetos

La primera cuestión parte de entender a qué se hace referencia con esta expresión, ya que si bien no existen dudas de la inclusión de los bienes muebles, no ocurre lo mismo con los inmuebles. De cualquier forma, como ahora veremos, lo que sí parece claro es que hace referencia a bienes y no a servicios, que se encuentran fuera del alcance del art. 32.2 TRET.

Pasemos pues a determinar si el privilegio se extiende o no sobre los bienes inmuebles. Las razones en contra de ello son básicamente las siguientes: Primero, la literalidad del precepto (*bienes elaborados*) parece no corresponderse adecuadamente con los bienes inmuebles<sup>241</sup>. También, se señala que a diferencia de los apartados 1º y 3º del art. 32 TRET, en este caso no se hace mención alguna a las hipotecas<sup>242</sup>. Segundo, los antecedentes históricos y legislativos. Tanto la LRL de 1976, como la LCT de 1931 distinguían entre bienes muebles *elaborados* y bienes inmuebles *a los que se le incorpora el trabajo*, concluyéndose que “entre los primeros no se incluían los inmuebles”; de lo que se obtiene que si se utilizan las mismas expresiones, no hay por qué variar la interpretación tradicional<sup>243</sup>. Ahondando en la cuestión, en el debate parlamentario para la aprobación del ET de 1980 se afirmaba que este apartado concedía un privilegio especial respecto a los bienes muebles<sup>244</sup>. En tercer lugar, razones de oportunidad, pues admitir la inclusión de los bienes inmuebles en este apartado pudiera suponer un grave perjuicio para el sistema financiero y de garantías<sup>245</sup>. Por último, la alegación de discriminación respecto a los trabajadores que aportan su trabajo a bienes inmuebles también puede obviarse, desde el momento que también quedan fuera de esta protección otros trabajadores: quienes prestan servicios y no elaboran objetos<sup>246</sup>.

Frente a estas razones, estimamos más acertadas aquellas otras que consideran que han de incluirse los bienes inmuebles. Primero, ante la insuficiencia de la interpretación literal, deben tenerse en cuenta otros criterios interpretativos que cuenten, al menos, con el contexto normativo donde se inserta el precepto<sup>247</sup>. En este sentido, conviene examinar el art. 32 TRET en su conjunto, donde vemos que en todos los apartados utiliza la expresión *gozarán (gozando)* de preferencia sobre cualquier otro crédito, que por sí permite establecer una preferencia preeminente sobre cualquier crédito, como de hecho lo demuestra que en el aptdo. 3º se establezca expresamente una excepción al alcance del privilegio otorgado (los derechos reales de garantía que sean preferentes), pues de otro modo también sobre éstos primaría. Además, la referencia hecha a los créditos hipotecarios y pignoratícios en el aptdo. 1º lo es por razones de aclaración, sin que en nada hubie-

<sup>241</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., “Garantías del salario”; cit., pág. 357; y MARTÍNEZ GIL, J.L., “Privilegio salarial refaccionario. Privilegio salarial ordinario”; en LACRUZ BERDEJO/MARTÍNEZ GIL/GIL SUÁREZ, *El salario...*, págs. 64 y 65.

<sup>242</sup> GARRIDO, J.M., *Tratado...*; cit., pág. 584; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión de...*; cit., pág. 351.

<sup>243</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., “Las garantías...”; cit., pág. 400.

<sup>244</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (*Dir.*) *Debate...*; cit., T. II, pág. 16.

<sup>245</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión de...*; cit., pág. 352.

<sup>246</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión de...*; cit., pág. 351.

<sup>247</sup> GONZÁLEZ GARCÍA/FERNÁNDEZ ORTEGA/FALCÓN CERCADILLO, “Interpretación literal”; y JULVE HERRANZ/FUERTE BIARGE, “Interpretación sistemática”; ambos en (CALVO GARCÍA, Ed.) *Interpretación y argumentación jurídica* (vol. I); PUZ, 1995, págs. 20 y sgs. (especialmente, 28 y 29); y 35 y sgs. Véase, por ello, la formulación del art. 90.1.3º LC'03, que incluye este privilegio salarial entre los créditos refaccionarios.

ra cambiado de no haberlo hecho así<sup>248</sup>. En consecuencia, la objeción hecha a la falta de referencia expresa a los créditos hipotecarios no es razón para excluir los inmuebles de este apartado 2º. En segundo lugar, la interpretación literal no puede prevalecer cuando con ella se “niegue el espíritu de tutela de los intereses de los trabajadores (...), siempre y cuando (con la aplicación de tal espíritu) no se distorsione el sentido y límites del privilegio refaccionario”; por esta razón se han de considerar también incluidos los bienes inmuebles dentro de este privilegio<sup>249</sup>. Ciertamente, no se llega a entender por qué a los bienes muebles que sean fruto del trabajo sí les es aplicable este privilegio, mientras que los trabajadores que hacen lo propio con inmuebles tienen que quedar excluidos del mismo<sup>250</sup>. Tercero, en relación con esto y respecto a la alegada discriminación producida respecto a los trabajadores que prestan servicios, cabe señalar que no son equiparables a los trabajadores que realizan bienes inmuebles, toda vez que en aquéllos, a diferencia de éstos, falta la causa que hace surgir el crédito refaccionario; esto es, que el trabajo suponga añadir valor al bien, incorporando algún aspecto a éste (transformándolo, reparándolo, etc.)<sup>251</sup>.

Por último, ni los antecedentes históricos ni la voluntad del legislador que alegan aquellos autores, permiten sostener de forma rotunda la exclusión de bienes inmuebles, pues ni el término *elaborados* es predicable exclusivamente de los muebles, ni del debate parlamentario de aprobación del texto laboral puede extraerse la idea de que unánimemente se estaba refiriendo a los bienes muebles<sup>252</sup>. Así pues, y siendo coherentes con la máxima romana, compartimos la inclusión de los bienes inmuebles, porque “donde la ley no distingue no debemos distinguir”<sup>253</sup>.

## b. Elaborados

Se trata sin duda del término sobre el que gira gran parte de la problemática sobre el objeto de este privilegio. De él se han realizado diversas interpretaciones: En sentido estricto, englobaría únicamente los productos manufacturados *ex novo*, lo que excluye no sólo a los reparados<sup>254</sup>, sino a cualquier bien que no haya concluido un proceso de transformación. Opiniones intermedias, que incluyen cualquier bien que sea producido por los trabajadores, pero dentro de los cuáles no se comprenden los reparados<sup>255</sup>.

<sup>248</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (Dir.) Debate...; cit., T. II, pág. 16.

<sup>249</sup> MACHADO PLAZAS, J., “El privilegio...; cit., pág. 11102 y 11103. Obsérvese que el art. 90.1.3º incluye la refacción civil junto a la laboral, y que aquella se caracteriza por la consideración unitaria y conjunta de la refacción mobiliaria e inmobiliaria; ÁLVAREZ CAPIROCHIPI, J.A. “El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso”, Comares, 2003, págs. 192 y, especialmente, 210.

<sup>250</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 358 y sgs. Algunos autores entienden que la solución pasa por incluir los bienes inmuebles en las preferencias del art. 1923 C.Civ., PÉREZ PÉREZ, “El crédito privilegiado...; cit., págs. 65 y 66.

<sup>251</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 406.

<sup>252</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “El privilegio salarial refaccionario del art. 32.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores: Notas para un estudio”; RTSS, nº 14, 1994, pág. 85 y 86.

<sup>253</sup> FERNÁNDEZ RUÍZ, J.L., “Los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos y su incidencia en los créditos salariales cara a la reforma de nuestro derecho concursal”; R.D.M., nº 225, 1997, pág. 1138. Favorable también a la inclusión de los bienes inmuebles dentro del art. 32.2 TRET parece mostrarse EIRANOVA ENCINAS, E., “El privilegio del crédito refaccionario inmobiliario”; Diario La Ley, nº 5521, 2002, págs. 7 y 12.

<sup>254</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C., “El salario...; cit., pág. 431.

<sup>255</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del salario”; cit., pág. 378; y GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito...; cit., págs. 317-319.

Y finalmente, en un sentido amplio supone incluir cualquier aportación que como consecuencia del trabajo repercutiera en el bien. Esto conlleva admitir dentro de este privilegio no sólo los bienes elaborados *ex novo*, sino también aquellos que sean consecuencia de la actividad del trabajador (extraídos, transformados o producidos), incluidos desde luego los reparados<sup>256</sup>.

Es esta última la opinión que consideramos más acertada, toda vez que si mantenemos el carácter de refaccionario del crédito incluido en este apartado 2º del art. 32 TRET, han de considerarse referidos también los créditos derivados de la construcción, reparación o mejora del bien<sup>257</sup>. Además, el término elaborar no tiene por qué excluir a los objetos meramente reparados, porque su definición abarca sin problemas esta expresión<sup>258</sup>.

Distinto es aceptar como válida lo que consideramos una interpretación más que forzada del precepto por parte de quienes equiparan *bienes elaborados* al lugar o inmueble donde el trabajador desempeña su trabajo<sup>259</sup>. Disentimos de esta línea judicial, pues difícilmente puede ampararse en el privilegio del art. 32.2 TRET cuando al bien en cuestión no se le ha incorporado el valor que supone el trabajo. En resumen, carece de causa extender este privilegio especial a aquellos bienes que en nada responden a la causa de un crédito refaccionario<sup>260</sup>. Sin lugar a dudas, aquélla interpretación judicial se aparta de la letra y contenido del art. 32.2 TRET, por cuanto sobre ese inmueble no existe aportación de trabajo alguno por parte de los trabajadores, desoyendo además la prohibición de la analogía en los privilegios<sup>261</sup>. Es más, admitir de forma generalizada esta interpretación supondría que el privilegio contenido en este precepto lo es general y no especial, por cuanto que éste recaería sobre cualquier objeto relacionado con el trabajo<sup>262</sup>.

En otro orden de cosas, los términos empleados en este apartado (objetos elaborados) permiten deducir que lo decididamente importante es que la labor de los trabajadores agregue algo nuevo al bien, de tal suerte que aparezca como distinto a como era o estaba antes de que se le incorporase el trabajo, con independencia de que

<sup>256</sup> FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, en (AA.VV) Procedimientos concursales y derechos de los trabajadores, Colección Abogados Jóvenes, nº 1, 1.982, págs. 72 y 73; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 353.

<sup>257</sup> CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia...; cit., pág. 1947, nota 1947. De la misma opinión, MACHADO PLAZAS, J., "El privilegio salarial refaccionario"; RGD, nº 648, 1998, pág. 11103; y GONZÁLEZ BILBAO, E., "Formación de la masa pasiva. Reconocimiento y clasificación de créditos en la reforma concursal. Créditos salariales"; Diario La Ley, nº 5671, 2002, págs. 4 y 6.

<sup>258</sup> Podemos conceptualizar *elaborar* como "preparar un producto para un determinado fin por medio de un trabajo adecuado"; Gran enciclopedia Larousse; Planeta, T. 8, 1988, voz *Elaborar*. En el sentido de "preparar, hacer o fabricar un producto", lo entiende GUILLERMO CABANELLAS, voz *Elaborar*, en Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual; ed. Heliasta, 15ª ed., 1982, T. III. Debe señalarse que etimológicamente, *refacción* deriva del vocablo latino *refectio*, que significa reparación, restauración; SEGURA MUNGUÍA, S., Diccionario etimológico Latino-Español; Ed. Anaya, 1985, pág. 612.

<sup>259</sup> *Vid.* en RÍOS SALMERÓN, B., "Jurisprudencia...; cit., pág. 2731.

<sup>260</sup> En este sentido, CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia...; cit., pág. 1950 y 1951; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 352.

<sup>261</sup> En este sentido, véase la rectificación jurisprudencial en la STS, de 17 de noviembre de 1997 (RA 8314), que modifica el criterio mantenido en la de 18 de diciembre de 1989, considerando ahora que el local donde se presta el trabajo no es reconducible al privilegio del art. 32.2 TRET.

<sup>262</sup> MACHADO PLAZAS, J., "El privilegio...; cit., pág. 11102.

esos objetos sean corporales o no (propiedad intelectual, películas, programas informáticos, vehículos, etc.)<sup>263</sup>. Esta interpretación permite incluir, como decimos, tanto bienes corporales como aquellos que no lo sean, pues el legislador no establece límite en este sentido, ya que sólo requiere que lo producido u obtenido sea fruto, al menos parcialmente, del trabajo prestado<sup>264</sup>. Asimismo, la expresión *objetos elaborados* parece excluir lo que es un mero acto, por cuanto como decimos, el objeto de la garantía es el producto del trabajo, no el acto o servicio en sí, que son simplemente prestados (v. gr., conductor respecto al precio por el transporte, taquillero respecto al valor de las entradas, etc.), pues en ellos, repetimos, falta la causa del crédito refaccionario<sup>265</sup>.

### c. Por los trabajadores

Es necesario en este caso determinar tanto quiénes son esos trabajadores, como cuándo se entiende que los objetos son elaborados por los trabajadores. Respecto a ésta última cuestión, debemos destacar que el precepto laboral no parece requerir el completo acabado del objeto por parte del trabajador, sino que, como en cualquier otro crédito refaccionario, lo importante no es tanto el *quantum* del trabajo realizado en relación con el resultado final, como el hecho de que ese trabajo aporte valor al referido objeto<sup>266</sup>. En consecuencia, consideramos que basta con la intervención en el proceso de producción, con independencia de su importancia respecto de la totalidad del bien, ya que lo realmente importante es "que exista conexión causal suficiente"<sup>267</sup>.

En segundo lugar, respecto a la participación requerida para integrarse dentro de los beneficiarios del privilegio, entendemos que no es preciso que el trabajador haya participado directamente en la elaboración del bien, siendo suficiente con que su trabajo se integre en el proceso productivo de la empresa en la que aquél se elaboró<sup>268</sup>. Sin embargo, sí será exigible, a nuestro modo de ver, que el trabajador haya aportado efectivamente trabajo durante el periodo de tiempo utilizado para la elaboración del bien o derecho en cuestión, so pena de desvirtuar en exceso el carácter refaccionario de este privilegio<sup>269</sup>. En este sentido parece entenderlo la jurisprudencia cuando exige que el trabajador acredite que participó de alguna forma en los objetos elaborados que se reclaman<sup>270</sup>.

<sup>263</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 342. También, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Sobre la protección crediticia de salarios y derechos de autor e indemnizaciones por intervención"; REDT, n° 84, 1997, pág. 546.

<sup>264</sup> Esto permitiría englobar también elementos como la energía eléctrica, gas, etc., siempre que el trabajo no se limite, como hemos dicho, a un mero servicio-suministro, sino que hubiera servido para extraerlos y conseguirlos. De opinión contraria, FONOLL PUEYO, J.M., "Las garantías..."; cit., pág. 31.

<sup>265</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 366. Del mismo autor, "La preferencia..."; cit., pág. 229.

<sup>266</sup> Consideramos enormemente ilustrativas para lo que tratamos de señalar las palabras de MARX, C. (El capital, I; Fondo de Cultura Económica, 1986, págs. 150 y sgs.) respecto a la transferencia de valor y conservación del mismo de la materia prima como consecuencia o por medio del trabajo.

<sup>267</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Sobre la protección..."; cit., pág. 547; y CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia..."; cit., pág. 1952.

<sup>268</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., "Garantías del salario"; cit., pág. 358; RÍOS SALMERÓN, B., "Garantías..."; cit., pág. 378; y MACHADO PLAZAS, J., "El privilegio..."; cit., pág. 11103.

<sup>269</sup> CORDERO LOBATO, E., El privilegio del crédito refaccionario; Tecnos, 1995, pág. 221; y DESDENTADO BONETE, A., "Los privilegios de los créditos de Seguridad Social"; R.L., n° 18, 2000, pág. 33.

<sup>270</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "El privilegio..."; cit., pág. 78, nota 37.

Surge no obstante, la duda sobre la inclusión dentro de este precepto de los trabajadores sujetos a relaciones especiales. A este respecto, parece aceptarse de forma generalizada que también éstas quedan amparadas por los referidos privilegios, ya sea por las remisiones expresas de sus respectivas regulaciones al art. 32 TRET, ya sea porque se haga de forma genérica al Estatuto de los Trabajadores<sup>271</sup>. Sin embargo, cabe relativizar la importancia y alcance de algunas de estas relaciones laborales, pues difícilmente pueden aparecer objetos elaborados en supuestos como el del hogar familiar o deportistas profesionales.

Mas, el problema no tanto práctico como jurídico es el relativo al personal de alta dirección, pues diversas razones desaconsejarían su inclusión dentro de los beneficiarios del privilegio refaccionario. Ciertamente es que la D.A. 5ª TRET establece expresamente la aplicación del art. 32 a este tipo de trabajadores, lo cual dejaría zanjada cualquier discusión al respecto. Sin embargo, *de lege ferenda* debiera valorarse hasta qué punto la relación especial del personal de alta dirección puede ser incluida dentro de los trabajadores que directa o indirectamente participaron en la elaboración del bien objeto del privilegio, toda vez que más que participar en el proceso productivo de dicho bien, ejercen “poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad (...)” (art. 1.2 RD 1382/85). Esto es, que su función no es tanto intervenir en el proceso de elaboración como la dictar las órdenes, asumiendo un “poder para disponer del personal y, hasta cierto punto, sobre la actividad económica”<sup>272</sup>. Sin duda, esa posición les permite tener un mejor conocimiento de la situación económica de la empresa, cuando no ser responsables en parte de su marcha<sup>273</sup>. Junto a ello, razones de política legislativa desaconsejan mantener este privilegio para este personal, toda vez que la inexistencia de límites temporales y/o cuantitativos en este caso perjudica a los trabajadores con salarios más bajos en beneficio de aquellos que –como el personal de alta dirección– perciben importantes cuantías<sup>274</sup>.

#### d. Propiedad o posesión

Otro de los elementos de mayor conflictividad es la referencia a que los objetos sean de propiedad o estén en posesión del empresario-deudor. Los términos utilizados pretendían aclarar en algo la terminología anterior que hablaba de objetos que estén en poder del empresario-deudor. Pero parece que no sólo no han facilitado la interpretación de los objetos sobre los que se extiende el privilegio, sino que más pareciera haberla complicado.

<sup>271</sup> MOLINER TAMBORERO, G., “Régimen de...; cit., págs. 25 y 26. También, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., págs. 264 y sgs.

<sup>272</sup> BORRAJO DACRUZ, E., “Art. 2.1.a). Relaciones laborales de carácter especial”; Comentarios a las Leyes Laborales (BORRAJO, dir.), EDESA, 1987, págs. 19 y 20. Por ésta y otras diversas razones estimo que sería conveniente un cuestionamiento de la inclusión de este tipo de personal dentro del ámbito de tutela del Derecho del Trabajo, toda vez que en la inmensa mayoría de las ocasiones se integra por “grupos particularmente fuertes (...) con capacidad de desplegar un poder de negociación frente al Estado y las empresas”; FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica del salario; Comares, 2001, pág. 172 y nota 92.

<sup>273</sup> Esta parecía en parte la causa que justificaba su tratamiento en los últimos proyectos de reforma concursal; CAVAS MARTÍNEZ, F., “Apuntes sobre el tratamiento de los créditos sociales en la proyectada reforma de la legislación concursal”; AS, nº 18, 2002, pág. 26.

<sup>274</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “El privilegio...; cit., pág. 79.

Desde nuestro punto de vista, la resolución de esta cuestión pasa por determinar el alcance real de los privilegios especiales (reipersecutoriedad) y/o, en todo caso, el alcance de la expresión "o estén en posesión del empresario". Respecto a lo primero, debe recordarse que la mayoría de la doctrina entiende que los privilegios sólo operan sobre los bienes que se encuentren dentro del patrimonio del deudor, sin que puedan perseguirse aquellos que hayan salido de él, salvo que la transmisión se hiciera en fraude de los acreedores (ex art. 1111 C.Civ.). En consecuencia, se afirma, el privilegio refaccionario del art. 32.2 TRET no se extiende sobre los bienes del deudor que hubiesen sido enajenados<sup>275</sup>. Esto lleva a afirmar que siendo requisito necesario la propiedad, la referencia a la posesión vendría referida a que ésta puede ser directa o mediata, pero en todo caso, como decimos, siendo propietario el empresario, o al menos, poseedor en concepto de dueño (art. 448 C.Civ.)<sup>276</sup>.

También hay autores que guiados por la literalidad del precepto sostienen que el privilegio también recae no sólo sobre los bienes elaborados que sean propiedad del empresario-deudor, sino también sobre aquellos que aún no siendo de su propiedad, se encuentren simplemente en su posesión<sup>277</sup>.

Otro sector de la doctrina ha considerado que la referencia a los bienes que estén en posesión del empresario deudor hay que ponerla en relación con los objetos que siendo elaborados por la empresa deudora, hayan sido vendidos a un tercero, pero que aún se mantienen en posesión de aquélla. La solución que se pretende es similar a la recogida en el derogado art. 908 C.Com. en relación con algunos supuestos del también extinguido art. 909 del mismo cuerpo legal; es decir, que el privilegio también recaiga sobre los bienes muebles impagados y pendientes de entrega, por cuanto que en este caso el vendedor (empresario-deudor) sigue siendo su titular, al no haber sido pagados, ya que con los preceptos mercantiles señalados se ignoran "las normas que rigen en nuestro derecho la transferencia del dominio"<sup>278</sup>. O bien, también podemos concluir, basándonos en los antecedentes del precepto estatutario (art. 32 LRL: bienes que estuviesen *en poder* del empresario-deudor), que estamos ante el caso de que el deudor posea los bienes que antes habían sido de su propiedad, pero que ahora posee en otro concepto. Y ello porque aquélla expresión coincidía con la recogida en el art. 1922.1º C.Civ. (estén en poder) que –en opinión de algunos autores– se entiende referida a "los supuestos de venta en que exista *constitutum possessorium*"<sup>279</sup>.

Como puede apreciarse, ninguna de estas interpretaciones está libre de crítica ya porque prescinda de la letra de la ley, pues según la primera de las opiniones na-

<sup>275</sup> Por todos, MONTOYA MELGAR/GALIANA MORENO/SEMPERE NAVARRO/RÍOS SALMERÓN, Comentarios al Estatuto de los Trabajadores; Aranzadi, 1995, págs. 144 y 145.

<sup>276</sup> MARTÍNEZ GIL, J.L., "Privilegio salarial..."; cit., pág. 62; ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 348; y DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial; T. II, Civitas, 1993, págs. 767 y 768.

<sup>277</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, J.M., "Garantías..."; cit., págs. 341 y 342.

<sup>278</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 376-379. También, GONZÁLEZ BILBAO, E., "Formación de la masa pasiva..."; cit., pág. 6. Otros estudios han manifestado que no estamos ante ninguna excepción a la transmisión de la propiedad, sino que históricamente ésta no se adquiría hasta que se pagaba el precio; BROSETA PONT, M., Manual de Derecho Mercantil; Tecnos, 1994, pág. 753.

<sup>279</sup> ALBÁCAR LÓPEZ/SANTOS BRIZ, Código Civil...; cit., pág. 1133. Sobre el constituto posesorio, *vid.* ALBALADEJO, M., Derecho Civil; Bosch, T. III, vol. 1º, 1994, págs. 149 y 150.

da aporta la expresión “posesión”, pese a estar precedida de la conjunción disyuntiva “o”. Ya porque una exégesis literal tendría unas consecuencias nefastas para el tráfico jurídico-económico<sup>280</sup>. Finalmente, una interpretación como la planteada ex art. 908 y 909 C.Com. o ex 1922 C.Civ. peca de excesivamente reduccionista con el término *posesión*, amén de que fuerza en demasía el precepto laboral<sup>281</sup>. Es más, tanto si se mantiene la interpretación que se propone en el primero de los casos (en los que de nuevo la posesión jugaría un papel accesorio respecto a la propiedad), como si limitamos el campo de actuación del art. 32.2 TRET a los supuestos de constituto posesorio, estaríamos excluyendo del campo de acción del art. 32.2 TRET, entre otros, a los bienes reparados.

En este orden de cosas, seguir manteniendo la equiparación entre la posesión de la que habla el art. 32.2 TRET y los derogados preceptos mercantiles (arts. 908 y 909 C.Com.), desvirtuaría el carácter cuasi preeminente de este privilegio. Ciertamente, en relación con la equiparación con el desaparecido supuesto del art. 909.9º C.Com., deben señalarse las siguientes precisiones:

a) Por un lado, que en él se planteaban cuestiones relativas a la titularidad del bien, no sobre la preferencia en el crédito, como el supuesto planteado en el art. 32.2 TRET. Y por otro, que el acontecimiento que preveía aquél artículo mercantil se refería a la quiebra de quien sería el comprador no poseedor (deudor), mientras que en el caso que analizamos, la insuficiencia económica lo es de quien en esa misma relación sería el vendedor-poseedor (acreedor por el precio y empresario-deudor en relación al trabajador-acreedor que reclama su crédito). Por esta razón, creemos que tampoco cabe plantear la aplicación analógica, por cuanto que, como indicamos, en el supuesto ahora estudiado es el vendedor-poseedor quien se encontraría en situación de crisis económica (e incumplimiento de sus obligaciones), y la previsión de aquél precepto mercantil lo que pretende es evitar que la parte *in bonis* (vendedor) se vea perjudicado por la situación concursal de su contraparte (comprador), que no podrá cumplir su prestación. Es decir, se trata de proteger a la parte *in bonis* de las negativas consecuencias (en orden a la satisfacción de su prestación) que tendría el seguir vinculado con quien no ha cumplido aún y se encuentra en situación de insolvencia. En consecuencia, creemos que, en todo caso, la solución correcta –de aplicar analógicamente lo que se preveía para las situaciones de quiebra en relación a los contratos bilaterales pendientes–, sería considerar que cumplió el vendedor (empresario deudor del trabajador), y que el comprador (deudor a su vez del empresario y potencial parte *in bonis*) deberá responder frente a los acreedores (trabajadores) del empresario como deudor por el importe adeudado<sup>282</sup>. Conclusión similar a la que ahora expondremos.

b) Y en segundo lugar, si la finalidad de este privilegio (art. 32.2 TRET) es otorgar tal prioridad al crédito sobre el que recae que se anteponga a los derechos reales que gravasen el bien, ello sería difícilmente posible si se sostiene esa equivalencia en el caso de tratarse de un bien mueble, porque sobre éstos se limita la posibilidad de establecer algunos de los gravámenes reales de mayor importancia práctica. En efecto, si antes de la venta el bien no estuviera sujeto a algún derecho real de garantía, no podría

<sup>280</sup> Por todos, GULLÓN BALLESTEROS, A., “Las garantías...”; cit., págs. 399 y 400.

<sup>281</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., “El privilegio...”; cit., pág. 88; y MARTÍNEZ GIL, J.M., “Privilegio...”; cit., págs. 61 y 62.

<sup>282</sup> Ex RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., Manual de Derecho Mercantil; Comillas, 1999, págs. 838 y 839.

posteriormente constituirse un derecho de prenda o hipoteca mobiliaria (excepto que lo sea en garantía del precio adeudado), ni por parte del empresario-deudor (vendedor) ni por parte del supuesto comprador, en tanto que el precio no haya sido totalmente abonado (*v. gr.*, art. 909.9° C.Com.); pues el titular carece de la plena disponibilidad exigida para ello (*ex art.* 2 Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 de diciembre de 1954 –LHMPSD–)<sup>283</sup>. Cabría alegar que podría existir esa carga real en el caso de que acontezca la referida excepción, pero lo sería por el precio adeudado, y por ello, la preferencia perdería su sentido de ser, por cuanto que en este caso no concurriría frente a los acreedores de su empresario-deudor (vendedor), sino frente al acreedor del titular del bien (comprador). Limitándonos al caso en el que existiera una previa garantía real sobre el bien mueble, no podría el empresario-deudor (vendedor) proceder a la venta libremente, sino que precisaría recabar previamente el consentimiento del acreedor protegido con tal garantía (art. 4 LHMPSD)<sup>284</sup>; lo que parece limitar en exceso los supuestos a los que es aplicable el privilegio laboral refaccionario.

Concluyendo, no creemos que el art. 32.2 TRET –al mencionar los bienes que estuvieran en posesión del empresario-deudor– quiera referirse en exclusiva a aquellos supuestos que sean reconducibles a los del derogado art. 909.8° y 9° C.Com.

En nuestra opinión, es necesario hacer una interpretación de conjunto, con el objeto de dar algo de luz al precepto laboal. En este sentido, nos parece que deben tenerse en cuenta dos premisas: por un lado, que el legislador ha establecido expresamente que los objetos sobre los que puede recaer el privilegio son aquellos que sean propiedad del empresario-deudor y (“o”) aquellos otros que estén en su posesión, diferenciando claramente entre posesión y propiedad. Y por otro lado, la interpretación extensiva que en el terreno de lo laboral parecen exigir los derechos del trabajador<sup>285</sup>.

Partiendo de esta idea, entendemos que el privilegio refaccionario recae sobre los bienes que sean propiedad del empresario-deudor, con independencia de que éste mantenga o no la posesión directa sobre los mismos. Asimismo, el privilegio también afecta a aquellos bienes sobre los que, aún no siendo de su pertenencia, el empresario-deudor mantiene una posesión conectada con algún derecho patrimonial que pueda tener sobre ellos<sup>286</sup>. Con ello salvamos la objeción que *ex art.* 32.5 TRET pudiera realizarse, pues parece extraerse que la finalidad del precepto es otorgar un privilegio sobre los bienes a los que se haya incorporado el trabajo, pero evitando alterar o perjudicar en exceso la seguridad en el tráfico jurídico-económico. En definitiva, se circunscribe el privilegio a aquellos objetos sobre los que el empresario tiene un poder directo y pleno (propiedad o parte de propiedad que tenga en los supuestos de copropiedad indivisa o por cuotas<sup>287</sup>), o sobre los que no teniéndola, sí mantiene además de la posesión, algún derecho patrimonial.

<sup>283</sup> GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C.J., Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento; Aranzadi, 1996, págs. 36 y sgs., especialmente págs. 45 y 46. En el mismo sentido, CANO RICO, J.M., “La ejecución de garantías reales mobiliarias”; AA.VV., Garantías reales mobiliarias; CGPJ, nº 8, 1998, pág. 403.

<sup>284</sup> NIETO CAROL, U. (Dir.) La Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles; Lex Nova, 2000, págs. 96 y 97.

<sup>285</sup> MACHADO PLAZAS, J., “El privilegio...”; cit., pág. 11101.

<sup>286</sup> FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, en (AA.VV.) Procedimientos concursales...; cit., pág. 73.

<sup>287</sup> Al respecto, *vid.* ALBALADEJO, M., Derecho Civil; Bosch, T. III, vol. 1º, 1994, págs. 248, 408, 447-449; y PARENTE, F., Il sistema dei privilegi...; cit., pág. 89.

Para sostener esta afirmación debemos tener en cuenta la similitud entre el supuesto que estamos analizando y lo previsto en casos similares: tanto la preferencia señalada en el art. 1597 C.Civ. (en relación al art. 1922 C.Civ.) como la indicada en el art. 340 C.Com., que se otorga en beneficio del vendedor que mantenga la posesión de los bienes, para satisfacer con ellos su crédito, con preferencia a cualquier otro acreedor<sup>288</sup>.

Aplicada esta idea a nuestro caso, consideramos que al no exigirse la relación previa de vendedor-comprador, el privilegio podrá extenderse a cualquier bien que haya sido elaborado por los trabajadores, cuya posesión corresponda al empresario-deudor y sobre el que éste tenga un derecho patrimonial (crédito). Sobre él, como decimos, tendrán los trabajadores preferencia para el cobro de sus salarios adeudados, hasta el valor que alcance el derecho del empresario-deudor (arg. ex art. 1597 C.Civ.)<sup>289</sup>. Ir más allá (exigir sólo la posesión, sin que el empresario-deudor tuviera ningún tipo de derecho de crédito sobre los referidos objetos, o admitir el privilegio por una cuantía superior a ese crédito), supondría un enorme perjuicio para el tráfico económico; lo contrario, reclamar además la propiedad, implica una interpretación excesivamente restrictiva y que prescinde incluso de los términos utilizados.

Esta construcción no supone tampoco ninguna novedad en el régimen de privilegios, donde en ciertas ocasiones los privilegios especiales pueden conllevar facultades cuasi reales<sup>290</sup>. Facultades que llegan incluso a extenderse sobre bienes que no tienen por qué ser propiedad del deudor (v. gr. art. 1922.4º C.Civ.), pero que se justifican en razón a que el hecho que hizo surgir el crédito privilegiado otorgó un mayor valor al bien<sup>291</sup>; en nuestro caso, el trabajo realizado (y los gastos). Es lógico conceder esta preferencia a los trabajadores por dos razones básicas: una, si se considera que los privilegios carecen de reipersecutoriedad, en el caso de privilegios especiales el alcance de la garantía es mucho menor, ya que al quedar circunscrita a unos bienes concretos, bastaría con que el empresario los sacase de su patrimonio para dejar a los acreedores privilegiados sin ningún tipo de medio para satisfacer sus créditos<sup>292</sup>. Pero es más, entendemos que algunos acreedores con privilegio especial pueden tener un poder cuasi real sobre ciertos bienes que están directa o indirectamente conectados con el crédito privilegiado, por cuanto estos privilegios se pueden equiparar a los posesorios o cuasi posesorios, en los que su alcance se asemeja a una prenda legal, ya que el acreedor privilegiado goza de un poder sobre ciertos bienes que o bien los posee, o bien se encuentran en un determinado lugar<sup>293</sup>. En conclu-

<sup>288</sup> CORDERO LOBATO, E., El privilegio...; cit., págs. 233 y 234.

<sup>289</sup> FERNÁNDEZ RUÍZ, J.L., "Los procedimientos..."; cit., pág. 1139. Sobre la compatibilidad entre el art. 1597 C.Civ. y los privilegios de los que disfruta el acreedor, vid. CORDERO LOBATO, E., El privilegio...; cit., págs. 86-88.

<sup>290</sup> GARRIDO, J.M., "Teoría..."; cit., pág. 1856; y RUÍZ SOROA, J.M., "Los privilegios marítimos"; cit., págs. 317, 318 y 322 (ejemplo concreto de los privilegios marítimos). De opinión contraria, PARDO NÚÑEZ, C., "Rango y..."; cit., págs. 287 y 293, nota 26.

<sup>291</sup> GARRIDO, Tratado...; cit., pág. 434. Sobre la posibilidad de que los privilegios especiales otorguen un *ius persecutionis*, vid. PÉREZ PÉREZ, M., "Concepto, naturaleza..."; cit., pág. 494.

<sup>292</sup> Algunos autores han señalado que para evitar en parte ese riesgo, puede conectarse muy directamente este privilegio con la medida cautelar prevista en el art. 727.3ª LEC; MARÍN CORREA, J.M., "Breves notas en torno a la incidencia de la nueva Ley de enjuiciamiento Civil sobre las medidas precautorias de la Ley de Procedimiento Laboral"; A.L., nº 28, 2000, págs. 499 y 500.

<sup>293</sup> GARRIDO, Tratado...; cit., págs. 69 (nota 115), 103-105, 109, 115, 142, 143 y 150-153. Especialmente, pág. 177, nota 172. En la doctrina italiana hay autores que no dudan en reconocer que el privilegio especial actúa "*quale diritto soggettivo assimilabile ai diritti reali di garanzia*"; PARENTE, F., Il sistema dei privilegi...; cit., págs. 35, 36, 49 y 50.

sión, si aplicamos esta solución al supuesto del art. 32.2 TRET, podríamos extender el privilegio especial, con un alcance cuasi real, sobre los bienes poseídos por el empresario (pero de propiedad ajena), que fueron objeto de elaboración por parte de los trabajadores<sup>294</sup>.

Ahondando en esta cuestión y en relación a los bienes inmuebles elaborados por los trabajadores y que estén en posesión del empresario-deudor (sobre los que creemos que no hay ningún problema en aplicarles lo señalado), apoya esta idea de otorgar un poder cuasi real a los trabajadores lo preceptuado en los arts. 59 LH y 1923.3º C.Civ., pues de otra forma se verían perjudicados los trabajadores respecto de otros acreedores por crédito refaccionario<sup>295</sup>. En efecto, el trabajador se vería relegado por el simple hecho de que esos otros sí inscribieron su derecho en el correspondiente registro<sup>296</sup>. Por esta razón, si como ya apuntábamos, la posición del trabajador justifica el otorgamiento de los privilegios por cuanto no puede obtener por sí otros medios de tutela similares, carecería de sentido excluir esa protección de su crédito refaccionario por el hecho de no haberlo inscrito, ya que esto mismo es de lo que se pretende exonerar al trabajador con el privilegio salarial<sup>297</sup>.

Ahora bien, el alcance cuasi real que estamos afirmando no deriva de un derecho de retención que corresponda al trabajador como poseedor de la cosa, pues no puede considerarse jurídicamente como tal<sup>298</sup>. Ese efecto cuasi real es consecuencia de la habilitación legal que extiende el privilegio a aquellos bienes que posea el empresario-deudor, aunque no sean de su propiedad. Esto nos lleva a mantener que el trabajador no ejerce dicho privilegio y el correspondiente poder cuasi real como fruto de los derechos reconocidos en el art. 1.600 C.Civ. (derecho de retención), por cuanto que, como decimos, no es poseedor en sentido jurídico, sino que éste lo será de forma mediata el propietario, y en cuanto poseedor directo, el empresario; este último la ejerce mediante un servidor (trabajadores) y es a aquél (empresario) al único a quien en principio se protege y otorgan los efectos de la posesión (v. *gr.*, interdictos posesorios)<sup>299</sup>.

Por otro lado, la consecuencia de este privilegio especial con efectos cuasi reales es que los trabajadores también podrán hacerlo valer sobre las cuantías que sus-

<sup>294</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 177, nota 172. De opinión contraria, RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios..., cit., págs. 268 y sgs. y 379.

Con la solución que proponemos se resuelven los problemas que planteaban supuestos de determinación de la titularidad del bien elaborado, cual es el caso de los buques y aeronaves en construcción; al respecto, RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia..."; cit., pág. 231; y ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 357.

<sup>295</sup> Sobre la eficacia cuasi real de los privilegios especiales inmobiliarios, *vid.* CUMBERO ROMERO/LACAMBRA MORERA, "Los créditos laborales y el art. 175, regla 2º, del Reglamento Hipotecario"; A.L., 1986-I, pág. 901. Sin embargo, excluye su aplicabilidad al privilegio del art. 32.2 TRET (*ibidem*, pág. 902). Excluyendo su aplicación al crédito laboral, ARNÓ TORRADES, R., "La preferencia especial refaccionaria del art. 32.2 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho de retención"; RTSS (Estudios Financieros), nº 191, 1999, pág. 107. En este sentido, otros autores, al considerar que el privilegio especial no actúa sobre bienes que no sean de la propiedad del empresario-deudor, entienden que la importancia de la inclusión de los bienes inmuebles dentro de "objetos elaborados" es muy relativa, pues en la mayoría de los casos, los bienes no pertenecen a la constructora sino a la empresa que encarga a ésta su elaboración. Sólo vía art. 42 TRET podría alcanzarse a dichos inmuebles; CORDERO LOBATO, E., "La jurisprudencia..."; cit., pág. 1947.

<sup>296</sup> LANTARÓN BARQUÍN, D., "El privilegio..."; cit., pág. 77, nota 32. Como señala ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. ("Los privilegios..."; cit., pág. 321), la inscripción del privilegio refaccionario le otorga poder reipersecutorio.

<sup>297</sup> También, HERRERO NIETO, B., "Aspectos patrimoniales..."; cit., pág. 133. *Vid.* art. 90.2 LC'03.

<sup>298</sup> Una opinión enfrentada a la que sostenemos, en ARNÓ TORRADES, R., "La preferencia..."; cit., págs. 101 y sgs.

<sup>299</sup> Al respecto, véase ALBALADEJO, M., Derecho Civil; cit., T. III, vol. 1º, págs. 62-64.

tituyan a esos objetos elaborados: precio o indemnización<sup>300</sup>. Sobre este tema, la doctrina parece admitir de forma generalizada la subrogación en la indemnización cuando así venga prevista legalmente, como es el caso recogido en los arts. 40 y sgs. de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro<sup>301</sup>. Si bien se plantean dudas respecto a otras indemnizaciones o respecto del precio, en nuestra opinión debe admitirse que el privilegio recae sobre esas cantidades siempre que puedan identificarse<sup>302</sup>.

Por último, el límite cuantitativo del privilegio de los trabajadores sobre los objetos elaborados que no sean propiedad, pero estén en posesión del empresario-deudor vendrá dado, como hemos dicho, por el valor del derecho que éste tenga sobre ellos<sup>303</sup>.

### 3. Privilegio general del art. 32.3 TRET

El último de los privilegios sustantivos que recoge la norma estatutaria tiene un carácter general, en cuanto que recae sobre el patrimonio del deudor en su conjunto; limitado, pues no cubre la totalidad de lo que reste por pagar, sino tan sólo una parte, aunque sin tope temporal (los *días de salario pendientes de pago*, dice el texto); y, señala el precepto, singular, si bien parece más correcto técnicamente hablar de privilegio *ordinario y general*, ya que, por un lado, esos créditos ceden ante “los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes” y por otro, no existe bien especificado sobre el que recae el privilegio, sino que se extiende sobre todo el patrimonio del deudor<sup>304</sup>.

En el segundo inciso de este art. 32.3 TRET se extiende este privilegio a las *indemnizaciones por despido*, limitando en este caso la cuantía protegida al mínimo legal y con el tope del triple del SMI. Con esta nueva redacción dada por la Ley 11/1994 se pretendían superar los inconvenientes que tenía la determinación del objeto sobre el que recae el privilegio, ante la discusión sobre la inclusión o no de las indemnizaciones por cese dentro de la expresión créditos por salarios<sup>305</sup>.

Sin embargo, quedan algunas dudas sin resolver, no sólo sobre cuáles son las indemnizaciones por despido a las que hace referencia el Estatuto, sino también sobre otras cuestiones que ahora pasamos a analizar.

<sup>300</sup> Cuando no haya precio o indemnización, no cabrá posibilidad de extender este privilegio sobre ninguno de los otros bienes o derechos que se incluyen en el patrimonio del deudor; FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, en (AA.VV.) Procedimientos concursales...; cit., págs. 72 y 73.

<sup>301</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia de los créditos laborales”; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, pág. 381 (nota 17). Sobre los problemas prácticos de la aplicación de la normativa sobre seguros al caso que analizamos, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 355.

<sup>302</sup> En este sentido, PÉREZ PÉREZ, M., “El crédito...; cit., págs. 70 y 71; y DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios...; cit., págs. 49-51 (nota 50). De opinión contraria, limitando la extensión del privilegio a los casos expresamente previstos; CORDERO LOBATO, E., El privilegio...; cit., págs. 232 y 233. En otros ordenamientos (Italia) se ha previsto expresamente la subrogación en la indemnización; PARENTE, F., Il sistema dei privilegi...; cit., págs. 90 y 91.

<sup>303</sup> PÉREZ PÉREZ, M., “El crédito...; cit., págs. 18 y sgs.

<sup>304</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., “Las garantías...; cit., pág. 400. Una explicación crítica de esta expresión, en MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., págs. 218 y 219. Vid. art. 91.1º LC'03.

<sup>305</sup> Una relación de los pronunciamientos judiciales al respecto, en RÍOS SALMERÓN, B., Privilegios salariales e indemnizaciones por cese; Tecnos, nº 64, 1993. Sobre la polémica que sostuvieron la Sala de lo Civil y la de lo Social del TS en esta

### a. Créditos por salarios e indemnizaciones por despido

Conviene precisar cuál sea el crédito que se beneficia de este privilegio. Al respecto, el texto habla de indemnizaciones por *despido*, expresión que consideramos debe interpretarse de una forma amplia, de tal suerte que se incluyan al menos cualesquiera indemnizaciones surgidas por la extinción del contrato que se encuentre motivada directa (arts. 51, 52 y 54 TRET) o indirectamente (art. 50 TRET) por una decisión empresarial<sup>306</sup>. Adviértase que de no entenderse así podríamos incurrir en un verdadero absurdo, a saber, que si los privilegios tienen una mayor justificación y razón de ser en casos en los que el trabajador debe concurrir para satisfacer su crédito junto a otros acreedores y frente al patrimonio de su deudor, esta situación es más probable (aunque no exclusiva) en situaciones de crisis económica de la empresa, que serán motivo en muchas ocasiones de la extinción del contrato de trabajo. Entonces, si no consideramos incluidos dentro del término *despido* a otras extinciones distintas a la del art. 54 TRET, estaríamos dejando fuera de protección a la inmensa mayoría de los supuestos extintivos indemnizados que se dan en las situaciones más lógicas para el uso de los privilegios (crisis empresariales)<sup>307</sup>.

Nuestra postura se reafirma cuando constatamos que el propio art. 33 TRET se refiere a ellas y establece en su apartado 4.2º que el FGS se subrogará en los derechos de los trabajadores, conservando “el carácter de créditos privilegiados que les confiere el art. 32 de esta Ley”.

No obstante, tampoco con lo señalado se agotan las posibilidades del precepto, pues en él deben quedar comprendidas las extinciones en las que concurra la ausencia de relación con la conducta previa del trabajador<sup>308</sup>, o más exactamente, en las que la terminación derive de una actuación o iniciativa previa del empresario<sup>309</sup>. Así, deberá extenderse el privilegio a las indemnizaciones previstas en el art. 49.1. g, párr. 2º TRET (muerte, jubilación e incapacidad del empresario), y las recogidas en los arts. 40.1.4º y 41.3.2º TRET, pues en estos supuestos también concurre la característica a la que acabamos de hacer referencia<sup>310</sup>.

materia, *vid.* GARCÍA FERNÁNDEZ-LOMANA, M., “Las indemnizaciones por cese como crédito preferente: Sala Primera versus Sala Cuarta del Tribunal Supremo”; en (AA.VV.) El salario y las garantías salariales; CGPJ, 1993, págs. 397 y sgs.

<sup>306</sup> RAMOS TORRES, M., “La protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador. A propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la OIT, 1992”; T.S., nº 74, 1997, pág. 28. De opinión contraria, STS, de 5 de noviembre de 2002 (RJ 9747). Adviértase que esta sentencia fue dictada por la Sala de lo Civil.

<sup>307</sup> Debe advertirse que tanto la doctrina como la jurisprudencia vienen admitiendo dentro del término despido “tanto a los que se basaban en valoraciones negativas de la conducta del trabajador como aquellos otros cuyas causas dependían en mayor o menor medida de la actuación del empresario”; HERRERA DUQUE, M.J., “Sobre el concepto de despido en la doctrina y la jurisprudencia: precisiones terminológicas”; D.L., nº 41, 1993-III, págs. 332 y 333.

<sup>308</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías del...”; *cit.*, págs. 353 y sgs.

<sup>309</sup> Ex STS, de 26 de diciembre de 2001 (A.L., nº 19, 2002, ref. 585). Radicalmente en contra, haciendo una interpretación restrictiva del art. 32.3 TRET, STS, de 5 de noviembre de 2002 (RJ 9747).

<sup>310</sup> GONZÁLEZ DE ALEJA, R., “Algunas consideraciones...”; *cit.*, págs. 116-118; MARÍN RICO, A., “El salario: art. 32 del Estatuto de los Trabajadores”; en AA.V. (CALVO IBARLUCEA, Dir.) Cuadernos de Derecho Judicial. La nueva regulación de la contratación temporal. Modificación individual y modificaciones colectivas del contrato de trabajo; CGPJ, 1995, págs. 325 y 326; y RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: Aspectos prácticos; Comares, 2000, págs. 101-103. Amén de la remisión implícita hecha por el art. 40.1, párr. 4º TRET al art. 51 ó 52.c TRET, ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del trabajo; *cit.*, pág. 351.

Más dudosa es, desde nuestro punto de vista, la inclusión de las indemnizaciones previstas para ciertos contratos de duración determinada. En concreto, nos referimos a la indemnización prevista en el art. 11.2 LETT y en el apartado c) del mencionado art. 49.1 TRET. La razón de su posible exclusión está en que en estos casos no es posible afirmar que la extinción del contrato sea imputable al empresario, ya porque la causa que la motiva no es inherente a él, ya porque tampoco es consecuencia de una actuación del trabajador basada en una previa decisión empresarial, sino que, como decimos, se trata de “una causa de extinción inherente a la propia naturaleza del contrato”<sup>311</sup>.

Frente a ello, si aceptamos que el Convenio OIT n° 173 –ratificado por nuestro país (BOE de 21 de junio de 1.995)– nos puede servir como criterio hermenéutico, concluiremos en afirmar también la inclusión de esas indemnizaciones. En efecto, el art. 6.d) del mencionado Convenio incluye cualesquiera “indemnizaciones por fin de servicios adeudadas (...) con motivo de la terminación de la relación laboral”, por lo que aquellas cuantías/indemnizaciones serían plenamente incluibles dentro de los créditos protegidos, y en consecuencia, se podría defender su comprensión dentro de este art. 32.3 TRET; incluso para justificar la posible reclamación de responsabilidad al Estado por incumplir la exigencia internacional<sup>312</sup>.

No es esta la solución dada por el TS, quien mantiene que el “art. 33 se ajusta plenamente a las prevenciones del Convenio 173 y no precisa más acomodación a la norma internacional”, por lo que no pueden entenderse incluidas estas indemnizaciones del art. 49.1.c) TRET. Para ello interpreta de forma conjunta los Convenios OIT n° 173 y n° 158 (BOE de 29 de junio de 1985), porque éste último señala que las expresiones *terminación* o *terminación de la relación de trabajo* hacen referencia a las producidas por iniciativa del empleador. A mayor abundamiento, el Alto Tribunal descarta como aplicables los términos de la Recomendación OIT n° 180 (“*indemnizaciones por fin del servicio*”), pese a la mayor conexión entre ésta y el Convenio n° 173, porque en ella se añaden por primera vez las “indemnizaciones por fin de servicio”, sobre las que se aconseja ampliar la garantía, por no encontrarse dentro de las recogidas como obligatorias en el mencionado Convenio OIT n° 173, o en sus propias palabras, “sin duda por tratarse de créditos sobre los que no se alcanzó el consentimiento suficiente para que quedar incorporados” al mismo<sup>313</sup>.

A pesar de todo, creemos que las razones alegadas por el TS pudieran ser consideradas como insuficientes para excluir la posibilidad de contener en el art. 32 TRET las indemnizaciones por extinción de los contratos temporales<sup>314</sup>. En primer lugar, porque el Tribunal utiliza el Convenio OIT n° 158 como apoyo interpretativo a favor de la exclusión, obviando que ese Convenio está referido a una cuestión distinta al n° 173, pues mientras éste determina las garantías de las indemnizaciones por termina-

<sup>311</sup> SSTs, de 26 de diciembre de 2001; cit., y de 11 de marzo de 2002 (A.L., n° 26, 2002, ref. 841).

<sup>312</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia de los créditos laborales”; en (AA.VV.) *Preferencia...*; cit., págs. 374, 375 y 392.

<sup>313</sup> SSTs, de 26 de diciembre de 2001, y de 11 de marzo de 2002; ambas citadas.

<sup>314</sup> Véase sobre esta cuestión, también, RÍOS SALMERÓN, B., “La reforma del Derecho Concursal y los trabajadores: notas sobre el estado actual”; RDS, n° 19, 2002.

ción de la relación laboral, aquél se refiere a los requisitos por despidos y extinciones contractuales por iniciativa del empresario. En esta línea, debe recordarse que el propio Convenio nº 158 aclara además que el alcance de la expresión *terminación de la relación laboral* que en él se recoge lo es a los exclusivos efectos de tal Convenio, lo que chocaría con la posibilidad de una interpretación analógica a nuestro caso (Convenio OIT nº 173)<sup>315</sup>.

Una vez resuelta la cuestión de las indemnizaciones, queda aún por analizar la expresión “créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores”, que atribuye a este apartado 3 un carácter residual. Haciendo una recapitulación de los créditos no protegidos en los apartados 1 y 2 del art. 32 TRET, podemos identificar los créditos por salarios de los últimos treinta días de trabajo en cuantía que supere el tope previsto en el apartado 1º; en segundo lugar, los créditos que no se cubran con los objetos elaborados a los que hace referencia el apartado 2º; tercero, los restantes días de salario no abonados; y finalmente, cualesquiera otros créditos no salariales en sentido estricto, diferentes a los motivados por extinción de la relación laboral, a los que el trabajador tenga derecho (v. *gr.*, compensación por traslado). Sin embargo, estos últimos parecen no tener cabida en el privilegio que estamos analizando, ya no sólo por el literal “créditos por salarios”, sino porque de la propia redacción así se infiere al señalar “días de salario”, ya que estas otras indemnizaciones no guardan relación alguna, ni en su cuantificación ni en su devengo, con esa expresión.

#### b. Límite cuantitativo

El Estatuto establece el triple del SMI como cifra de referencia para marcar el tope al que alcanza el privilegio ordinario. Ya tuvimos ocasión de referirnos a cuál es el SMI y cómo se calculaba, por lo que nos remitimos a lo dicho más arriba. Sin embargo, deben hacerse algunas precisiones que nos permitan entender mejor qué significa la expresión “por el número de días pendientes de pago”; y la prevista para las indemnizaciones: “en la cuantía correspondiente al mínimo legal”.

No creemos que al hablar de días pendientes de pago se esté queriendo exigir que el salario adeudado sea el correspondiente a un día completo, pues esto resultaría absurdo. En nuestra opinión, basta con que una fracción o una partida del día sea adeudada para que se considere incluida dentro de dicha expresión (v. *gr.*, lo que exceda del art. 32.1 TRET). Las partidas cuyo devengo sea superior al mes, pero calculado en función de los días de trabajo, tendrán el mismo tratamiento que el señalado más arriba para el privilegio recogido en el apartado 1º, por lo que nos remitimos a lo allí señalado.

En consecuencia, el privilegio abarca todos los días sin pagar (ya sean de forma completa o parcial) y con el tope máximo del triple del SMI por el número de días cuyo pago no se realizó de forma completa.

<sup>315</sup> Sobre la imposibilidad de aplicación analógica, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*; T. I, Vol. 1º, Reus, 1991, pág. 574. Véase la redacción del art. 91.1º LC'03, que parece corroborar la opinión que aquí defendemos.

Por último, cuando el legislador habla de mínimo legal para referirse a las indemnizaciones, está tratando de evitar que gocen del privilegio aquellas cuantías que por razón de la extinción pudieran haber acordado las partes y que superen los márgenes de referencia previstos en cada uno de los supuestos antes referidos<sup>316</sup>. Además de este límite, el legislador establece un tope cuantitativo –el triple del SMI– para calcular esas indemnizaciones y que sustituirá al módulo salarial si éste lo supera<sup>317</sup>.

### c. Grado de protección: los derechos reales preferentes

Sin duda alguna, una de las cuestiones más espinosas en materia de privilegios salariales es determinar el puesto que éstos ocupan dentro de las preferencias. Obviamente, el problema se suscita sobre todo con el privilegio que ahora analizamos, pues los recogidos en los apartados 1 y 2 del art. 33 TRET son, como vimos, de carácter preferente a los derechos reales de garantía; mientras que el supuesto del apartado 3º cede ante esos derechos reales cuando, “con arreglo a la Ley, sean preferentes”. Esta redacción, fruto de la reforma llevada a cabo por la Ley 11/1994, pretendió aclarar algunas deficiencias que mostraba la anterior regulación y que habían sido puestas de manifiesto en numerosas ocasiones por nuestra doctrina, con este objeto la expresión *con arreglo a la Ley* viene a sustituir a la anterior *con arreglo a la Ley hipotecaria*. Sin embargo, en opinión de algunos autores, el alcance real de este cambio no es tan importante, pues se entiende que aunque pretende abarcar a la legislación en su conjunto, se exige en todo caso que quede constancia registral de la garantía, hecho que ya acontecía en la jurisprudencia anterior a la reforma, aunque circunscrita, eso sí, a la legislación hipotecaria<sup>318</sup>.

A pesar de ello, son numerosas las incertidumbres que surgen en torno al tema de la prevalencia del crédito salarial y los derechos reales. Para empezar debemos precisar algunos de los términos utilizados, ya que aunque el texto habla de derechos reales de forma genérica, la referencia debemos entenderla hecha a los de garantía<sup>319</sup>, toda vez que sólo éstos hacen mención a preferencias entre acreedores, por cuanto con ellos se pretende garantizar el cumplimiento de una obligación<sup>320</sup>.

Por otro lado, el texto tampoco es rotundo en otorgar prelación, en todo caso, a los derechos reales de garantía sobre el crédito salarial protegido en este apartado 3, sino sólo cuando aquellos sean además preferentes<sup>321</sup>. Esto supone una doble limitación en los créditos que priman sobre el salarial protegido por este apartado; a saber, a) que se trate de derechos reales de garantía, lo cual excluye a cualquier otro cré-

<sup>316</sup> Sobre la posibilidad de que los negociadores fijen cuantías más beneficiosas que las establecidas por el legislador, *vid.* STSJ de Madrid, de 24 de octubre del 2000, (A.L., nº 13, 2000, ref. 444).

<sup>317</sup> GONZÁLEZ DE ALEJA, R., “Algunas consideraciones...; cit., págs. 115 y 116.

<sup>318</sup> Cfr. GONZÁLEZ DE ALEJA, R., “Algunas consideraciones...; cit., págs. 117-118. Se han de incluir por tanto, no sólo la legislación hipotecaria, sino cualquier otra norma, aunque no sea registral; RÍOS SALMERÓN, B., “Garantías...; cit., pág. 360.

<sup>319</sup> MOLINER TAMBORERO, G., “Régimen de...; cit., pág. 34.

<sup>320</sup> GARRIDO, J.M., “Teoría...; cit., págs. 1801 y 1802. Sobre el alcance de los derechos reales y su tipología, *vid.* ALBALADEJO, M., Derecho Civil, T.III, vol. 1º; cit., especialmente, págs. 20-25.

<sup>321</sup> Como señala GULLÓN BALLESTEROS, A. (“Las garantías...; cit., pág. 401): “no puede afirmarse (...) que el art. 32.3 dé prioridad siempre al crédito hipotecario frente al crédito salarial”.

dito que esté garantizado o protegido con un privilegio u otra garantía distinta a los mismos. En nuestra opinión, los términos utilizados por el legislador no ofrecen ningún tipo de duda respecto a la garantía exigible a los créditos que pretendan prevalecer sobre el laboral de este apartado: derechos reales de garantía, pues la excepción se previó precisamente para proteger a los hipotecarios<sup>322</sup>. Y b), que no todos los derechos reales de garantía prevalecen sobre estos créditos laborales, sino sólo aquellos que sean preferentes conforme a la Ley.

Conviene que antes de entrar en el estudio concreto de ciertos supuestos problemáticos en cuanto a su inclusión o no dentro de la reserva hecha por el art. 32.3 TRET, delimitemos algunos conceptos, lo cual nos facilitará sin duda esa labor posterior de identificación de los créditos preferentes.

En primer lugar, cabe recordar que los derechos reales son aquellos que otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre el bien que afectan, concediendo un señorío pleno o, como es el caso de los que analizamos, parcial, por recaer sobre un bien ajeno<sup>323</sup>. Pero como también hemos indicado ya, el texto laboral no se refiere a los derechos reales en general, pues dentro de éstos se encuentran los derechos reales que no tienen una finalidad de garantía del crédito, sino la de otorgar un poder absoluto a su titular, sobre el que no cabe hablar de concurrencia con otros acreedores (v. gr., uso, habitación, servidumbre, etc.). En consecuencia, la referencia se limitará a aquellos que tienen como objeto proteger el derecho del acreedor, esto es, las denominadas garantías reales. Recordemos que éstas constituyen un reforzamiento de la tutela del crédito al que siguen, con la finalidad de facilitar la satisfacción del acreedor; lo que implica necesariamente que su existencia y finalidad no es autónoma, como en los derechos reales en general, sino que pretenden la satisfacción del crédito al que garantizan<sup>324</sup>. Otra característica propia de las garantías reales es su origen negocial, esto es, a diferencia de los privilegios que nacen *ope legis*, las garantías reales necesitan para su nacimiento que exista un acuerdo entre las partes o un acto unilateral del deudor, sin perjuicio de la existencia de excepciones que no vendrían sino a confirmar la regla (hipotecas legales)<sup>325</sup>. Estas características indicadas nos permiten excluir de la excepción al privilegio ordinario del art. 32.3 TRET a aquellos derechos que aún llamados reales por las partes, no confieran ese poder inmediato y directo; y por otro lado, aquellos derechos que aún teniendo carácter real o cuasi real, no sean fruto de esa actividad negocial (excepción hecha a las hipotecas legales)<sup>326</sup>.

De esta forma, consideramos que no se incluyen dentro de la excepción contenida en el precepto estatutario supuestos como las anotaciones preventivas, no sólo porque no derivan de una labor negocial, sino sobre todo porque, en cualquier ca-

---

<sup>322</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., "Las garantías..."; cit., pág. 402; y del debate parlamentario al respecto en SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., (Dir.) Debate...; cit., T. II, pág. 16. Obsérvese, no obstante, que la LC'03 da prelación no sólo a las garantías reales, sino a cualesquiera privilegios especiales del art. 90 LC'03.

<sup>323</sup> Un derecho real recae por definición sobre un objeto determinado; GARRIDO, J.M., "Teoría..."; cit., pág. 1808.

<sup>324</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de Derecho Civil; T. III, vol. 3º, Bosch, 1983, pág. 50.

<sup>325</sup> GARRIDO, J.M., "Teoría..."; cit., pág. 1802. Véase el art. 90.2 LC'03.

<sup>326</sup> De opinión contraria, considerando que debe primar cualquier derecho que produzca efectos reales, MARTÍNEZ GIL, J.M., "Privilegio..."; cit., págs. 75 y sgs.

so, carecen de naturaleza real<sup>327</sup>. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que mantener una opinión contraria a la que estamos sosteniendo llevaría a ampliar ilimitadamente los créditos preferentes al salarial, dejando en poco o nada la regla prevista (preferencia del crédito laboral) y extendiendo más allá de la lógica la excepción<sup>328</sup>. La misma consecuencia se extrae en el caso de créditos refaccionarios inscritos en el registro que, pese a otorgárseles los mismos efectos que a la hipoteca (art. 1923.3º C.Civ. y 59 LH), no pueden considerarse de ninguna forma como derecho real y por ende, no prevalecerán sobre el crédito laboral<sup>329</sup>.

En segundo lugar, es preciso que el referido derecho real sea preferente, en consecuencia, no se encontrarán amparados por esta excepción aquellas garantías reales que no otorguen preferencia alguna, pues no es consustancial a aquéllas el otorgar una mejor posición en la concurrencia con otro crédito, de tal suerte que es más que posible la existencia de derechos de garantía con eficacia real o cuasi real, pero que a *priori* no otorguen a su titular preferencia alguna. Entre estos casos encontramos ejemplos tales como la anticresis (art. 1881 y sgs. C.Civ.) o, en su caso, el derecho de retención. En ambos casos, pese a las dudas sobre si otorgan un poder de afectación real o cuasi real, no puede sostenerse que conlleven preferencia en el cobro de las cantidades resultantes de la ejecución del bien afecto (arg. ex art. 1925 C.Civ.)<sup>330</sup>. Esto supone que el crédito laboral del art. 32.3 TRET prevalece sobre el producto de los bienes sujetos a retención o anticresis<sup>331</sup>.

Es preciso distinguir, por lo tanto, entre el derecho real de garantía y el derecho de preferencia, pues mientras que aquél lo que pretende es afectar el bien al pago de una determinada deuda, ésta lo que persigue es otorgar prioridad a un acreedor frente a otros para el cobro de su crédito. Aquél tiene eficacia *erga omnes* (deudor y terceros) y ésta se ejerce contra el deudor, sino contra otros acreedores<sup>332</sup>. Aplica-

<sup>327</sup> Al respecto, MOLINER TAMBORERO, G., "Régimen de..."; cit., pág. 34; DÍEZ SOTO, C.M., "Los privilegios crediticios..."; cit., pág. 107; y TALMA CHARLES, J., La anotación preventiva de embargo como privilegio crediticio; Centro de Estudios Registrales, 2001, págs. 162 y sgs., 299 y 307. Véase asimismo la STS, de 16 de junio de 2003 (RJ 4243), y en la *jurisprudencia* menor, STSJ de Andalucía/Málaga, de 20 de julio de 2002 (A.L., nº 6, 2002, ref. A17). De opinión contraria, RIVAS TORRALBA, R., "Preferencia de cobro y rango hipotecario"; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 522 y 523 y notas a pie de página; y MINGUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., pág. 221, quien afirma ese carácter real y la prevalencia del crédito anotado sobre los salariales nacidos con posterioridad a dicha anotación. Un resumen de las posiciones doctrinales y la postura jurisprudencial actual, en ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C., Anotaciones preventivas de embargo, prelación de créditos y transmisión a terceros; Aranzadi, 1998, págs. 46 y sgs.

<sup>328</sup> BAJO, I./RUIZ DE LA CUESTA, S., "Concurrencia de los créditos de la comunidad de propietarios tras la nueva Ley de Propiedad Horizontal"; RDS, nº 8, 1999, pág. 118.

<sup>329</sup> De opinión contraria, RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 430 y 431; y GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito...; cit., pág. 327. Situación que cambia en la LC'03 (arts. 90.1.3º y 156).

<sup>330</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., págs. 66, nota 101, y 71, nota 118; y MINGUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., pág. 283. Algunos autores se manifiestan en contra de esta opinión, considerando oportuno hacer una interpretación de los arts. 1923 y 1927 C.Civ. de tal suerte que incluyan el derecho de anticresis, siempre que éste se halle debidamente inscrito en el Registro; PUIG BRUTAU, J., Fundamentos...; cit., T. III, vol. 3º, págs. 52 y 53; y DÍEZ SOTO, C.M., "Los privilegios crediticios..."; cit., pág. 90 (pero no en el caso de la retención, pág. 139).

<sup>331</sup> Sobre la retención, *vid.* MARTÍNEZ GIL, J.M., "Privilegio..."; cit., pág. 94. De opinión contraria, RÍOS SALMERÓN, B. (Los privilegios...; cit., pág. 430), quien sostiene la equiparación de la anticresis al crédito protegido por hipoteca cuando aquélla se encuentre inscrita en el registro. Advirtiéndose en este sentido la referencia incluida en el art. 90.1.2º LC'03, que expresamente otorga un privilegio especial sobre los frutos del inmueble gravado a los créditos garantizados con anticresis.

<sup>332</sup> LLEBOT MAJÓ, J.-O., Las garantías...; cit., págs. 31, 32, 40 y 41.

do este esquema a nuestro caso, establece el TRET que el privilegio salarial ordinario cede frente a los derechos reales (de garantía) que con arreglo a la Ley, sean preferentes; con ello se advierte que no todos los acreedores concurrentes (v. gr. trabajador) tienen que respetar la preferencia del acreedor titular del derecho real, ya que “no obligará a los acreedores que disfruten de derechos de preferencia superiores a los del propio acreedor garantizado. Es decir, la absolutividad del derecho real (de garantía) no se extiende al derecho de preferencia”; por lo que es perfectamente posible que exista un derecho de preferencia de otro tipo, como un privilegio, que atribuya una posición superior a la que otorga aquella garantía real<sup>333</sup>.

Con base en estas premisas, procedemos a analizar algunos de los supuestos que consideramos más problemáticos y dudosos.

### c.1. Hipoteca y prenda

Para el estudio de los derechos que engloba este apartado, distinguiremos entre la hipoteca y prenda que denominaremos *ordinarias*, y las constituidas al amparo de la Ley, de 16 de diciembre, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento posesorio (LHMPD)<sup>334</sup>.

Respecto a las primeras, consideradas como los derechos reales de garantía por excelencia, cabe indicar que han guiado en gran medida los principales conflictos con los créditos salariales en orden a determinar la primacía de unos sobre otros<sup>335</sup>. Concorre en ellos esa doble exigencia de tratarse de un derecho real (de garantía) y otorgar una preferencia o excepción a la *par conditio creditorum*; sin embargo, es preciso determinar si esa prioridad en el pago es siempre superior a los créditos salariales.

Aunque ésta parece ser la opinión general, esto es, considerar que los derechos de prenda e hipoteca otorgan una preferencia a sus titulares que, en todo caso, hacen primar los créditos de éstos sobre los laborales del apartado 3 del art. 32 TRET; otras voces sostienen que sólo serán preferentes los derechos de prenda e hipoteca inscritos en el registro con anterioridad al nacimiento del crédito salarial, o bien a la anotación de embargo por ese crédito del trabajador instada en virtud del mandamiento judicial.

Para dilucidar la solución a esta cuestión, debe partirse de la redacción del art. 32.3 TRET porque supone como dijimos, una preferencia general (regla) en favor de los créditos del trabajador. Prevalencia que sólo cede (excepción) ante los créditos garantizados con prenda o hipoteca cuando legalmente se establezca que priman sobre los laborales ordinarios que examinamos ahora (vid. arts. 1922 y sgs. C.Civ.). Hay también que recordar la diferencia entre “la preferencia de créditos y la preferencia de

<sup>333</sup> GARRIDO, J.M., “Teoría...”; cit., pág. 1808.

<sup>334</sup> Sobre los cambios operados en materia de prendas e hipotecas respecto a cuál puede ser el objeto sobre el que recaigan; GARRIDO, J.M., “Los créditos privilegiados...”; cit., págs. 162-165.

<sup>335</sup> Debe incluirse dentro de la prenda a los llamados créditos garantizados con “fianza de efectos y valores”; DÍEZ SOTO, C.M., “Los privilegios crediticios...”; cit., págs. 85 y 86. Vid. art. 90.1.5° LC'03.

cargas reales conexas a los créditos, que podemos denominar prioridad”, ya que una y otra actúan en planos diferentes, aquélla se refiere a la posición que ocupa el acreedor en orden al pago, mientras que ésta se limita a establecer la afección de un determinado bien al pago de un concreto crédito, estableciéndose simplemente una prioridad entre cargas (no entre los créditos) en función de su fecha de inscripción en el correspondiente registro, a efectos de conocer cuáles continúan gravando el concreto bien cuando se pretenda ejecutar para atender al pago de un crédito<sup>336</sup>.

También debemos dar entrada al supuesto de las anotaciones de embargo que, como ya hemos sostenido, no constituyen derecho real de garantía alguno y por lo tanto, no prevalecen sobre el crédito laboral ordinario<sup>337</sup>. Conectándolo con la relación que guardan dichas anotaciones y los derechos reales de garantía, obtenemos que aquéllas priman sobre éstos en el caso de que estén inscritas con anterioridad; es decir, que si bien la preferencia que otorga la anotación cede ante esas garantías reales cuando éstas estuviesen inscritas con anterioridad, no cabe decir lo mismo de las que lo estuvieran después de dicha anotación, porque en ese caso cederán ante el crédito protegido con dicha anotación<sup>338</sup>. Obsérvese que el hecho de que la anotación otorgue una preferencia en el caso de las anotaciones de embargo es una excepción, puesto que como venimos de señalar, “el rango hipotecario no concede, como regla, anteposición en el cobro frente a otros acreedores”, salvo la anotación de embargo, pues del juego de los arts. 1923 y 1927.2<sup>a</sup> C.Civ. puede extraerse esa preferencia respecto a los créditos inscritos posteriormente<sup>339</sup>.

Esto supone que, de aplicar la regla general arriba referida, se daría el despropósito de que el crédito del art. 32.3 TRET primaría sobre el recogido en la anotación de embargo<sup>340</sup>. Éste último, a su vez, primaría sobre las garantías reales inscritas con posterioridad, que a su vez prevalecerían sobre el mencionado crédito laboral<sup>341</sup>. La situación así presentada es, como decimos, cuando menos absurda y nos lleva a una espiral de difícil solución conforme a las reglas generales. Por esta razón, nos parece más correcto considerar que el crédito salarial que prevalece sobre la anotación preventiva también lo hace sobre los créditos que ceden ante esta anotación, y por lo tanto, se antepone a las garantías reales inscritas con posterioridad a la anotación, pues éstas no son preferentes conforme a la Ley<sup>342</sup>. Considerar preferente la anotación preventiva de embargo respec-

<sup>336</sup> MONSERRAT VALERO, A., “La anotación de embargo y las cargas reales anteriores cuando el crédito anotado es preferente al garantizado por éstas”; La Ley, D-257, 2000-7, págs. 1500 y 1504.

<sup>337</sup> La opinión jurisprudencial al respecto no deja dudas, en RÍOS SALMERÓN, B., “Jurisprudencia...”; cit., pág. 2734 y 2735.

<sup>338</sup> PARDO NÚÑEZ, C., “Rango y...”; cit., págs. 298 y 299. *Vid.* STS, Sala 1<sup>a</sup>, de 4 de abril de 2002 (RJ 3285), F.J. 5<sup>o</sup>.

<sup>339</sup> En extenso, RIVAS TORRALBA, R., “Preferencia de cobro y rango hipotecario”; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 495 (nota 10) y 526 y sgs.

<sup>340</sup> RIVAS TORRALBA, R., “Preferencia de cobro y rango...”; cit., pág. 530 (nota 66).

<sup>341</sup> Aunque referido a la concurrencia de otros créditos, es plenamente aplicable el supuesto previsto por PARDO NÚÑEZ, C., “Rango y...”; cit., pág. 309-310; sin embargo, optamos por una solución distinta a la señalada por el autor.

<sup>342</sup> Otros autores consideran que debieran situarse todos estos créditos al mismo nivel, repartiendo en proporción a sus créditos el resultante de los bienes ejecutados; GARRIDO, J.M., *Tratado...*; cit., pág. 590. También hay quienes consideran prevalente la anotación de embargo, al primar ésta sobre la prenda o hipoteca; ALTÉS TÁRREGA, J.A., *Suspensión...*; cit., págs. 381-383.

to del crédito laboral que estamos estudiando tampoco resolvería la absurda espiral a la que hemos hecho mención, toda vez que sea cual sea la solución que se defienda, en todo caso, se planteará el problema señalado: Tanto si se sostiene que es irrelevante a estos efectos la fecha de nacimiento del crédito salarial, pues “cuando un crédito posterior tiene mejor rango, goza de preferencia sobre el embargo anotado”<sup>343</sup>; como si no se admite en todo caso la preferencia del crédito salarial, porque lo que no puede negarse es que dicha anotación sólo prevalecería (en su caso) respecto a los créditos que nacieron con posterioridad a ésta, pero no sobre los privilegiados anteriores, con independencia de que hayan sido inscritos o no (v. *gr.* salariales del art. 32.3 TRET)<sup>344</sup>.

De cualquier forma, lo que sí es claro es que el embargo por créditos laborales ordinarios anotado prevalece tanto sobre los anotados con posterioridad (v. *gr.*, hipotecarios)<sup>345</sup>, como sobre los anteriores de rango inferior (ex art. 1923.3º C.Civ.)<sup>346</sup>.

En otro orden de cosas, y en relación a las hipotecas sobre determinados bienes (buques y aeronaves), cabe señalar que el legislador internacional ha introducido un régimen de concurrencia específico para estos casos, de los que se deduce la preferencia de los créditos laborales<sup>347</sup>. Así pues, o bien entendemos no aplicable el art. 32.3 TRET a estos supuestos y sí el Convenio de Bruselas de 10 de abril de 1926 (BOE 31 de julio de 1930)<sup>348</sup>, o más recientemente, el Convenio Internacional sobre privilegios marítimos y la hipoteca naval, de 6 de mayo de 1993, con lo que primarían los créditos laborales<sup>349</sup>; o bien, aunque defendamos la aplicación del precepto estatutario<sup>350</sup>, tampoco sería problema para aceptar que no alcanza a estos supuestos la excepción hecha en el precepto laboral (derechos reales de garantía que sean preferentes), pues en el caso ahora estudiado, la hipoteca sobre buque o aeronave no es preferente con arreglo a la Ley a lo debido al trabajador<sup>351</sup>. Otro problema en estos casos es de-

<sup>343</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 590, nota 194.

<sup>344</sup> MÍNQUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., pág. 368. En el mismo sentido, BAJO, I./RUIZ DE LA CUESTA, S., “Concurrencia de los créditos salarial y de la comunidad de propietarios tras la nueva Ley de Propiedad Horizontal”; R.D.S., nº 8, 1999, pág. 116; y MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., Preferencia, prelación, prioridad y afección por la cuota de gastos de la propiedad horizontal; Centro de Estudios Registrales; 2001, pág. 194. Así, STS, de 16 de junio de 2003 (RJ 4243).

<sup>345</sup> Así, STS, Sala 1ª, de 4 de abril de 2002 (RJ 3285), FJ. 5º.

<sup>346</sup> MARTÍNEZ GIL, J.L., “Privilegio salarial...; cit., pág. 71; también, CUMBERO ROMERO/LACAMBRA MORERA, “Los créditos...; cit., pág. 90; y NARVÁEZ BERMEJO, M.A., “Puntos críticos sobre las garantías del privilegio salarial: aspectos sustantivos y procedimientos en los juicios concursales”; A.L., 1993-1, págs. 251 y 254.

<sup>347</sup> Véase RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 431 y sgs. y, del mismo autor, “Garantías...; cit., pág. 367 y sgs. Adviértase que los privilegios en estos casos no se limitan a los créditos salariales, sino que alcanzan a los laborales en general; RUIZ SOROA, J.M., “Los privilegios marítimos”; cit., pág. 336. *Vid.* art. 76 LC'03.

<sup>348</sup> *Vid.* D.F. Segunda (apartado 7) y D.F. Novena, ambas de la LC'03. Convenio aplicable sólo en caso de relaciones internacionales, LÓPEZ MOLINA, P., en AA.VV. (PALOMAR OLMEDA, Coord.), Comentarios a la Legislación Concursal; Dykinson, 2003, pág. 690. Con todo, debe precisarse que España tiene denunciado este Convenio, con efectos desde el 27 de mayo de 2005 (BOE 07/10/2004).

<sup>349</sup> Algunas sentencias así lo manifiestan; *vid.* RÍOS SALMERÓN, B., “Jurisprudencia sobre...; cit., págs. 2735 y 2736.

<sup>350</sup> STS, de 22 de mayo de 1989 (RJ 3877).

<sup>351</sup> Al respecto, RÍOS SALMERÓN, B., “Crédito laboral e hipoteca naval: cuestiones de prelación a la luz del Convenio de Bruselas de 1926”; A.L., 1986-I; y FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., “Los procedimientos...; cit., págs. 1148 y 1149.

terminar quiénes son los sujetos beneficiarios del privilegio y cuáles los buques o buque afectados por él. A ambas preguntas han dado respuesta nuestros tribunales, manteniendo que, en primer lugar, "alcanza a toda la dotación (...) enrolad(a) para prestar servicios en el buque, no al que no ha prestado servicio alguno en buques en ningún momento, pues (éste no será) personal que se relacione directamente con la actividad marítima o de navegación", ya que el fundamento del privilegio se refiere a la actividad y vida en el buque y a los sucesivos viajes<sup>352</sup>. En segundo lugar, y respecto a cuáles sean los buques afectos al privilegio, cabe indicar que serán todos aquellos en los que se prestó servicios y siempre que no haya prescrito el privilegio<sup>353</sup>.

Mayor problema plantea el buque o aeronave en construcción, pues en este caso la duda lo es sobre quién sea el titular-propietario de dicho bien, resolviendo un sector de la doctrina por considerar que sólo lo será el empresario-deudor cuando sea él quien aporte (además del trabajo) el material para la construcción; no siéndolo cuando el material es aportado por el comitente<sup>354</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión el problema puede ser relativizado, pues según la posición que hemos mantenido, el empresario sería al menos poseedor del bien y los trabajadores podrían ejercer su privilegios ex art. 32.2 TRET por la cuantía debida por el comitente.

Sobre las segundas, esto es, las reguladas en la LHMPD, debemos prestar especial atención a lo señalado en el art. 10 de la mencionada Ley, toda vez que en él se otorga la preferencia que corresponde a estas garantías reales. A tal efecto, le concede la preferencia prevista en los arts. 1922.2º y 1926.1º C.Civ. "dejando a salvo siempre la prelación por créditos laborales"; expresión esta última que ha sido interpretada por algunos autores como referida a los créditos de los apartados 1 y 2 del art. 32 TRET, pero que no alcanzaría al privilegio laboral que ahora analizamos<sup>355</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, la interpretación ha de ser otra, por las siguientes razones: primero, el art. 32.3 TRET no otorga prioridad absoluta a cualquier derecho real, sino a los que conforme a la Ley sean preferentes, lo que manifiesta que ha de ser ésta última la que determine la preferencia. En relación con ésto, pensamos que tal y como está redactado este precepto, parece otorgar una preferencia superior a los créditos salariales, los cuales no ceden ante los créditos reales salvo que éstos sean preferentes. De ahí que sean éstos últimos los que tengan que acreditar la preferencia sobre el salarial y no al revés<sup>356</sup>. En segundo lugar, un sector de la doctrina mantiene que es más que dudoso que alguno de estos derechos (la prenda sin desplazamiento) tenga carácter real, en concreto el derecho de reipersecutoriedad, de ahí que también dudemos de que se anteponga el pago al crédito laboral ordinario<sup>357</sup>. Por último, el término utilizado

<sup>352</sup> STSJ de Galicia, de 12 de enero de 2001 (AL, nº 25, 2001, ref. 919).

<sup>353</sup> RUÍZ SOROA, J.M., "Los privilegios marítimos"; cit., pág. 337; y STSJ de Galicia, de 12 de enero de 2001; cit. En esta misma sentencia se resuelven algunos problemas de concurrencia entre créditos laborales según la modalidad contractual con la que fue contratada la dotación del buque.

<sup>354</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 357.

<sup>355</sup> Por todos, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., págs. 374 y 375.

<sup>356</sup> De opinión contraria, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 375.

<sup>357</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos..., T. III, 3º, pág. 354, 355, 361 y 365; y MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., págs. 263 y 264. De opinión contraria, GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C.J., Comentarios a...; cit., págs. 64 y 65; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, J.M., "La hipoteca mobiliaria y...; cit., pág. 393.

(créditos *laborales*) tiene más razón de ser respecto al apartado 3º que a los anteriores (sobre todo el 1º) del art. 32, pues en él se recogen no sólo salarios en sentido estricto, sino también otras indemnizaciones, de ahí que el art. 33.3 TRET hable de créditos laborales para referirse a los salariales y a los que son fruto de la extinción del vínculo laboral.

En conclusión, los créditos laborales singularmente privilegiados prevalecen sobre la prenda sin desplazamiento y, aunque más dudosamente, también sobre la hipoteca mobiliaria<sup>358</sup>.

### *c.2. Créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social*

El problema de la relación de preferencia existente entre el crédito laboral ahora analizado y los créditos tributarios y de seguridad social que el empresario deudor pudiera tener, deriva de la redacción dada por el legislador en algunos preceptos de la normativa tributaria y de Seguridad Social, ya que parece establecer en su favor un régimen de prioridad similar al del crédito del trabajador, aconteciendo situaciones de difícil solución ante la desconexión y falta de sistemática en determinar la concurrencia de créditos, fruto de esa proliferación incontrolada de privilegios y preferencias legales que ya hemos tenido oportunidad de valorar.

Antes de su análisis pormenorizado, cabría recoger aquí algunas de las críticas que la doctrina ha hecho a los privilegios y garantías que el legislador ha previsto para los débitos para con el Estado y más aún, de su grado de prevalencia, en concreto, por los problemas planteados con el crédito salarial singularmente privilegiado. En este sentido, compartimos la opinión de quienes ven excesivas algunas de las ventajas que se han atribuido a la Administración para el cobro de ciertos tributos, toda vez que carece de justificación suficiente anteponerse a otros acreedores que, como el trabajador, sí exigirían una especial protección. Los cambios en la configuración y poderes del Estado, los problemas de inseguridad jurídica y la posibilidad de éste de acceder a diversos cauces de información para conocer la realidad económica del deudor, aconsejan una reducción de los derechos de garantía para el cobro de los que disfruta la Administración o al menos, una recomposición que tuviera en cuenta los intereses y exigencias antes alegados<sup>359</sup>.

<sup>358</sup> FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, en (AA.VV.) Procedimientos concursales...; cit., pág. 78. Contrario a esta opinión, RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 444-446; y GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito...; cit., pág. 349. Situación que cambia radicalmente en el proceso concursal (D.F. 8º y arts. 90.1.1º y 156 LC'03).

<sup>359</sup> Por todos, ALONSO LEDESMA, C., "La clasificación de los créditos en el concurso"; AA.VV. (GARCÍA/ALONSO/PULGAR, Dir.) Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001; Dilex, 2002, págs. 191-193, con especial referencia crítica a situación creada por la LC'03, que no viene sino a incrementar los mencionados privilegios de la Administración. En el mismo sentido, ALAMEDA CASTILLO, M.T., "La proyectada reforma concursal y sus implicaciones laborales"; A.L., nº 32, 2002, pág. 664; y MUÑOZ MERINO, A., "Privilegios de los créditos tributarios"; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 233 y sgs., y especialmente, págs. 245-247 y 308-310.

### Créditos tributarios<sup>360</sup>

Debemos distinguir cuatro tipos de garantías en los créditos tributarios protegidos: Los tutelados con un derecho de prelación general (ex art. 77 LGT), los que se ven amparados por la hipoteca legal tácita instituida a favor de la Hacienda –créditos por contribuciones o impuestos que graven bienes inmuebles (art. 78 LGT)–, los que gozan de un derecho de afección (art. 79 LGT).

En primer lugar, el art. 78 LGT recoge una hipoteca legal tácita para el cobro de los tributos que graven bienes o derechos inscribibles en Registro Público. Se caracteriza porque no requiere inscripción para afectar a los bienes del obligado y por surtir los mismos efectos que la hipoteca ordinaria o inscrita. En consecuencia, se trata de un verdadero derecho real de garantía, cuya preferencia es incluso superior a los créditos que hayan inscrito sus derechos (de garantía), por lo que no cabe otra respuesta que considerar prevalentes los créditos protegidos por ella y, por ende, frente a ellos cede el crédito singularmente privilegiado<sup>361</sup>. Ahora bien, puede resultar de suma importancia para el crédito salarial el hecho de que la hipoteca legal tácita sólo alcanza a las deudas nacidas con anterioridad a la transmisión/gravamen del bien, sin que las posteriores puedan perjudicar al nuevo adquirente o a quien constituyó un gravamen anterior<sup>362</sup>.

Respecto a cuáles sean los tributos que se hallan protegidos por tal hipoteca tácita, debe destacarse la falta de unanimidad a la hora de identificarlos. Así, mientras que para algunos autores la referencia hay que entenderla hecha a tributos como el IBI y el IAE; en opinión de otros, dicha protección ha de limitarse a los bienes inmuebles, argumentando para ello, entre otros, su conexión con el art. 1923.1 C.Civ.<sup>363</sup>.

Por otro lado, el legislador tributario prevé también un derecho de afección sobre los bienes y derechos objeto de tributos que graven transmisiones, adquisiciones o importaciones (art. 79.1 LGT)<sup>364</sup>. La mayoría de la doctrina considera que estamos ante un verdadero gravamen o derecho real de garantía<sup>365</sup>; sin embargo, debe tener-

<sup>360</sup> Sobre el contenido de ese crédito tributario y su diferencia con la deuda tributaria a efectos de saber sobre qué cuantías y conceptos recaen los privilegios y garantías, así como los requisitos que aquél debe tener a efectos de gozar de los referidos privilegios; MUÑOZ MERINO, A., "Privilegios de..."; cit., págs. 247 y sgs.

<sup>361</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 423.

<sup>362</sup> Cfr. PARDO NÚÑEZ, C., "Rango y preferencias..."; cit., págs. 318 y 319.

<sup>363</sup> De los primeros, PÉREZ DE AYALA/GOZÁLEZ, Derecho Tributario I; Plaza Universitaria ed., 1994, pág. 282; favorables a la segunda de las opiniones, MOLINER TAMBONERO, G., "Régimen..."; cit., págs. 34 y 35; y cfr. ÁLVAREZ CAPEROCHEPI, J. A., "Los privilegios..."; cit., pág. 309-311 (también se refiere a los impuestos que pueden incluirse dentro de esta garantía). Asimismo, conviene indicar que el art. 76 LRHL ha introducido para el IBI el derecho de afección en los supuestos de cambio de titularidad de los derechos sobre el inmueble gravado, por lo que nos remitimos a lo que se señale sobre el derecho de afección para determinar el alcance de estos créditos. Una crítica a esta desnaturalización, en MARTÍN QUERAL/LOZANO SERRANO/CASADO OLLERO/TEJERIZO LÓPEZ; Curso de...; cit., pág. 476. Ver art. 35 RGRec. y art. 194 LH.

<sup>364</sup> La doctrina incluye en este caso tributos como el ITPAJD y el ISD; cfr. PÉREZ DE AYALA/GOZÁLEZ, Derecho...; cit., pág. 283. Ver art. 37 RGRec.

<sup>365</sup> Por todos, PÉREZ ROYO, F., Derecho Financiero y Tributario. Parte General; Civitas, 1994, pág. 234. No se duda del carácter prevalente ex art. 1927 C.Civ.

se en cuenta que la afección no produce efectos *erga omnes*, pues dicho gravamen cede en caso de que los bienes hayan sido obtenidos en un establecimiento mercantil o el adquirente lo sea de buena fe y justo título, o bien, se trate de un tercero protegido por la fe pública registral<sup>366</sup>. Esto supone en la práctica que si el gravamen carece de publicidad (desconociéndose así su existencia) y ante la ejecución que los trabajadores –o cualquier acreedor– pudieran llevar a cabo, la adquisición del bien lo será de buena fe y por tanto, no se verá afectada por el mencionado derecho de afección. En definitiva, puede afirmarse que “para que pueda valer la garantía (...) será necesario que ésta se encuentre debidamente inscrita (...)”<sup>367</sup>; con base en lo cual afirmamos, en su defecto, la preferencia del crédito laboral, porque a falta de anotación, la preferencia de la que se goza es la del art. 77 LGT, cuya relación con el crédito salarial señalamos ahora<sup>368</sup>.

Por último, la LGT recoge en su art. 77 un derecho de preferencia general a favor de la Hacienda, estableciéndose una prelación similar a la señalada en el art. 32.3 TRET al indicarse que esos créditos tributarios priman en su satisfacción sobre cualquier otro acreedor, salvo los protegidos con derecho real inscrito antes de que lo haga la Administración Tributaria<sup>369</sup>. Se trata, por tanto, no de un gravamen real a favor de la administración, sino de un derecho de preferencia general que, como tal, carece de la reipersecutoriedad propia de aquél, pero que facilita la actuación de la Hacienda Pública en los casos de concurso de acreedores<sup>370</sup>.

El problema respecto al crédito salarial *singularmente* protegido parece claro, pues ambos afirman que prevalecen sobre cualquier otro acreedor, salvo los protegidos con derecho real de garantía debidamente inscrito. La primera de las cuestiones consiste en determinar cuáles son esos créditos protegidos o amparados por la preferencia tributaria, a lo que hay que responder que son los vencidos no satisfechos y no los futuros, aún en el caso de que éstos corran peligro de no ser satisfechos (por insolvencia de deudor tributario, etc.)<sup>371</sup>. En segundo lugar, la prevalencia juega su papel desde que consta inscrita, lo que plantea a su vez la cuestión de qué ocurre cuando el crédito tributario no se ha inscrito o anotado. En este caso, entendemos, la res-

<sup>366</sup> Referencia que ha sido calificada de inútil por la imposibilidad práctica de que acontezca ex art. 254 LH; PÉREZ DE AYALA/GOZÁLEZ, Derecho...; cit., pág. 285, nota 23.

<sup>367</sup> MÍNQUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., pág. 324.

<sup>368</sup> RIVAS TORRALBA, R., “Preferencia de cobro...; cit., pág. 540.

<sup>369</sup> Sobre cuál sea el sujeto titular de este derecho de preferencia, existe una división en nuestra doctrina entre quienes consideran que se refiere exclusivamente al Estado, y quienes mantienen que ha de referirse tanto a la Hacienda estatal como a las autonómicas y locales; cfr. MUÑOZ MERINO, A., Privilegios...; cit., págs. 74 y sgs. Sin embargo, la importancia práctica del problema es relativizada por otros autores, desde el momento en que la normativa reguladora de las haciendas autonómicas (LOFCA) y locales (LHL) extienden a éstas las prerrogativas de la Hacienda Estatal; cfr. MARTÍN QUERALT/LOZANO SERRANO/CASADO OLLERO/TEJERIZO LÓPEZ; Curso de...; cit., pág. 475. Pero como bien subraya MUÑOZ MERINO, A. (“Privilegios de los...; cit., págs. 249 y 250) la reforma operada en el art. 39.2 LGP por la Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para el 2000, introduce la mención “Hacienda Pública del Estado”, lo que parece indicar que el privilegio del derecho de prelación de créditos queda reservado para ésta.

<sup>370</sup> MARTÍN QUERALT/LOZANO SERRANO/CASADO OLLERO/TEJERIZO LÓPEZ; Curso de...; cit., pág. 474; y PÉREZ ROYO, F., Derecho...; cit., pág. 233.

<sup>371</sup> PÉREZ DE AYALA/GOZÁLEZ, Derecho...; cit., págs. 279.

puesta variará en función del crédito con el que concurra, pues si lo hace frente a créditos no anotados, prevalecerá, por lógica, el de la Hacienda<sup>372</sup>. Por otro lado, la primacía de esa preferencia tributaria sobre los derechos reales de garantía precisa de una inscripción en el pertinente registro, pues sólo desde ese momento se impone a ellos<sup>373</sup>.

En buena lógica y a efectos de saber cuándo prevalece sobre el crédito laboral, debemos resolver ahora cuándo se tiene por cumplido el requisito de la inscripción, pues se duda si ésta puede provenir de un mandamiento de embargo (anotación preventiva) o si, por el contrario, es necesaria su inscripción como hipoteca (especial y expresa, art. 36 RGR<sup>374</sup>). Al respecto debemos hacer constar que en el art. 77 LGT, cuando habla de inscripción o anotación, pueden entenderse ambas (anotación de embargo e inscripción como hipoteca), sin embargo, para que prevalezca sobre el crédito salarial es preciso que su inscripción lo sea como hipoteca, por las razones alegadas al hablar de la anotación preventiva, ya que ésta, como señalábamos en aquél momento, no tiene naturaleza de derecho real ni otorga prevalencia sobre el crédito laboral<sup>375</sup>.

Empero, el mencionado art. 77 LGT otorga, en todo caso, un carácter privilegiado al crédito de la Hacienda, por lo que aún cuando éste no esté inscrito mediante la correspondiente hipoteca especial, existe cierta similitud de grado con el crédito laboral, ya que ambos prevalecen sobre cualquier otro crédito. En este caso de concurrencia, las soluciones propuestas son muy diversas: así, hay quienes sostienen la igualdad de grado entre ambos y por ende, la necesidad de distribuir el resultante a prorrata entre ambos créditos<sup>376</sup>. Otros autores, no obstante, consideran que será preferente siempre el crédito salarial ordinario debido a la aplicación del principio *lex posterior*, al ser la normativa estatutaria ulterior en el tiempo a la tributaria, por lo que la contradicción debe resolverse primando a aquél sobre el crédito tributario del art. 77 LGT<sup>377</sup>. En nuestra opinión, la solución a esta cuestión pasa por analizar la naturaleza del derecho otorgado, el cual no puede calificarse en ningún caso de real, sino de un privilegio general, lo que en principio impediría su prevalencia sobre el crédito salarial. Junto a ésta, se añaden razones de carácter social en pro de la prevalencia del crédito salarial, que también pueden considerarse justificadoras de la prioridad del salario<sup>378</sup>.

<sup>372</sup> Sobre esta polémica cuestión, *vid.* RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*; cit., pág. 418.

<sup>373</sup> MUÑOZ MERINO, A., *Privilegios...*; cit., págs. 112 y sgs. (especialmente, págs. 120 y 121); y SÁNCHEZ SOCÍAS, L., citado por DESDENTADO BONETE, A., "Los privilegios..."; cit., pág. 28.

<sup>374</sup> RÍOS SALMERÓN, B., *Los privilegios...*; cit., págs. 420 y 421.

<sup>375</sup> De similar opinión, RÍOS SALMERÓN, B., "La preferencia..."; cit., págs. 218 y sgs.

<sup>376</sup> GARRIDO, J.M., *Tratado...*; cit., pág. 574; del mismo autor, "Teoría..."; cit., págs. 1862 y 1863.

<sup>377</sup> Rechazando este argumento y a favor de la distribución a prorrata, MUÑOZ MERINO, A., *Privilegios...*; cit., pág. 129.

<sup>378</sup> Al respecto, véase MUÑOZ MERINO, A., *Privilegios...*; cit., pág. 131; ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., "Los privilegios..."; cit., págs. 313 y 314; y SAGRERA TIZÓN, J.M.; "De la prelación..."; cit., págs. 11802 y 11803. Al respecto, RÍOS SALMERÓN, B. ("Garantías..."; cit., págs. 373 y 374) señala que habrá de estarse "al juego que deriva de las normas hipotecarias" para resolver los problemas de concurrencia. Véase, en la norma concursal, las reglas de prelación del art. 156 en relación a los privilegios del art. 91.

### Créditos de la Seguridad Social

En materia de Seguridad Social encontramos la preferencia otorgada a los créditos por cuotas, conceptos de recaudación y en su caso, los recargos o intereses (art. 22 TRLGSS), remitiéndose en su protección preferencial al art. 1924.1º C.Civ.<sup>379</sup>. Esto supone, en nuestra opinión, que éstos créditos ceden ante los laborales, toda vez que no cumplen los requisitos exigidos para anteponerse a éstos, ya que ni implican derecho real de garantía alguno, ni son preferentes al crédito laboral del art. 32.3 TRET<sup>380</sup>. Lo mismo cabe señalar de “los demás créditos” a los que hace referencia el art. 22 TRLGSS, pues el grado de preferencia otorgado no es mayor que el del inciso 1º del mismo artículo<sup>381</sup>.

Por otro lado, debemos mencionar el crédito por prestaciones del art. 121.2º TRLGSS, que se asemeja en cuanto a su protección a los créditos salariales.

Esa equiparación ha llevado a algunos autores a defender que la solución para resolver los posibles conflictos de concurrencia entre el crédito salarial y el contemplado en el art. 121.2 TRLGSS debiera ser la regla del pago a prorrata<sup>382</sup>. En nuestra opinión, sin embargo, sería más correcta la solución que propugne la prevalencia del salarial, por las siguientes razones:

En primer lugar, respecto de los créditos regulados en los apartados 1 y 2 del art. 32 TRET, no debiera existir mayor problema, pues parece difícil aplicar los preceptos en ellos previstos a unos créditos que no son salariales. Se limita así la equiparación a los créditos del apartado 3º de este art. 32 TRET<sup>383</sup>.

Segundo, al igual que ocurre con el crédito tributario, consideramos plenamente aplicables ahora las razones de índole social argüidas por el Consejo de Estado para favorecer la prioridad del crédito salarial, pues pese a las semejanzas que pudieran hacerse entre trabajador y los beneficiarios de aquellos otros créditos por prestacio-

---

<sup>379</sup> Sobre los créditos a los que se otorga esta protección, véase MÍNGUEZ BENAVENTE, J.R., La preferencia...; cit., págs. 44-46. Sobre su alcance cuantitativo; STSJ de Andalucía/Sevilla, de 24 de octubre de 2002 (AS 495/2003).

Los créditos de la Seguridad Social tuvieron un cambio a mejor en su preferencia a través de una Ley de Presupuestos, lo que motivó algunas cuestiones de inconstitucionalidad debido al instrumento normativo utilizado. Finalmente, el TC estableció la constitucionalidad de dicho cambio, aunque también es de resaltar la existencia de un voto particular en contra emitido por el propio magistrado ponente; STC 109/2001, 26 de abril.

<sup>380</sup> DESDENTADO BONETE, A., “Los privilegios...; cit., págs. 22 y 23.

<sup>381</sup> Sobre los conceptos que se incluyen en este inciso 2º, *vid.* DESDENTADO BONETE, A., “Los privilegios de los créditos de Seguridad Social”; en (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 458 y 459.

<sup>382</sup> GARRIDO, J.M., “Teoría...; cit., págs. 1862 y 1863. En derecho italiano, se ha establecido la equiparación en grado para algunas prestaciones, FONTANA, A., “I privilegi nel diritto del lavoro e della previdenza sociale”; Il Diritto del Lavoro; 1981-1, págs. 6 y 7; y PARENTE, F., Il sistema dei privilegi...; cit., págs. 292 y sgs. (especialmente, págs. 294 y 295).

<sup>383</sup> Esta es la opinión mayoritaria en la doctrina, a la que se oponen autores como DESDENTADO BONETE, A., “Los privilegios...; cit., REDT, nº 100, págs. 31 y sgs.; y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., “Sobre la protección...; cit., págs. 543 y sgs.

nes, no concurren similares situaciones que justifiquen su equiparación<sup>384</sup>. En efecto, si bien puede acontecer que el beneficiario de la prestación sea directamente el trabajador ex art. 1.1 TRET (o sus herederos), en nada excluye que pudiera ser otro sujeto el que se beneficiara de tales prestaciones y por ende, de los privilegios<sup>385</sup>. También puede pensarse que esos créditos pueden gozar de otros medios de tutela que cubran al completo la deuda-prestación debida, en los supuestos de prestaciones (*vid.* art. 126.3 TRLGSS). Por último, y en referencia a los créditos indebidamente llamados de la seguridad social (art. 121.2 TRLGSS), puede servir como criterio hermenéutico de interpretación lo preceptuado en el Convenio 173 OIT, cuyo art. 8 establece la necesidad de que los créditos laborales gocen de un rango superior al de los créditos del Estado y de la Seguridad Social<sup>386</sup>.

### *c.3. Otros créditos preferentes: Hipoteca tácita de aseguradores y Comunidad de Propietarios*

De la primera de las garantías señaladas destacamos lo siguiente: Primero, parece innecesario por reiterado, seguir pidiendo la derogación de esta hipoteca legal tácita a favor de los aseguradores, ante la falta de razones que justifiquen su mantenimiento hoy día. Bien pudiera defenderse que este hecho se concretó con la aprobación de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro (D.F. y art. 15), que ha llevado a algunos autores a mantener –con buen criterio pensamos– la derogación de dicha hipoteca legal tácita a favor de los aseguradores<sup>387</sup>. Segundo, no obstante lo afirmado, otros autores consideran vigente esa hipoteca legal tácita, que en ese caso sería prevalente sobre el crédito salarial ordinario, al tratarse de un verdadero derecho real de garantía preferente<sup>388</sup>. No obstante, y a pesar de ello, el perjuicio sobre el crédito del trabajador es muy relativo, tanto por la prácticamente inexistencia de supuestos conflictivos entre ambos<sup>389</sup>, como por las exigencias técnicas de cuál sea el crédito tutelado por la referida hipoteca legal de aseguradores<sup>390</sup>.

Sí nos detendremos más en el derecho otorgado por el art. 9 LPH que, pese a la reforma sufrida con la Ley 8/1999, continúa recogiendo a favor de la comunidad de propietarios dos ventajas: la afección del piso al pago y, por otro lado, la preferencia sobre algunos acreedores<sup>391</sup>. Esto plantea de seguido la necesaria delimitación en

<sup>384</sup> De nuevo, el argumento a favor de quien ostente un interés superior parece ser la causa de que se le otorgue la preferencia al crédito salarial; MONSERRAT VALERO, A., La afección y preferencia de los créditos de la comunidad de propietarios (art. 9.5ª LPH); Civitas, 1998, págs. 68-71.

<sup>385</sup> DESDENTADO BONETE, A., "Los privilegios..."; cit., pág. 29.

<sup>386</sup> Se trata de créditos indebidamente nominados de la Seguridad Social, porque su titular no es ella, sino que son aquellos a los que se les otorga la prestación.

<sup>387</sup> ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., pág. 368.

<sup>388</sup> GARRIDO, J.M., Tratado...; cit., pág. 585.

<sup>389</sup> ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A., "Los privilegios..."; cit., pág. 312.

<sup>390</sup> Véase, BREL PEDREÑO, A., "Los privilegios del asegurador y la calificación de su crédito"; RGD, nº 595, 1994.

<sup>391</sup> MONSERRAT VALERO, A., La afección...; cit., págs. 19 y 20. La preferencia de estos créditos desaparece en caso de concurso (art. 89.2 LC'03).

caso de concurrencia con el crédito salarial, pues si bien éste es preferente a cualquier otro, falta determinar si podemos incluir alguna de las ventajas del art. 9 LPH dentro de la expresión *derechos reales que, con arreglo a la Ley, sean preferentes* (art. 32.3 TRET).

Sobre cuál sea la naturaleza del derecho otorgado en la LPH, existía una amplia polémica que llevó a configurarlo de forma diversa: como una hipoteca legal tácita, como privilegio o como una mera garantía de preferencia. Consideramos que no existe un derecho real de garantía en sentido estricto, porque más pareciera una obligación *propter rem*; esto es, una obligación personal en la que el deudor(-es) se define por ser titular del bien afecto al pago y cuyo cumplimiento está garantizado con el bien afecto (el piso), además de cualquier otro bien incluido en el patrimonio del propietario-deudor –no en el caso de ser un mero adquirente no deudor–<sup>392</sup>. Si bien la afectación podría suponer que no encuadra dentro del supuesto excepcionado por el art. 32.3 TRET, su similitud con el supuesto del art. 74 LGT, nos hace mantener también aquí su carácter de gravamen o afectación real, pero en ningún caso considerarla como una hipoteca legal –pues ésta exige un reconocimiento legal expreso (art. 158 LH)–, ni como derecho real de garantía alguno<sup>393</sup>.

Por otro lado, la afectación sólo juega en caso de transmisión del piso, careciendo en otro caso de esa ventaja y, por ende, de la posibilidad de imponerse al crédito laboral ex art. 32.3 TRET, ya que carece de cualquier carácter real, limitándose a conservar la preferencia otorgada en el mencionado art. 9 LPH<sup>394</sup>.

Así pues, limitamos las dudas de concurrencia preferente a los casos en los que exista transmisión del piso, ya que sólo en ellos se puede cumplir (aún con las limitaciones y matices señalados) el carácter real de la ventaja del crédito de la comunidad. Pero como señala el texto del Estatuto, es necesario que sea preferente al crédito salarial, razón por la cual hay que atender a la segunda de las ventajas concedidas, en las que se establece una preferencia que lo sitúa sólo por encima de los supuestos 3º a 5º del art. 1923 C.Civ., añadiendo además que lo será “sin perjuicio de la preferencia establecida a favor de los créditos salariales en el Estatuto de los Trabajadores”. Adviértase que esta excepción se asemeja bastante a lo indicado en el art. 10 LHMPD, a cuyo estudio nos remitimos y por lo que sostenemos que la LPH no establece preferencia alguna a favor de los créditos de la comunidad de propietarios respecto de los laborales del art. 32 TRET, prevaleciendo éstos en caso de concurrencia<sup>395</sup>.

---

<sup>392</sup> RIVAS TORRALBA, R., “Preferencia de cobro...; cit., págs. 547 y 548. En similares términos, SÁNCHEZ-FERRER Y GARCÍA, M., “Las obligaciones ambulatorias o *propter rem* en el régimen de propiedad horizontal”; A.C., nº 18, 2001, págs. 679 y 680. Negando esa consideración como derecho real (hipoteca legal tácita); BAJO, I./RUIZ DE LA CUESTA, S., “Concurrencia de los créditos salarial y de la comunidad de propietarios tras la nueva Ley de Propiedad Horizontal”; R.D.S., nº 8, 1999, pág. 111. En el mismo sentido, MONSERRAT VALERO, A., La afectación...; cit., págs. 27 y 28.

<sup>393</sup> MANZANO FERNÁNDEZ, M.M., Preferencia, prelación...; cit., pág. 67.

<sup>394</sup> BAJO, I./RUIZ DE LA CUESTA, S., “Concurrencia...; cit., pág. 101.

<sup>395</sup> De opinión contraria (al igual que en el supuesto de prenda sin desplazamiento), GARRIDO, J.M., “Los créditos privilegiados...; cit., págs. 180 y 190.

Rechazamos pues la opinión de quienes afirman que cuando se produzca la transmisión del piso –y sólo si se mantiene el carácter real de la anotación de embargo por los créditos a los que hace referencia el art. 9 LPH–, el crédito de la comunidad será preferente sobre los créditos laborales nacidos con posterioridad a dicha inscripción, pues en este caso se podría sostener que aquél cumple los requisitos exigidos por el art. 32.3 TRET; a saber, derecho real (afección) que sea declarado preferente con arreglo a la Ley (ex anotación de embargo)<sup>396</sup>. Defendemos que no nos parece acertada esta respuesta no sólo por la crítica hecha más arriba al carácter real de la anotación de embargo, sino también porque como ya hemos indicado, la preferencia y el asiento juegan en planos diferentes; esto es, el rango hipotecario hace referencia al orden registral, que nada tiene que ver con el crédito en sí, ni le otorga preferencia de cobro alguna, limitándose su función “en determinar cuáles son los asientos registrales que han de subsistir o ser cancelados como consecuencia de un proceso de ejecución, según que dicho asiento registral sea anterior o posterior al ejecutado”<sup>397</sup>.

### C. Créditos no protegidos en el art. 32 TRET

La reforma operada por la Ley 11/1994 en materia de privilegios salariales supuso una reducción en los niveles de protección de los créditos salariales, de tal suerte que es más que probable que algunos de éstos no queden cubiertos con el régimen establecido en el art. 32 TRET, lo que exige que busquemos en otras normas para determinar su posición de cara a una concurrencia con otros créditos.

La limitación en el alcance de los créditos protegidos por el precepto laboral se justifica, en primer lugar, por razones de tutela de otros acreedores, pues han de tenerse en cuenta las repercusiones que un régimen ilimitado de protección con privilegios como los estudiados podría acarrear en orden a la seguridad y facilidad en el tráfico económico-jurídico. Segundo, porque superadas las cuantías previstas en el precepto estatutario, pierde fuerza el razonamiento que pretende tutelar el crédito laboral por salvaguardar su función social, ya que difícilmente se puede sostener ese argumento para las cuantías que restan. También (como consecuencia de esa limitación en los topes máximos a recibir), se afirma que con dicha limitación se pretende salvaguardar una mínima igualdad por arriba en los créditos protegidos, evitando que trabajadores con posiciones contractuales más fuertes y/o con retribuciones mayores pudieran excluir –por el juego de la prorata– a otros trabajadores con salarios inferiores y quizás, más necesitados de protección.

<sup>396</sup> Cfr. BAJO, I./RUIZ DE LA CUESTA, S., “Concurrencia...; cit., págs. 116 y 119.

<sup>397</sup> RIVAS TORRALBA, R., “Preferencia de cobro y rango hipotecario”; (AA.VV.) Preferencia de créditos. Manuales de Formación Continuada 2; CGPJ, 2000, págs. 50 7y sgs.; y del mismo autor, “Ejecución dineraria y Registro de la Propiedad”, en (RIOS SALMERÓN, Dir.) Puntos críticos en ejecución de sentencias; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPG, 1999, págs. 162 y sgs.

Por otro lado, queremos subrayar que el estudio de esos otros medios de protección del crédito salarial (privilegios diferentes de los del art. 32 TRET) sirve más a un interés teórico que práctico, porque donde más fácilmente (cuando no únicamente) pueden entrar en juego toda la batería de privilegios de los que dispone el trabajador es en situaciones concursales, en las que como adelantábamos, la ordenación de las preferencias en los procesos de este tipo (LC'03) va a constituir una regulación específica (exclusiva y excluyente), diferente de la aquí señalada.

Ahora bien, una cosa es el escaso alcance material de los privilegios otorgados por disposiciones de origen no laboral, y otra muy distinta –y que no aceptamos– es considerar a todos derogados<sup>398</sup>. Así pues, debe resolverse en primer lugar la cuestión sobre la vigencia y aplicabilidad de aquellos preceptos civiles y mercantiles que reconocen alguna regulación sobre preferencias del crédito laboral, ya que en nada contradicen a las normas del Estatuto en materia de privilegios, porque, aunque sea de una forma muy reducida, permiten proteger a aquellas cuantías que no quedan cubiertas como consecuencia de los límites cuantitativos o temporales que establece el art. 32 TRET<sup>399</sup>. Es más, el propio legislador pareció entenderlo así cuando en el art. 30.3 RD 505/1985, de 6 de marzo, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, establece que éste conservará en los créditos laborales en los que se subroga el carácter de privilegiados que les otorga la normativa laboral “y el que pueda corresponderle por aplicación de la legislación civil y mercantil”.

Esos otros medios de tutela (no laborales) de los que estamos hablando son las preferencias previstas en el Código Civil y en el Código de Comercio. Del primero de ellos señalamos especialmente el art. 1924.2.D) C.Civ. que considera como privilegiados a los créditos “por salarios y sueldos de los trabajadores por cuenta ajena”. Compartimos la idea –históricamente sostenida– de que en la interpretación de este precepto se deben entender incluidos “la totalidad de beneficios que obtenga el trabajador por razón del servicio o trabajo prestado (...)”<sup>400</sup>. Frente lo defendido, se alza la opinión de otros autores favorables a que las cuantías por indemnizaciones no cubiertas por el precepto laboral sean reconducidas, no al art. 1924.2º D) C.Civ., sino a los arts. 1924.3 ó 1925 C.Civ., en función del instrumento en el que vengan reconocidas aquéllas<sup>401</sup>.

---

<sup>398</sup> Al respecto, CUMBERO ROMERO/LACAMBRA MORERA, “Los créditos...”; cit., pág. 902; y FONOLL PUEYO, J.M., “Algunas notas acerca de la acumulación ejecutiva salarial después de más de un decenio”; La Ley, D-235, 2001-7, pág. 1316. La misma opinión parece desprenderse de quienes consideran como crédito común a los no cubiertos con los privilegios del art. 32 TRET, GONZÁLEZ DE ALEJA, R., “Algunas consideraciones...”; cit., págs. 115 y 116.

<sup>399</sup> Sobre la opinión doctrinal en esta materia, antes y después de la Ley 11/1994, *vid.* DEL VALLE VILLAR, J.M., La protección legal de la suficiencia del salario; Dykinson, 2002, págs. 162 y 163. Algunos autores mantienen (ex D.D. 3º TRET) la derogación de estas “disposiciones que con carácter residual se contienen en el Código Civil y en el Código de Comercio”; CALVET BOTELLA, J., “El Fondo de Garantía Salarial ante los procedimientos concursales civiles”; RGD, 1989, nº 543, pág. 2434 Otros como RÍOS SALMERÓN consideran sólo parcialmente derogados los preceptos civiles, si bien afirma su virtualidad para los créditos salariales del servicio doméstico; Los privilegios..., cit., pág. 108

<sup>400</sup> MOLINER TAMBONERO, G., “Régimen de privilegialidad salarial. Comentarios al art. 32 de la LET”; R.T., nº 78, 1985, pág. 29; y GARCÍA DE HARO, R., El salario como crédito...; cit., págs. 289 y 290

<sup>401</sup> RÍOS SALMERÓN, B., “La preferencia de los...”; cit., pág. 393 y nota 31

Por otro lado, también pudieran ser aplicables los arts. 1922.1º y 1923.5º C.Civ., pero en el momento actual no cabe su aplicación, pues el privilegio refaccionario del art. 32.2 TRET excluye cualquier posibilidad de que queden bienes de este tipo<sup>402</sup>.

De cualquier forma, a nadie escapa que la aplicación de cualquiera de éstos preceptos es prácticamente nula, no sólo por lo dicho más arriba, sino también porque se circunscribe a supuestos en los que el deudor es civil, minimizando las posibilidades de que pueda acontecer.

Respecto a la regulación en la legislación mercantil (arts. 913 y 914 C.Com), debe subrayarse su cese expreso en la Disposición Derogatoria Única LC'03 (3.2º). Por ello, queremos resaltar el hecho de que la actual norma concursal contradice sin duda la dirección de las normas mercantiles originarias, pues frente a la reducción de tutela actual debe recordarse que esas normas originarias sirvieron de claro exponente para el avance en el tratamiento de los créditos laborales que posteriormente se plasmó en las normas específicas de protección del crédito salarial contenidas en la regulación laboral (LCT, LRL y ET)<sup>403</sup>.

## IV. Responsabilidad de terceros

### A. Introducción

Si bien no pueden considerarse en sentido estricto como medios de garantía, la existencia de un sistema de responsabilidad de terceros ajenos en principio a la relación laboral que une a empresario y trabajador, otorga de forma indudable una mayor protección para el trabajador en aras a la satisfacción de su crédito, por cuanto que éste se puede hacer efectivo frente al patrimonio de otro sujeto que hasta ese momento permanecía extraño<sup>404</sup>. Pensado básicamente para supuestos interpositivos (arts. 42, 43 TRET y Ley 14/1994 de ETT) o sucesorios (art. 44 TRET), también deben tenerse en cuenta otras posibilidades en las que un tercero responderá por deudas que, en principio, corresponden únicamente al empresario-contratante que adeuda los salarios.

Esta cuestión fue parcialmente tratada al hablar del deudor, subrayando ya la importancia que tiene para la legislación laboral tanto evitar que quien recibe materialmente el trabajo pueda beneficiarse de él sin que el trabajador sea retribuido por ello, como establecer mecanismos de protección que permitan satisfacer los créditos de

<sup>402</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., págs. 72 y sgs.

<sup>403</sup> JARABO CALATAYUD, A., "La prelación de créditos en el orden común"; en (AA.VV.) El salario y las garantías...; cit., págs. 382-384.

<sup>404</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L., "Las garantías del crédito"; en VALPUESTA FERNÁNDEZ (coord.) Derecho de obligaciones y contratos; Tirant lo Blanch, 1994, págs. 236 y 237; y LLANO SÁNCHEZ, M., Responsabilidad empresarial en las contrataciones y subcontratas; La Ley, 1999, págs. 216 y 217. STSJ de Aragón, de 4 de marzo de 2002 (A.L., nº 27, 2002, ref. 859).

los trabajadores. Esta importancia social del salario ha llevado a que en determinadas ocasiones se supere el formalismo de quien consta como empresario del trabajador y se traiga como co-responsable frente al crédito del trabajador a quien materialmente está recibiendo los frutos del trabajo o a quien adquiere la unidad productiva donde el trabajador presta(-ba) su trabajo. En definitiva, la normativa laboral, una vez más, atiende a la realidad material por encima de lo formal con el objeto de evitar que el trabajador se vea perjudicado por esos límites jurídico-formales<sup>405</sup>.

Por último, cuando no es posible satisfacer el crédito del trabajador ni mediante el sistema de privilegios ni tan siquiera incrementando el patrimonio con el que se debe responder, el ordenamiento prevé la existencia de un organismo ajeno por completo al trabajo prestado (FOGASA), pero que también sirve como garantía última para el pago del crédito del trabajador, aunque sólo parcialmente sea esa la finalidad de tal organismo.

Los supuestos que hemos estudiado en capítulos anteriores coincidían en que quien responde conjuntamente con el empresario-contraparte del trabajador acreedor es un tercero en el contrato de trabajo, pero que se beneficia del trabajo prestado o de la unidad productiva existente. Como hicimos notar en ese momento o bien existe un aprovechamiento del trabajo prestado por parte de quien legalmente se constituye como responsable, o bien el cambio del deudor se hace sin el consentimiento del trabajador, pese a existir una traslación del patrimonio empresarial a quien hasta ese momento fue un extraño en la relación laboral.

Analizados en otra parte de este trabajo los supuestos regulados en los arts. 42, 43 y 44 TRET, así como otros fenómenos sucesorios o en los que un tercero se beneficia del trabajo prestado (ETT), pasamos ahora a estudiar aquéllos en los que la causa que justifica la exigibilidad por parte del trabajador-acreedor responde fundamentalmente a razones de tutela de la protección crediticia y social de los acreedores y, en algún caso, a establecer un mecanismo de sanción civil para quienes de alguna forma son responsables de las conductas que originan el incumplimiento de las obligaciones salariales.

## B. Administradores sociales

La mayoría de las sociedades que actúan en nuestro país lo hacen bajo la forma de Sociedad Anónima (S.A.) o Sociedad de Responsabilidad Limitada (S.R.L.), desarrollo que hay que vincularlo en gran medida a la limitación de la responsabilidad (de los socios) y a la facilidad del abandono de la sociedad mediante la transmisión de las acciones o participaciones sociales, con los consiguientes peligros para los principios de seguridad jurídica y de justicia<sup>406</sup>. Esta situación justifica la oportunidad e interés de estudiar especialmente el régimen de responsabilidades establecido para ellas. Las normas que re-

<sup>405</sup> Es lo que algunos denominan "principio de pertenencia"; QUEPLER UNO, "Responsabilidad por contratos y salarios de tramitación" (cuestión nº 16); A.L., nº 43, 1999, c-31.

<sup>406</sup> TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, "La responsabilidad de los administradores y socios de las sociedades de capital desde la perspectiva laboral"; R.P.J. (CGPJ), nº 53, 1999, pág. 402.

gulan este tipo de sociedades establecen unos mecanismos especiales de responsabilidad de quienes son sus administradores frente a los créditos que los acreedores (*v. gr.*, trabajadores) pudieran ostentar contra la empresa en cuestión, en función de que concurren una serie de requisitos<sup>407</sup>. No se trata del mecanismo del “*levantamiento del velo jurídico*”, pues no se niega la real existencia de la sociedad, sino de traer como coresponsable de las deudas societarias a quienes son encargados de dirigir la marcha y relaciones de la empresa en el tráfico jurídico-económico, con el objeto de evitar que el beneficio de la limitación de la responsabilidad haga decaer las exigencias de una mínima diligencia por su parte<sup>408</sup>.

Procedemos a analizar supuestos en los que la normativa mercantil aplicable prevé la extensión de la responsabilidad sobre el patrimonio de quien en principio no mantiene ninguna relación contractual con quien es acreedor. Así pues, para responder frente al crédito del acreedor (crédito salarial del trabajador), éste encuentra no sólo el patrimonio de quien sería su deudor-contraparte (sociedad), sino también el de un tercero en esa relación (los administradores). Se trata esta extensión de responsabilidad de una consecuencia que entendemos lógica y necesaria ante una realidad como la actual, pues, indudablemente, la inmensa mayoría de las relaciones económicas y productivas se dan en el seno de empresas que han superado la visión del empresario como individuo titular de la empresa<sup>409</sup>. En efecto, es innegable que quienes forman parte de esos órganos de administración de las empresas tienen en la práctica un poder de decisión y disposición igual al que pudiera tener el titular de una empresa en sentido clásico<sup>410</sup>. Ante este panorama, nos parece acertada la decisión del legislador de adaptar, en la medida de lo posible, el nivel de su responsabilidad a esa amplitud material de sus facultades.

Obviamente, ello beneficia enormemente a quien como el trabajador puede ser acreedor, porque con ello se facilita la satisfacción de su crédito. Por esta razón, cobra especial interés determinar las normas que establecen un particular régimen de responsabilidad<sup>411</sup>. Conviene por ello analizar los arts. 133 a 135 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (R.D-Legislativo 1564/1989; LSA), y el art. 262.5 del mismo cuerpo legal. Por otro lado, por expresa remisión o paralelismo de los precep-

<sup>407</sup> Sobre el alcance subjetivo de la responsabilidad que recaerá sobre los administradores puede verse un resumen de la jurisprudencia, en HERNÁNDEZ MARTÍN/VILLORIA RIVERA; La responsabilidad de los administradores de sociedades; *Tecnos*, nº 148, 1999, págs. 14 y 15. Somos conscientes de que sociedad (persona jurídica) y empresa (unidad productiva) no son términos homogéneos, pero a los efectos de nuestro estudio utilizaremos indistintamente uno u otro, queriendo significar con ello lo que técnicamente es sociedad; *vid. URÍA, R.*, *Derecho Mercantil*; Marcial Pons, 1997, págs. 170 y 171.

<sup>408</sup> PEDRAJAS MORENO, A., “Personalidad jurídica y contrato de trabajo: Determinación de responsabilidades”; en (PEDRAJAS MORENO, Dir.) *Puntos críticos interdisciplinarios en las relaciones laborales*; Lex Nova, 2000, pág. 138. Sobre la diferenciación entre las acciones de responsabilidad previstas en la LSA y la doctrina judicial del “levantamiento del velo jurídico”; *cfr. TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART*, “La responsabilidad de...”; *cit.*, págs. 422 y 423.

<sup>409</sup> Así, TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, “La responsabilidad de...”; *cit.*, pág. 443.

<sup>410</sup> Respecto a estas cuestiones, así como una crítica a esta separación entre el empresario formal y el “empresario que organiza el trabajo” (administradores), *vid. DIÉGUEZ CUERVO, G.*, “Empresarios con personalidad plural”; *REDT*, nº 108, 2001, especialmente, págs. 845-848.

<sup>411</sup> Sobre la evolución legislativa en materia de responsabilidad de los administradores es especialmente interesante la STSJ de Madrid, de 14 de enero de 1998 (A.L., nº 18, 1998, ref. 727). Véase también la LC'03, en especial los arts. 48.2, 93.2.2º y 172.3.

tos de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (S.R.L.), nos remitimos también en este caso a lo señalado para las S.A., salvo que alguna especialidad tengan aquéllas (arts. 69 y 105 LSRL)<sup>412</sup>.

Por la importancia práctica que tiene y por la diversidad de posiciones judiciales al respecto, haremos específica y especial referencia a cuál sea el orden competente, toda vez que éste variará en función de cuál sea el tipo y causa de la responsabilidad de los administradores<sup>413</sup>.

## 1. Responsabilidad por daños

El art. 133 LSA impone a administradores de la sociedad un régimen de responsabilidad solidaria (entre ellos) por los daños causados a la propia sociedad, a los socios y/o a terceros (v. gr., acreedores-trabajadores), cuando los actos que aquéllos realizan en el ejercicio de sus cargos contravengan la Ley, los estatutos o la diligencia que les es exigible<sup>414</sup>. El trabajador titular de su crédito salarial puede ser perjudicado tanto si el daño causado por dichos actos afecta al patrimonio de la sociedad, reduciéndolo de tal modo que imposibilite la satisfacción de su crédito (art. 134 LSA), como si se menoscaba directamente el suyo propio (art. 135 LSA). No es extraño imaginar supuestos en los que se vean lesionados ambos patrimonios (el social y el individual), de ahí que el acreedor pueda también ejercer las acciones cumulativamente<sup>415</sup>.

Obsérvese que en el primer caso (art. 134 LSA, acción social), lo que se pretende por parte del trabajador no es tanto la petición directa para sí del crédito salarial, sino reclamar para la sociedad la reparación del daño que ésta sufrió en su patrimonio, e indirectamente, desde éste, satisfacer su crédito<sup>416</sup>. Por lo tanto, la acción no busca como cuestión principal la reclamación del crédito concreto (salarial en nuestro caso), sino el reconocimiento de la responsabilidad por parte de los administradores para reintegrar el patrimonio social.

Lo afirmado nos lleva a considerar acertada la exclusión de la competencia del orden social para conocer esta cuestión, por cuanto que, como vemos, es una materia mercantil<sup>417</sup>. En efecto, las acciones que en este caso pudieran ejercitar los trabaja-

---

<sup>412</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "La responsabilidad de los administradores y la competencia del orden jurisdiccional social"; R.L., n° 12, 2000, pág. 80.

<sup>413</sup> Frente a ello, otras sentencias no han dudado en excluir siempre y en todo caso la competencia del orden social cuando se trata de determinar la responsabilidad de los administradores; por todas, STSJ de Madrid, de 17 de junio de 1998 y comentario a la misma (RDTSS-EF, n° 187, 1998, pág. 88 y 89).

<sup>414</sup> Si los actos fueran realizados al margen de sus funciones, la responsabilidad recaería en exclusiva sobre los administradores; DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, Administradores Sociales, Altos Directivos y Socios Trabajadores: Calificación y concurrencia de relaciones profesionales, responsabilidad laboral y encuadramiento en la seguridad social; Lex Nova, 2000, págs. 162 y sgs. Sobre el alcance de la diligencia exigible y de la expresión Ley, *vid.* art. 127 LSA e *ibidem*, págs. 176 y 179.

<sup>415</sup> BROSETA PONS, M., Manual de Derecho Mercantil; Tecnos, 1994, págs. 306 y 307; en el mismo sentido, HERNÁNDEZ MARTÍN/VILLORIA RIVERA, La responsabilidad...; cit., pág. 25.

<sup>416</sup> BROSETA PONS, M., Manual de..., pág. 306; y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "La responsabilidad..."; cit., pág. 80.

<sup>417</sup> DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, Administradores Sociales, ...; cit., pág. 204

dores “no traen causa en el contrato de trabajo, sino en la conducta del administrador de la sociedad como tal, que no guarda ninguna relación con el contrato de trabajo”<sup>418</sup>. Se trata además de una responsabilidad con base en el Derecho Mercantil, cuyo efecto no es el pago de la deuda salarial de la que sea acreedor el trabajador, sino procurar resarcir el patrimonio societario dañado por los administradores<sup>419</sup>.

En otras palabras, la consecuencia legal prevista para dicho comportamiento es la responsabilidad solidaria en la que en este caso incurren los administradores, pero la acción para exigirla es subsidiaria respecto a la dirigida contra la sociedad, de ahí que los trabajadores-creedores sólo podrán utilizar esta acción social cuando “no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos” (art. 134.5 LSA)<sup>420</sup>. A tal efecto, no debe olvidarse tampoco que los privilegios salariales sólo se extienden sobre los responsables solidarios, pero no alcanza a los subsidiarios<sup>421</sup>.

En resumen, la subsidiariedad es predicable tanto por el hecho de que es preciso que la acción social no haya sido ejercitada ni por la sociedad ni por los accionistas, como porque es necesario, además del acto lesivo de los administradores, que el patrimonio social sea incapaz para satisfacer los créditos; incluso algunos autores apuntan a que será preciso que aquél acto lesivo sea el que provoque la insuficiencia patrimonial<sup>422</sup>. No compartimos esta última afirmación, toda vez que el tan repetido art. 134 LSA no conecta el comportamiento lesivo con dicha insolvencia, siendo pues “irrelevante si esta situación deriva o no del daño causado a la sociedad por los administradores (...)”<sup>423</sup>.

En cuanto a la acción individual (art. 135 LSA), debemos subrayar que tampoco en este caso la opinión es nada pacífica a la hora de determinar el orden jurisdiccional competente. En este sentido, una línea judicial que no compartimos no duda en afirmar la competencia del orden social, para lo cual se basa en que se trata de una acción directa (a diferencia de la *acción social*), para exigir solidariamente a la sociedad y a los administradores la responsabilidad derivada de la lesión de los intereses de aquellos acreedores, como consecuencia de los actos de los administradores<sup>424</sup>. En conclu-

<sup>418</sup> BODAS MARTÍN, R., “Partes de la ejecución”, en (RÍOS SALMERÓN, Dir.) Puntos críticos en ejecución de sentencias; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPG, 1999, págs. 386 (citando la doctrina judicial vigente).

<sup>419</sup> SERRANO GARCÍA, M.J., “La responsabilidad de los administradores sociales en los grupos de empresas. Orden social competente”; R.L., n° 9, 2002, pág. 54.

<sup>420</sup> URÍA, R., Derecho Mercantil...; cit., pág. 338. Sobre la diferencia entre subsidiariedad civil y procesal, véase la STS, de 21 de septiembre de 1999 (R.A. 7230), F.J. 2°; y sobre el alcance práctico de dicha subsidiariedad, GARRETA SUCH, J.M., La responsabilidad...; cit., págs. 122 y 123.

Que la responsabilidad sea solidaria no significa que sea colectiva (totalidad de los administradores), pues el propio legislador establece supuestos de exoneración de la responsabilidad cuando se acreditó la falta de culpa; GARRETA SUCH, J.M., La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades; Marcial Pons, 1991, págs. 84 y sgs.

<sup>421</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, “Garantías...; cit., pág. 346. De opinión contraria, PARENTE, F., II sistema dei privilegi...; cit., págs. 83 y 84.

<sup>422</sup> Cfr. TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, “La responsabilidad de...; cit., pág. 415.

<sup>423</sup> ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación de insolvencia”; AA.VV. (GARCÍA/ALONSO/PULGAR, Dir.) Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001; Dilex, 2002, pág. 286.

<sup>424</sup> Sobre esta polémica, véase el resumen de las diferentes razones judiciales dadas, en TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, “La responsabilidad de...; págs. 440 y sgs.

sión, afirman la competencia del orden social en estas cuestiones “ya que esta responsabilidad tiene naturaleza legal y su carácter solidario motiva su incorporación al vínculo relacional que frente al tercero (trabajador-acreedor) mantiene la sociedad”<sup>425</sup>.

Difiere, como decimos, nuestra opinión sobre este tema, y lo fundamentamos en que la cuestión objeto de la reclamación no sería tanto el crédito salarial como tal, sino una indemnización por los perjuicios ocasionados por los referidos actos de los administradores, por cuanto en este caso se trata de una responsabilidad personal del administrador –no de la sociedad– por actos de éste como órgano social que actúa en nombre de ella<sup>426</sup>, de ahí que sea imprescindible la concurrencia de culpa por parte de los administradores<sup>427</sup>. Es más, el art. 135 LSA se trata de “una norma declarativa, por cuanto la responsabilidad en ella prevista existirá aún cuando no estuviera recogida en la Ley, por aplicación de las normas sobre responsabilidad contractual o extracontractual”<sup>428</sup>. Obsérvese que el trabajador-acreedor no reclama aquí su crédito salarial, sino que simplemente ejerce una acción de indemnización por los perjuicios directamente sufridos<sup>429</sup>. El resultado de cuanto antecede es que tampoco en este caso la cuestión principal es la del crédito salarial y en consecuencia, tampoco será la jurisdicción social la competente para conocer de estos asuntos, porque, como afirmamos, en esos casos, la cuestión a dilucidar es puramente mercantil: existencia de responsabilidad, daño y la indemnización correspondiente<sup>430</sup>. Junto a ello, la jurisprudencia viene alegando como causa para excluir la competencia del orden social que las responsabilidades de los administradores “son posteriores en su declaración y constatación a lo que conforma el contenido típico del litigio laboral (...) no constituyendo por ello, el conocimiento de las pretensiones por incumplimiento de las obligaciones del cargo, en el proceso laboral, una cuestión prejudicial de la que pueda conocer (...)” el orden social<sup>431</sup>.

## 2. Responsabilidad por incumplimiento (ex art. 262.5 LSA y Disposición Transitoria 3ª.3 y 6ª.2 in fine)

De mayor interés para los trabajadores-acreedores se plantea la posibilidad abierta por el art. 262.5 LSA, que viene a establecer la responsabilidad solidaria de los administradores frente a los acreedores en los casos en los que aquéllos no cumplan debidamente con ciertas obligaciones que pesan sobre ellos. Se trata sin duda de una importantísima excepción al principio de que los administradores no responden de las obligaciones sociales, salvo cuando su actuación haya sido a título particular y no como órgano

<sup>425</sup> BODAS MARTÍN, R., “Partes de la ejecución”; cit., págs. 386 y 389-391.

<sup>426</sup> URÍA, R., Derecho Mercantil...; cit., pág. 339.

<sup>427</sup> STS, de 14 de noviembre de 2002 (RJ 9762).

<sup>428</sup> STSJ de Cataluña, de 9 de octubre de 2001 (AS 30/2002). Como señala PEDRAJAS MORENO (“Personalidad jurídica...; cit., pág. 142): “la acción individual supone una concreción específica de la regla genérica del artículo 1902 del Código Civil”.

<sup>429</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., “La responsabilidad...; cit., pág. 81. Vid. STS, de 21 de septiembre de 1999 (R.A. 7230), F.J. 3º.

<sup>430</sup> Vid. STSJ de Andalucía, de 10 de noviembre de 2000 (AS 4521). De opinión distinta, DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, Administradores Sociales...; cit., págs. 204, 206 y 207.

<sup>431</sup> STS, de 8 de mayo de 2002 (RJ 7541)

de la empresa<sup>432</sup>. Obsérvese además que la acción derivada del art. 262.5 LSA, a diferencia de la prevista en el art. 133 y 134 LSA, tiene como destinatarios exclusivos a los acreedores<sup>433</sup>.

Debe destacarse que la actualidad e importancia práctica de estos preceptos supera la de las Disposiciones Transitorias (D.T.) 3ª y 6ª, por cuanto que por el trascurso del tiempo, éstas han perdido gran parte de su virtualidad práctica. Sin embargo, sí nos pueden servir de orientación para comprender el alcance de la responsabilidad a la que alude el referido art. 262.5 LSA. En efecto, en nuestra opinión, tanto esos preceptos como las D.T. 3ª.3 y 6ª LSA responden a la misma razón de ser: sancionar a los administradores por el incumplimiento de sus obligaciones y garantizar los derechos de los acreedores<sup>434</sup>. Adviértase además que de no ser así esos artículos quedarían prácticamente sin utilidad y el espíritu que guió la LSA respecto a la extensión de la responsabilidad de los administradores devendría vacío desde que se agotaron los plazos establecidos en dichas D.T.

Respecto al art. 262.5 LSA, destacamos que se trata de un precepto que tiene como objetivo genérico sanear el mercado de empresas que carecen de una mínima entidad económica y procurar garantizar a los potenciales contratantes un mínimo de seguridad cuando realizan sus operaciones económicas con las empresas<sup>435</sup>. A tal efecto, este art. 262.5 LSA incluye una exigencia a los administradores de la Sociedad para forzarles a cumplir con sus obligaciones, so pena de que sobre ellos pese la sanción civil de hacerles responsables solidarios de las obligaciones sociales<sup>436</sup>. Es lógico pues que se les exija esa responsabilidad (solidaria) a los administradores, ya que si bien –como dijimos al principio– ellos no son beneficiarios de las contraprestaciones laborales, no es menos cierto que su incumplimiento es el causante de que terceros sigan aceptando continuar otorgando crédito o prestaciones a la sociedad (v. gr., los trabajadores), por cuanto que es a los administradores a quienes corresponde la iniciativa de gobierno de la empresa<sup>437</sup>.

<sup>432</sup> Vid. RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital; Aranzadi, 3ª ed. 1997, págs. 34 y sgs. y notas concordantes. También la STSJ de Cataluña, de 25 de abril del 2000 (A.L., nº 33, 2000, ref. 1357).

<sup>433</sup> MACHADO PLAZAS, J., Pérdida de capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales; Civitas, 1997, pág. 319.

<sup>434</sup> Vid. la STSJ de Cataluña, de 25 de abril del 2000; cit. De ahí que sean plenamente aplicables –a los casos basados en el art. 262.5 LSA– soluciones como las previstas en la STS, de 20 de septiembre de 1999 (RJ 7227).

<sup>435</sup> La disciplina del capital social se manifiesta así como elemento esencial para la tutela de los intereses afectados; al respecto, véase MACHADO PLAZAS, J., Pérdida de capital...; cit., págs. 181 y sgs. Por esa razón, creemos incorrecta la alegación del art. 133 LSA para resolver la cuestión suscitada en la STS, de 23 de septiembre de 2002 (RJ 7837).

<sup>436</sup> CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., “Competencia del orden social y responsabilidad de los administradores”; REDT, nº 99, 2000, pág. 138; y DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, Administradores Sociales, ...; cit., pág. 191. Sobre la discusión inicial relativa a la naturaleza de la responsabilidad, vid. HERNÁNDEZ MARTÍN/VILLORIA RIVERA, La responsabilidad...; cit., págs. 18-20.

<sup>437</sup> VICENT CHULIÁ, F., Prólogo, en RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad...; cit., pág. 16; GARRETA SUCH, J.M., La responsabilidad...; cit., pág. 139 y 140; y MACHADO PLAZAS, J., Pérdida de capital...; cit., pág. 315. Sin embargo, señala el TS que si pese a la inactividad de los administradores, cualquier interesado hubiera solicitado la liquidación, no se actualizará la responsabilidad de aquéllos, porque se ha cumplido lo que quiere el legislador; STS, de 24 de octubre de 2002 (RJ 9307).

Esas obligaciones a las que hace referencia el art. 262.5 LSA y que deben cumplir los administradores, consisten en convocar a la Junta de accionistas con el objeto de disolver la Sociedad (art. 260.2 LSA) por estar ésta incurso en algunas de las causas recogidas en los apartados 3º, 4º, 5º y 7º, del art. 260.1 LSA. O bien solicitar la disolución de la referida Sociedad o, en su caso, el concurso cuando concurrieran esas causas y aunque la Junta no hubiera podido celebrarse, o celebrada, se hubiera votado en contra de la disolución o el concurso sin aportar ninguna solución para superar dichas causas<sup>438</sup>.

De los motivos de disolución previstos, merecen especial atención para nosotros los recogidos en los apartados 4º y 5º del art. 260.1 LSA, debido a la tradicional actitud de los administradores de no disolver la sociedad hasta que ésta no se encuentra en una situación de insolvencia<sup>439</sup>. Obsérvese que esos apartados (al igual que los otros) no requieren de la existencia de una situación de insolvencia o crisis económica, bastando para que los administradores deban convocar la referida Junta o hacer la oportuna solicitud de disolución, que el capital social se reduzca a una cuantía inferior a la mitad<sup>440</sup>. El problema que se pretende resolver es claro: cuando una S.A. actúa en el mercado genera en los potenciales contratantes una confianza respecto a cuál sea el capital mínimo del que dispone para responder ante sus posibles deudas, de ahí que si se permite que una Sociedad que no dispone realmente de ese capital mínimo pueda operar en el mercado (art. 4 LSA: 10 millones de ptas.; art. 4 LSRL: 0'5 millones de ptas.), se estaría induciendo a un error a esos contratantes, que convendrían con quien a lo poco está cerca de no poder responder a sus deudas<sup>441</sup>. Para evitar esta situación y para que los administradores cumplan con sus cometidos (ver apartados 3º y 7º del art. 260.1 LSA), el legislador les impone el deber de cumplir con las obligaciones a las que hace referencia el art. 262.2-4 LSA, estableciendo para el caso de no hacerlo una responsabilidad solidaria –entre sí y junto con la Sociedad– respecto a las obligaciones sociales anteriores o posteriores a dicho incumplimiento<sup>442</sup>. Adviértase que el concepto “obligaciones sociales” permite incluir no sólo los créditos salariales en sentido estricto, sino cualesquiera créditos que estuviesen en poder del trabajador frente a la sociedad como consecuencia o con ocasión de la relación laboral que le une a la empresa<sup>443</sup>.

La responsabilidad *ex lege* establecida en el art. 262.5 LSA –a diferencia de la recogida en los arts. 133 y sgs. LSA– tiene un marcado carácter de sanción civil para los administradores que no cumplieron con sus obligaciones, como parece extraerse del hecho de que queden exonerados aquellos administradores que se opusieran a la decisión de no convocar la Junta o no disolver la sociedad<sup>444</sup>. Obsérvese que para im-

---

<sup>438</sup> La responsabilidad solidaria no desaparece hasta que los acuerdos sociales requeridos hayan sido debidamente inscritos, dentro del plazo, en el Registro Mercantil; STS de 6 de noviembre de 1999 (RJ 8004), F.J. 6º (aunque referida a la D.T. 3ª, consideramos plenamente aplicable a este supuesto la doctrina en ella recogida).

<sup>439</sup> DESDENTADO BONETE/DESDENTADO DAROCA, Administradores Sociales, ..., cit., pág. 194.

<sup>440</sup> Las reformas introducidas en estos preceptos como consecuencia de la Ley 22/2003, Concursal (D.F. 20º), refuerzan que no sea precisa dicha insolvencia.

<sup>441</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad...; cit., pág. 101, y STS, de 14 de noviembre de 2002 (RJ 9762).

<sup>442</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad...; cit., págs. 181-184 y 187.

<sup>443</sup> Incluyendo la indemnización por despido; STSJ de Cataluña, de 14 de enero de 2003 (AS 446).

<sup>444</sup> MACHADO PLAZAS, J., Pérdida de capital...; cit., págs. 342-344.

poner la mencionada sanción no es necesaria la concurrencia de daño, ni la actuación negligente o antijurídica del administrador, ni el nexo causal entre ambos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las acciones ex art. 133 LSA<sup>445</sup>. La sanción prevista es precisamente añadir a la responsabilidad de la Sociedad la de los propios administradores que incumplieron, que lo harán de forma solidaria (entre ellos y con la sociedad) e ilimitada (art. 1911 C.Civ)<sup>446</sup>.

Surgen dudas a la hora de determinar la naturaleza de la responsabilidad de los administradores en los casos previstos en el art. 262.5 LSA, pues mientras algunos autores la califican como fianza solidaria, por cuanto que el administrador entra como garante *ex lege* de una deuda ajena (obligación social)<sup>447</sup>; para otros estamos ante una solidaridad pura, respondiendo ambos (sociedad y administradores) indistintamente por la misma deuda, pues de lo contrario, si permitiésemos que los administradores pudieran repetir contra la sociedad lo que hubieran pagado, en la práctica lo que realmente estaríamos eliminando sería la sanción, al convertir en única responsable a la Sociedad<sup>448</sup>. Esta es, en nuestra opinión, la respuesta correcta, no sólo porque literalmente así se deduzca, sino porque de lo contrario podríamos excluir en la práctica parte de las consecuencias procesales de la solidaridad por las deudas salariales. En efecto, si lo debido no responde a la naturaleza del crédito salarial sino que la causa principal en la que se fundamenta la acción es otra, nada justifica que el orden llamado a conocer de la responsabilidad de los administradores sea el social, ya que al responder a una causa diferente, no queda dentro de las cuestiones que el orden social puede conocer (art. 2 LPL)<sup>449</sup>. Además, de sostener que estamos ante una fianza solidaria, quedarían sin utilidad práctica gran parte de los privilegios y garantías previstos por el legislador laboral, porque los privilegios salariales no recaerán sobre el fiador, ya que contra él no existe una deuda laboral<sup>450</sup>, y su responsabilidad será subsidiaria a efectos de los privilegios<sup>451</sup>.

<sup>445</sup> TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, "La responsabilidad de..."; cit., págs. 419 y 420 (también nota 61); y AA.VV., Responsabilidad de los Administradores. Levantamiento del velo; Francis Lefebvre-Dossier Práctico, 2000, págs. 117 y 118. *Vid.* también SSTS, de 19 de noviembre de 2001 (RJ 355, 2002), de 14 de noviembre de 2002 (RJ 9762), y de 4 de abril de 2003 (RJ 2772).

<sup>446</sup> GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "La responsabilidad..."; cit., pág. 81; y RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad...; cit., págs. 86 y 340. La responsabilidad les alcanza aunque no ocupen el cargo de administrador en un momento posterior; e incluso cuando ocupando el cargo posteriormente, se mantienen en el incumplimiento; ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de los administradores..."; cit., pág. 297.

<sup>447</sup> MACHADO PLAZAS, J., Pérdida de capital...; cit., págs. 357-359.

<sup>448</sup> RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad...; cit., pág. 102. Otros autores entienden que lo mismo ocurrirá en caso contrario, esto es, que la sociedad tampoco podrá repetir frente a los administradores lo que hubiera abonado al tercero que se dirigió contra ella, "pues la responsabilidad de los administradores no es sustitutiva de la responsabilidad de la sociedad, sino una garantía añadida"; ALONSO UREBA, A., "La responsabilidad de los administradores..."; cit., pág. 297. Este autor también señala otras razones para excluir la equiparación de la responsabilidad del administrador con la del fiador (*ibidem*, págs. 303 y 304).

<sup>449</sup> CAMPUZANO LAGUILLO, A.B., "Competencia del..."; cit., pág. 139; y GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B., "La responsabilidad..."; cit., págs. 81 y 82. Véase la STS, de 31 de marzo de 1999 (A.L., nº 34, 1999, ref. 1385). Contraria a la tesis que sostenemos, STSJ de Madrid, de 14 de enero de 1998 (E.F., nº 187, rec. nº 2730/1998), y otras resoluciones que menciona.

<sup>450</sup> RÍOS SALMERÓN, B., Los privilegios...; cit., pág. 288. De opinión contraria, ALTÉS TÁRREGA, J.A., Suspensión de...; cit., págs. 298 y 299.

<sup>451</sup> ÁLVAREZ DE MIRANDA, "Garantías..."; cit., pág. 346. En contra de este tipo de responsabilidad en el caso que estudiamos; RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/HUERTA VIESCA, La responsabilidad...; cit., pág. 479.

En suma, para que se pueda exigir ante el orden social la responsabilidad de los administradores derivada del art. 262.5 LSA es preciso que existiendo un crédito en poder del trabajador, concurra a su vez una de las causas de disolución previstas (en general la reducción del capital social) y los administradores incumplan su deber de convocar la referida Junta de accionistas o, en su caso, solicitar la disolución judicial o el concurso de la Sociedad<sup>452</sup>. Las razones para sostener en este caso la competencia del orden social son, por un lado, que a diferencia del supuesto regulado en el art. 133 LSA, ahora nos encontramos con una acción directa frente al administrador, por la que se le exige no ya un resarcimiento, sino más acertadamente, una responsabilidad directa por los créditos que los acreedores tuvieron frente a la sociedad<sup>453</sup>. Y por otro, que en la previsión del art. 262.5 LSA la responsabilidad del administrador no deriva necesariamente de un perjuicio o daño ocasionado por él al trabajador, a diferencia de los casos anteriores (art. 133 LSA), donde “la responsabilidad del administrador tiene siempre como presupuesto la existencia de un daño”<sup>454</sup>. Desde nuestro punto de vista, aún pudiendo estar presente ese dato (daño), no lo consideramos necesario, toda vez que en muchas ocasiones el perjuicio para los trabajadores-acreedores será el impago de sus créditos por parte de la sociedad por insuficiencia patrimonial, que no tiene por qué estar ocasionado por la conducta de los administradores

En otras palabras, en el supuesto que ahora contemplamos la causa de pedir es la misma que en la cuestión principal (laboral): reclamación de retribuciones<sup>455</sup>. Lo que el propio legislador establece es un complemento a la responsabilidad societaria, a modo de garantía (cuestión accesoria), en virtud del cual se extiende externamente la responsabilidad de los administradores<sup>456</sup>.

Frente a ello, algunos autores han querido justificar la exclusión del orden social, precisamente, en el hecho de que la responsabilidad no se desprende del contrato de trabajo –y es por ello extracontractual–, sino de una norma mercantil<sup>457</sup>. En nuestra opinión, que la responsabilidad no se derive directamente del contrato de trabajo no tiene por qué afectar al órgano competente, pues en otras ocasiones el ordenamiento ha previsto la responsabilidad de quien no es contraparte en el contrato de trabajo (v. gr., art. 42 TRET), sin que por ello se niegue la competencia del orden social.

---

<sup>452</sup> AA.VV., Responsabilidad de los...; cit., pág. 119. Igualmente, STSJ de Cataluña, de 14 de enero de 2003 (AS 446).

<sup>453</sup> Sobre todo ello, ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad de los administradores...; cit., págs. 300 y 301; y TORRES GOSÁLBEZ/SÁNCHEZ ICART, “La responsabilidad de...; cit., págs. 449-451.

<sup>454</sup> ARROYO MARTÍNEZ, I., “La responsabilidad de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada (Comentario del artículo 69 LSRL)”, (AA.VV) Estudios de Derecho Mercantil. Homenaje al Profesor Justino F. Duque; Vol. I, Universidad de Valladolid, 1998, pág. 167 y 168. Sin embargo, este autor también parece extender la exigencia de daño en el supuesto ahora examinado (*ibidem*, pág. 174).

<sup>455</sup> De opinión contraria, SERRANO GARCÍA, M.J. (“La responsabilidad de los administradores sociales en los grupos de empresas. Orden social competente”; R.L., nº 9, 2002, pág. 55), quien junto con la falta de pago, añade también “el actuar ilícito de los administradores”; y, en consecuencia, la competencia del orden civil.

<sup>456</sup> De carácter constitutivo se ha denominado al art. 262.5 LSA, respecto a la responsabilidad de los administradores, a diferencia de la prevista en el art. 135 LSA; STSJ de Cataluña, de 9 de octubre de 2001 (AS 30/2002).

<sup>457</sup> SERRANO GARCÍA, M.J., “La responsabilidad de los...; cit., págs. 54 y 55. En esta línea, como indica la STS, de 13 de abril de 1998 (E.F., nº 188, rec. nº 2925/1997.), las deudas de las que responde el administrador, al derivar de una norma mercantil, son deudas societarias y no laborales. Vid. también BODAS MARTÍN, R., “Partes de la ejecución”, en (RÍOS SALMERÓN, Dir.) Puntos críticos en ejecución de sentencias; Cuadernos de Derecho Judicial, CGPG, 1999, págs. 384 y sgs.

En todo caso, es *ininteligible* que los tribunales admitan la competencia del orden social en los casos previstos en las D.T. arriba señaladas, y no para los supuestos reconocidos en el mencionado art. 262.5 LSA, pues la razón alegada en aquéllos casos es plenamente trasladable a éstos<sup>458</sup>: la responsabilidad de los administradores es un refuerzo o garantía de los acreedores, y por tanto, una cuestión accesoria respecto a la pretensión principal, de ahí que su determinación deba corresponder a los tribunales que estén conociendo de ésta (en nuestro caso, el orden social)<sup>459</sup>. Ante lo cual no han faltado pronunciamientos que nieguen la competencia del orden social, fundándose precisamente en la diferencia existente entre los supuestos de las D.T. y los del art. 262 LSA. Las razones para que el orden social sea competente en el primero de los casos y no en el del art. 262 LSA, se basa, en opinión de esta doctrina judicial, en que en aquél la responsabilidad de los administradores ante la omisión de la conducta exigida aparecería como una cuestión determinada legalmente, mientras que la prevista en éste último artículo, precisaría de un “análisis de si el administrador debió o no proceder a realizar determinada conducta”, esto es, “para fijar esas responsabilidades es necesario un previo pronunciamiento sobre si concurren o no los supuestos que la Ley señala (...), que ha de ser realizado por los tribunales competentes en materia mercantil”<sup>460</sup>. Junto con ello, se añade que la exigencia prevista en la D.T. 3ª “constituye una garantía para quienes contrataron con la sociedad y es exigible ante los tribunales que conozcan de las deudas sociales insatisfechas”<sup>461</sup>.

Como venimos diciendo, se hace difícil compartir estos argumentos, ya no sólo porque también en el caso previsto en el art. 262.5 LSA se salvaguarda el interés de los acreedores, sino igualmente porque en el supuesto contemplado en la D.T. como el que ahora analizamos, requieren constatar previamente si el administrador cumplió o no con sus obligaciones<sup>462</sup>.

### C. Breve reseña crítica al FOGASA

Siguiendo nuestra referencia a los supuestos de responsabilidad frente a los créditos salariales por parte de un tercero ajeno en principio a la prestación laboral, nos detenemos en una de las figuras que mayor importancia tienen al respecto: el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA). Ante la insuficiencia de los medios tradicionales de protección de los créditos en general (privilegios y preferencias) y de los salariales en particular, nuestro legislador preconstitucional previó ya la creación de un organismo (tercero en la relación empresario-deudor/trabajador) que permitiese mayores posibilidades de sa-

<sup>458</sup> También, SERRANO GARCÍA, M.J., “La responsabilidad de los...”; cit., pág. 54. Una crítica a los perjuicios a la seguridad jurídica que implica el actual estado de la cuestión; SJS nº 3 de Girona, de 12 de abril de 2002 (A.L., nº 36, 2002, ref. 1123)

<sup>459</sup> BODAS MARTÍN, R., “Partes de la ejecución”; cit., págs. 387, 388 (nota 61), 389 y 391.

<sup>460</sup> STS (Sala 3ª), de 18 de marzo de 2003 (A.L., nº 29, 2003, ref. 862).

<sup>461</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 8 de noviembre de 2001 (AS 3184), y jurisprudencia en ella citada. Aunque referido a una cuestión de competencia de la TGSS, puede verse la STS (Contencioso-Administrativo), de 31 de marzo de 2003 (A.L., nº 30, 2003, ref. 874), que excluye tal competencia con base en el mismo argumento.

<sup>462</sup> A título de ejemplo, puede verse la STS de 6 de noviembre de 1999 (RJ 8004), F.J. 6º. En ella se recoge que para proceder a la exclusión de la responsabilidad prevista en la D.T. 3ª LSA es preciso comprobar que el administrador cumplió adecuadamente con sus obligaciones.

tisfacción de los créditos laborales y que, junto con ello, facilitase la conciliación de los diversos intereses que afloran ante situaciones de crisis económicas en las empresas<sup>463</sup>.

En efecto, como ya hemos visto, el régimen de privilegios establecido por el legislador laboral no garantiza al trabajador el pago de sus créditos, sino que se limita a establecer un régimen de preferencias con respecto a otros créditos que pudieran concurrir con él para su satisfacción frente al patrimonio de su empresario. Esto implica diversos problemas: en primer lugar, que el grado de satisfacción del crédito salarial dependerá del patrimonio real del que disponga su empresario-deudor, por lo que, en última instancia, los privilegios en sí no aseguran el pago. En segundo lugar, el sistema de privilegios obvia otros intereses que el trabajador tiene presentes, cual puede ser el mantenimiento de su puesto de trabajo, que en ocasiones puede verse seriamente amenazado si se procede a la liquidación de los bienes de la empresa donde presta su trabajo<sup>464</sup>. Por esta razón, la finalidad de esta técnica asegurativa pasa por sustraer (parcialmente) al crédito laboral del riesgo que para su pago implica la insuficiencia patrimonial de su deudor; esto es, opera no como una garantía indirecta sino directa del crédito<sup>465</sup>.

Finalmente, la existencia de un organismo como el FOGASA permite suavizar el conflicto social que pudiera plantearse ante el impago de los créditos laborales, por un lado, al garantizar un mínimo que evite situaciones alarmantes, y por otro, al distraer hacia sí, como tercero –pero también como entidad pública–, las reclamaciones de los trabajadores ante la insatisfacción de sus créditos, alejando del terreno estrictamente empresarial-laboral la mayoría de los conflictos que pudieran originarse por esa cuestión<sup>466</sup>. Adviértase que esta última función tiene y tendrá una mayor importancia en momentos como los que ahora acontecen, donde se ven multiplicados y acrecentados los procesos de concentración de capitales y descentralización de la actividad productiva de las empresas, de aparición y desaparición de empresas y de periodicidad cíclica de las crisis económicas, propias del sistema capitalista<sup>467</sup>.

Si a todo ello unimos el escaso peso que la ley otorga a los trabajadores en cuanto grupo de acreedores (v. gr., en el proceso concursal), obtenemos como impres-

---

<sup>463</sup> Un estudio histórico sobre el nacimiento y desarrollo de los fondos de garantía en nuestro país, en PÉREZ PÉREZ, M., La protección legal de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador; Bosch, 1980, págs. 92 y sgs. Téngase en cuenta, a efectos de la creación y regulación del FOGASA, los compromisos internacionales asumidos mediante la Directiva Comunitaria 80/987 y el Convenio OIT n.º 173 (y la Recomendación 180/1992). Sobre este último y su relación con la Directiva Comunitaria, puede verse BARBONI/FURLANI, Tutela dei crediti da lavoro e attuazione del diritto comunitario; Cedam, 1996, págs. 109 y sgs.

<sup>464</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración y análisis de su régimen jurídico sustantivo; Comares, 2000, págs. 26 y 27.

<sup>465</sup> ROMEI, R., "Le garanzie dei crediti dei lavoratori subordinati", AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. I, Jovene editore, 1994, pág. 286.

<sup>466</sup> PÉREZ PÉREZ, M., La protección...; cit., págs. 116 y 117; y SOUWEINE, C., Les créances...; cit., págs. 249 y 428. Como ejemplo claro puede verse la actuación del FOGASA en el asunto SINTEL, en el que aquél respaldará el pago del crédito concedido por el BBV (2.500 millones de pesetas) para hacer frente a los atrasos salariales adeudados.

<sup>467</sup> Cfr. RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 33 y 34. Se descubre en este caso una vez más "la verdadera función de esta rama del ordenamiento y el carácter unilateralmente tuitivo aparece más como un falso mito, reencontrándonos con la otra gran función originaria (...) del Derecho del Trabajo: la viabilidad del propio sistema económico a través de la integración y encauzamiento del conflicto social que le es connatural", FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., Configuración jurídica del salario; Comares, 2001, págs. 17 y 18. Sobre el carácter cíclico del sistema de producción capitalista, vid. MARX, C., El capital, I; Fondo de Cultura Económica, 1986, págs. 376, 378 y 535 y sgs.

cindible la existencia de ese Fondo que, al menos en parte, garantice a los trabajadores su posición crediticia. Así pues, es innegable la utilidad práctica del FOGASA, toda vez que se muestra como el mecanismo idóneo para satisfacer los créditos adeudados, ya que aleja del patrimonio del empresario-deudor el medio de pago de las deudas laborales que éste tiene<sup>468</sup>. Esto permite sin duda, que el trabajador pueda recibir en todo o en parte lo que se le adeuda, sin que con ello se tenga que proceder a la liquidación inmediata de la empresa<sup>469</sup>.

Sin embargo, y antes de entrar en un estudio más pormenorizado de algunas cuestiones sobre el FOGASA, sí queremos manifestar nuestro convencimiento de que este tipo de organismos no puede llevarnos a desdeñar la posición acreedora del trabajador, aunque sólo sea por el hecho de que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal no mejora la posición grupal de los trabajadores, atendiendo casi en exclusiva a quienes son acreedores (individuales). Por estas razones, debe reconsiderarse la importancia crediticia que tienen los trabajadores como colectivo, con el objeto de posibilitar que éstos puedan intervenir en los proyectos de reestructuración y reorganización de las empresas en crisis, y no, como hasta ahora se hace, que queden relegados a meros sujetos pasivos, simples observadores que nada o muy poco tienen que aportar a ese proyecto, salvo, eso sí, parte de sus créditos y de sus condiciones de trabajo (cuando no su empleo) en función de las decisiones adoptadas o fuertemente condicionadas por quienes en general no tienen por qué tener un interés tan directo en el mantenimiento de la empresa como el que presentan los trabajadores (grandes acreedores, empresas financieras, técnicos no vinculados a la empresa, etc.).

## 1. Naturaleza jurídica del Fondo

Se trata de una cuestión ampliamente debatida por quienes han pretendido un acercamiento a esta figura. Resumiendo brevemente las posturas dominantes debe señalarse, por un lado, que no nos encontramos ante un supuesto de prestaciones de Seguridad Social, pues no se trata de uno de los riesgos o estados de necesidad cubiertos por ésta<sup>470</sup>. Sin duda alguna, es más acertado considerar que estamos ante una modalidad o alternativa de protección de los créditos de los trabajadores y de ayuda a las empresas, cuyos objetivos esenciales son procurar que los trabajadores puedan recuperar los créditos laborales que se le adeudan, al menos parcialmente, y prevenir o evitar que las ejecuciones iniciadas para el cobro de las deudas que soporta la empresa (laborales en nuestro caso) pueda repercutir en una liquidación o desaparición sin más de ésta. Y en relación con ello, el Fondo también pretende descargar a algunas empresas (de menos de 25 trabajadores) de parte de los costes laborales adeudados, con el objeto de faci-

<sup>468</sup> ROMEI, R., "La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali"; GDLRI, nº 34, 1987-2, pág. 325.

<sup>469</sup> En otros países de nuestro entorno se han previsto, además de un Fondo de Garantía, otros organismos –como la "Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria"– que pretenden también salvaguardar el empleo, amortiguar las tensiones sociales producidas en las empresas por reducciones drásticas de personal y facilitar la reconversión y reorganización de empresas en crisis; si bien sus resultados son muy criticados, cfr. GALANTINO, L., *Diritto di Lavoro*; Ed. G. Giappichelli, 1998, págs. 569 y sgs.

<sup>470</sup> Sobre las razones para excluir el FOGASA del sistema de Seguridad Social, *vid.* GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., págs. 64 y 65; y RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., págs. 113-115.

litar su recuperación financiera o simplemente, de abaratar los costes del despido, por cuanto que el Fondo no va tener en cuenta en su actuación la situación económica de aquéllas<sup>471</sup>.

Todos estos objetivos y funciones, efecto de las continuas reformas normativas del FOGASA, complican, sin duda, la delimitación de cuál sea su naturaleza jurídica<sup>472</sup>. Las opiniones que se han mantenido llevaban a la mayoría de la doctrina a sostener el carácter de seguro, por un lado, o el de fianza, por otro. Esta última parece ser la opinión más aceptada hoy día, descartando la primera debido, entre otras razones, a la desconexión entre cotizaciones y prestaciones-protección<sup>473</sup>. En efecto, a diferencia de lo que pudiera ser la prima con respecto a la cotización, para que el FOGASA intervenga no es necesario la existencia de una previa cotización, ni al contrario; esto es, que tampoco todos los que cotizan por el Fondo están asegurando un riesgo que realmente pueda acontecerles, y por ello, no llegarán a necesitar de su prestación-protección (v. gr., la Administración Pública)<sup>474</sup>. En segundo lugar, el carácter indemnizatorio que expresa la prestación obtenida por el mecanismo de seguro se casa mal con la naturaleza salarial de la cuantía percibida por el trabajador del FOGASA, pues éste no se obliga a reparar al trabajador el daño que le produce el incumplimiento e insolvencia de su empresario, sino a procurar de forma subsidiaria el cumplimiento de la obligación insatisfecha<sup>475</sup>.

Por lo tanto, para determinar la naturaleza jurídica del FOGASA debemos distinguir –para evitar equívocos–, entre, uno, cuáles son las funciones y los hechos cubiertos por las prestaciones que otorga el Fondo y, otro, el sistema de financiación y en relación con éste, quiénes están obligados a cotizar –que no tiene por qué determinar su naturaleza–<sup>476</sup>. Entre uno (situaciones por las que responde) y otro extremo (obligación de cotizar) no existe una relación directa, como ocurriría en el caso de la figura del seguro, pues como decimos, no existe conexión necesaria entre el pago de la cuota (prima en el seguro) y la obligación de prestar la garantía, de forma que aún faltando aquélla, debe actualizarse ésta cuando se da el supuesto de hecho previsto. En resumen, que la determinación de cuál sea la naturaleza de este Fondo habrá que buscarla en relación con las funciones que se le asignan.

<sup>471</sup> MARTÍN VALVERDE, A., "Prólogo", en GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., pág. 16.

<sup>472</sup> GARCÍA MURCIA, J., "Responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial y aplicación en el tiempo de las normas laborales"; R.L., 1990-II, pág. 400.

<sup>473</sup> ROMERO BUSTILLO, S., "El FO.GA.SA.: puntos críticos"; A.L., 1994-I, pág. 22. Sobre el cambio en su consideración como seguro de salarios, puede verse la opinión del profesor GARCÍA MURCIA en Temas para el Debate. "La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial"; T.L., nº 3, 1985, pág. 76.

<sup>474</sup> GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., págs. 62 y 63.

<sup>475</sup> Sobre las notas que diferencian el seguro (de crédito) y la fianza, *vid.* GUILARTE ZAPATERO, V. en (ALBALADEJO, Dir.) Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T XXIII, EDERSA, 1980, págs. 41-43.

<sup>476</sup> Esta obligación recae esencialmente en los empleadores de trabajadores por cuenta ajena –excluidos los de trabajadores del servicio del hogar doméstico–, respondiendo así a la exigencia que se deduce de la normativa Internacional al respecto (*vid.* Directiva 80/987 y Convenio OIT nº 173). Aunque debe precisarse que ésta no exige que sean exclusivamente los empleadores, permitiéndose incluso el pago por parte de los trabajadores –v. gr. los representantes de comercio, art. 12.2 R.D. 505/1985–, siempre que no sean éstos en exclusiva quienes soporten el mantenimiento del Fondo. Sin embargo, en otros países de nuestro entorno, el mayor peso en el sostenimiento financiero de dichos Fondos corresponde al Estado; lo cual no está exento de crítica, cfr. SANTORO PASSARELLI, F., "Assicurazione obbligatoria dei crediti di lavoro l'insolvenza dell'imprenditore"; en (AA.VV.) Problemi attuali dell'impresa in crisi, Cedam, 1981, págs. 257 y 258.

Configurar el Fondo como una fianza se basa esencial y exclusivamente en su aspecto de responsable subsidiario por ciertas deudas laborales debidas por el empresario-deudor (salarios e indemnizaciones por extinción). Sin embargo, y a pesar de que en ese caso existan elementos en común, no pueden obviarse ciertas diferencias notables que impiden, a nuestro modo de ver, la asimilación de la actuación del Fondo a la figura de la fianza.

Ciertamente, el problema se plantea porque el régimen de la fianza no puede explicar las funciones del Fondo previstas en el art. 33.8 TRET, o en el art. 51.11 TRET, así como tampoco las previstas en las normas procesales, (especialmente en el art. 275 LPL), porque en ninguna de ellas el pago del FOGASA tiene por qué estar necesariamente vinculado a una insuficiencia patrimonial del empresario-deudor. Adviértase que estas funciones tienen una innegable importancia cuantitativa en los pagos hechos por el Fondo, amén de un indiscutible interés general para la economía de nuestro país<sup>477</sup>.

En este orden de cosas, debe indicarse que de las funciones que asume el Fondo se infiere que lo que se pretende no es sólo la protección de los trabajadores (créditos y empleo), sino que progresivamente se sitúa como objetivo general el mantener y proteger un determinado modelo económico o de producción (capitalista)<sup>478</sup>. De lo dicho cabe extraer unas primeras consecuencias: por un lado, que la regulación y el beneficio de este tipo de Fondos –por cuanto evitan a las empresas y al resto de acreedores la carga de los créditos laborales–, parecen manifestar esa tendencia ya no tanto a proteger a los créditos de los trabajadores, como a garantizar el mantenimiento del mercado<sup>479</sup>. Y por otro, que no se procura tanto la protección de los empresarios concretos que incurren o pueden incurrir en los riesgos que ese modelo conlleva, como disminuir los costes sociales y económicos de dicho sistema económico, utilizando para ello un Fondo público<sup>480</sup>. En definitiva, se pretende también algo así como socializar las pérdidas empresariales<sup>481</sup>. De esta forma, se justifica que contribuyan al sostenimiento del Fondo todos aquellos que empleen trabajadores por cuenta ajena, ya que todos ellos de alguna forma participan de ese modelo que se pretende salvaguardar; a la vez que con ello se consigue explicar que los créditos de los trabajadores cuyos em-

<sup>477</sup> El valor de esas ayudas a las pequeñas empresas para reducir los costes del despido se mantiene entorno al 12% del total de los créditos abonados por el FOGASA o entre el 20-25% del total que suponen las indemnizaciones. La importancia de esta cifra es mayor si tenemos en cuenta que son menores los supuestos de extinción sufragados por el sistema establecido en el art. 33.8 TRET que los del art. 33.2 TRET (Fuente: MTAS, FOGASA, 2001-2004).

<sup>478</sup> Otros autores prefieren hablar del "buen funcionamiento del mercado" (GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., pág. 57), confundiendo sistema capitalista con libre mercado. Autores como ROJO AJURIA, L. («Leasing»...; cit., pág. 282) defienden la importancia del FOGASA por cuanto permite que no se afecte a otros títulos y medios de protección de ciertos créditos.

<sup>479</sup> Cfr. SANTORO PASSARELLI, F., «Assicurazione...»; cit., pág. 257. También parece clara esa finalidad en la legislación comunitaria; BARBONI/FURLANI, *Tutela dei crediti...*; cit., págs. 4, 5, 105, 107 y 125.

<sup>480</sup> Sobre el riesgo como elemento esencial de lo que algunos llaman la economía de la segunda modernidad y sus consecuencias en el mundo del trabajo; ULRICH BECK, *Un nuevo mundo feliz, la precariedad del trabajo en la era de la globalización*; Paidós, 2000, págs. 78 y sgs.

<sup>481</sup> GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo de Garantía Salarial*; IELSS, 1983, pág. 44. Algunos autores han señalado la socialización de los riesgos empresariales como una de las características de las sociedades de capitalismo avanzado; NARVÁEZ BERMEJO, M.A., «Puntos críticos...»; cit., pág. 249.

presarios no hayan contribuido con sus cuotas al Fondo puedan y deban ser también protegidos, pues, en definitiva, no se está protegiendo al empresario particular, sino a este modelo económico y a los riesgos que implica<sup>482</sup>.

Valga como prueba de lo que estamos sosteniendo los siguientes ejemplos. Por un lado, los representantes de comercio. En efecto, adviértase que, pese a que el art. 12.2 RD 505/1985 le impone al propio representante el pago de las cuotas, el incumplimiento de su obligación de cotizar no debe suponerle la pérdida del derecho a las prestaciones del Fondo, pues, como indicamos, la Ley no condiciona éstas al previo pago de las cuotas; y ello sin perjuicio de que el Fondo pueda reclamarle al representante las cantidades adeudadas con los intereses y demás costes<sup>483</sup>.

Y por otro, la exclusión como sujetos protegidos de los empleados al servicio del hogar familiar. En efecto, más allá de otras razones, creemos que la causa de su exclusión está precisamente en este último objetivo del FOGASA, el cual no casa bien con este tipo de trabajos, en cuanto que en ellos no está presente el objeto de su protección; este es, asegurar la responsabilidad de las empresas respecto a sus trabajadores como consecuencia de los riesgos inherentes al sistema económico que se pretende proteger<sup>484</sup>. Creemos que ésta es la razón principal de dicha exclusión y no, como han alegado otros autores, que lo contrario supondría gravar con exceso a las familias, o que con ello se impide una importante posibilidad de fraude al Fondo, porque al basarse esta relación en la mutua confianza, podría darse entre las partes una "manipulación normativa para lucrar indebidamente las prestaciones de garantía salarial", lo que sería difícil de probar debido al lugar donde se presta el trabajo<sup>485</sup>. Ciertamente, y en contra de estas razones, pensamos que para impedir esos *males* se podría haber dispensado el pago de la cuota o haberla reducido, amén de que esas manipulaciones pueden darse también (y sobre todo) en las pymes, o que frente a ellas se podría haber adoptado medidas como la limitación en el *quantum* al que se tiene derecho<sup>486</sup>.

En conclusión, los cambios normativos en la regulación y funciones del FOGASA van progresivamente manifestando ese mayor peso de la idea de que el Fondo sirve al sostenimiento y fomento del modelo de producción capitalista y a reducir las consecuencias originadas por los riesgos que implica ese sistema<sup>487</sup>. El FOGASA permitiría así, tanto reducir los riesgos de crisis económica de las empresas (impago de haberes laborales, paz social, etc.), como apoyar a las empresas para facilitar su reestruc-

<sup>482</sup> Recogiendo la afirmación referida al AGS en Francia, diríamos que ésta (al igual que el FGS) "*n'est pas une compagnie d'assurance mais qu'elle est l'expression de la solidarité des employeurs, formidable et efficace outil de paix sociale (...)*"; METEYÉ, T., "Garantie AGS: justqu'ou peut-on aller trop loin?"; D.S., n° 11, 2002, pág. 973.

<sup>483</sup> Cfr. ROQUETA BUJ, R., Los beneficiarios de las prestaciones del F.O.G.A.S.A.; Tirant lo Blanch (Monografías, n° 138), 2000, págs. 274 y 275.

<sup>484</sup> QUESADA SEGURA, R., El contrato de servicio doméstico; La Ley, 1991, pág. 163.

<sup>485</sup> Sobre esas razones, *vid.* ROQUETA BUJ, R., Los beneficiarios...; cit., pág. 112; y RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., pág. 210.

<sup>486</sup> Además, no pasamos por alto que su inclusión hubiera podido servir para que aflorase la inmensa cantidad de fraude que se da en este tipo de trabajo.

*Vid.* un ejemplo de tales manipulaciones en la STS de Madrid, de 1 de octubre de 2002 (A.L., n° 10, 2003, ref. A40).

<sup>487</sup> RAMOS TORRES, M., La actividad procesal del Fondo de Garantía Salarial; Tirant lo Blanch, n° 92, 1999, pág. 56 y 57.

turación y mejor implantación en el mercado y, a su vez, evitarles tener que soportar ciertos costes que acontecieran en un determinado momento y que pudieran afectar a su viabilidad económica o a su posición en el mercado (v. gr., indemnizaciones por despidos colectivos derivados de fuerza mayor)<sup>488</sup>.

Junto a esa función, o mejor dicho, como consecuencia de ella, también se puede explicar la de protección del trabajador, bien indirectamente –derivada de las anteriores–, mediante el pago de los créditos salariales adeudados por las empresas para evitar tensiones sociales, liquidación de empresas, etc.; bien mediante la salvaguarda del empleo. En referencia a ésta última, puede observarse lo preceptuado en el art. 275 LPL, que permite prescindir incluso de la situación de insolvencia exigida en el art. 33.6 TRET, y conlleva que el propio Fondo, ante la posibilidad de que para la satisfacción de los créditos laborales sean embargados bienes de la empresa afectos al proceso productivo y ello redunde en la extinción de las relaciones laborales subsistentes, pueda solicitar la suspensión de dichas ejecuciones y la declaración de insolvencia de la empresa “a los solos efectos del reconocimiento de las prestaciones de garantía salarial”<sup>489</sup>. En este caso, el FOGASA no busca principalmente la tutela de los créditos laborales, ni actúa como garante de dichos créditos, toda vez que estos pueden satisfacerse con el patrimonio empresarial, aunque, eso sí, a costa del cese en sus empleos. En efecto, como vemos, lo que se pretende es salvar esencialmente el empleo mediante, eso sí, el mantenimiento de los bienes afectos al proceso productivo, o en definitiva, de la empresa empleadora<sup>490</sup>.

Por lo tanto, las funciones son diversas y desde luego, superan las de mero fiador por los créditos impagados. En este sentido y para determinar la naturaleza jurídica del FOGASA, podemos comparar a éste con otros organismos que también arbitran fondos de garantía ante ciertas actividades que originan un riesgo, además de realizar otras funciones distintas a ésta, como es el caso del Consorcio de Compensación de Seguros<sup>491</sup>.

En las líneas que siguen pretendemos analizar aquellos aspectos del FOGASA que nos parecen más interesantes, entre ellos, queremos defender la no equiparación entre dicho Fondo y la figura de la fianza.

<sup>488</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 5-7, 60 y 61. Debe indicarse, sin embargo, la reducida importancia cuantitativa que para el FOGASA tiene este último suceso, pues lo abonado por el en el año 2000 no alcanzó ni tan siquiera los 18'5 millones de pesetas; si bien también es cierto que en ocasiones ha superado la centena. Esta cifra continúa descendiendo, hasta situarse incluso por debajo del millón en el último año (Fuente: MTAS, FOGASA, 2001-2004).

<sup>489</sup> Es lo que ha venido a denominarse insolvencia “técnica” o “ficticia”; GONZÁLEZ PILLADO, E., “La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral”; AS, 1996-IV, págs. 2958 y 2959.

<sup>490</sup> RAMOS TORRES, M., La actividad procesal...; cit., pág. 97. En el Derecho francés algunos autores criticaron en su momento que el AGS interviniera en casos similares, pues conforme a su configuración originaria, esto suponía hacer de él “un organisme de financement de la continuation de l'exploitation, ce qui n'est pas sa vocation”; SAINT-ALARY-HOUIN, C., “L'efficacité des sûretés garantissant les créances salariales”; D.S., nº 12, 1987, pág. 846.

<sup>491</sup> SANTORO PASSARELLI, F., “Assicurazione...; cit., pág. 259.

## 2. Régimen jurídico

Sin ánimo de agotar todos los extremos de la regulación del FOGASA –por cuanto no forma parte del objeto específico de nuestro trabajo–, sí queremos hacer ciertas observaciones sobre algunos puntos que nos parecen de interés, ya porque sean las cuestiones que más reiteradamente aparecen planteadas ante nuestros tribunales, ya porque se trate de aquéllas donde aún hoy existe disparidad de criterios. Para resolver esas cuestiones, y partiendo de que el objetivo esencial de la acción dispensada por el FOGASA pretende la protección de la economía en general –producción capitalista basada en el empleo masivo de trabajadores por cuenta ajena–, distinguiremos aquellos supuestos en los que su intervención pretende esencialmente la protección del trabajador, bien como acreedor, bien como titular de un empleo, y por otro lado, aquellos otros en los que las prestaciones buscan financiar o ayudar a las empresas, de ahí que no se les exija una situación económica crítica para que el FOGASA abone los créditos laborales adeudados.

### a. Protección de los créditos de los trabajadores: crisis empresariales

Como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la actuación del FOGASA ha sido reiteradamente asimilada en cuanto deudor subsidiario a la de un fiador, porque coinciden en este punto en los siguientes aspectos<sup>492</sup>:

Primero: La obligación de pago del FOGASA es accesoria, en cuanto que acompaña y precisa de la existencia de una obligación principal (la del empresario-deudor), nacida de otra relación diferente a la que hace surgir la obligación del fiador (FOGASA)<sup>493</sup>. No empece esta idea el hecho de que en nuestro caso se trate de una garantía por una obligación futura, esto es, que la obligación por la que responderá el fiador no haya nacido aún al constituirse la fianza (*v. gr.*, cuando se inicia la relación laboral). Ciertamente, este hecho no impediría hablar de fianza por cuanto que conforme al art. 1825 C.Civ. siempre es posible la fianza si son conocidas las partes entre las que surgirá dicha obligación principal (empresario y trabajador) y la extensión de la responsabilidad del fiador (FOGASA) se encuentra delimitada por criterios que asegurarán que no abone una cuantía mayor que la que le correspondería al deudor principal (art. 1826 C.Civ.)<sup>494</sup>.

Segundo, la responsabilidad es subsidiaria respecto de la del deudor principal, de tal forma que el Fondo responde únicamente cuando exista un previo incumplimiento de aquél<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> STS, de 24 de abril del 2001 (A.L., nº 39, 2001, ref. 1455). Véase también, RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial. Aspectos prácticos; Comares, 2000, págs. 9 y sgs.

<sup>493</sup> Sobre las accesories, véase REYES LÓPEZ, M.J., Fianza y nuevas...; cit., págs. 132-135.

<sup>494</sup> Al respecto, GUILIARTE ZAPATERO, V., "De la naturaleza y extensión de la fianza. Artículo 1825"; en (ALBALADEJO, Dir.) Comentarios...; cit., pág. 86.

<sup>495</sup> CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesories y contrato de garantía; La Ley, 1992, pág. 77.

Tercero: Además de esa accesoriedad y subsidiariedad, el Fondo puede ejercer lo que en la fianza sería el beneficio de excusión (art. 1830 C.Civ.), en virtud del cual puede negarse a pagar, pese al incumplimiento del deudor principal, hasta que el trabajador-creedor que pretenda el cobro haya intentado sin éxito la ejecución forzosa del deudor; esto es, mientras que “el crédito pueda hacerse normalmente efectivo sobre el patrimonio del deudor”. Esto implica, en el orden civil, que al fiador que se oponga al pago reclamado por el acreedor no le bastará con alegar ese beneficio, sino que deberá señalar de forma cierta y determinada los bienes del deudor principal con los que aquél pueda hacer efectivo su crédito<sup>496</sup>. A esta finalidad podría entenderse que sirven los arts. 23 y 274 LPL, por cuanto a través de esa intervención procesal, el FOGASA podrá tener conocimiento de los bienes y derechos de los que el deudor principal dispone, a efectos de negarse posteriormente al pago de lo que se le reclame<sup>497</sup>.

Cuarto, el FOGASA, como cualquier fiador, puede oponer al trabajador-creedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda (prescripción, nulidad, etc.), pero no las puramente personales del deudor principal (art. 1853 C.Civ.) y con independencia de que éste hubiera hecho uso de ellas<sup>498</sup>.

Por último, el Fondo se subroga en los créditos pagados a los trabajadores, con el objeto de cobrárselos al empresario-deudor en cuyo lugar se pagaron (art. 1839 C.Civ.).

No obstante, como sosteníamos anteriormente, existen algunas diferencias que, a nuestro modo de ver, impiden una similitud entre ambas figuras y en consecuencia, la aplicación analógica sin más del régimen jurídico de la fianza<sup>499</sup>. En efecto, la obligación de que el FOGASA pague dichos créditos nace de una imposición *ex lege* y no de un contrato (de fianza)<sup>500</sup>. No puede afirmarse que estemos ante una fianza legal, pues ésta hace referencia no al nacimiento de la obligación del fiador por imposición de la ley, sino a la exigencia legal de que la deuda se afiance, pero, en todo caso, el fiador tiene que prestar su consentimiento en obligarse. Es decir, en nuestro caso la ley impone la obligación al FOGASA de pagar los créditos adeudados, que es diferente a lo que previene el art. 1823.1 C.Civ., esto es, que se afiance una deuda, siendo el título que obliga al fiador no la exigencia legal sino su contrato de fianza<sup>501</sup>.

Por último, de considerarse que estamos ante una fianza, el pago recibido por el trabajador no respondería a la naturaleza de crédito salarial, sino que el Fondo, aunque pague subsidiariamente, lo hace en cumplimiento de una obligación propia y

<sup>496</sup> GUILIARTE ZAPATERO, V., “Artículo 1825”; cit., pág. 127 (citando a DÍEZ PICAZO) y 128.

<sup>497</sup> Véase además el art. 79 LPL.

<sup>498</sup> GUILIARTE ZAPATERO, V., “Artículo 1825”; cit., pág. 341 y 342.

<sup>499</sup> En similares términos, SSTS, de 22 de abril de 2002 (A.L., nº 31, 2002, ref. 1011), y de 22 de octubre de 2002 (RJ 1904): “El FOGASA no puede ser identificado con el fiador definido en el art. 1822 del Código Civil”.

<sup>500</sup> “Como resulta unánimemente reconocido, la fianza dentro del sistema de CC es un contrato”; CARRASCO PEREIRA, A., Fianza, accesoriedad...; cit., pág. 65.

<sup>501</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos...; cit., T. II, vol. 2º, pág. 592. Recuérdese la desconexión entre el pago de la cuota y el derecho a la prestación dispensada por el Fondo.

diferente de la del empresario<sup>502</sup>. En definitiva, éste responde por una obligación distinta a la que une acreedor (trabajador) y deudor principal (empresario-contraparte), pues es distinta la causa (una por el trabajo prestado, otra por garantizar una deuda ajena), y en consecuencia, también la naturaleza jurídica del crédito que se percibe<sup>503</sup>. De lo que se deduce que ese pago recibido por el trabajador no podría beneficiarse de la protección dispensada al crédito salarial, como pudiera ser la inembargabilidad parcial<sup>504</sup>.

Por esta razón consideramos al Fondo no como un fiador en sentido estricto, sino como un mero deudor (público) subsidiario *ex lege* que responde por la misma deuda que el empresario-deudor<sup>505</sup>; al igual que ocurre con el mencionado Consorcio de Compensación de Seguros, que se reconoce como un mero responsable subsidiario. La equiparación entre ambos se extrae de los rasgos que caracterizan a ambos: es un organismo autónomo de carácter público (actualmente constituye una Entidad Estatal de Derecho Público), con personalidad jurídica y capacidad propias, aunque dependiente de la Administración estatal (Ministerio de Economía y Hacienda), debiéndose destacar que en sus orígenes se contemplaba como un fondo de garantía ante ciertos riesgos<sup>506</sup>. También existen similitudes en el fundamento de la responsabilidad por parte de estos Fondos, cual es evitar que un tercero se vea perjudicado como consecuencia de un riesgo generado por otro; en nuestro caso, procurar que el trabajador no se vea desamparado ante las consecuencias que origina el riesgo empresarial. Por último, el Consorcio se presenta como “un sistema público que generalmente interviene de modo subsidiario (...)”, aunque –al igual que ocurre con el FOGASA– también se prevé su responsabilidad directa en ciertos casos<sup>507</sup>.

Ahondando en esta idea, y como razón de esa imposibilidad de aplicación analógica de las reglas de la fianza, creo conveniente recordar que no debe confundirse título con modo, pues mientras que fianza es el título que justifica la obligación, es decir, es en sí “un tipo de obligación caracterizada por su objeto (cumplir por un deudor principal)”, la subsidiariedad “no es una obligación, sino un modo de obligarse”<sup>508</sup>. Por lo tanto, lo que el art. 33 TRET está estableciendo es simplemente un orden, en vir-

<sup>502</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., La responsabilidad empresarial frente al personal de las Empresas de Trabajo Temporal; La Ley, 2001, págs. 72-74; y MARTÍNEZ LÓPEZ, E., “La ejecución forzosa en la jurisprudencia social frente a deudas que no nacen de la relación laboral: el avalista solidario”; A.S. (Presentaciones, 70), 1999, pág. 51.

<sup>503</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. en (ALBALADEJO, Dir.) Comentarios...; cit., págs. 7-9; y REYES LÓPEZ, M.J., Fianza y nuevas modalidades de garantía; Editorial General de Derecho, S.L., 1996, págs. 32, 36, 52 y 54. De opinión contraria, RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 314 y 315. Debe señalarse que en Italia algunos autores entienden que la naturaleza de la prestación pagada por el Fondo de Garantía lo es en concepto de indemnización o subsidio; cfr. BARBONI/FURLANI, Tutela dei crediti...; cit., págs. 70 y 71.

<sup>504</sup> De asimilarse a la fianza, la única forma de garantizar la tutela mediante la inembargabilidad parcial sería considerar que ese pago queda incluido dentro del término “o su equivalente”, al que hace referencia el art. 607 LEC; si bien debe además añadirse que en el párrafo 2º (inembargabilidad progresiva) del precepto ritual no se contiene ese término.

<sup>505</sup> ESPOSITO, M., “I trattamenti di fine rapporto”, AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. II, Jovene editore, 1994, pág. 177.

<sup>506</sup> Al respecto, SOTO VÁZQUEZ, R., “El consorcio de compensación de seguros”; en (MARTÍ SÁNCHEZ, Dir.) Derecho de Seguros II; CGPJ, 1996, págs. 382, 386, 387 y 389. También, GAYO LAFUENTE/ESTELLA LÓPEZ, El Consorcio de Compensación de Seguros y la responsabilidad civil de la circulación; Comares, 1999, págs. 1 y 12.

<sup>507</sup> GAYO LAFUENTE/ESTELLA LÓPEZ, El Consorcio de...; cit., págs. 13 y 14. Sobre la intervención del Consorcio en los casos de crisis de las entidades aseguradoras y la responsabilidad directa en ellos; *ibidem*, págs. 147 y sgs. Como afirma la STS, de 22 de octubre de 2002 (RJ 1904), el FOGASA tienen carácter de asegurador público.

<sup>508</sup> CARRASCO PERERA, A., Fianza, accesoriadad...; cit., pág. 74.

tud del cual la reclamación al Fondo no puede darse simultáneamente a la del empresario-deudor, sino sucesivamente, una vez que éste no tiene bienes suficientes o idóneos para cumplir<sup>509</sup>.

### a.1. Beneficiarios<sup>510</sup>

Los beneficiarios de las prestaciones dispensadas por este Fondo son los trabajadores por cuenta ajena incluidos en la definición que aporta el art. 1.1 TRET (art. 13 RD 505/1985, de 6 de marzo), sin que sea admisible, a nuestro modo de ver, que el FOGASA en su posición de responsable subsidiario pueda abonar créditos a quienes carecen de esta característica<sup>511</sup>. Sin embargo, esta afirmación debe ser matizada tanto por su exceso, pues es posible que trabajadores en el sentido que aquí mantenemos no tengan protegidos sus créditos por el FOGASA (v. *gr.*, relación especial al servicio del hogar familiar), como por defecto (v. *gr.*, socios trabajadores de sociedades laborales, cuando concurren ciertas exigencias<sup>512</sup>).

Nos gustaría indicar nuestra disconformidad con la previsión subjetiva de beneficiarios del Fondo, pues vistas las finalidades de éste, bien cabría haber incluido a algunos de aquellos y haber excluido al personal de alta dirección (D.A. 5ª TRET) con base en las especialidades de esta relación laboral. Así ocurrió antes de la Ley 11/1994, pero hubo de cambiarse al no haber previsto nuestro país la posibilidad de su exclusión de la protección dispensada por la Directiva 80/987/CEE, relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia empresarial, y que sólo fue utilizada para los empleados domésticos<sup>513</sup>. En efecto, las singularidades que presenta la relación laboral del personal de alta dirección aconsejan su exclusión del ámbito de protección del Fondo, por cuanto que su singular posición en la empresa le permite obtener un mejor y mayor conocimiento del estado de la empresa y reclamar de su empleador algún otro mecanismo de protección de sus créditos laborales.

<sup>509</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, vol. II, Civitas, 1996, págs. 415 y 416. Sobre el carácter no necesario de la subsidiariedad en la fianza; *ibidem*, pág. 463.

<sup>510</sup> Debe señalarse que los trabajadores que prestan su trabajo en sucursales situadas en países miembros de la UE distinto a aquél donde la Sociedad tiene su domicilio social, se verán protegidos por el Fondo "del Estado en cuyo territorio ejercían su actividad por cuenta ajena"; STJCE de 16 de diciembre de 1999 (A.L., nº 9, 2000, ref. 371).

<sup>511</sup> *Vid.* STSJ de Galicia, de 29 de marzo de 2003 (A.L., nº 27, 2003, ref. 797); STSJ de Madrid, de 9 de mayo del 2000 (A.L., nº 38, 2000, ref. 1578), y STSJ del País Vasco, de 15 de octubre de 2001 (A.L., nº 5, 2002, ref. 151). No olvidemos que a estos efectos, el heredero del trabajador se equipara absolutamente a él; SOUWEINE, C., *Les créances...*; cit., págs. 285.

<sup>512</sup> *Vid.* la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 28 de febrero de 2000 (AS 3651).

<sup>513</sup> ESCOTET VÁZQUEZ, M., "Jurisprudencia reciente sobre el Fondo de Garantía Salarial"; T.S., nº 87, 1998, págs. 166 y 167. Sobre la polémica que suscitó la exclusión del personal de alta dirección, puede verse MOLERO MANGLANO, C., *El contrato de alta dirección*; Civitas, 1995, págs. 281 y sgs.

Como ha señalado el TJCE, de no reverse expresamente el supuesto excluido, no cabrá posteriormente ningún tipo de interpretación o aplicación extensiva de dicha restricción, so pena de infringir la mencionada Directiva; STJCE, de 18 de octubre de 2001, Caso "G.C./RIKSSKATTEVERKET" (A.L., nº 1, 2002, ref. 1). No obstante, algunos autores entienden que la protección dispensada al personal de alta dirección se limita a las retribuciones, excluyéndose la responsabilidad del FOGASA respecto a las indemnizaciones; GARCÍA NINET, J.I., "Sobre las modificaciones en la ordenación del salario (breves apuntes a modo de colaboración y justificación)"; T.S., nº 87, 1998, pág. 13.

En conclusión, y salvo alguna excepción mencionada, no cabe que quien no sea trabajador pueda exigir el pago al FOGASA, pero la protección se dispensa con independencia de que exista o no contrato de trabajo, pues basta con que exista una relación laboral<sup>514</sup>.

Esto plantea la pregunta de qué ocurre con los terceros que hubieran hecho el pago al trabajador y pretendan subrogarse en sus derechos. Sobre esta cuestión ya tuvimos oportunidad de pronunciarnos al referirnos a la cesión y subrogación en el crédito salarial, indicando que sólo se admitían parcialmente, así como que, en todo caso, dicha modificación subjetiva no implicaba una transmisión de los privilegios salariales. En el supuesto que ahora tratamos (FOGASA), tampoco creemos que sea posible que ese tercero subrogado en el crédito pueda exigir su abono al Fondo y ello básicamente porque si se permitiese el pago con subrogación a ese tercero se entraría en contradicción con los fines perseguidos y se desvirtuaría la razón de ser del Fondo<sup>515</sup>: Ya si lo que se pretende es asegurar y satisfacer rápidamente –y al menos parcialmente– los créditos del trabajador ante la imposibilidad de cobro con el patrimonio de la empresa, por cuanto en ese tercero no concurren los requisitos que justifican esta actuación; entre otros: crédito con una clara vocación para atender a las necesidades personales y familiares (art. 35 CE), medio esencial de vida del trabajador, situación de subordinación y dependencia, etc.<sup>516</sup>. Ya si lo que se busca es apoyar y financiar a las empresas sujetas a procesos de reorganización o afectadas por acontecimientos que pudieran incidir en su buena marcha (fuerza mayor), porque esos terceros podrían mantener de forma ficticia la actividad de una empresa en crisis, pues al no precisar de dichos cobros de forma inmediata, podrían retener su reclamación hasta el momento en que como acreedor le interese, sabiendo que, en todo caso, tendrían acceso a los pagos dispensados por el FOGASA<sup>517</sup>. Por ello, y además, se dificultaría la posibilidad de salvaguardar la continuidad de las empresas en crisis y de decidir sobre su futuro, ya que existirían muy diversos intereses y el del mantenimiento del empleo no tendría por qué estar presente en todos los titulares de créditos laborales.

Por último, y aunque como argumento menor, otros autores advierten que debe tenerse en cuenta además que en caso de cesión o subrogación, el trabajador, salvo acuerdo en contrario, es quien tiene que responder del buen fin del crédito (lo que ocurrirá en la mayoría de las ocasiones, debido a la general posición contractual débil que tiene), por lo que en definitiva, el FOGASA estaría respondiendo también ante la insolvencia del trabajador, y no tanto del empresario<sup>518</sup>.

<sup>514</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J., “La Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: su contenido y adaptaciones recientes en la legislación española”; A.L., nº 6, 2000, pág. 72. No cabe, por lo tanto, exclusiones por razón de la modalidad contractual (indefinido o temporal); STSJ de Castilla la Mancha, de 7 de mayo de 1999 (R.L., nº 17, 1999, TSJ-1417). Para un estudio más detallado sobre inclusiones y exclusiones subjetivas de los beneficiarios del FOGASA, *vid.* ROQUETA BUJ, R., Los beneficiarios...; cit., especialmente, por exceso, págs. 112 y 113, y por defecto, págs. 225 y sgs.

<sup>515</sup> MARÍN CORREA, J.M., “La naturaleza laboral de la función del Fondo de Garantía Salarial”; nota a la STSJ de Murcia, de 29 de noviembre de 1999 (A.L., nº 13, 2000, ref. 535, pág. 1322).

<sup>516</sup> Al respecto, GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., págs. 141-142. Este autor señala que quizás sí sería conveniente permitir la transmisión del crédito con derecho al cobro con cargo al FOGASA cuando se trate de “sujetos cualificados” (sindicatos, asociaciones de trabajadores, etc.).

<sup>517</sup> SOUWEINE, C., Les créances resultant...; cit., pág. 284.

<sup>518</sup> MARÍN CORREA, J.M., “La naturaleza laboral...; cit., pág. 1322.

### a.2. Hecho causante

Es la especial situación de crisis económica la que hace intervenir al FOGASA. Para responder a cuáles sean las situaciones de crisis a las que nos estamos refiriendo, el propio legislador da la respuesta en el art. 33.1 y 33.6 TRET al señalar que la intervención del FOGASA en esos casos tiene lugar cuando existen créditos laborales sin pagar a consecuencia de que la empresa-deudora se encuentre en suspensión de pagos, quiebra, concurso de acreedores o insolvencia<sup>519</sup>. Además, pese a que no se haga mención expresa en el art. 33 TRET, parece que también debe incluirse entre ellos el supuesto de empresa *desaparecida* (ex Base 8<sup>a</sup>.2 LBPL)<sup>520</sup>.

Los tres primeros nos remiten a la Ley 22/2003, Concursal (LC'03)<sup>521</sup>. Junto a ellas, se recoge el estado de insolvencia que se da, como dice el propio legislador, "cuando, instada la ejecución en la forma establecida por la Ley de Procedimiento Laboral, no se consiga satisfacción de los créditos laborales". Pero además, también puede declararse tal estado si, pese a existir bienes suficientes en la empresa para satisfacer los créditos de los trabajadores, la ejecución de éstos conllevara la extinción de las relaciones laborales subsistentes, o lo que es lo mismo, afectase a la propia continuidad de la empresa en cuanto tal (art. 275 LPL)<sup>522</sup>.

De todo ello extraemos, en primer lugar, que para que el FOGASA responda por los créditos laborales protegidos, será preciso la constatación de la insolvencia en el proceso laboral de ejecución dineraria de tales créditos garantizados (arts. 246 y sgs. LPL), resolución, por consiguiente, dictada por los órganos judiciales del orden social<sup>523</sup>. En segundo lugar, que quedan englobados tanto los supuestos de ejecución colectiva como los de una ejecución singular, cumpliéndose e incluso mejorándose de esta forma las previsiones que al respecto contiene la normativa internacional<sup>524</sup>. Por otro

<sup>519</sup> STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero del 2001 (AS 1428).

<sup>520</sup> Sobre qué se entienda por empresa desaparecida, algunos autores (CRUZ VILLALÓN, J., "El Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral"; R.L., 1993-I, págs. 389 y 390; y GONZÁLEZ PILLADO, E., "La intervención del Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral"; AS, 1996-IV, pág. 2941), se remiten al art. 59 LPL; esto es, cuando "no conste el domicilio del interesado, o se ignore su paradero". Sin embargo, a nuestro parecer es más acertado poner en conexión este supuesto con la situación contemplada en caso de responsabilidad subsidiaria y el art. 284 LPL, de forma que "el término de empresa desaparecida habrá que referirlo al cierre de la empresa y cese de su actividad" y no tanto al paradero desconocido del empresario, porque eso sería, además, confundir empresa y empresario (sobre todo ello, RAMOS TORRES, M., La actividad...; cit., págs. 35 y 36). No obstante lo dicho, debe apuntarse que el TS viene negando la prestación ante un cierre empresarial sin expediente de regulación de empleo; *vid.* SSTS de 24 de abril de 2002, y de 24 de septiembre de 2002 (A.L., n° 2, 2003, ref. 42).

<sup>521</sup> En este sentido, debe llamarse la atención sobre lo previsto en el art. 184.1, que expresa la necesidad de citar como parte al Fondo cuando del proceso pudiera derivarse su responsabilidad en orden a los créditos de los trabajadores. Con ello, se superan los problemas que la omisión al respecto en el ALC'01 podría haber originado; *cfr.* FERNÁNDEZ RUIZ, J.L., "Los créditos salariales y otras cuestiones laborales"; AA.VV., (GARCÍA/ALONSO/PULGAR, Dir.) Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001; Dilex, 2002, pág. 237.

<sup>522</sup> En diversas ocasiones el legislador pretende la tutela del empleo sobre la base o presupuesto del mantenimiento y continuidad fisiológica de la empresa; para el supuesto de transmisión de empresas, SANTORO PASSARELLI, G., "Fattispecie e interessi tutelati nel trasferimento di azienda e di ramo si azienda"; RIDL, 2003-2, parte I, pág. 199.

<sup>523</sup> RAMOS TORRES, M., La actividad...; cit., pág. 89; y GONZÁLEZ PILLADO, E., "La intervención del...; cit., págs. 2956.

<sup>524</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J., "La Directiva 80/987/CEE...; cit., pág. 79. Hecho que también se da en algunos ordenamientos cercanos al nuestro; BARBONI/FURLANI, Tutela dei crediti...; cit., págs. 51 y 52. Aunque también es cierto que en otros es preciso "*une procédure de redressement judiciaire*"; BEZIAN, B., "La garantie des créances salariales dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire: quelques décisions récentes"; D.S., n° 9/10, 1991, págs. 678 y 679.

lado, la insolvencia causante de la posible intervención del FOGASA lo es formal y no tanto económica (el ejemplo más claro ya lo hemos señalado con en el art. 275 LPL)<sup>525</sup>. Y finalmente, como cuestión básica, que la responsabilidad del FOGASA se activa con el incumplimiento del deudor y con la declaración de concurso<sup>526</sup>; esto es, para que el trabajador pueda reclamar al mencionado organismo las cuantías adeudadas requiere que concurren ambas situaciones (incumplimiento e insolvencia), que pueden ser simultáneas o no, y no simplemente que se declare la insolvencia, como mantienen algunos tribunales<sup>527</sup>, pues como acabamos de decir, ésta puede tener lugar antes o después del impago. Se trata ésta de una cuestión de gran trascendencia a efectos de la prescripción de la que ahora nos ocupamos.

### Pluralidad de responsables

Muy en relación con lo que estamos tratando es qué ocurre cuando son varios los responsables del crédito laboral del trabajador. En este caso, debemos estar a la relación existente entre las diversas responsabilidades que se puedan dar, distinguiendo los casos de responsabilidad solidaria (v. gr., arts. 42, 43 y 44 TRET) y/o subsidiaria (v. gr., art. 16.3 L. 14/1994 ETT). En opinión mantenida por el TS, no será preciso “que no exista responsable alguno de estas obligaciones (*crédito laboral*) que no haya sido declarado insolvente; (*porque*) la responsabilidad del Fondo de Garantía, no es la última instancia para el cobro de los créditos que garantiza sino una obligación establecida por la ley que ha de hacerse efectiva cuando se cumplen los requisitos por ella establecidos (...)”<sup>528</sup>. Empero, debe subrayarse que en supuestos de sucesión de empresa, parece admitirse la necesidad de que se den los requisitos exigidos por el art. 33 TRET en todos los responsables solidarios para que se pueda reclamar del Fondo<sup>529</sup>. Adviértase en este caso la contradicción que supone con las posibilidades otorgadas por el art. 5 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001, respecto a la posibilidad de que no se apliquen las garantías de conservación de derechos y responsabilidad en los casos de transmisión de empresas en crisis. En consecuencia, al no recogerse el régimen debilitado de garantías, nuestro sistema de sucesión empresarial no sólo se sitúa “extramuros de las tendencias comunitarias que reconocen (...) un subsistema que se aleja del rigor de las garantías comunes (...)”<sup>530</sup>, sino que parece exigirse un mayor rigor en los casos de sucesión de empresas que en otros en los que se prevé la responsabilidad solidaria, algo que como vemos no parece que termine de casar bien con el espíritu y finalidad de las normas comunitarias. A tal efecto, debe valorarse positivamente la previsión contenida en el art. 149.2 LC'03, aunque relativa a fase de liquidación, y que ya tuvimos oportunidad de mencionar al referirnos a la sucesión de empresa.

<sup>525</sup> STS, de 24 de diciembre de 1999 (RJ 835); y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 31 de enero de 2002 (AS 3200). Sobre el alcance de esa insolvencia, véase GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., págs. 149-151.

<sup>526</sup> SERRANO GARCÍA, M.J., “La intervención del Fondo...”; cit., págs. 52 y 53.

<sup>527</sup> Por todos, STSJ de Cataluña, de 8 de octubre de 1999 (AS 3344), y STSJ de Madrid, de 4 de julio de 2000 (AS 3893).

<sup>528</sup> STS, de 24 de diciembre de 1999 (RA 835).

<sup>529</sup> *Vid.* Nota a la STSJ del País Vasco, de 22 de septiembre de 1998 (A.L., nº 3, 1999, ref. 133, pág. 290).

<sup>530</sup> *Cfr.* ALAMEDA CASTILLO, M.T., *Extinción del contrato de trabajo e insolvencia empresarial*; CES, 2001, pág. 322.

Por otro lado, en otros ordenamientos parece haberse buscado una postura intermedia, manteniendo que el Fondo será el último responsable sólo si el resto de responsables tampoco pagara ("*la plus subsidiaire des obligations*"). Pero para evitar los perjuicios que ello pudiera ocasionar a los trabajadores, se señala que esos co-responsables de las deudas laborales deben pagarlas antes de que se agote el plazo para solicitar su abono al referido Fondo<sup>531</sup>.

Ninguna de ellas es la postura que entendemos más acertada, ya que consideramos que en el caso de obligados solidarios frente al crédito del trabajador-acreedor, éste no podrá exigir del FOGASA el pago en tanto no incumplan los restantes deudores solidarios<sup>532</sup>. A favor de esta opinión señalamos las siguientes razones:

Primero, ha de recordarse que en las obligaciones solidarias el "contenido de la prestación es tan unitario como si sólo hubiese un acreedor y un deudor"<sup>533</sup>. Así mismo, debe traerse a colación lo dispuesto en el art. 1145.3º C.Civ., que prevé que la insolvencia de uno de los deudores solidarios, será suplida por el resto.

Y segundo, al concebirse como un único obligado, extraemos que cada uno de ellos responde en calidad de responsable principal. En consecuencia, en tanto que no se dé el incumplimiento por parte de todos no estaremos ante el supuesto que hace surgir la responsabilidad del Fondo, esto es, el impago por insolvencia de los empresarios<sup>534</sup>. Así se extrae también de los propios términos empleados por el legislador a la hora de referirse a la responsabilidad del Fondo y de la propia lógica que tiene éste, por cuanto que si se ha establecido una serie de mecanismos o medidas que tienden a garantizar o facilitar al trabajador-acreedor su pago, poco sentido tiene que éste pueda dirigirse contra el responsable subsidiario exigiéndole el pago de unas deudas para las que se han señalado los responsables directos y solidarios respecto del principal<sup>535</sup>.

Diferente es el caso en que los responsables sean subsidiarios, porque entonces no será precisa su previa declaración de insolvencia ni la reclamación a éstos por parte del trabajador, pues ahora sí decaen las razones antes apuntadas<sup>536</sup>.

<sup>531</sup> SOUWEINE, C., *Les créances...*; cit., pág. 381 y 382.

<sup>532</sup> Así se deduce de la STS, de 11 de abril del 2001 (RJ 5224), como expresa GARCÍA PAREDES, M.L., "Guía de recursos de casación para unificación de doctrina"; A.L., nº 39, 2001, ref. 56, pág. 47. También, RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., pág. 218; y, del mismo autor, *La actividad procesal...*; cit., págs. 66 y 67. En contra, GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., págs. 170 y 171; y STSJ de la Comunidad Valenciana, de 31 de enero de 2002 (AS 3200).

<sup>533</sup> PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos...*; cit., T I, vol. 2º, pág. 167.

<sup>534</sup> STSJ de Murcia, de 17 de octubre de 1998 (AS 3536), referida al supuesto de grupos de empresas. Para los que entienden que estamos ante una especie de fianza, se trataría de aplicar analógicamente los arts. 1822 y 1830 C.Civ. (beneficio de excusión).

<sup>535</sup> Véanse las SSTS del País Vasco, de 16 de junio y de 24 de noviembre de 1998 (AS 3736 y A.L., nº 8, 1999, ref. 345; respectivamente). Como define GUILLERMO CABANELLAS (*voz Responsabilidad subsidiaria*, en *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*; T. VII, R-S, ed. Heliasta, 15ª ed., 1982, págs. 202 y 203), la responsabilidad subsidiaria se activa ante la insolvencia o incumplimiento de una persona o una clase de responsables, para satisfacer al acreedor de lo que no cumplieron los principales obligados. *Vid.* también, STSJ de Aragón, de 15 de febrero de 1999 (R.L., *Doctrina Social de los Tribunales Superiores de Justicia*, 1999-2).

<sup>536</sup> Esta es la razón por la que, entendemos, la jurisprudencia sostiene que en caso de sociedades colectivas de carácter personalista declaradas insolventes no será preciso esperar a que todos los socios sean también declarados insolventes (CAVAS MARTÍNEZ, F., "El Fondo de Garantía Salarial"; REDT, nº 100, pág. 711). Sobre el carácter subsidiario de la responsabilidad de estos socios en relación con la empresa; *vid.* RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, A., *Manual de Derecho Mercantil*; Comillas, 1999, págs. 205, 206 y 828.

### a.3. Objeto de la protección y límites

#### Salarios e indemnizaciones

El FOGASA protege no sólo los salarios adeudados al trabajador, sino también (y sobre todo, si observamos su peso económico) las indemnizaciones por extinción<sup>537</sup>. Sin embargo, no puede decirse que el legislador estatal haya sido todo lo respetuoso que debiera con la normativa internacional, porque se muestra excesivamente restrictivo respecto a cuáles sean las indemnizaciones que quedan cubiertas, limitándolas a las derivadas de los arts. 50, 51, 52.c) y, del término despidos, también a las derivadas del art. 54 TRET<sup>538</sup>. Afirmamos que el legislador español incumple sus compromisos internacionales, porque el Convenio nº 173 OIT recoge que deberán protegerse las indemnizaciones por fin de servicios adeudadas al trabajador por la terminación de la relación laboral (art. 12.d) Convenio), sin establecer ningún tipo de limitación a cuál sea la causa que las origina<sup>539</sup>. Es por ello que debemos llevar a cabo una interpretación de la letra de la Ley que sea lo más acorde posible con dicho Convenio, en cumplimiento de las exigencias del art. 96 CE<sup>540</sup>.

Por esta razón, creemos que debe aceptarse un contenido amplio del término “despido”, de tal forma que se incluyan dentro de él tanto el despido en sentido estricto (disciplinario, art. 54 TRET), como aquellas otras extinciones de la relación laboral producidas por causas ajenas al trabajador (art. 49, g. TRET: muerte, incapacidad o jubilación del empresario) y motivadas por una actuación previa de su empleador (arts. 40 y 41 TRET)<sup>541</sup>. En todos estos casos, el FOGASA no pagará más de lo que corresponda

<sup>537</sup> Adviértase que la garantía del FOGASA no se encuentra condicionada a que el trabajador haya impugnado su despido, pese a que con ello pudiera declararse éste improcedente; STS de 24 de marzo de 2004 (A.L., nº 15, 2004, ref. 513).

<sup>538</sup> ROQUETA BUJ, R., Los beneficiarios...; cit., pág. 62 y 63. Algunos autores limitan aún más, afirmando que sólo se cubren las indemnizaciones de lo supuestos del art. 50, 51 y 52.c) TRET; cfr. ALBIOL MONTESINOS, I., “Las prestaciones del FOGASA: Criterios normativos y jurisprudenciales”; en A.L., 1989-3, pág. 502. Sobre la discriminación que producía la anterior regulación de la responsabilidad subsidiaria, al excluir los supuestos del art. 52.c) TRET, *vid.* STC 103/2002, de 6 de mayo de 2002 (BOE 5 de junio de 2002). Una crítica a la misma, por el “aumento desmesurado de competencia del Tribunal Constitucional, sin fundamento claro (...)”, que puede suponer esa sentencia; ALONSO OLEA, M., “Las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial y la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas. Comentario a la STC 103/2002, de 6 de mayo”; A.L., nº 8, 2003, ref. 220, págs. 647 y sgs.

Finalmente señalar que algunas sentencias afirman que la responsabilidad subsidiaria por indemnizaciones ex art. 52.c) TRET alcanza a la cuantía derivada de la falta de preaviso; MARÍN ALONSO, I., “La responsabilidad subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia del empleador alcanza la indemnización por falta de preaviso derivada del art. 52.c) ET”; A.S., nº 2, 2004, pág. 6, y STSJ de Cataluña, de 13 de noviembre de 2003 (AS 2004/215).

<sup>539</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 262 y 263. Lo mismo se ha señalado respecto a las cuotas de la Seguridad Social, aunque en este caso basta con que su falta de pago por parte del empresario no redunde en perjuicio del trabajador a la hora de acceder a las prestaciones; GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., pág. 392. Sobre los peligros de esta falta de protección de las cuotas de Seguridad Social; NARVÁEZ BERMEJO, M.A., “Puntos críticos...; cit., pág. 251.

<sup>540</sup> Sobre las reglas a aplicar en los casos de conflicto entre una norma interna y otra internacional, defendiendo finalmente la primacía de la norma internacional, véase GARCÍA-NUÑEZ SERRANO/GIL PLANA, “La imposibilidad de la prestación de servicios como criterio determinante para la compensación económica de las vacaciones devengadas”; AS, 2001, nº 1, pág. 55 (citando a ALONSO OLEA).

<sup>541</sup> De opinión contraria, ROQUETA BUJ, R., Las prestaciones del FOGASA, Tirant Lo Blanch, nº 45, 1997, págs. 72-74. Una crítica a la utilización amplia del concepto de despido, en HERRERA DUQUE, M.J., “Sobre el concepto de despido en la doctrina y la jurisprudencia: precisiones terminológicas”; D.L., nº 41, 1993-III, págs. 331 y sgs. No comparto las razones alegadas por esta autora para dicha crítica, pues tal y como resulta de la redacción dada a algunos preceptos del Estatuto, el propio legislador utiliza el término despido para referirse a supuestos distintos al disciplinario (v. gr. art. 51 TRET).

legalmente de conformidad a los preceptos que regulan las indemnizaciones en esos casos<sup>542</sup>. En relación con ello, vuelve a repetirse el problema de la inclusión o no de las indemnizaciones previstas en el caso de extinción de algunos contratos temporales dentro de la expresión “despido”. Como defendimos más arriba al referirnos a los privilegios del art. 32.3 TRET, no es posible afirmar que la extinción del contrato en esos casos sea imputable al empresario ya porque la causa que la motiva no es inherente a él, ya porque tampoco es consecuencia de una actuación del trabajador basada en una previa decisión empresarial; razón por la cual, quedan excluidas de su ámbito de protección, como ya constatamos al tratar de los privilegios, por lo que nos remitimos a lo allí indicado<sup>543</sup>. Pese a que sea ésta la consecuencia que se deriva de la doctrina jurisprudencial, no queremos pasar por alto que en opinión de otros autores también esas cuantías debieran estar protegidas por el FOGASA, so pena de no ser respetuoso con la letra del Texto Internacional, pues éste no distingue el hecho causante de la indemnización y, además, el supuesto contemplado ahora cae plenamente de lleno en la expresión indemnización debida por fin de servicios y adeudada con motivo de la terminación de su relación de trabajo que recoge el art. 12 del mencionado Convenio OIT<sup>544</sup>. Frente a la postura que estamos defendiendo, se ha utilizado en apoyo de aquella doctrina judicial la interpretación analógica de la definición dada por el Convenio OIT n° 158 a esa expresión (terminación de la relación ha de ser *imputable al empresario*). Nuestro rechazo a esa postura ya quedó manifestado *supra*, al referirnos a los privilegios y que aquí reiteramos: como bien se dice en el último Convenio mencionado (art. 3), esa definición sólo sirve a los efectos de este Convenio. Sin embargo, en tanto que el Alto tribunal no rectifique su decisión, parece que no cabrá la reclamación al FOGASA por tales indemnizaciones, que exigiría –en opinión del TS– una inclusión expresa en el art. 33 TRET.

Respecto a las partidas protegidas, ya hemos indicado que afectan tanto a las indemnizaciones por extinción del contrato como al salario, remitiéndose en este caso al art. 26.1 TRET<sup>545</sup>. Sobre esta cuestión nos surgen algunas dudas: Por un lado, saber cuáles son esos salarios protegidos, esto es, si se refiere exclusivamente a los debidos antes de la declaración del concurso, o también a los devengados con posterioridad a ésta. En definitiva, se trata de responder si la protección alcanza a cualesquiera créditos salariales debidos al trabajador, o bien si, como afirman algunos autores, sólo se protegen las deudas (salariales) incluidas como deudas *en la masa*<sup>546</sup>. La primera de ellas es para nosotros la solución más acertada<sup>547</sup>, y ello porque, en primer lugar, el le-

<sup>542</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., pág. 307.

<sup>543</sup> *Vid.* también la STS, de 26 de diciembre de 2001 (A.L., n° 19, 2002, ref. 585).

<sup>544</sup> En este sentido, STSJ de Castilla y León/Burgos, de 10 de julio del 2000 (A.L., n° 4, 2001, ref. 120); y RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 285 y 286. De opinión contraria a la inclusión de dichas extinciones en el término despido, STSJ del País Vasco, de 18 de enero del 2000 (AS 35).

<sup>545</sup> Dentro del concepto de salarios y a efectos de la responsabilidad del Fondo, consideramos que también se incluirán el recargo por mora del art. 29.3 TRET, so pena de que en caso contrario se perjudiquen los derechos del trabajador; GÓMEZ DE ARANDA Y SERRANO, L. “La retribución del trabajo y el Fondo de Garantía Salarial: El Fondo de Garantía Salarial”; en (AA.VV.) El Estatuto...; cit., pág. 76. En derecho italiano, ESPOSITO, M., “I trattamenti di fine rapporto”; cit., pág. 177; y PIZZOFERRA-TO, A., “Forme di tutela dei crediti di lavoro”; AA.VV. (Caruso/Zoli/Zoppoli) La retribuzione; vol. II; cit., págs. 239 y 240.

<sup>546</sup> Así, GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., págs. 193 y 194. Para sostener esta opinión, MOLINER TAMBORERO, G. (“La nueva regulación del FO.GA.SA.”; A.L., 1986-I, pág. 170) se basa en que para que el trabajador pueda solicitar del FOGASA las prestaciones a las que hace referencia el art. 33 TRET, es necesario que éste pueda intervenir en el proceso concursal, lo que excluye las deudas *de la masa*.

<sup>547</sup> También, AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; cit., pág. 388 (4067).

gislador no exige ni limita que sean los créditos concursales los únicos protegidos. Y segundo, aunque íntimamente relacionado con ello, que los trabajadores deban inscribir sus créditos en la masa de acreedores, no significa que sólo esos créditos sean los protegidos, pues ya hemos tenido oportunidad de comprobar cómo puede exigirse la intervención del FOGASA sin necesidad de abrir un proceso concursal ni de que exista una insuficiencia patrimonial real, por lo que al no ser imprescindible la existencia de la masa pasiva, no alcanzamos a entender por qué ha de limitarse la protección a los créditos *en la masa*, porque el precepto laboral sólo requiere para esa protección que exista la deuda y que se dé una situación de incumplimiento en el pago ante la insuficiencia patrimonial de su empleador, además de que se cumpla el trámite preceptivo de intervención del Fondo en el proceso que se declare la insolvencia<sup>548</sup>.

Debe advertirse que la reforma operada en el art. 33.1 TRET por el RD-Ley 5/2002 parecía haber eliminado los salarios de tramitación como partida protegida por el FOGASA. Sin embargo, pese a que esto pudiera extraerse de un primer acercamiento al mencionado precepto, creemos que no se excluyó la responsabilidad del Fondo por los salarios de trámite, sino que la reforma lo que vino a confirmar es la naturaleza salarial de dichos salarios y por ello, encuadrables en el texto del art. 26 TRET (también, ex art. 18 RD 505/1985). En efecto, obsérvese que la modificación legislativa no impedía la existencia de tales salarios (*v. gr.*, arts. 55.6, 56.1 y .2, y 57 TRET), siendo perfectamente posible que como consecuencia de la insolvencia empresarial, el trabajador no los percibiera total o parcialmente porque el deudor no pueda abonarlos. En esos casos, éstos, al ser salario, estarán también cubiertos por la protección que dispensa el FOGASA<sup>549</sup>. Esta opinión ha venido a confirmarse con la redacción de tal precepto por la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, al que ya hemos hecho mención en otras partes de este estudio; en efecto, si atendemos a la nueva situación, podemos comprobar cómo el art. 33.1, párr. 2º TRET ha eliminado de su literalidad la expresión *indemnización complementaria*, en la que antes se basaban algunos autores para negar el carácter salarial de los de trámite, para sustituirla por la de *cantidad* reconocida por salarios de tramitación<sup>550</sup>.

## Límites

El Fondo, al igual que ocurre de forma general en los supuestos de responsabilidad de terceros en materia laboral, no queda obligado por la totalidad de los créditos que el trabajador pudiera tener frente a su empresario, sino que la ley fija algunos límites a su responsabilidad<sup>551</sup>. Las razones argumentadas para ello son tanto necesidades de esta-

<sup>548</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., "El Fondo..."; cit., pág. 711. Obsérvese además que el propio art. 274.3 LPL prevé la posibilidad de que posteriores ejecuciones se beneficien de la previa declaración de insolvencia.

<sup>549</sup> También, SEMPERE NAVARRO/CORDERO SAAVEDRA, "Estudio crítico del Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo" (nº 38/2002); RTSS-EF, nº 232, 2002, pág. 25 (nota 48); y GARATE CASTRO, J., "La reforma del régimen jurídico del despido; en particular, de los salarios de tramitación"; R.L., nº 4, 2003, pág. 28. Recientemente, BLASCO PELLICER, A., "Algunas consideraciones sobre el nuevo régimen jurídico de los salarios de tramitación"; T.S., nº 147, 2003, pág. 25.

<sup>550</sup> De igual forma, BORRAJO DACRUZ, E., "Los salarios de tramitación: mito y realidad"; A.L., nº 12, 2003, pág. 215.

<sup>551</sup> Al respecto, STS, de 5 de abril del 2001 (A.L., nº 43, 2001, ref. 1577). Ahora bien, el propio Fondo debe alegar esa limitación en el momento procesal correspondiente, so pena que de no hacerlo así, no pueda alegarlo posteriormente y, por ello, deba pagar más allá de tales límites; cfr. STS, de 8 de marzo de 2002 (A.L., nº 28, 2002, ref. 882).

bilidad financiera del propio organismo, como la propia lógica de este tipo de Fondos, que no es otra –se afirma– que garantizar a los trabajadores el cobro de al menos, un mínimo social, de ahí el establecimiento de un límite general y homogeneizador<sup>552</sup>.

Personalmente difiero de que estas sean las razones que aconsejan limitar esas cuantías<sup>553</sup>. Por un lado, y sin dudar de la necesidad de procurar la estabilidad financiera del Fondo, no alcanzamos a entender por qué si ello es así no se prevé un mecanismo específico para financiar los costes derivados del pago de las indemnizaciones por extinción producidas en cualquier empresa por razones de fuerza mayor o bien las realizadas por ésta razón o por causas objetivas cuando tengan lugar en empresas de menos de 25 trabajadores<sup>554</sup>.

En esta línea crítica a aquellas razones, debe subrayarse además que una de las medidas propuestas para reducir el déficit que se presentaba al inicio del FOGASA, cual era la de aumentar la cuantía de las aportaciones que los empresarios hacían al Fondo, no sólo no se ha cumplido, sino que se ha procedido a una reducción progresiva de aquélla –pareja a la disminución de la protección de los créditos laborales–, que ha llevado a que el valor de la cuota pase del 0'8% de la base correspondiente a las contingencias de accidentes de trabajo, enfermedad común y desempleo (art. 12 RD 505/1985) en los años 80, al 0'4% en los '90 y que se mantiene durante los años 2001, 2002 y 2003<sup>555</sup>. Así pues, rechazamos esta opción del legislador de reducir las cuotas y las prestaciones, por cuanto que parece olvidar que con el FOGASA se está protegiendo un riesgo empresarial<sup>556</sup>.

Por otro lado, no creemos que ese tope legalmente establecido pretenda garantizar un mínimo vital, ya que en el caso de que el trabajador mantenga una pluralidad de relaciones laborales, la garantía sigue operando de igual forma y para cada relación laboral, e incluso en la misma relación, cada vez que acontezca el supuesto que justifica la intervención del Fondo<sup>557</sup>. A mayor abundamiento, el hecho de que el legislador no haya fijado ninguna incompatibilidad u orden entre el ejercicio de los privilegios del art. 32 TRET y este art. 33 TRET, nos manifiesta que es admisible que el trabajador recurra al Fondo para procurarse el pago de aquellas cuantías que no obtuvieron satisfacción una vez ejercidos los privilegios, que, como decimos, sólo permitieron un reintegro parcial. En conclusión, si puede obtenerse una parte del pago a través de los privilegios y otra mediante el Fondo, ello significa que ese límite no está en consideración con el mínimo vital y sí, más correctamente, para acortar la responsabilidad del organismo a efectos de evitar los problemas financieros que han caracterizado los inicios del mismo<sup>558</sup>.

<sup>552</sup> PÉREZ PÉREZ, M., La protección...; cit., págs. 110 y 111; y GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., págs. 92 y 93.

<sup>553</sup> Sobre la negación de que finalidad sea el garantizar un mínimo vital, véase, en derecho galo, HENNEBELLE, D., *Essai sur...*; cit., págs. 390 y 391.

<sup>554</sup> Criticando también esta actuación del Fondo, RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., pág. 144.

<sup>555</sup> *Vid.* art. 27.2.2, O. TAS/118/2003 (BOE de 1 de febrero de 2003).

<sup>556</sup> También, GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., pág. 309.

<sup>557</sup> GARCÍA MÁIQUEZ, J.M., *El régimen Jurídico del Fondo de Garantía Salarial*; Trivium, 1992, pág. 53; y ROQUETA BUJ, R., *Las prestaciones del...*; cit., págs. 44 y 45.

<sup>558</sup> Debe criticarse por ello algunas actuaciones del FOGASA, que en lugar de destinar sus recursos a una mayor protección de los trabajadores, se permite la existencia de excedentes en su presupuesto y el destinar parte de éste a invertir en deuda pública; *vid.* DIARIO CÓRDOBA, "El Fogasa invierte en deuda pública"; 27 de mayo del 2001 (pág. 59).

No creo por lo tanto que la responsabilidad del Fondo sea subsidiaria al uso por el trabajador de sus privilegios<sup>559</sup>, ya que nada dice la Ley al respecto y del propio texto legal se deduce que no es preciso ni exigible el ejercicio previo de los privilegios, por cuanto que quizás no sea ni posible ni necesario su empleo, y sí lo sea posteriormente, una vez se hayan obtenido los pagos del Fondo (*ex art. 33.4, párr. 2º TRET*). Advuértase además que el Fondo ha garantizado créditos laborales que carecían de cualquier privilegio<sup>560</sup>. Y en esta línea, no se nos escapa la previsión del art. 33.4, párr. 2º TRET, de la que se extrae la posible concurrencia con los créditos de los trabajadores, lo que manifiesta la posibilidad de la compatibilidad y el ejercicio simultáneo.

No obstante lo sostenido respecto a que el legislador no está fijando el límite a la responsabilidad subsidiaria del FOGASA para garantizar al trabajador un mínimo vital, algunos pronunciamientos judiciales sostienen que el Fondo sólo tiene obligación de responder cuando el trabajador no haya obtenido por otros medios la cuantía máxima que fija el art. 33 TRET, pues una vez alcanzada ésta, el Fondo queda exonerado de responsabilidad o limitará ésta hasta alcanzarla<sup>561</sup>. No podemos sino rechazar esta interpretación, pues como hemos indicado, el legislador del art. 33 TRET se limita a fijar cuál sea el alcance de la responsabilidad del Fondo, sin entrar en otras consideraciones relativas a otros ingresos por parte del trabajador. De hecho, no establece como requisito para su intervención que el trabajador no haya obtenido, al menos, ese máximo establecido (duplo del SMI diario y un tope de 120 días, para los salarios, o una anualidad, en las indemnizaciones), sino que simplemente exige que no haya una satisfacción total del crédito laboral y que la empresa se encuentre incurso en alguno de los estados de crisis previsto, razones estas suficientes para que el Fondo deba responder subsidiariamente, limitándose esos máximos a determinar el valor de lo que éste puede y debe pagar<sup>562</sup>. En pura lógica, esos máximos no se refieren al grado de satisfacción del trabajador, sino al alcance de la responsabilidad del FOGASA<sup>563</sup>.

En esta línea de limitar la cuantía de las prestaciones otorgadas por el Fondo, el legislador introdujo en el RD 505/1985 sobre organización y funcionamiento del FOGASA un precepto (art. 19.3, párr. 2º) en el cual se establece que en caso de que los trabajadores que hubieran percibido la prestación del Fondo por razón del supuesto contemplado en el art. 33.8 TRET (indemnizaciones por causas objetivas o fuerza mayor en empresas de menos de 25 trabajadores) y posteriormente, solicitasen del Fondo el pago de la parte restante de la referida indemnización por encontrarse esa empresa incurso en una situación de insolvencia (art. 33.2 TRET), “el límite de la prestación indemnizatoria a cargo del Fondo se reducirá en la cantidad ya percibida por aquéllos”. En consecuencia, el apartado 2 del referido art. 33 TRET estaría fijando el tope máximo de la responsabilidad que por cualesquiera causas abonará el Fondo cuando se da una situación de insolvencia en la empresa.

---

<sup>559</sup> De opinión contraria, favorable a la subsidiariedad al uso previo de los privilegios, PÉREZ PÉREZ, M., *La protección...*; cit., pág. 123.

<sup>560</sup> Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., págs. 168 y 169.

<sup>561</sup> STSJ de Cataluña, de 19 de marzo de 1998 (AS 2167); y STSJ del País Vasco, de 19 de enero de 1999 (AS 12).

<sup>562</sup> STS, de 28 de mayo de 1998 (RJA 5071).

<sup>563</sup> Así parece inferirse también de la STJCE, de 4 de marzo de 2004 (A.L., nº 11, 2004, ref. 361). *Vid.* CAIFA, A., *I rapporti di lavoro nelle crisi di impresa*; CEDAM, 2004, pág. 119.

No consideramos acertado lo señalado en el precepto reglamentario, toda vez que no existe limitación o referencia igual en el art. 33 TRET y por ello, el art. 19.3, párr. 2º RD 505/1985 vulnera el principio de jerarquía normativa. Es más, ese descuento carece de toda lógica desde el momento en que una (art. 33.2 TRET) y otra prestación (art. 33.8 TRET) responden a fines diferentes y distintos son también los beneficiarios: en la primera, el Fondo actúa como responsable subsidiario para proteger directamente a los trabajadores ante la situación de insolvencia del deudor(-es), garantizándoles el cobro parcial de los créditos laborales debidos; y, en el segundo –como responsable principal y directo–, no se pretende proteger a los trabajadores sino ayudar económicamente a las empresas de menos de 25 trabajadores, con independencia de cual sea su situación económica<sup>564</sup>. En consecuencia, una y otra responsabilidad son, como veremos, diferentes e independientes, por lo que no creemos aplicable el referido art. 19.3, párr. 2º RD 505/1985<sup>565</sup>.

En otro orden de cosas, y siguiendo con esa tendencia a reducir el máximo tutelado, una línea ampliamente mantenida por nuestros tribunales sostiene que la cuantía considerada como SMI a estos efectos está desprovista de las pagas extraordinarias. Las razones que se alegan para ello son tanto el literal del art. 33.1, párr. 2º TRET, que habla de "salario mínimo interprofesional diario"; como sobre todo, el hecho de que las pagas extraordinarias, aunque obligatorias (art. 31 TRET), son cantidades adicionadas en función de lo que establezca el convenio colectivo aplicable, por lo que carecen del carácter general e interprofesional que se pretende con ese límite<sup>566</sup>. Y por último, como argumento histórico se añade que el SMI comprensivo de dos pagas extraordinarias "se reconoce por primera vez en el RD 170/1990. Por consiguiente (...) cuando el legislador de 1980 alude al SMI como tope de la responsabilidad del FGS se refiere al salario diario sin aplicación de las referidas pagas extraordinarias"<sup>567</sup>.

Por nuestra parte, no compartimos esas opiniones: en primer lugar, porque con la actual redacción del Real Decreto sobre SMI ya no se considera a las pagas extraordinarias como una cuantía *adicionada* por la autonomía colectiva, sino como gratificaciones de carácter obligatorio para el empresario (art. 31 TRET), diferenciadas de los complementos salariales<sup>568</sup>. Segundo, el propio legislador señala que la cuantía de dichas pagas no puede ser inferior a 30 días de salario; es decir, el legislador establece expresamente a cuánto asciende el valor general de dichas pagas extras, fijando que el importe mínimo del SMI anual es el equivalente a 14 pagas de SMI mensual (12 + 2). En consecuencia, el SMI diario ex art. 33 TRET (como también dijimos al referirnos al art. 32 TRET) no puede considerarse que no incluya la parte proporcional de las pagas extraordinarias, ya que de lo contrario nos encontraríamos con una discriminación res-

<sup>564</sup> STSJ del País Vasco, de 19 de enero de 1999 (AS 12).

<sup>565</sup> Así parece entenderlo la STSJ de Aragón, de 18 de diciembre de 2002 (A.L., nº 19, 2003), ref. 553.

<sup>566</sup> STS, de 11 de junio de 1998 (AS 5200). Más recientemente, reiterando esa doctrina, ATS, de 23 de noviembre de 2000 (AS 10304). Como afirma la STSJ del País Vasco, de 22 de septiembre de 1998 (A.L., nº 3, 1999, ref. 133): "cuando se usa la expresión salario mínimo interprofesional sin otro aditivo, para fijar una salario diario, ha de leerse como mención al salario mínimo interprofesional diario, sin prorrateo de pagas extras".

<sup>567</sup> ROQUETA BUJ, R., "La exclusión de la pagas extraordinarias del SMI que delimita el tope de la responsabilidad del FGS"; A.S., 1998-V, pág. 512

<sup>568</sup> Por otro lado, el art. 18 RD 505/1985 habla simplemente de SMI, sin hacer referencia al término diario.

pecto a cuál sea la cuantía del SMI en función de que el trabajador fuera o no temporero o eventual, porque ese SMI diario sí comprendería las pagas extras en caso de que el trabajador estuviese sujeto a alguno de estos contratos, excluyéndose solamente para quienes tuvieran otros<sup>569</sup>. Tercero, el argumento de que no se hace referencia expresa a la inclusión de las pagas extras quiebra cuando constatamos que en otras ocasiones en las que el legislador ha querido excluir las pagas extraordinarias del concepto de SMI, lo ha hecho expresamente. Cuarto, si hiciéramos alguna similitud con otras prestaciones que pretenden sustituir la falta de salario, sería con las prestaciones por desempleo de carácter contributivo, en las que el SMI utilizado comprende la pagas extraordinarias<sup>570</sup>. Por último, si nada se establece con claridad en la ley, considero que siendo respetuosos con el principio *pro operario* debe hacerse una interpretación de tal término que recoja el sentido más favorable para el trabajador; esto es, que se entienden incluidas las pagas extraordinarias<sup>571</sup>.

Siguiendo con esta cuestión, observamos cómo el SMI está tomado en cuenta como cifra de referencia que fija el límite cuantitativo a la protección dispensada por el Fondo, lo que nos lleva a entender que se considera como cuantía en sí y no como cantidad que fije el valor de un trabajo<sup>572</sup>. De lo que se extrae que en nada afectará cuál sea la jornada laboral del trabajador que pretenda el pago por parte del FOGASA, toda vez que será siempre el valor SMI en jornada completa<sup>573</sup>.

Esta última afirmación nos permite sostener que el valor del SMI será aquel que se encuentre vigente en el momento de producirse el hecho causante de la responsabilidad del Fondo y no, como sostienen otros autores, el que corresponda al producirse la extinción de la relación laboral o al devengarse los salarios debidos. Las razones argumentadas por quienes mantienen que no debe ser la fecha en la que acontece aquél hecho son básicamente, por un lado, que en el momento del devengo o de la extinción “queda determinado el salario que percibía real y efectivamente el trabajador; y en consecuencia, es también la fecha referencial para la determinación de la cuantía” del SMI<sup>574</sup>. Y por otro, que para una correcta coordinación entre los arts. 32 y 33 TRET debe tenerse en cuenta una única fecha en la determinación del SMI (la del devengo del salario), pues de lo contrario nos encontraríamos que el empresario-deu-

---

<sup>569</sup> Como se indicó en el voto particular (SALINAS MOLINA, F.) a la STS, de 11 de junio de 1998; cit., en los artículos referidos al SMI de los trabajadores eventuales y temporeros se corrobora el hecho de que “todo trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias”.

<sup>570</sup> ROQUETA BUJ, R., “La exclusión...”; cit., pág. 511. Sin embargo, en la STS, de 16 de mayo de 1995 (AS 3777) se alega como fundamento la comparación con la cuantía del subsidio asistencial por desempleo.

<sup>571</sup> Algún TSJ, pese a tener que aceptar a *regañá dientes* la doctrina del TS en esta materia, ha mostrado de forma clara su opinión contraria, toda vez que entiende que no existe base normativa para sostener que la expresión SMI pueda ser interpretada incluyendo o no las pagas extras según el caso o supuesto, pues es más acertado un concepto unívoco que integre dichas pagas, sin perjuicio de su exclusión cuando así venga manifestado; además de que de los propios R.D. sobre SMI se deriva que deben ser incluidas dichas gratificaciones; *vid.* STS de Castilla la Mancha, de 6 de julio de 2000 (AS 4145). Sobre el principio *pro operario*, GIL DE ACASUSO, L.-C., El laberinto procesal del crédito laboral; GOMYLEX, 1996, pág. 15; y STSJ de Castilla-La Mancha, de 13 de noviembre de 2001 (A.L., nº 21, 2002, ref. 653).

<sup>572</sup> Como mantiene ROQUETA BUJ, R. (“La exclusión...”; cit., pág. 510), la utilización en el art. 33 TRET del SMI “ha querido establecer una pauta cuantitativa, segura y única”.

<sup>573</sup> De opinión contraria, considerando que el valor del SMI variará en función de la jornada del trabajador, GARCÍA MÁIQUEZ, J.M., El régimen...; cit., pág. 65.

<sup>574</sup> Por todos, ALBIOL MONTESINOS, I., “Las prestaciones del...”; cit., pág. 505.

dor sería responsable por cuantías distintas según quién fuera el que exige el pago: el trabajador o el Fondo; con el consiguiente perjuicio para sus acreedores<sup>575</sup>.

No podemos compartir estas razones, primero, porque el SMI está tomado aquí como una cifra para fijar el máximo de satisfacción que los trabajadores pueden obtener del Fondo, atendiendo a que con esta cifra no se está cuantificando el valor del trabajo sino que, como hemos dicho, con ese límite se pretende esencialmente respetar las exigencias de que se proteja un mínimo socialmente considerado (art. 13 Convenio 173 OIT –de ahí que se busque una cifra que sea variable en función de aspectos como el IPC, etc.–), y sobre todo, limitar las cuantías que el FOGASA debe pagar, como se infiere de que estos límites no existiesen originariamente y se fijasen al constatar los problemas de financiación del FOGASA. Así pues, debemos estar al momento en que se actualizan los hechos causantes: el incumplimiento empresarial y la declaración de insolvencia o de apertura del correspondiente procedimiento concursal, pues con ellos se actualiza y origina la responsabilidad del Fondo, ya que antes carece éste de obligación alguna respecto a los créditos laborales de los trabajadores<sup>576</sup>.

En segundo lugar, nada impide que en los casos de pluralidad de deudores, el que pagó pretenda en vía de regreso exigir al resto una cuantía distinta (incluso mayor) que la que él mismo pagó (arg. ex arts. 1145 y 1838 C.Civ.). Es más, no parece que el problema tenga una mínima importancia práctica, no sólo por la situación económica en la que se encuentran las empresas, que en el general de los casos no parece albergar ninguna posibilidad del cobro total de la deuda laboral, sino también porque junto con ello debe tenerse en cuenta que la cifra que termina exigiéndose al empresario-deudor nunca llegará a exceder de lo que debe, ni tampoco parece que pueda acontecer que las cuantías en las que se subroga el FOGASA y que se encuentran protegidas con los privilegios del art. 32 TRET, sean mayores que las que podía exigir el propio trabajador, no en vano los límites cuantitativos del art. 33 TRET son menores en su conjunto a los créditos laborales protegidos con algún tipo de privilegio

Hasta el momento hemos conseguido determinar cuál sea el valor del SMI, así mismo hemos señalado que el precepto laboral fija el duplo de éste como máximo que abonará el FOGASA; esto es, que la cuantía que ese duplo representa no es lo que el Fondo debe abonar en todo caso, sino el máximo, por tanto, si el valor de la cuantía debida es inferior a lo que aquél representa, se tendrá en cuenta la debida, pues de lo contrario se desvirtuarían las funciones de garantía y protección del FOGASA<sup>577</sup>.

<sup>575</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 302 y 302 (ver nota 580). En caso de que los salarios debidos correspondieran a periodos de devengo en los que el SMI vigente fuera diverso, estos autores proponen o bien tomar exclusivamente aquel cuya cuantía sea mayor, o bien, hacer un promedio entre los diversos SMI aplicables; GARCÍA MAÍQUEZ, J.M., Régimen jurídico...; cit., págs. 64 y 65.

<sup>576</sup> GARCÍA MURCIA, J., "Responsabilidad del..."; cit., págs. 416 y 417. También, STS, de 9 de marzo de 1999 (A.L., nº 30, 1999, ref. 1207) y en los tribunales inferiores, la STSJ de Castilla-La Mancha, de 28 de noviembre del 2000 (AS 4479). Otras sentencias establecen como requisito, no el incumplimiento, sino simplemente la sentencia o resolución que reconoce la deuda a favor del trabajador (además de la insolvencia del empresario), STSJ de la Comunidad Valenciana, de 31 de enero de 2002 (AS 3200).

<sup>577</sup> STS, de 28 de mayo de 1998 (RJA 5071). Debe advertirse que en el caso de los representantes de comercio y para cuando no concurren ciertos requisitos (art. 19.4 R.D. 505/1985), el límite es el SMI simple. Algunos autores se cuestionan la posible discriminación por este hecho, MOLINER TAMBORERO, G., "La nueva..."; cit., pág. 160; y algunas sentencias consideran que dicha diferenciación carece actualmente de apoyo, si bien esta opinión no es pacífica; AA.VV., Memento Práctico. Salario 2002-2003; Francis Lefebvre; 2001, pág. 266 (3278).

Queda ahora precisar el alcance de otras limitaciones establecidas en el mencionado art. 33 TRET<sup>578</sup>. Dice al respecto, que en materia de salarios (incluidos los de tramitación), junto con ese duplo, el límite impone no abonar más allá de 120 días, lo que ha suscitado la duda de si estamos ante un límite temporal o cuantitativo. En el caso de considerarlo como límite temporal (número máximo de días de salario no satisfechos), han de compararse dos elementos para conocer el tope: por un lado, el salario, entendido como el valor de cada día trabajo (en relación con el doble del SMI) y, por otro, el número de días de trabajo debidos (con un máximo de 120 días)<sup>579</sup>. Conocido el valor de cada día de trabajo y dividido éste por el total adeudado, obtendríamos el número de días de salario debidos, limitándose la responsabilidad del Fondo a un máximo de 120 días así obtenidos, y siempre que el valor del día de trabajo no supere el duplo del SMI, en cuyo caso será éste el límite cuantitativo<sup>580</sup>. Sin embargo, como mantiene otro sector de la doctrina, si consideramos que nos encontramos ante un tope cuantitativo absoluto, jugará no respecto al número de días impagados que se cubren, sino a la cuantía máxima que pueden representar esos salarios; es decir, la responsabilidad del Fondo por el valor de los salarios debidos no podrá superar la cuantía resultante de multiplicar ese duplo del SMI por 120 días<sup>581</sup>.

La opción por una u otra interpretación dará lugar a soluciones diversas. Con la primera (límite temporal), se verían protegidos o bien sólo los últimos 120 días de salario debidos; o bien, si entendemos que esos 120 días no se encuentran limitados por su fecha de devengo en relación con el hecho causante, sino tan sólo que determinan el número máximo de días a cubrir por el Fondo, se adeudarían 120 días sin más, correspondiendo al trabajador elegir libremente cuáles son esos días –ya sean anteriores o posteriores al referido hecho causante, o totales o parciales–, pero en todo caso, no se cubrirían más de ese número de días de salarios impagados<sup>582</sup>. En cambio, con la segunda se incluirían cualesquiera deudas salariales, con independencia de cuántos días de salario se adeudan y de cuándo fuera la fecha de devengo<sup>583</sup>. En este último supuesto, lo importante no es tanto cuántos días de salario se adeudan, sino que el resultado de multiplicar el salario diario por el número de días pendientes de pago (aún siendo superiores o inferiores a 120) no supere la cuantía que suponen 120 días del doble del SMI.

Creemos que esta última es la interpretación más acertada porque el legislador español, a diferencia de otros ordenamientos, no ha condicionado los salarios a abonar al hecho de que éstos surgieran dentro de un concreto periodo ni a una deter-

<sup>578</sup> Alguna sentencia ha considerado también como límite a abonar por el FOGASA que la concreta partida que se pretenda respete en su causa las exigencias legales. Este podría ser el caso de las horas extraordinarias que superan las 80 anuales, sobre las cuales se afirma que dicho Fondo carece de responsabilidad alguna, ya que ello supondría “consagrar una ilegalidad y al propio tiempo establecer una compensación económica por encima de los límites legales a los que dicha entidad no está sujeta”; SJS de Tarragona (nº 1), de 13 de febrero de 2003 (A.L., nº 38, 2003, ref. 1135).

<sup>579</sup> ROQUETA BUJ, R., *Las prestaciones del...*; cit., pág. 43; y MOLINER TAMBORERO, G., “La nueva regulación del FO.GA.SA.”; A.L., 1986-I, pág. 159.

<sup>580</sup> STSJ de Cantabria, de 11 de septiembre de 2001 (AS 281/2002).

<sup>581</sup> PÉREZ PÉREZ, M., *La protección...*; cit., pág. 124-127; y ROMERO BUSTILLO, S., “El FO.GA.SA.: puntos críticos”; A.L., 1994-I, pág. 44.

<sup>582</sup> GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., pág. 193.

<sup>583</sup> Y siempre que esas deudas no hubieran prescrito (y así se haya manifestado en tiempo y forma); RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., pág. 304.

minada fecha (v. gr., la declaración de concurso), mejorando de esta forma las previsiones de las normas internacionales que sí posibilitan limitar los créditos a pagar a los que sean anteriores a una fecha dada<sup>584</sup>. A esto se podría añadir que el Fondo pretende en este caso y ante todo, limitar su responsabilidad y no tanto garantizar sólo un número de días<sup>585</sup>.

No ocurre lo mismo con respecto a las indemnizaciones por extinción, sobre las cuales nuestra doctrina unánimemente afirma que el art. 32.2 TRET contiene un límite cuantitativo (duplo del SMI) y otro temporal (una anualidad). Sin embargo, a partir de aquí difieren, por un lado, quienes entienden que “el tope que resulta de la indemnización se calcula como de 25 días de salario por año de servicio”, cualquiera que sea la causa de la extinción<sup>586</sup>. Frente a esta opinión, hay autores que defienden que ese límite (25 días) es únicamente aplicable a los supuestos que hemos englobado como de *despido* y al del art. 50 TRET; pero que en los otros (art. 51 y 52.1.c TRET) no tiene por qué estarse ni a ese ni al legalmente previsto (art. 51.8 y 53.1.b TRET: 20 días de salario), sino que la responsabilidad del FOGASA en este caso también alcanza a “las que en cuantía superior pudiesen estar establecidas en convenio colectivo o contrato individual”. Para sostener esta idea se basan principalmente en que el art. 33.2 TRET no fija límite alguno en los casos de extinción por vía del art. 51 o 52.c) TRET, a diferencia de la referencia expresa a *despidos* y al art. 50 TRET –y al art. 33.8 TRET: “indemnización legal”–<sup>587</sup>.

Por nuestra parte, creemos que ni una ni otra respuesta son lo suficientemente respetuosas con el texto legal y el espíritu que lo guía. En efecto, a la primera de las opiniones cabría tacharle que incluye dentro del art. 33.2, párr. 2º TRET a supuestos que no recoge el precepto (art. 51 y 52.1.c TRET), sin que se justifique esa ampliación. Y a la segunda, le objetamos que no atiende al espíritu y finalidad perseguida de reducir las cuantías máximas que debe abonar el FOGASA, de ahí la limitación a 25 días respecto a aquellos supuestos de extinción que legalmente tienen fijada una superior. Estas consideraciones nos llevan a interpretar que para los casos en los que la norma legal haya fijado un plazo inferior al de 25 días del art. 33.2. párr. 2º TRET, será aquél (v. gr., art. 51.8 y 53.1.b TRET: 20 días) y no éste el que deba tenerse en cuenta. Menos aún podrá aplicarse el que las partes hubieran acordado mejorando el legal, pues si se permitiese que éstas pudieran fijar uno superior que tuviera que abonar el Fondo, carecería de sentido que se fije un límite para los supuestos de *despido* y del art. 50 TRET.

Para concluir este apartado sobre los límites de la responsabilidad del FOGASA, debe advertirse que en los supuestos en los que se tenga derecho a los salarios de trámite, el Fondo –como responsable subsidiario que es– no abonará más de lo que le correspondería al empresario-deudor, lo cual nos lleva a traer a colación el art. 56.1

<sup>584</sup> LOPERA CASTILLEJO, M.J., “La Directiva 80/987/CEE...; cit., pág. 74.

<sup>585</sup> El TS parece atender a esos 120 días como criterio temporal; *vid.* STS, de 19 de diciembre de 2001 (AS 10169).

<sup>586</sup> ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, Derecho del Trabajo; cit., pág. 351 (ver notas que cita).

<sup>587</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., La fuerza mayor como causa de extinción y suspensión del contrato de trabajo, Civitas, 1.993, pág. 311.

TRET en relación con el art. 209.5.b) TRLGSS, donde se establece que dicho empresario abonará al trabajador la diferencia resultante entre las prestaciones por desempleo o los ingresos obtenidos por otro trabajo y la cuantía que representen los salarios no percibidos; o bien, íntegramente ésta, cuando el trabajador no hubiera recibido remuneración o prestación alguna durante el periodo anterior a la readmisión o a la declaración de nulidad del despido. En conclusión, la responsabilidad del Fondo por estos salarios nunca superará las cuantías debidas por el empresario. Además de esta limitación, creo que también se mantendrá la establecida en el art. 57 TRET; esto es, que el Fondo podrá reclamar del Estado aquellos salarios de trámite que excedan de 60 días desde que se presentó la demanda<sup>588</sup>.

#### a.4. Subrogación del FOGASA

Señala el art. 33.4, párr. 2º TRET, que el Fondo se subroga obligatoriamente en los derechos y acciones que correspondan a los trabajadores para reembolsarse de las cantidades que como deudor subsidiario les hubiera abonado, a modo de subrogación legal (ex art. 1829 C.Civ.)<sup>589</sup>. En consecuencia, ésta se produce por virtud misma de ley, sin necesidad de que las partes manifiesten ningún tipo de declaración de voluntad, pero eso sí, cuando acontezcan “los hechos contemplados en el supuesto de hecho de la norma jurídica”<sup>590</sup>; en nuestro caso, el pago por parte del Fondo<sup>591</sup>.

Con independencia de la razón legalmente expuesta sobre el porqué de esa subrogación (reembolso de las cuantías satisfechas), lo cierto es que el hacerlo le posibilita al Fondo obtener una posición acreedora privilegiada que le permitirá incidir con mayor intensidad en las decisiones que pretendan adoptarse sobre el futuro de la empresa, debido, como decimos, al alcance e importancia de los privilegios salariales<sup>592</sup>.

Así mismo, de no producirse la subrogación se estaría premiando y fomentando la irresponsabilidad de los empresarios en lo atinente al pago de las retribuciones de sus trabajadores<sup>593</sup>; algo que, por otro lado, criticamos desde ya respecto al supuesto del art. 33.8 TRET, pues sin ninguna justificación que nos parezca suficiente, el legislador exige del Fondo que pague directamente una parte de las indemnizaciones debidas por la

<sup>588</sup> STSJ de Cataluña, de 27 de marzo del 2001 (A.L., nº 33, 2001, ref. 1240). Conforme a la anterior regulación, *vid.* MOLINER TAMBORERO, G., “La nueva...”; *cit.*, pág. 160. Para determinar cuándo se han superado esos 60 días, debe tenerse en cuenta que éstos no se cuentan linealmente desde la demanda originaria, pues de dicho cómputo se excluyen aquellos días en los que la demora de la resolución judicial depende de actuaciones de las partes; *vid.* SJS nº 1 de Tarragona, de 13 de noviembre de 2002 (A.L., nº 9, 2003, ref. 270).

<sup>589</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil patrimonial*, vol. II, Civitas, 1996, pág. 828. El FOGASA se subrogará no sólo en los privilegios sustantivos o referidos al crédito, sino también en los procesales; CRUZ VILLALÓN, J., “El Fondo de...”; *cit.*, pág. 425. *Vid.* también las SSTs, de 25 de septiembre del 2000, sala 3ª (R.L., nº 23, 2000, TS-419), y de 20 de marzo de 2002 (A.L., nº 31, 2002, ref. 992). De opinión contraria, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., “Concurrencia entre ejecución laboral y ejecuciones concursales en el ordenamiento laboral”; R.L., 1993-I, pág. 126.

<sup>590</sup> CAÑIZARES LASO, A., *El pago con subrogación*; Civitas, 1996, pág. 88.

<sup>591</sup> STSJ de Cataluña, de 22 de septiembre del 2000 (A.L., nº 6, 2001, ref. 186).

<sup>592</sup> *Vid.* art. 32 RD 505/1985. Conviene precisar que la efectividad real de la subrogación es muy relativa, pues son escasísimas las cuantías recuperadas.

<sup>593</sup> VALLEBONA, A., “La garanzia dei crediti di lavoro e della posizione previdenziale in caso di insolvenza del datore di lavoro”; RIDL, 1993-I, pág. 80.

extinción de la relación laboral, desplazando la responsabilidad de quien es el obligado lógico a ello y con el sólo objetivo de facilitar la reestructuración empresarial mediante una reducción de los costes laborales<sup>594</sup>. Posteriormente profundizaremos en este tema.

Una vez que el Fondo se subroga en la posición crediticia del trabajador, puede ejercer esos derechos y acciones para dirigirse sobre el patrimonio de la empresa deudora, incluso aunque ello suponga entrar en concurrencia con otros trabajadores. En este caso, prevé el art. 33.4, párr. 2º que “unos y otros se abonarán a prorrata de sus respectivos importes”, lo que supone una criticable excepción al art. 1213 C.Civ., toda vez que de esta forma se reducen las cuantías que puede recibir el trabajador, algo que parece contrario en principio a la finalidad de este tipo de garantías, cual debiera ser una mayor tutela y protección de los créditos laborales. A nuestro modo de ver, ello implica que también los trabajadores, esta vez indirectamente, han de soportar la financiación del FOGASA que, en este caso, se hace más gravosa para ellos que la mera aplicación de aquél precepto civil<sup>595</sup>.

No obstante, la distribución a prorrata exige que se den dos requisitos: en primer lugar, es preciso que el Fondo ejercite judicialmente sus derechos en el proceso en el que los trabajadores reclamaron de la empresa el restante, de otra forma no puede aquél (el Fondo) querer recibir a prorrata lo obtenido por los trabajadores, pues el FOGASA “no tiene privilegios procesales en el sentido de que sin comparecer en forma adecuada en un proceso ejecutivo o instándolo y sin ser tenido por parte pueda beneficiarse de sus resultados (...)”. Por lo que haciendo una interpretación analógica del art. 24 LPL, el Fondo “debe disponer de auto firme despachando ejecución (o teniéndolo por parte en la ejecución de que se trate) 15 días antes de obtenerse el dinero (...) del proceso”<sup>596</sup>. Y segundo, para que tenga lugar la concurrencia es necesario que los derechos de preferencia de unos y otro sean de igual rango<sup>597</sup>; lo que aconsejaría a los trabajadores que en caso de que el pago sea parcial, reclamen del Fondo en primer lugar las cuantías que gozan de una posición menos ventajosa (v. gr. salarios del art. 32.3 TRET o créditos laborales protegidos por la legislación civil –ex art. 30.3 RD 505/1985), con el objeto de poder posteriormente concurrir en posición preferente frente a los créditos en los que se subrogó dicho Fondo, que serán los únicos que éste pueda reclamar.

### a.5. Prescripción

El art. 33.7 TRET fija un régimen específico de prescripción del derecho de los trabajadores a solicitar del FOGASA el pago de los créditos señalados en los apartados 1 y 2 del mismo precepto. Así, se establece que el plazo para ejercitar las correspondientes acciones es de un año desde “la fecha del acto de conciliación, sentencia o resolución

<sup>594</sup> STSJ de Murcia, de 11 de mayo de 1998 (AS 2145). *Vid.*, asimismo, la previsión ya subrayada del art. 149.2 LC'03.

<sup>595</sup> *Vid.* PADILLA/REQUEJO, Privilegio salarial y reestructuración financiera: el papel del Fondo de Garantía Salarial; CEMFI, 1997, págs. 28 y 30.

<sup>596</sup> STSJ de Cataluña, de 22 de septiembre del 2000 (A.L., nº 6, 2001, ref. 186).

<sup>597</sup> “(Y) con título de igual preferencia al de los ejecutantes” exige la STSJ de Cataluña, de 22 de septiembre del 2000; cit.

de la autoridad laboral en que se reconozca la deuda". En definitiva, no se trata de la prescripción del crédito en sí, cuya regulación ya sabemos que se recoge en el art. 59 del TRET, sino de un nuevo plazo de prescripción, esta vez referido a la responsabilidad del Fondo.

El mencionado organismo, como deudor subsidiario que es, puede plantear la posible excepción por prescripción de su responsabilidad, sea por el plazo del art. 33.7 TRET, sea por la prescripción del propio crédito laboral. Debido a la compleja intervención procesal del Fondo, conviene hacer alguna observación<sup>598</sup>. En este sentido, se indica que la citación del FOGASA ex art. 23 LPL impide a éste plantear la excepción de caducidad o prescripción en un momento posterior –cuando el trabajador reclama la cuantía al Fondo–, si no lo hubiera hecho en aquel trámite (intervención en el proceso seguido contra el deudor principal)<sup>599</sup>.

Sin embargo, debe hacerse notar que la jurisprudencia ha variado sustancialmente respecto a los efectos de la sentencia dictada en el proceso seguido por el trabajador contra su empresario. En este sentido, si antes se afirmaba que la razón por la que el Fondo debe alegar en este primer proceso la prescripción del crédito y reiterarla para que surta efectos en el eventualmente seguido contra él como responsable subsidiario, es pura consecuencia lógica de la calidad con la que interviene en el proceso seguido frente al deudor, pues en el trámite previsto por el mencionado art. 23 LPL el Fondo actúa como parte formal (tercero al que se le anuncia un posible proceso), pero no material, de ahí que los efectos de la prescripción alegada por el Fondo no aparezcan en éste, sino que –según esta posición judicial– deberá reiterarla en el posterior, cuando se dirija contra él la reclamación del trabajador<sup>600</sup>.

Frente a este posicionamiento, como decimos, debe subrayarse el cambio en la jurisprudencia, que sostiene ahora que la excepción de prescripción de la deuda de la empresa realizada por el FOGASA en el procedimiento seguido contra aquélla (al que –ex art. 23 LPL– fue llamado) “exige una respuesta expresa del órgano jurisdiccional (...) Pues no es lógico, so pena de convertir la defensa del Fondo en un puro formalismo inútil, otorgar al planteamiento de tal excepción un valor meramente cautelar”. En consecuencia, por un lado, se sigue manteniendo que el Fondo debe alegar en el primer proceso todos los elementos de defensa que estime oportunos “tanto las excepciones que puedan favorecer a la empresa, como aquellas otras que, referidas a la deuda objeto del litigio, sólo a él puedan beneficiar. De modo muy especial su prescripción, al amparo del art. 1975 CC”, y ello porque la alegación de la prescripción de la deuda empresarial –continúa diciendo el TS– “sólo tiene acomodo en este proceso, en el que pueden y deben debatirse todas las cuestiones relacionadas con dicha deuda, ya que de no hacerlo, entran en juego los defectos preclusivo y positivo de cosa juzgada (...)”, para la contraparte. Y por otro lado, se afirma ahora que el planteamiento de la

<sup>598</sup> En extenso y justificando el cambio de criterio jurisprudencial; STS, de 22 de octubre de 2002 (RJ 1904).

<sup>599</sup> STS, de 23 de abril del 2001 (A.L., nº 39, 2001, ref. 1454).

<sup>600</sup> Por todas, STSJ de Madrid, de 3 de julio del 2001 (A.L., nº 46, 2001, ref. 1699). Una dura crítica a este planteamiento y a sus consecuencias, en SOUTO PRIETO, J., “El Fondo de Garantía Salarial. Cuestiones de enjuiciamiento. La presencia del Fondo en el proceso. Vinculación por las sentencias dictadas en otros procesos”; en (AA.VV.) El salario y las garantías salariales; CGPJ, 1993, págs. 302 y sgs.

excepción de prescripción “exige que recaiga un pronunciamiento expreso y firme sobre ella, que pueda esgrimir en un segundo proceso si es que el trabajador o trabajadores deciden suscitarlo frente al Fondo”. De lo que se concluye que si se alega la excepción (tanto al amparo del art. 1973 como 1975 C.Civ.), “y ésta es acogida, habrá que emitirse un pronunciamiento declarativo para hacer constar que respecto de la institución de garantía la deuda está prescrita”, lo que es plenamente compatible con la exigencia de que en ese primer pronunciamiento, y debido también a la posición procesal del FOGASA, no pueda emitirse pronunciamiento alguno sobre la relación jurídico-material del Fondo y los trabajadores, por cuanto aún no ha nacido y, en todo caso, sería ajena a este primer proceso<sup>601</sup>.

De todo lo señalado sobre esta cuestión debemos concluir que en el caso en el que el Fondo no hubiera sido citado conforme a lo previsto en aquél precepto riuario (art. 23 LPL), no se extiende sobre él el carácter de cosa juzgada del procedimiento seguido frente al empresario que no alegó en tiempo la excepción correspondiente, “sencillamente porque falta el elemento subjetivo de identidad que exige el art. 222 de la LEC”, de ahí que ahora sí pueda ser alegada por el Organismo Público cuando el trabajador se dirija contra éste reclamándole las cuantías adeudadas<sup>602</sup>.

No obstante, es preciso conectar la cuestión de la prescripción con la consideración judicial del Fondo como un fiador, por cuanto que ello puede dar lugar a situaciones que consideramos algo absurdas o cuando menos, poco coherentes. En concreto nos vamos a referir a los supuestos en los que el trabajador concedió a su empresario una ampliación o prórroga en el pago de su crédito. En este caso, mantienen los tribunales que habiendo acaecido la situación de insolvencia, para el FOGASA la prescripción se iniciará desde la fecha que corresponda ex art. 33.7 TRET (la conciliación, resolución, etc.), y no desde la subsiguiente reclamación del trabajador en el caso de que su empresario-deudor no cumpliera el plazo otorgado<sup>603</sup>. El argumento para ello deriva de la aplicación analógica del art. 1975 C.Civ.; a saber, sólo las reclamaciones judiciales hechas contra el deudor principal interrumpirán también la prescripción para el FOGASA, a diferencia de las extrajudiciales realizadas contra el acreedor, que no interrumpirán la prescripción de la obligación del fiador (FOGASA)<sup>604</sup>. Respecto a cuáles sean esas reclamaciones interruptivas deben señalarse especialmente, *v. gr.*, las acciones judiciales, o asimiladas –inscripción en la lista de acreedores, o cualquier reconocimiento de deuda en pleito concursal–<sup>605</sup>. Aunque sea brevemente, debemos observar que otros autores, en cambio, conciben a dicha inscripción como “un «acto atípico de reconocimiento privado del deudor», cuya atipicidad tendrá causa en la presencia del ór-

<sup>601</sup> Sobre todo ello, STS, de 22 de octubre de 2002 (RJ 1904).

<sup>602</sup> STS, de 22 de enero de 2003 (AS 2809; A.L., nº 24, 2003, ref. 695), y, en la doctrina judicial, STJS de Andalucía/Granada, de 15 de octubre de 2001 (AS 78/2002), y STSJ de Galicia, de 29 de marzo de 2003 (A.L., nº 27, 2003, ref. 797). Aunque Referido a la posibilidad de alterar los hechos, es aplicable aquí la doctrina recogida en la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 18 de octubre de 2001 (AS 1824).

<sup>603</sup> STSJ de Cataluña, de 5 de abril de 2000 (AS 1062).

<sup>604</sup> STS, de 11 de julio de 2001 (R.L., nº 3, 2002, TS-492). Matizando en parte esa opinión, en relación con el acto de conciliación como hecho que interrumpe la prescripción, STS, de 22 de abril de 2002 (A.L., nº 31, 2002, ref. 1011).

<sup>605</sup> STS, de 24 de abril del 2001 (RJA 4878), F.J. 2º; y SJS de Sevilla nº 4, de 26 de diciembre de 2001 (AS 287/2002). En la doctrina italiana, véase TOZZOLI, S., “Crediti di lavoro diversi del t.f.r., natura solidale dell’obbligazione del Fondo di Garanzia e interruzione della prescrizione: una pronuncia subito smentita?”; RIDL, nº 3, 2002, pág. 643 y sgs. (II).

gano judicial", de ahí que sostengan que la interrupción afectará al FOGASA sólo si en el procedimiento concursal se le ha dado cita<sup>606</sup>. Opinión que, como se deduce, no nos parece acertada, no sólo por la errónea consideración de los procesos concursales, sino también porque supone obviar en gran parte lo preceptuado en el art. 33.7 TRET cuando señala que el plazo de prescripción del que habla este artículo, se interrumpirá por el ejercicio de las acciones de reconocimiento del crédito en procedimiento concursal<sup>607</sup>.

Retomando la cuestión sobre las posibles causas de prescripción, creemos que a aquél razonamiento judicial (sólo interrumpen las reclamaciones judiciales) debieran hacerse al menos las siguientes observaciones críticas: aún aceptando esa aplicación analógica, pensamos que la interpretación realizada de dicho art. 1975 C.Civ. es excesivamente rígida, ya que en opinión de un reputado sector de la doctrina civilista, en el precepto civil mencionado se incluye no sólo la reclamación judicial, sino que también se interrumpe la prescripción "por reconocimientos fehacientes de la deuda por parte del obligado con carácter principal (, por lo que) concurriendo esas garantías de autenticidad, la interrupción de la prescripción contra el deudor principal implicará automáticamente el mantenimiento de la obligación del fiador"<sup>608</sup>. Sobre esos requisitos de autenticidad se señalan los de la certeza de la fecha y el conocimiento o notificación al fiador<sup>609</sup>. Por nuestra parte, creemos que tanto aquellas reclamaciones extrajudiciales (v. gr., conciliación, etc.) dirigidas contra el deudor principal, como los reconocimientos de deuda privados realizados por éste interrumpirán también la prescripción para el Fondo siempre que la fecha conste fehacientemente<sup>610</sup>.

Por otro lado, mantener la opinión judicial que defiende la aplicación analógica de los preceptos relativos a la fianza para el caso de responsabilidad subsidiaria del FOGASA, llevaría en realidad más lejos esa sinrazón, porque en el ejemplo que estamos analizando (aplazamiento del pago) no estamos ante una interrupción privada del plazo de prescripción de la deuda, sino ante la concesión de un nuevo plazo, de ahí que si tuviésemos que aplicar analógicamente aquéllas reglas, nos conduciría a que en los casos de prórroga o concesión de un nuevo plazo de pago al deudor (empresario) lo que debería producirse sería la extinción de la obligación del FOGASA en virtud del art. 1851 C.Civ.<sup>611</sup>. Hecho del todo ilógico e insostenible desde nuestro punto de vista.

---

<sup>606</sup> SERRANO GARCÍA, M.J., "La intervención del Fondo de Garantía Salarial en los procesos declarativos y la prescripción de acciones"; R.L., nº 7, 2002, pág. 54 (vid. también nota 506 y texto).

<sup>607</sup> STS, de 11 de julio de 2001 (R.L., nº 3, 2002, TS-492). "Cuando el legislador utiliza dicha expresión (procedimiento concursal) está comprendido en la misma todos los procedimientos universales concursales, tengan naturaleza preliminar o no"; STS de 3 de abril de 2003 (RJ 3666). Como también recuerda esta sentencia, la prescripción prolonga "sus efectos desde la iniciación hasta la conclusión" del proceso concursal. Vid. art. 60 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.

<sup>608</sup> PUIG BRUTAU, J., Fundamentos de...; cit., T. II, vol. 2º, pág. 589.

<sup>609</sup> DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos de Derecho...; cit., págs. 455 y 456.

<sup>610</sup> Sobre el efecto interruptivo de la presentación de la papeleta de conciliación frente al empresario tanto para éste como para el FOGASA, vid. STS (UD), de 25 de junio de 2002 (A.L., nº 41, 2002, ref. 1288), y en GARCÍA PAREDES, M.L., "Guía de recursos de Casación para unificación de Doctrina (junio y julio de 2002)"; A.L., nº 45, 2002, G-6, 23, pág. G-267.

<sup>611</sup> Sobre el alcance de los términos de este precepto civil, vid. GUILARTE ZAPATERO, V. en (ALBALADEJO, Dir.) Comentarios...; cit., págs. 318 y sgs.; y CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, Tratado de los Derechos de Garantía; Aranzadi, 2002, págs. 188, 193 y 194.

Pero no acaban aquí las consecuencias que puede tener la aplicación analógica de las reglas de la fianza. Ciertamente, otro nuevo absurdo se da porque si ese aplazamiento tiene lugar en el acto de conciliación –o similar– o posterior a éste, la responsabilidad del Fondo nacería desde el momento de dicho acto (a partir del cual comienza la prescripción ex art. 33.7 TRET), sin que pueda decirse que el deudor haya incumplido aún. Falta pues el incumplimiento, ya que como se extrae de la propia doctrina judicial –que ya fue estudiada al referirnos a la extinción–, el trabajador puede consentir o tolerar la demora en el pago de su crédito salarial, por lo que el crédito no sería exigible en la fecha originaria y –por ello– no se producirá incumplimiento por parte del empresario (a efectos de mora o extinción) cuando exista un acuerdo entre empresa y trabajador para pagar en diferentes plazos, posteriores al originariamente debido, con motivo, por ejemplo, de una mala situación económica de la empresa<sup>612</sup>.

Así pues, si acontece ese hecho (consentir o tolerar la demora a una empresa en crisis) y el deudor –ahora sí– no cumple con el pago en el plazo (finalmente) acordado, los trabajadores podrán reclamar el pago al empresario; pero, en opinión de la doctrina judicial mayoritaria, no podrán dirigirse contra el Fondo reclamando el abono de esa deuda si desde el día de la primera conciliación –o resolución– se hubiera superado el plazo de prescripción del art. 33.7 TRET. Adviértase que en opinión del TS la prescripción tendría lugar aún cuando no se hubiera producido realmente el incumplimiento por el empresario o, habiéndose producido tal incumplimiento en el plazo posterior, aquélla (la prescripción) correría desde una fecha anterior a éste y por ende, antes de que se haya producido la resolución o conciliación con base en la cual el trabajador se dirigirá a reclamar finalmente al Fondo.

El absurdo al que nos referimos se da porque si el acuerdo o aplazamiento tiene lugar, en opinión de la doctrina judicial que hemos traído a colación, el empresario (responsable directo) no ha incumplido aún, debiendo el trabajador requerirle de nuevo para que haga efectivo el pago una vez que llegue ese nuevo plazo. Pero, como hemos dicho, para el Fondo fue la primera reclamación la que cuenta a efectos del art. 33.7 TRET, y por ello, podría haber prescrito el crédito, olvidando que faltaría en este caso uno de los requisitos de la responsabilidad del FOGASA, ya que “la subsidiariedad (...) implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor de la obligación garantizada (...) pues el incumplimiento es presupuesto constitutivo” de la facultad del acreedor de reclamar<sup>613</sup>. Subrayamos que para que se pueda reclamar al FOGASA es necesario que, junto al hecho de que el empresario se encuentre en una situación de insolvencia, acontezca como causa originaria “la presunta existencia de una deuda empresarial vigente, que es también la que permite que la acción declarativa se dirija contra el (FOGASA). (...) Así, (éste) tiene derecho a no satisfacer las prestaciones previstas legalmente (...) si no existe deuda empresarial vigente (...)”<sup>614</sup>.

<sup>612</sup> Algunas resoluciones judiciales en el sentido que estamos refiriendo pueden verse en, ALONSO OLEA/CASAS BAA-MONDE, Derecho del trabajo; cit., pág. 480, nota 7. Vid. STS, de 28 de septiembre de 1998 (A.L., nº 2, 1999, Ref. 66).

<sup>613</sup> GUILARTE ZAPATERO, V. en (ALBALADEJO, Dir.) Comentarios...; cit., pág. 19. En la doctrina italiana, BANO, F., “L'intervento del Fondo di garanzia per il t.f.r. e insolvenza del datore di lavoro”; RIDL, 2001-4 (II.- Giurisprudenza), pág. 705.

<sup>614</sup> SERRANO GARCÍA, M.J., “La intervención del Fondo...; cit., págs. 52 y 53.

Adviértase además que de seguir con la opinión mantenida por la jurisprudencia, se estaría obligando al trabajador a reclamar al Fondo unas cuantías cuyo pago demoró voluntariamente, de tal suerte que si se concedió un nuevo plazo, pero antes de que éste llegase y para evitar perder el derecho frente al Fondo, se produjese su reclamación y el Fondo se subroga en dichas cuantías, se volvería al absurdo de que al empresario-deudor se le estaría reclamado por unas cuantías cuyo vencimiento aún no se produjo, pudiendo, en consecuencia, oponerse a la reclamación del Fondo alegando las excepciones que pudiera tener frente al acreedor, entre ellas, la excepción de falta de vencimiento de la deuda<sup>615</sup>. En efecto, no podemos olvidar que la entrada del mencionado Organismo Público no puede perjudicar o agravar la situación de terceros, como a estos efectos sería el propio empresario-deudor, debiendo respetar las condiciones en las que se encuentra el crédito subrogado<sup>616</sup>.

Esta opinión que mantenemos (no inicio del plazo de prescripción) ha sido defendida por algún pronunciamiento judicial, pero sólo en el caso en el que las partes hubieran pactado esa demora o aplazamiento del pago antes de que se hubiera producido el vencimiento de las cantidades posteriormente reclamadas; es decir, no estamos ante un acuerdo entre las partes sobrevenido una vez que se produjo el vencimiento de la deuda y su correspondiente reclamación, sino ante un pacto que tuvo lugar antes del vencimiento originario y en virtud del cual se aplazaba el devengo de las cantidades futuras<sup>617</sup>. De nuevo, la aplicación analógica de la regulación de la fianza llevaría a traer a colación el art. 1851 C.Civ., y no la solución prevista (no interrupción de la prescripción), razón que vuelve a reiterar nuestra idea de que no se puede aplicar analógicamente el régimen de la fianza, y menos aún sólo para algunas cosas y modificando para otras las consecuencias del régimen de la misma<sup>618</sup>.

En definitiva, no creemos que deba resolverse esta cuestión considerando que ese aplazamiento acordado entre trabajador y empresario implica un reconocimiento privado de la deuda, sino en el sentido de entender que con ello falta uno de los requisitos para que nazca la obligación del deudor subsidiario. De otra forma se seguirán dando los problemas señalados, amén de poder influir negativamente en una solución colectiva entre trabajadores y el empresario-deudor para salvaguardar la empresa.

---

<sup>615</sup> CAÑIZARES LASO, A., El pago con subrogación; Civitas, 1996, pág. 107.

<sup>616</sup> TUR FAUNDEZ, M.N., El derecho de reembolso; EGD, 1996, págs. 40 y 41.

<sup>617</sup> STSJ de Murcia, de 23 de julio de 2001 (AS 3441).

<sup>618</sup> "... ante la ausencia de norma laboral aplicable no podrá acudirse sin más, a una norma de otro sector de ordenamiento que dé lugar a una solución claramente contraria al principio *por operario*"; ALARCÓN CARACUEL, M.R., "La vigencia del principio..."; cit, pág. 865. Adviértase, por otro lado, que la jurisprudencia viene aplicando el art. 1851 C.Civ. tanto a las prórrogas anteriores como a las posteriores al vencimiento; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Código Civil. Comentado y con Jurisprudencia; La Ley, 2001, pág. 1919.

## b. Apoyo a las empresas: Fuerza mayor y reestructuración de empresas de menos de 25 trabajadores

### b.1. Supuestos y sujetos

Junto a ese papel de responsable subsidiario (garantizar el pago de los créditos laborales), aparece además y con una creciente importancia, la actuación del Fondo como protector de las empresas, evitando o reduciendo el coste laboral de los riesgos empresariales debidos a acontecimientos imprevisibles e inevitables o surgidos como consecuencia de la necesidad de reestructuración en las pequeñas empresas. En estos casos, debe indicarse que no se precisa situación de crisis por parte de las empresas deudoras, bastando que se den los requisitos exigidos por la ley para obtener las prestaciones del Fondo y sin necesidad, como decimos, de que el futuro y continuidad de la empresa tengan que verse afectados<sup>619</sup>. Por otro lado, lo que sí queda manifiestamente claro es que los beneficiarios o destinatarios directos de esta protección son las empresas y aunque ello pueda traer alguna consecuencia para los trabajadores, ésta “no es la finalidad perseguida por el legislador” con este precepto, sino un “simple efecto de beneficiar a las empresas (...)”; en otras palabras, “la función de esta responsabilidad directa del FGS no es, en suma, la garantía o aseguramiento de salarios o indemnizaciones (...) sino la de alivio o reducción del coste financiero para el empresario (...)”<sup>620</sup>.

Tanto en el supuesto de intervención del FOGASA en los casos de fuerza mayor como sobre todo en el de reorganización y reestructuración en las empresas de menos de 25 trabajadores, compartimos la crítica constante que se hace a estas funciones del Fondo, porque suponen una clara desresponsabilización de los empresarios-deudores y por la escasa vinculación que se exige entre esos pagos por parte del Fondo y la protección de los intereses de los trabajadores<sup>621</sup>. Creemos pues que sería más acertado haber condicionado el abono de esas deudas indemnizatorias por parte del Fondo a que se respeten o mantengan unos mínimos niveles de empleo en la empresa o al menos, a la necesidad de que exista un acuerdo con los trabajadores o sus representantes respecto a las medidas tendentes a su reestructuración o reorganización. De no hacerse de este modo, algunos autores han denunciado que en aquellos casos en los que se puede llegar a la extinción de la totalidad o gran parte del empleo en la empresa, la ayuda que aporta el Fondo podría tildarse incluso de “subvención para la destrucción de empleo”<sup>622</sup>. Sin llegar a ese extremo, lo que sí parece evidente es que esa reducción en la cuantía indemnizatoria hace desaparecer el principal instrumento

<sup>619</sup> Sobre todo ello, RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., págs. 127 y sgs., y 245. Vid. art. 17.1 RD 505/1985.

<sup>620</sup> Aunque referido exclusivamente al supuesto del art. 33.8 TRET (“ayuda a empresas pequeñas”), esta doctrina extraída de la STS (UD), de 20 de septiembre de 2001 (RJA 7933), y presente ya en los tribunales inferiores (v. gr., STSJ del País Vasco, de 19 de enero de 1999; AS 12), es plenamente aplicable también al supuesto del art. 51.12 TRET. Otros autores, en cambio, mantienen que con ello se pretende “reparar de forma directa e inmediata las consecuencias económicas que la extinción del contrato de trabajo pueda acarrear para el trabajador”, cfr. GARCÍA MURCIA, J., “Responsabilidad del...”; cit., pág. 408.

<sup>621</sup> De forma unánime se sostiene que el art. 33.8 TRET engloba tanto los supuestos de extinción por causas objetivas, como por fuerza mayor; por todos, ALBIOL MONTESINOS, I., “Las prestaciones del...”; cit., pág. 511.

<sup>622</sup> RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., pág. 135.

para obligar indirectamente a que la empresa adopte otras medidas de reestructuración diferentes a la extinción, llegándose a la paradoja de que la propia existencia del Fondo en estos casos es contraria a los intereses de los trabajadores.

En este sentido, si al supuesto del art. 33.8 TRET se le critica la ligereza con la que se hace entrar en juego la responsabilidad del Fondo, no menos criticable es también la excesiva discrecionalidad administrativa respecto al supuesto de fuerza mayor (art. 51.12 TRET)<sup>623</sup>. Para evitar los problemas que podrían derivarse de ello, considero más correcto en este caso que se fijen los criterios o elementos a valorar para que el FOGASA intervenga en este supuesto y que, como acabamos de indicar, debieran estar conectados —cómo no— con los intereses de los trabajadores (mantenimiento de un volumen mínimo de empleo, existencia de acuerdo con ellos o sus representantes, etc.), y con los fines que pretenden salvaguardarse (continuidad de la empresa, perjuicio grave, etc.). En esta línea, nos parece acertada la exigencia recogida por alguna resolución de la D.G.E. de que “si bien no es preceptiva la aportación de documentación económica” para proceder a la exoneración, “sí que es necesario que quede indubitadamente acreditada la necesidad de la medida de reducción o exoneración solicitada por la empresa (...)”<sup>624</sup>.

Sin embargo, y según se desprende de los preceptos que regulan la función del Fondo en los casos de fuerza mayor, éste parece reservarse la posibilidad de reclamarle lo abonado a la empresa-deudora afectada (art. 51.12, párr. 4º: “derecho de éste —el FOGASA— a resarcirse del empresario”), lo que ha llevado a algunos autores a mantener que estamos ante un supuesto distinto al de responsabilidad solidaria o subsidiaria, por cuanto que más pareciera que el Fondo “únicamente se hace cargo de las cantidades a modo de anticipo inmediato (...); estando, pues, no ante una extinción de deuda sino ante una mera moratoria de pago (...)”<sup>625</sup>. No obstante, la realidad nos muestra que no existe por parte del legislador un uso efectivo de la mencionada subrogación, lo que confirma nuestra crítica a la arbitraria y errónea forma elegida por el legislador para exonerar a las empresas de parte de sus riesgos, que por otro lado y como hemos adelantado, no tiene previsto un mecanismo específico de financiación.

Por la mayor importancia que tiene tanto por las cuantías como por el número de trabajadores que pueden verse afectados, nos ceñiremos al supuesto de empresas de menos de 25 trabajadores<sup>626</sup>. Sobre esta cuestión, cabe señalar que para determinar el número de trabajadores que ocupa la empresa a efectos de saber si concurre o no la responsabilidad directa del FOGASA, ha de estarse exclusivamente a la fecha del despido, sin que sea admisible defender que ese número “se cifre en el promedio de trabajadores empleados a los largo de la anualidad precedente al despido”<sup>627</sup>.

<sup>623</sup> Por todos; GARCÍA MURCIA, J., *El Fondo...*; cit., pág. 389.

<sup>624</sup> En FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La fuerza mayor...*; cit., págs. 309 y 310.

<sup>625</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., *La fuerza mayor...*; cit., págs. 298 y 299. Este carácter excepcional justifica que esa exoneración (total o parcial) deba ser instada por el empresario-deudor (*ibidem*, pág. 309).

<sup>626</sup> Cabe resaltar que más de la mitad de los pagos realizados por el FOGASA durante los años 2000-2004 lo fueron a empresas de esas dimensiones; no en vano, la gran mayoría de las crisis empresariales se desvía hacia éstas, en las que “con más frecuencia se producen los estados y actuaciones de insolvencia”; HERRERO NIETO, B., “Aspectos...”; cit., págs. 133 y 134.

<sup>627</sup> STSJ de Asturias, de 21 de junio de 2002 (AS 1815). Negando la aplicación analógica del art. 72 TRET; STSJ de la Comunidad Valenciana, de 21 de enero de 2004 (JUR 2004/169069).

Al respecto también, debe indicarse que nuestros tribunales vienen sosteniendo que para determinar cuándo estamos ante una empresa de esas características no hay que atender tan sólo al elemento formal (persona jurídica), sino también al real o económico, para determinar si la referida empresa forma o no parte de otra unidad superior (grupo de empresas), pues de ser así, no tendrá derecho a la ayuda que especifica el mencionado art. 33.8 TRET<sup>628</sup>. La respuesta es del todo lógica si tenemos en cuenta que la finalidad que se pretende con esta medida es apoyar a las pequeñas empresas que, por su debilidad económica debida a sus escasas dimensiones, no pueden hacer frente en muchas ocasiones a las deudas laborales<sup>629</sup>.

Llamamos también la atención sobre el hecho de que en la práctica esta medida supone que las empresas de menos de 25 trabajadores se benefician de unos menores costes por extinción en los casos en que éstas estén basadas en causas objetivas (art. 51 y 52.c) TRET) o de fuerza mayor (51.12 TRET), porque la cuantía que el Fondo debe abonar por estas causas deriva de su responsabilidad propia, directa no subsidiaria (sin sustituir en este caso a ningún otro) y pura (no está sujeta a ninguna condición –v. gr. insolvencia– o término)<sup>630</sup>. Advuértase por lo tanto que estamos ante un supuesto distinto del previsto en los tres primeros apartados del art. 33 TRET, debiéndose diferenciar uno y otro tipo de responsabilidad, sin perjuicio de que se puedan reclamar ambas cuando se den las circunstancias previstas (empresa de menos de 25 trabajadores que deviene insolvente). Como se puede deducir de lo dicho, cada una de estas responsabilidades tiene su acción correspondiente y diferente, de tal suerte que el ejercicio de una no afecta a la otra y, por ende, que la acción que reclama el pago de una de ellas no sirve para interrumpir los plazos de prescripción de la otra no ejercitada<sup>631</sup>. Tampoco cabría apreciar excepción de cosa juzgada cuando tras reclamar la prestación correspondiente a la responsabilidad directa, posteriormente se solicita la debida por el Fondo como responsable subsidiario por la insolvencia de la empresa deudora<sup>632</sup>.

También se derivan otras consecuencias de que estemos ante una responsabilidad personal, pura, directa y limitada por parte del Fondo: Una, en ese caso no entran en juego las limitaciones que señalábamos respecto a cual era el beneficiario de las prestaciones en el caso de responsabilidad subsidiaria. En efecto, en el caso ahora tratado no se pretende garantizar al trabajador el pago de su crédito laboral, por lo que no es éste el sujeto protegido, sino que son las empresas las beneficiarias de esta ayuda y al ser el Fondo el responsable directo –frente a un crédito que en principio debería ser exigible al empresario de no existir esta previsión–, el FOGASA también deberá

<sup>628</sup> Por todas, STSJ de la Comunidad Valenciana, de 29 de abril de 2003 (AS 1465), y STSJ de Murcia, de 6 de octubre de 1999 (E.F., nº 202, 2000) y, en el mismo número, GONZÁLEZ, J., “Grupo de empresas y responsabilidad del FOGASA en empresas de menos de 25 trabajadores”, (Comentario 7/2000), pág. 177.

<sup>629</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración..., cit., págs. 125 y 126.

<sup>630</sup> STSJ de Aragón, de 25 de octubre del 2000 (AS 4100).

<sup>631</sup> STS, de 21 de noviembre de 2001, (A.L., nº 17, 2002, ref. 509), F.J., 3º; y 19 de junio de 2002 (RJ 9515). Estas sentencias han venido a confirmar la opinión judicial de muchos tribunales inferiores; v. gr., STSJ de Madrid, de 4 de julio del 2000 (A.L., nº 1, 2001, ref. 26), y STSJ del País Vasco, de 22 de mayo de 2001 (AS 2408).

<sup>632</sup> Cfr. CONDE MARTÍN DE HIJAS, V., “Nota” a la STSJ de La Rioja, de 22 de diciembre de 1998 (A.L., nº 13, 1999, pág. 1216).

abonar la cuantía de su obligación aunque quien lo reclame no se trate de un trabajador, sino de otro sujeto que adquirió el crédito por haber abonado previamente el valor de esa indemnización (v. gr., la propia empresa)<sup>633</sup>. Esta solución nos parece más acertada tanto porque es más acorde con la finalidad perseguida como porque en el supuesto que recoge este apartado no se protege la posición del trabajador, ni el Fondo se subrogará en derecho alguno. Y dos, que al tratarse de una responsabilidad directa y pura, el trabajador puede exigir directamente al Fondo su pago desde el momento del despido<sup>634</sup>. Difiero por ello de quienes sostienen que el día que se inicia la prescripción en el caso de responsabilidad directa del FOGASA comienza cuando la empresa haya pagado íntegramente la indemnización<sup>635</sup>, pues con ello se confunde el momento a partir del cuál la empresa puede reclamar su reembolso y cuándo se inicia la prescripción de la obligación del Fondo, para lo cual habrá de estarse al hecho causante de dicha responsabilidad, esto es, desde el despido, o mejor dicho, desde que éste adquiere firmeza<sup>636</sup>.

Esta responsabilidad directa del FOGASA es, sin duda, un fenómeno de gran relevancia económica y social en un país como el nuestro, donde la gran mayoría del empleo se genera en las pymes. Relevancia que se reafirma ante un entorno como el presente, caracterizado por el desarrollo de los fenómenos de externalización de ciertas fases del ciclo productivo<sup>637</sup>. Fenómeno éste apoyado sobre todo en esas pequeñas empresas, que sin duda están teniendo un crecimiento importantísimo debido a esa mayor facilidad de adaptación y cambio a las circunstancias del mercado<sup>638</sup>. Esa facilidad se explica por las características que en muchas ocasiones definen a estas pequeñas empresas: tanto una menor complejidad organizativa, como sobre todo, un mayor autoritarismo empresarial, menores ventajas económicas y sociales para los trabajadores, intensificación del trabajo, polivalencia funcional y reducción de la actuación sindical<sup>639</sup>. Rasgos que también completa este menor coste del despido por causas del art. 51 ó 52.c) TRET, debido a la "responsabilidad prácticamente objetiva" y directa que el art. 33.8 TRET impone a este Fondo público<sup>640</sup>.

<sup>633</sup> STS, de 5 de diciembre del 2000 (AS 10420).

<sup>634</sup> STSJ de Murcia, de 11 de mayo de 1998 (AS 2145).

<sup>635</sup> STS, de 5 de diciembre del 2000; cit.

<sup>636</sup> STS, de 3 de julio del 2001 (A.L. nº 48, 2001, ref. 1740), y de 21 de noviembre de 2001; cit. Este razonamiento ya podía deducirse en los TSJ, v. gr., STSJ de Madrid, de 4 de julio del 2000 (A.L., nº 1, 2001, ref. 26). Recientemente, STS (UD), de 19 de junio de 2002 (A.L., nº 41, 2002, ref. 1286), STSJ de Cataluña, de 3 de julio de 2002 (AS 2862), y en GARCÍA PAREDES, M.L., "Guía de recursos de Casación para unificación de Doctrina (junio y julio de 2002)"; A.L., nº 45, 2002, G-6, 23, págs. G-265 y 266.

<sup>637</sup> VALDÉS DAL-RÉ, F., "La descentralización productiva y la formación de un nuevo paradigma de empresa"; R.L., nº 18, 2001, especialmente, pág. 5.

<sup>638</sup> JIMÉNEZ GARCÍA, J., Los senderos hacia un nuevo derecho del trabajo; UPGC/UGT/FunDesCan, 1996, pág. 51. VALDÉS DAL-RÉ, F., "Descentralización productiva y desorganización del Derecho del Trabajo"; R.L., nº 20, 2001, pág. 8.

<sup>639</sup> Cfr. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "La situación de los trabajadores en las empresas descentralizadas: la merma de sus garantías y la «crisis» del trabajo subordinado"; A.S., nº 5, 2000, págs. 53 y 54; y MOLERO MARAÑÓN, M.L., "Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico laboral"; R.L., nº 7, 2001, págs. 35 y 36. La necesidad de adoptar mayores garantías para los trabajadores de las pymes precisamente por esa posición más desventajosa o desigual se ha visto plasmada en algunos pronunciamientos judiciales; STSJ Castilla-La Mancha, de 22 de mayo del 2001 (A.L., nº 43, 2001, ref. 1587).

<sup>640</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L., "Sobre la inminente..."; cit., pág. 46.

### b.2. Título habilitante

Siguiendo la tendencia hacia una mejor protección o ayuda a las empresas, encontramos su manifestación también en los distintos requisitos exigidos sobre cuál sea el título ejecutivo hábil, que, como sabemos, variarán en función de la partida reclamada (salarios, indemnización o salarios de tramitación)<sup>641</sup>. En este sentido, el título necesario dependerá también de que el Fondo actúe como responsable directo o subsidiario de las indemnizaciones debidas. En efecto, para los casos de extinción basada en las causas objetivas o de fuerza mayor (arts. 51 ó 52.c) TRET) debemos distinguir, por un lado, cuando el Fondo actúa como responsable subsidiario, en cuyo caso la indemnización debe venir reconocida en resolución administrativa o sentencia<sup>642</sup>. Adviértase que la observación la hacemos por referencia exclusiva a las indemnizaciones por extinción, y no a los denominados salarios de trámite, por cuanto que en este caso, y como ya ha quedado dicho, éstos son reconducibles a las partidas del art. 26.1 TRET y por ello, al concepto de salario<sup>643</sup>. Esta situación, pese a que ciertas sentencias no se mostraban de acuerdo en atención a la regulación anterior, también fue defendida por algunos pronunciamientos judiciales anteriores que, con buen criterio creemos, admitían la validez a efectos de responsabilidad del FOGASA de los salarios de trámite pactados en conciliación, precisamente por no concurrir los riesgos que, se afirma, se pretenden evitar<sup>644</sup>. El razonamiento de aquéllos tribunales fue aceptado por el TJCE, aunque su alcance, en opinión del TS, ha de limitarse a la conciliación judicial, excluyéndose la previa ante el órgano administrativo correspondiente<sup>645</sup>. Frente a esta opinión del TS debemos señalar que nos parece más correcto equiparar a efectos del título a los salarios y a los de tramitación, de tal suerte que el Fondo también deba responder por estos últimos cuando vengan recogidos en conciliación extrajudicial<sup>646</sup>.

Esta parece ser la solución finalmente aceptada por el legislador en la redacción dada al art. 33.1 TRET tanto por la Ley 45/2002, en el que se elimina la expresión

<sup>641</sup> Lo que exige que cada uno de ellos conste claramente especificado en su correspondiente título. Sobre todo ello, véase la STS, de 18 de enero del 2000 (A.L., nº 18, 2000, ref. 699), y las SSTSJ de Cataluña, de 8 de mayo de 1998 (AS 3053) y del País Vasco, de 31 de marzo de 1998 (AS 1309).

Sobre la restrictiva evolución normativa respecto a la exigencia de títulos habilitantes, STSJ de Aragón, de 11 de diciembre del 2000 (AS 3961).

Sobre los diversos títulos ejecutivos que pueden existir en el ámbito laboral, vid. MARÍN CORREA, J.M., "Constitución y ejecución. Títulos ejecutivos en general y títulos ejecutivos distintos a los de creación judicial"; en (RIOS SALMERÓN, Dir.) Puntos críticos en...; cit., págs. 417 y sgs.

<sup>642</sup> En relación a la exclusión del acto de conciliación como título suficiente para el caso de las indemnizaciones o en los de los salarios de tramitación, véase la STS, de 18 de septiembre del 2000 (A.L., nº 4, 2001, ref. 103), con las matizaciones que de inmediato se verán. Respecto a la indemnización; STS, de 23 de abril de 2004 (A.L., nº 17, 2004, ref. 605); y STSJ de Andalucía (Sevilla), de 29 de mayo de 2003 (A.L., nº 39, 2003, ref. 1149).

<sup>643</sup> Vid. STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de enero de 2003 (AS 1533).

<sup>644</sup> SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 16 de abril de 1999 (R.L., nº 17, 1999, TSJ-1408), y de 24 de abril del 2001 (AS 998). Puede verse además el comentario a dicha sentencia en PÉREZ YÁÑEZ, R., "La responsabilidad del FOGASA por los salarios de tramitación pactados en conciliación"; A.S., nº 6 (Presentación, 24), 2001, especialmente, págs. 46-49.

<sup>645</sup> STJCE, de 12 de diciembre de 2002 (A.L., nº 7, 2003, ref. 218), y SSTS, de 26 de diciembre de 2002 (RJ 2804), y de 17 de marzo de 2003 (RJ 3649).

<sup>646</sup> Vid., STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de enero de 2003 (A.L., nº 31, 2003, ref. 934).

*indemnización complementaria* y se sustituye por el reconocimiento del derecho a los salarios de tramitación en los supuestos en los que *legalmente procedan*<sup>647</sup>.

Retomando pues la cuestión con relación a las indemnizaciones, debemos matizar que aunque el texto estatutario (art. 33.2 TRET) hable de *sentencia*, ha de entenderse que también quedan incluidas en esa expresión otras resoluciones judiciales distintas de la explicitada, como son los autos dictados por no readmisión o por ser ésta defectuosa, ya que se trata de un supuesto idéntico<sup>648</sup>. Ciertamente, como subraya la propia jurisprudencia, el auto, al ser dictado por el juez vinculado a la ley, es “fácilmente asimilable a la sentencia en la medida que no es susceptible de encubrir acuerdos fraudulentos”<sup>649</sup>.

De otro lado, se discute además si para poder dirigirse contra el Fondo será preciso que dicha resolución judicial tenga el carácter de firme o basta con que sea simplemente definitiva<sup>650</sup>. Cuestión que se conecta inmediatamente con el tema relativo a la ejecución provisional. Para explicar mejor nuestra postura creemos conveniente distinguir claramente entre los supuestos de responsabilidad directa del Fondo y de aquellos en los que es subsidiaria.

En el primer caso, y pese a la opinión de cierto sector de la doctrina favorable a la admisión de la ejecución provisional frente al FOGASA<sup>651</sup>, creemos que debido a las exigencias de procedencia de la extinción –que ahora defenderemos–, no es posible la ejecución provisional (*ex arts. 295 y sgs. LPL –extinciones declaradas improcedentes o nulas–*). Pero es más, ni aún admitidas éstas últimas como incluidas en el art. 33.8 TRET, tampoco cabrá dicha ejecución provisional, por cuanto que habiéndose optado por la indemnización, el texto legal es claro al negar la admisión de dicha ejecución provisional, sin perjuicio, como dice la Ley, de reconocer al trabajador en situación legal de desempleo involuntario a efectos de acceder a las correspondientes prestaciones (arts. 122 y 123, en relación con los arts. 111 y 112 LPL)<sup>652</sup>.

También existen razones para considerar que no será suficiente con que dicha sentencia sea definitiva en el caso de responsabilidad subsidiaria del FOGASA (don-

<sup>647</sup> BORRAJO DACRUZ, E., “Los salarios de tramitación...”, cit., págs. 203 y 204. Sobre ello y la STJCE, de 12 de diciembre de 2002 (A.L., nº 7, 2003, ref. 218); *vid.* CARDENAL CARRO, M., “La adecuación del artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores al Derecho Comunitario, en cuanto a los salarios de tramitación”; A.S., nº 18, 2003 (Tribuna), págs. 9 y sgs.

<sup>648</sup> STS, de 23 de marzo del 2000 (A.L., nº 33, 2000, ref. 1338). Contrario a esta solución, CALVO DURÁN/DOCAM-PODARRIBA, “Sobre el título para las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial”; REDT, 1984, nº 69, pág. 954.

<sup>649</sup> SSTS, de 28 de febrero del 2000 (AS 2244), de 10 de abril del 2000 (A.L., nº 34, 2000, ref. 1398), de 22 de enero del 2001 (A.L., nº 28, 2001, ref. 1024), y de 7 de febrero del 2001 (A.L., nº 26, 2001, ref. 965).

<sup>650</sup> Sobre la diferencia entre una y otra, MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*; Marcial Pons, 2000, pág. 225. Entendemos errónea la posición defendida por alguna sentencia que ha entendido que la ejecución provisional no es aplicable cuando se trata de organismos públicos (STSJ del País Vasco, de 22 de octubre de 1996 –AS 3721–), por cuanto que dicha solución supondría una diferencia de trato no amparada legalmente.

<sup>651</sup> MONTERO AROCA/MARÍN CORREA, *La ejecución provisional de sentencias en el proceso laboral*; Tirant lo Blanch, 1999, pág. 39.

<sup>652</sup> Sobre el sentido de la ejecución provisional y lo aquí señalado, BAYLOS/CRUZ/FERNANDA, *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*; Trotta, 1995, págs. 609 y sgs.; y VIQUEIRA PÉREZ, C., “Sobre la necesidad de que el trabajador continúe en la prestación de trabajo hasta que adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la acción resolutoria *ex art. 50 ET*”; R.D.S., nº 4, 1998, pág. 157.

de sí caben otras cuantías distintas a las indemnizaciones por extinción)<sup>653</sup>. En efecto, esa subsidiariedad implica, primero, que esa responsabilidad del Fondo “sólo se actualiza una vez que se han agotado las posibilidades de satisfacción del crédito laboral ejecutando el patrimonio del empleador (...) El trabajador acreedor sólo podrá dirigirse directamente frente al FGS una vez intentado el embargo del empleador sin resultados suficientemente satisfactorios (...)”<sup>654</sup>. En definitiva, que el Fondo no está obligado sino hasta que se reconozca que el empresario-deudor tiene deudas laborales pendientes de pago a causa de su insolvencia, lo cual conlleva que sólo deba responder cuando quede firme la resolución que así lo establezca. Segundo, aunque muy en conexión con lo que acabamos de indicar, obsérvese que el art. 33.6 TRET exige para que surja la obligación del FOGASA que tras la pretendida ejecución se declare la insolvencia del deudor (amén de que se haya dictado la correspondiente resolución que reconoce la indemnización), lo que parece requerir necesariamente una sentencia firme pues dicha declaración presupone y requiere un título ejecutivo<sup>655</sup>. Siguiendo esta idea, no debe tampoco olvidarse que el mencionado precepto laboral habla de que para conocer la insolvencia es preciso que haya sido instada la ejecución en la forma establecida por la LPL, viniendo ésta referida a las sentencias firmes, pues no podemos considerar como ejecución propiamente dicha la denominada “ejecución provisional”<sup>656</sup>. Tercero, si ponemos en conexión el apartado 7 con el 1 y 2 del art. 33 TRET, parece deducirse que aquél está refiriéndose también a las sentencias de las que hablan éstos, pues en todos se refiere a de la sentencia que *reconoce* la deuda. Si por lo tanto estamos refiriéndonos a la misma sentencia en todos ellos, no cabe sino sostener que ésta ha de ser firme, pues la prescripción de sentencias comienza siempre cuando éstas adquieren ese carácter (*ex art. 1971 C.Civ.*)<sup>657</sup>. Por último, como argumento de sistemática legal, debe hacerse constar que la previa audiencia que exige el art. 33.6 TRET se remite al art. 274 LPL, el cual se encuadra dentro del Libro IV, Título Primero, referido a la ejecución definitiva de sentencias firmes. En conclusión, cuando la responsabilidad por indemnizaciones del FOGASA sea subsidiaria, será preciso que la resolución sea además firme<sup>658</sup>.

Por otro lado, y volviendo de nuevo sobre el tema inicial de este apartado (título habilitante), debemos ahora analizar el supuesto en el que el Fondo actúa como responsable directo, esto es, con el objeto de ayudar a las empresas. En este caso, el texto legal guarda absoluto silencio respecto a la necesidad de que la deuda indemnizatoria conste en resolución (judicial o administrativa) alguna, lo que parece admitir títulos que en el primer caso no servirían para exigir el pago al Fondo (conciliación, etc.)<sup>659</sup>. No

<sup>653</sup> La práctica de la AGS en Francia parece ir en esta dirección, pese a algunos pronunciamientos judiciales que la cuestionarían; *vid.*, BLANCHARD, J., “Le sort des créances salariales dans le cadre des procédures collectives”; *Revue des procédures collectives*, nº 5, 2001, pág. 243.

<sup>654</sup> CRUZ VILLALÓN, J., “El Fondo de...”; *cit.*, pág. 393.

<sup>655</sup> GONZÁLEZ PILLADO, E., “La intervención del...”; *cit.*, págs. 2931-2933.

<sup>656</sup> Sobre las razones de esta idea, MONTERO AROCA/MARÍN CORREA, *La ejecución provisional...*, págs. 34 y 35.

<sup>657</sup> STSJ de Andalucía, de 25 de septiembre de 2002 (A.L., nº 3, 2003, ref. 75).

<sup>658</sup> También, CASAS BAAMONDE, M.E., “Los procedimientos autónomos de solución de los conflictos laborales en el Derecho español”; (AA.VV.) *Solución extrajudicial de conflictos laborales*; FSIMA, 1999, pág. 18.

<sup>659</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F., “El Fondo...”; *cit.*, pág. 723. Respecto a los procedimientos extrajudiciales admitidos a efectos de responsabilidad –subsidiaria o directa– del Fondo; CASAS BAAMONDE, M.E., “Los procedimientos autónomos...”; *cit.*, págs. 46 y 47.

llegamos a comprender esta diferencia de trato, ya que las razones de no aceptar los acuerdos resultantes de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos en los supuestos de responsabilidad subsidiaria –cuando se trata de indemnizaciones– también están presentes en los de responsabilidad directa; a saber: a) también ahora es necesaria la concurrencia de numerosas circunstancias y requisitos que no son precisos en las deudas salariales, en las que basta con acreditar la existencia de relación laboral y el mero transcurso del tiempo. b), las cuantías indemnizatorias suelen ser mucho más elevadas que los adeudos por salarios. Y c), al igual que ocurre cuando la responsabilidad es subsidiaria, también aquí debieran ser mayores las posibilidades de fraude en los casos de indemnizaciones<sup>660</sup>. Con todo ello, parece contradecirse la afirmación de algunos autores que señalan que la limitación del título necesario para el caso de las indemnizaciones es más rígido que en materia de salarios “ya sea por motivos de evitar el fraude ya sea por darle al trabajador una mayor facilidad y garantía para el percibo de sus salarios con los cuales ha de sobrevivir”<sup>661</sup>, pues en el caso del art. 33.8 TRET no aparece esa cautela.

Sobre esta cuestión y respecto al papel de responsable subsidiario, quisiéramos observar que no nos parecen suficientes las razones alegadas para excluir como títulos hábiles para el reconocimiento y pago de partidas no salariales los instrumentos que son fruto del acuerdo entre las partes (*v. gr.*, conciliación), pues pudieran haberse arbitrado otros medios para evitar el fraude sin que ello suponga una mayor carga para el trabajador, unos mayores costes y una contradicción respecto al deseo de acuerdo entre las partes que el legislador quiere en otros momentos<sup>662</sup>. Es cierto que en este caso se puede afectar a un tercero (FOGASA) por lo acordado entre unos sujetos que bien pueden tener interés en el fraude, pero esto no significa que el utilizar a los tribunales sea la mejor fórmula ni que las resoluciones judiciales garanticen que aquél no se producirá (*v. gr.*, mediante la incomparecencia de la parte demandada).

Pese a todo, el precepto legal es claro en esa diferenciación en cuanto al título, lo que parece apoyar la idea de que la razón última que lleva al legislador a aceptar esos y sólo esos títulos cuando el FOGASA actúa como responsable subsidiario “no ha sido otra que la de reducir la responsabilidad del Fondo a los supuestos específicos y únicos que (...) se puntualizan”. Esta limitación está suponiendo en la práctica un perjuicio para el trabajador, ya que ve denegadas las prestaciones a las que se obliga el Fondo como responsable subsidiario, pese a que éstas constan en un documento que para otras ocasiones tiene plena validez (art. 33.8 TRET). A su vez, esa exigencia en cuanto al título habilitante en caso de responsabilidad subsidiaria supone un requerimiento excesivo desde el punto de vista de la Directiva 80/987, relativa a los derechos de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, hasta tal punto que algunos tribunales han manifestado sus dudas sobre la correcta transposición de la norma comunitaria y sobre su posible (y necesaria) aplicación directa en nuestro país, toda vez que ésta requiere el abono de cualesquiera créditos de “origen laboral, derivado de un

---

<sup>660</sup> STSJ de Aragón, de 11 de diciembre del 2000 (AS 3961).

<sup>661</sup> CALVO DURÁN/DOCAMPODARRIBA, “Sobre el título...”; cit., pág. 954.

<sup>662</sup> También, CASAS BAAMONDE, M.E., “Los procedimientos autónomos...”; cit., pág. 46 (y nota 25).

contrato de trabajo o de una relación laboral (...). Sin exigencia de que el título en el que se reconozca la existencia del crédito tenga que ser necesariamente de naturaleza judicial"<sup>663</sup>.

Así pues, en tanto no se admitan otros títulos habilitantes, creemos oportuno realizar una interpretación del art. 33.8 TRET que sea lo más coherente con la finalidad que el FOGASA debe cumplir en este caso y para evitar una excesiva e injustificada diferencia de trato<sup>664</sup>. De ahí que se exija que esa extinción no sea improcedente o nula, pues de lo contrario, además de la diferencia aludida, podría ocurrir que dicho Fondo ayudase a la extinción ilícita e injustificada de contratos de trabajo, algo que no cabría aceptar ni sería pensable que se admitiese por el sólo hecho de una mal entendida ayuda a estas empresas<sup>665</sup>. Esta nota también diferencia este supuesto del correspondiente a la responsabilidad subsidiaria, por cuanto en éste último la responsabilidad del Fondo tiene lugar "con independencia de que se cumplan o no los requisitos legales de dicho acto extintivo y por las causas que se dicen y con independencia (...) de la veracidad de las mismas (...)". En otras palabras, el derecho a que el FOGASA responda subsidiariamente no se condiciona a la corrección de la extinción, si no que "es suficiente que haya quedado acreditado (...) que los interesados (...) fueron destinatarios de un despido improcedente y que demandaron de la empresa la indemnización que estimaban debía abonarles (...)", y la empresa fuera declarada insolvente<sup>666</sup>.

En consecuencia, creemos que como responsable directo que es, será preciso que el Fondo esté presente en todos aquellos trámites (conciliación, expediente) o procesos (judicial o similar –arbitral, ex art. 33.9 TRET–) de los que pudiera derivarse su responsabilidad, de tal forma que siempre tenga la oportunidad de constatar que concurren los requisitos exigidos y se acredita la mencionada procedencia de la decisión empresarial. Obsérvese que no se exige del trabajador que necesariamente impugne dicha decisión, sino simplemente que el instrumento o título donde consta el crédito indemnizatorio no manifieste la improcedencia de la decisión empresarial<sup>667</sup>. Ahondando en otras razones, constatamos que del propio texto legal (art. 33.8 TRET) se puede extraer la necesidad de que la extinción sea procedente<sup>668</sup>. Así es, dicho precepto requiere que la extinción lo sea bien como consecuencia del expediente instruido en aplicación del art. 51 TRET (del que parece derivarse la imprescindible regularidad de la decisión empresarial, *vid.* art. 51. 2 y sgs. y 51.12, párr. 4º TRET –*que constate*–)<sup>669</sup>; o bien

<sup>663</sup> SSTSJ de Castilla La-Mancha, de 27 de octubre del 2000 (A.L., nº 15, 2001, ref. 518); y de 26 de noviembre de 2001 (A.L., nº 25, 2002, ref. A86), que reconoce la responsabilidad del FOGASA sobre una indemnización acordada en conciliación administrativa.

<sup>664</sup> Sin embargo, el TC se ha manifestado contrario a que esta diferencia pueda suponer vulneración de los arts. 14 ó 24 CE; CASAS BAAMONDE, M.E., "Los procedimientos autónomos..."; cit., págs. 18 y 19.

<sup>665</sup> Ex STS de 24 de septiembre de 2002 (A.L., nº 2, 2003, ref. 42).

<sup>666</sup> Respectivamente, STSJ Andalucía/Granada, de 24 de julio de 2001 (AS 881); y STSJ de Aragón, de 18 de diciembre de 2002 (A.L., nº 19, 2003, ref. 553).

<sup>667</sup> STSJ del País Vasco, de 30 de marzo de 1999 (AS 2934). También, CAVAS MARTÍNEZ, F., "El Fondo..."; cit., pág. 723. Del mismo modo que no le es exigible al trabajador aceptar una opción de recolocación en lugar de la indemnización por su extinción; STSJ de Galicia, de 23 de septiembre de 2002 (A.L., nº 2, 2002, ref. 48).

<sup>668</sup> STS, de 24 de abril de 2002 (A.L., nº 31, 2002, ref. 1013). De opinión contraria parece ser la STSJ de la Comunidad Valenciana, de 2 de octubre de 2002 (AS 2266), quien sostiene la responsabilidad del FGS pese al incumplimiento de los trámites del art. 51 TRET.

<sup>669</sup> En extenso, NAVARRO NIETO, F., Los despidos colectivos; Civitas, 1996, págs. 117 y sgs.

por la causa prevista en el art. 52.c TRET, de tal forma que de no concurrir alguna de ellas (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) no acontece tampoco uno de los supuestos de hecho necesarios para actualizar la responsabilidad directa del Fondo<sup>670</sup>. Obsérvese además y aunque sea un argumento menor, que en el art. 33.8 TRET quedan fuera aquellos supuestos extintivos en los que la indemnización surge sólo cuando son considerados improcedentes (despido disciplinario). En conclusión, en el correspondiente proceso donde se reclame del Fondo las cuantías que su responsabilidad directa compromete, podrá éste negarse a ello acreditando que no concurrieron “los requisitos y elementos propios del despido objetivo (ni del despido colectivo)”<sup>671</sup>.

En definitiva, para la existencia real y efectiva de los supuestos extintivos que recoge el art. 33.8 TRET, “no basta con que concurren de un lado las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, y de otro la decisión empresarial de extinguir los contratos, sino que además es absolutamente preciso cumplir otros requisitos y exigencias”, entre los que destacamos que se haya seguido la tramitación legalmente prevista en cada supuesto, que se observen las exigencias formales y “que se respeten con rigor y exactitud los límites numéricos y temporales que establecen” los arts. 52.c) y 51 TRET, pues si no se cumplen escrupulosamente las exigencias que cada supuesto reclama (v. gr., porque siendo un despido calificable de colectivo, las extinciones se hicieron –incorrectamente– vía art. 52.c TRET), no podrá afirmarse que haya despido alguno y en consecuencia, “no puede aplicarse lo que estatuye el art. 33.8 TRET”<sup>672</sup>.

### b.3. Límites: remisión

Por concluir; respecto a cuáles sean los límites de la responsabilidad del FOGASA en estos supuestos (art. 33.8 TRET), nos remitimos a lo observado más arriba al hablar de su alcance como responsable subsidiario (ex art. 33.8, párr. 2º), recordando que la cuantía que representan las indemnizaciones debidas estarán sujetas a los límites legales del art. 51.8 TRET y 53.1.b) TRET (20 días de salario por año de servicio) a efectos de conocer cuál sea ese 40% debido por el Fondo<sup>673</sup>. No obstante, para conocer correctamente hasta dónde alcanza ese porcentaje, para así saber cuál es la cuantía restante que corresponde abonar al empresario-deudor, se requiere sin duda, hacer referencia a otras limitaciones añadidas a la de la cuantía legal. Esas otras son el límite cuantitativo (duplo SMI) y temporal (una anualidad), como fácilmente se infiere del art. 33.8, párr. 2º TRET que nos remite al apartado 2 del mismo artículo. Todo lo que exceda del 40% de la indemnización calculada conforme a todos esos toques, será de car-

<sup>670</sup> Así, STS, de 14 de diciembre de 1999 (A.L., nº 16, 2000, ref. 644). También, STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 9 de marzo de 1998 (AS 1979). Negando la prestación cuando estemos ante un cierre empresarial sin expediente de regulación de empleo; vid. SSTs de 24 de abril de 2002, y de 24 de septiembre de 2002 (A.L., nº 2, 2003, ref. 42).

<sup>671</sup> STSJ de Murcia, de 28 de septiembre del 2000 (AS 3743).

<sup>672</sup> STSJ de Andalucía/Sevilla, de 13 de septiembre de 2002 (AS 866/2003).

<sup>673</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., La fuerza mayor...; cit., págs.303 y 305 (y nota 744). De opinión contraria, ALBIOL MONTESINOS, I. (“Las prestaciones del...; cit., pág. 512), quien admite que “dicha expresión cubre también otras posibles indemnizaciones mayores que pueden haberse acordado por otros mecanismos también legalmente admitidos de fijación de indemnizaciones -período de discusión y consultas o establecidas en convenio colectivo”.

go del empresario, quien bien puede tener que pagar más del 60% de la cuantía de la indemnización finalmente debida, pues "la indemnización legal constituye un mínimo garantizado por la Ley para proteger al trabajador y no un máximo que haya que imponerle para limitar sus derechos (...); y como ninguna norma prevé que la totalidad de la indemnización sea rebajada, (...) el empresario debe subvenir al pago de la diferencia que resulte como consecuencia de los topes máximos que se previenen en el aptdo. 2 del art. 33"<sup>674</sup>. Por otro lado, esto no puede entenderse como un exceso o desprotección para la empresa, ya que no debe olvidarse tampoco que ésta no tiene por qué encontrarse económicamente en crisis.

## V. Conclusiones finales sobre los sistemas de protección del crédito salarial

Ya dijimos al principio de este estudio que el salario ha sido y es sin duda, una de las cuestiones esenciales para el Derecho del Trabajo, hasta el punto de que una gran parte de éste está construido en torno a la cuestión salarial. Junto a ello, destacábamos el carácter eminentemente crediticio del salario. Esto implica, sobre todo, reconocer la trascendental importancia de los mecanismos de protección y garantía del pago del crédito salarial, pues de poco serviría afirmar esa importancia del salario para el trabajador si posteriormente no se prevén unos mecanismo de protección que hagan efectivo su pago<sup>675</sup>.

Frente a esta idea, queremos subrayar el fenómeno de la pérdida continua y permanente de protección por parte de los créditos salariales, que se ven de esta forma cuestionados en su función y necesidad<sup>676</sup>. El inicio de la reducción de los privilegios y garantías de los que gozaba el crédito salarial tuvo su plasmación ya en el ET de 1980, que suponía un retroceso con respecto a lo contenido en la LRL en esta materia<sup>677</sup>. No deja de ser paradójico que la propia norma laboral (ET) —que debiera responder al mandato constitucional del Estado Social (concretado en el art. 35 CE)—, sea la que trae desde su origen una palpable reducción de protección respecto de la normativa anterior (pre-constitucional)<sup>678</sup>. Esta regresión se pone hoy aún más de manifiesto en la regulación relativa a la protección de los créditos salariales incluidas en la normativa concursal<sup>679</sup>. A la

<sup>674</sup> STS, de 21 de noviembre de 2001 (A.L., nº 17, 2002, ref. 509). En los tribunales inferiores, STSJ de Cataluña, de 3 de octubre de 2002 (A.L., nº 10, ref. 293).

<sup>675</sup> RAMOS TORRES, M., *El Fondo de Garantía Salarial: configuración...*; cit., pág. 78.

<sup>676</sup> Sobre la evolución de la prelación del crédito laboral; ALONSO OLEA, M., "Los Proyectos de Ley de Contrato de Trabajo del Instituto de Reformas Sociales (en especial en cuanto a los privilegios salariales)"; RMTAS, Nº E, 2003.

<sup>677</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, M-C., "El salario..."; cit., págs. 435 y sgs.

<sup>678</sup> FERNÁNDEZ DE LA VEGA SANZ, en (AA.VV) *Procedimientos concursales...*; cit., págs. 64 y sgs. Sobre esta evolución en los recortes de las cuantías protegidas; *vid.* GARCÍA MURCIA, J., "La limitación cuantitativa en la protección del Fondo de Garantía Salarial"; REDT, nº 7, 1981; y RAYÓN SUÁREZ, E., "Régimen jurídico del Fondo de Garantía Salarial. Consideración especial al alcance del artículo 50.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores"; REDT, nº 5, 1981, pág. 103.

<sup>679</sup> RÍOS SALMERÓN, B., "El Anteproyecto de ley Concursal y los Trabajadores: ¿réquiem por el art. 32 de su Estatuto?"; RDS, nº 14, 2001, pág. 74; del mismo autor, "La Nueva Ley Concursal y los trabajadores"; A.L., nº 2, 2004. También, GONZÁLEZ BILBAO, E., "La posposición del superprivilegio salarial por el acreedor hipotecario sobre el bien afecto en la nueva Ley Concursal"; RDS, nº 24, 2003, especialmente, págs. 100 y 101.

limitación en el alcance y calidad de los privilegios viene a unirsele, como analizábamos, la menor protección que el salario tiene frente a los acreedores del trabajador, mediante la reducción de la cuota inembargable.

Por otro lado, y centrándonos ahora en los instrumentos que facilitan el cobro del salario, creemos que sería acertada la opción de desviar los mecanismos de protección del trabajador desde el tradicional sistema de privilegios a otros basados en fondos de protección para los casos de insolvencia empresarial (FOGASA)<sup>680</sup>. Como ha quedado claro a lo largo de este capítulo, aquél sistema se muestra muy insuficiente para el efectivo cobro de su haberes<sup>681</sup>; y sin que esto suponga negar que la escasa eficacia del sistema de privilegios está fuertemente condicionada por la existencia de una maraña innumerable de privilegios y preferencias que, como ya observábamos, en muchas ocasiones carecen de la menor justificación<sup>682</sup>. Sin duda, la existencia de este tipo de Fondos facilita no sólo evitar los problemas derivados de la falta de bienes o derechos en el patrimonio del deudor, sino también la componenda de los diversos intereses en presencia del trabajador-creedor.

No obstante esa insuficiencia, no nos parece acertado que se siga en la línea de reducir el alcance de los créditos protegidos por los privilegios salariales, so pretexto de la existencia de un organismo de protección externa de los mismos (FOGASA), porque no se puede perder de vista las graves consecuencias que esto implica en el conjunto de la actuación legislativa en esta materia. En efecto, en primer lugar debe subrayarse que la continua minoración de los privilegios y preferencias podría contribuir o acentuar que sean los trabajadores quienes primero y principalmente soporten los impagos por parte del empresario (junto con las deudas tributarias y de seguridad social), porque los perjuicios para él serán menores –al menos a corto plazo– que si los impagos se hicieran sobre otros créditos, sabedor de que para el trabajador-creedor, en una situación como la actual, caracterizada por la inestabilidad laboral, ese dilema que se le plantea (exigir sus créditos y la pérdida de su trabajo) aleja la opción por la pronta reclamación de la retribución que le es debida<sup>683</sup>. Como decimos, esa reducción en los privilegios laborales reforzaría la posición de otros acreedores que tengan unas mayores posibilidades de exigir una mejor protección (v. gr., entidades financieras, etc.), lo que llevará al empresario a pagar primeramente estos créditos ante el temor de que estos otros acreedores, al no existir ningún acreedor cuyo crédito prime sobre los suyos (a diferencia de lo que ocurre ahora con los trabajadores), decidan sin más liquidar la empresa para satisfacer sus créditos (ya que para ellos no está también en juego el empleo), lo que parece que podría perjudicar de igual forma al interés económico general.

Segundo, la eliminación o reducción en exceso de los privilegios laborales conlleva una nueva y peligrosa desconsideración a la posición crediticia de los trabajadores, porque vista la finalidad concursal, negar la importancia acreedora de los traba-

<sup>680</sup> GARRIDO, J.M., Tratado de...; cit., págs. 528 y sgs.

<sup>681</sup> Se trata de una realidad también manifestada en otros ordenamientos; ROMELI, R., "La tutela dei crediti di lavoro nelle procedure concorsuali"; GDLRI, n° 34, 1987, 2, pág. 325.

<sup>682</sup> DÍEZ SOTO, C.M., "Los privilegios crediticios..."; cit., pág. 26.

<sup>683</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 14 y 15. *Vid.*, no obstante, el art. 2.4.4° LC'03.

jadores supondrá en la práctica excluirles de un mínimo de protagonismo en el proceso concursal, pudiendo ser apartados en la práctica de su intervención, pese a que puedan verse afectados sus empleos. En este sentido, creemos positiva la potenciación de la participación de los trabajadores o sus representantes en los órganos de dirección del FOGASA, frente al aparente olvido que de ello se hizo en un primer momento<sup>684</sup>, pues aunque fuera indirectamente, ello serviría como mecanismo de intervención real en las decisiones sobre la empresa<sup>685</sup>.

En tercer lugar, como hemos visto, el FOGASA sirve también y exclusivamente a los propios intereses empresariales, de ahí que se les considere como beneficiarios de parte de las prestaciones que dispensa (art. 33.8 TRET). Por ello se ha sostenido –acertadamente pensamos– que en materia de Derecho laboral se está produciendo “un proceso de socialización y publicación de los costes y riesgos empresariales; y así mismo un mayor trasvase de éstos del lado de los trabajadores”<sup>686</sup>. Lo señalado se manifiesta en la reducción del patrimonio disponible por el FOGASA para hacer frente a los créditos laborales pendientes por insolvencias empresariales y como consecuencia, una minoración permanente de la cuantía protegida a la que los trabajadores tienen derecho.

Y por último, la sustitución del sistema de privilegios no está siendo seguida por una protección a través del FOGASA al menos cuantitativamente igual a la parte del salario que se encontraba protegida por aquellos privilegios; esto es, la pérdida de éstos no implica un incremento proporcional de la protección de los créditos por los que aquél responde. Con ello el legislador olvida que las ventajas que se derivan de la protección a través del FOGASA no sólo están pensando en los trabajadores, sino también en el interés general (v. gr., productividad, reducir la conflictividad, etc.). En este sentido, y pese a reconocer que la creación de un Fondo de Garantía es el mejor instrumento para servir a los intereses de los trabajadores en un cobro rápido y seguro<sup>687</sup>; también debe subrayarse de forma crítica la reducción en el *quantum* (a veces, incluso en el aspecto cualitativo) de la protección que otorga ese organismo, así como la creciente complejidad y dificultad para acceder a la tutela que otorga<sup>688</sup>.

Todo lo cual nos lleva a cuestionar de nuevo el deterioro injustificado de los mecanismos de protección del crédito del trabajador. Reducción que es más criticable si tenemos en cuenta la importante disminución cuantitativa de las prestaciones que conlleva en la práctica –aunque sea de forma indirecta– el excesivo número de contratos temporales existentes en nuestro mercado laboral, que suponen menores cuantías indemnizatorias<sup>689</sup>. Por otro lado, debiera reconsiderarse esa reducción, por cuanto que

<sup>684</sup> Un crítica a esa falta de espacios de participación de los agentes sociales en los comienzos del FOGASA, en GARCÍA MURCIA, J., El Fondo...; cit., pág. 386. *Vid.* el art. 5 RD 505/1985, de 6 de marzo.

<sup>685</sup> Por ejemplo, al incrementarse las posibilidades de intervención del Fondo en los órganos concursales; RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial. Aspectos...; cit., págs. 161 y 162.

<sup>686</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Evolución y futuro...”; cit., pág. 40.

<sup>687</sup> De la misma opinión, CORDERO LOBATO, E., “La jurisprudencia...”; cit., págs. 1928 y 1929; y ROBERTO ROMEI, Crisi di impresa e garanzie dei crediti di lavoro; Dott. a. Giuffrè ed., 1.990, pág. 22.

<sup>688</sup> DÁVILA CERRO, en “La nueva regulación del Fondo de Garantía Salarial” (Temas para el Debate); T.L., n° 3, 1985, pág. 90.

<sup>689</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., pág. 312.

como hemos querido dejar también claro, la minoración en la protección otorgada por los privilegios y por el FOGASA dejaría sin efectividad algunos fines de interés general que también pudieran perseguirse, como puede ser evitar la liquidación y desaparición de las empresas productivas pero en crisis (ex art. 274 LPL). Sin duda, la reducción en el alcance de los privilegios laborales facilita que otros acreedores opten por liquidar la empresa para satisfacer sus créditos; asimismo, al quedar importantes cantidades sin cubrir por el Fondo, los trabajadores-acreedores procurarán su realización con los bienes de la empresa, impidiéndose así la reestructuración de la misma<sup>690</sup>.

Resumiendo pues nuestra postura en estas cuestiones, creemos que lo más inteligente y acertado sería que ambos sistemas (privilegios y fondo) se mejorasen y complementasen<sup>691</sup>. Como venimos diciendo, si el sistema de privilegios presenta una eficacia dudosa, se debe en gran medida a la saturación de causas de preferencia, por lo que sería conveniente, además de profundizar en esas otras alternativas de garantías, examinar y revisar "las causas de la preferencia existentes en la actualidad (...) para descargar al sistema de un peso que ya no puede sobrellevar"<sup>692</sup>. En definitiva, creemos que se deberían "excluir del sistema de privilegios a todos los acreedores que, teniendo poder de negociar, estén vinculados al deudor por una relación de carácter contractual (...) Los demás acreedores (...) son los que deberían integrarse en el sistema de privilegios. Entre estos últimos se han comprendido (...) prácticamente sin discusión los trabajadores, dado su escaso poder de negociación y la dificultad para diversificar el riesgo (...) En todos estos casos (...) el privilegio otorgado debería situar a los titulares en un grado de superioridad a los acreedores titulares de garantías reales, pues situarlos en una prelación inferior equivaldría a ignorar la razón por la que son titulares del privilegio"<sup>693</sup>.

Siguiendo esta idea, no debemos desconocer que incluso el actual sistema de preferencias salariales ayuda a esa dispersión con la variedad de privilegios que se le otorgan ("superprivilegio", refaccionario, singularmente privilegiados y preferentes en la normativa civil). Por ello considero que debiera reducirse la tipología y delimitar un privilegio aplicable fuerte, preeminente y único, que atendiera más que al origen de los créditos, a una cuantía mínima que se considera necesaria proteger a través de este sistema, dentro de cuyos límites pudieran encajar la totalidad de créditos laborales adeudados al trabajador o al menos, los salariales y los derivados de la extinción contractual, sin perjuicio, como decimos, que se limite la cuantía que puede gozar del privilegio, que, en todo caso, deberá ser superior a la que hoy prevén los apartados 1 y 3 del art. 32 TRET.

Sobre el sistema de Fondos públicos, ya hemos mostrado en otras partes de este trabajo nuestra opinión favorable a la existencia y mejora del FOGASA en cuanto responsable subsidiario de parte de las deudas laborales debidas por empresarios insol-

---

<sup>690</sup> BORGES CHAMORRO, A.M., "Sobre el crédito laboral y la reforma concursal", en *Aranzadi Social*, 1.996-III, pág. 2673 y 2674; NARVÁEZ BERMEJO, M.A., "Puntos críticos..."; cit., págs. 258 y 259; y SOUTO PRIETO, J., "El Fondo de Garantía Salarial. Cuestiones de enjuiciamiento. La presencia del Fondo en el proceso. La vinculación por las sentencias dictadas en otros procesos"; en (AA.VV.) *El salario y las garantías salariales*; CGPJ, 1993, pág. 314.

<sup>691</sup> En este sentido, SAINT-ALARY-HOUIN, C., "L'efficacité..."; cit., pág. 843.

<sup>692</sup> GARRIDO, J.M., *Tratado de...*; cit., pág. 531.

<sup>693</sup> LLEBOT MAJÓ, J.-O., *Las garantías...*; cit., págs. 113 y 114.

ventes, no sólo por la seguridad que esto implica para el trabajador, sino para la continuidad del sistema productivo general y porque de esa forma se facilita conciliar los diversos intereses presentes. Así pues, nos remitimos y reiteramos en las razones allí señaladas. No obstante, también pensamos que los negociadores debieran esforzarse en buscar otros sistemas y medios de garantía de las consecuencias derivadas de las crisis empresariales. En este sentido, debe subrayarse que la normativa internacional en materia de protección de los trabajadores en los casos de insolvencia permite a los agentes sociales que, vía negociación colectiva, puedan establecer otros medios y sistemas de protección de los créditos de los trabajadores que mejoren la normativa estatal al respecto. Posibilidad que ha sido utilizada por algunos convenios, todos ellos relacionados con el ámbito deportivo (Baloncesto, Fútbol y Balonmano Profesional), mediante la creación de sistemas de protección salarial complementarios vía seguros privados o mutuas<sup>694</sup>.

Recordemos también que existen otros supuestos en los que la negociación colectiva viene consolidando esa práctica de mejorar los niveles de protección que otorga la normativa legal (v. gr., mejoras voluntarias de la Seguridad Social)<sup>695</sup>. Empero, y en tanto se generaliza esa práctica, quizás también fuera conveniente que al igual que ocurre en otros casos, pudiera el Estado exigir a los empresarios suscribir un seguro privado para todo o parte del crédito laboral restante no cubierto por el Fondo, al menos, a aquellas empresas o sectores donde por el volumen de trabajadores y/o de riesgo de crisis empresariales tenga un mayor interés su suscripción. Con ello se consigue no sólo una mayor garantía para los trabajadores, sino que se recupera la responsabilización empresarial en esas cuestiones, evitando el continuo y exclusivo recurso de socializar las pérdidas y crisis en las empresas.

Por concluir; no deja de ser paradójico y a la vez rechazable que la reducción de la protección del crédito salarial tenga lugar precisamente en un momento en el que la economía capitalista mundial se caracteriza por el elemento del riesgo como factor definidor, donde la estabilidad y la seguridad han dejado paso a la inestabilidad y al cambio rápido y constante, trasladando parte de los costes de ese riesgo también sobre los trabajadores<sup>696</sup>. Por esta razón, no llegamos a comprender la lógica que guía al legislador laboral y que le lleva a reducir los niveles de tutela laboral pensados para evitar las consecuencias negativas de las dificultades empresariales, precisamente en un momento y ante una realidad económica como la señalada, donde se incrementan la inseguridad, la inestabilidad y las crisis de las empresas como consecuencia de la creciente competitividad y, sobre todo, de la traslación a la economía productiva de parámetros y consecuencias de una economía especulativa<sup>697</sup>.

<sup>694</sup> RAMOS TORRES, M., El Fondo de Garantía Salarial: configuración...; cit., págs. 103, 104 y 155. Sobre la inclusión de los deportistas profesionales dentro del ámbito de protección del FOGASA, ROQUETA BUJ, R., "Los beneficiarios de..."; cit., págs. 95 y sgs.

<sup>695</sup> Sobre la idoneidad del instrumento negocial para esta cuestión; PÉREZ ALONSO, M.A. "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social y su interpretación judicial"; A.L., n° 24, 2001, especialmente págs. 509 y 515.

<sup>696</sup> Sobre todas estas cuestiones, pueden verse las espléndidas monografías de BECK, U., La sociedad del riesgo; Paidós, 1998 (especialmente, págs. 117 y sgs.); y Un nuevo mundo feliz; Paidós, 2000 (especialmente, págs. 78 y sgs.). En nuestro país, BILBAO, A., El empleo precario. Seguridad de la economía e inseguridad del trabajo; Catarata, 1999.

<sup>697</sup> Esa importancia de la economía especulativa y su reflejo en el empleo y los trabajadores, *vid.* CHOMSKY, N., El beneficio es lo que cuenta; Crítica, 2001, págs. 24, 25, 135 y 136. Más desarrolladamente, STIGLITZ, J.E., "Empleo, justicia social y bienestar de la sociedad"; Revista Internacional del Trabajo, n° 1-2, 2002, especialmente, págs. 18-20.

En definitiva, debe llamarse profundamente la atención sobre el hecho de que la regresión en los derechos sociales se vea actualmente más acentuada, debido a que el proceso de globalización mundial está originando y extendiendo una “presión a la baja de las garantías sociales y laborales (...)”, entre ellas, del sistema de protección del crédito salarial, “bajo la «justificación» de la imposibilidad de su financiación y las exigencias de la competencia”<sup>698</sup>. Sobre esto último, pese a que en muchas ocasiones se alega la situación de crisis económica para justificar la reducción de la protección de los derechos y tutelas de los trabajadores, no podemos aceptar sin más esa conclusión, pues la propia práctica nos ha dado ejemplos de que esto no tiene por qué ser así y porque la nueva realidad sobre la que se asienta nuestro sistema económico está basada, como ya hemos reiterado, en el riesgo y en el trasvase de parte de éste al trabajador, sin que por ello se vea compensado con unos mejores sistemas de protección y/o con unos mayores costes en el crédito laboral como exigiría la lógica económica y jurídica<sup>699</sup>. Es por ello que consideramos imprescindible desmitificar esa necesaria conexión crisis-pérdida de tutelas laborales, y las negativas consecuencias que conlleva para nuestra disciplina y su razón de ser<sup>700</sup>.

---

<sup>698</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., “Evolución y futuro del Derecho del Trabajo: el proceso de racionalización jurídica de la «cuestión social»”; R.L., nº 15/16, 2001, pág. 39.

<sup>699</sup> LLEBOT MAJÓ, J-O., *Las garantías...*; cit., págs. 103 y sgs. Algunos autores, sin embargo, ven en la reducción de los estándares de protección una respuesta lógica de nuestra disciplina, consecuencia de su adaptación a su contexto socioeconómico; SEMPERE NAVARRO, A-V., “Sobre el concepto del Derecho del Trabajo”; REDT, nº 26, 1986, págs. 191 y 192.

<sup>700</sup> Al respecto, nos parecen muy interesantes las reflexiones de PALOMEQUE LÓPEZ, M-C., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”; RPS, nº 143, 1984, especialmente, págs. 16-18 y 20.



## **Abreviaturas**



## Abreviaturas

AA.VV.	Varios Autores	LPL	Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral. Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril
A.C.	Actualidad Civil	Pág.	Página
ADC	Anuario de Derecho Civil	R. Dalloz	Recueil Dalloz
AEDTSS	Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social	R.L.	Relaciones Laborales
A.J.A.	Actualidad Jurídica Aranzadi	RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
A.L.	Actualidad Laboral	RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
AS	Aranzadi Social	RDM	Revista de Derecho Mercantil
BCGCOGSE	Boletín del Consejo General de Colegios Oficiales de Graduados Sociales de España	RDP	Revista de Derecho Privado
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales	RDPr.	Revista de Derecho Procesal
C.Civ.	Código Civil. Real Decreto de 24 de julio	RDS	Revista de Derecho Social
C.Com.	Código de Comercio. Real Decreto de 22 de agosto de 1885	RDT	Revista de Derecho del Trabajo
CES	Consejo Económico y Social de España	REDI	Revista Electrónica de Derecho Informático
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial	REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
Cit.	citado	RFDA	Reveu François de Droit Administratif
D.L.	Documentación Laboral	RGD	Revista General del Derecho
D.S.	Droit Social	RIDL	Rivista Italiana di Diritto del Lavoro
D.R.I.	Diritto delle Relazioni Industriali	RJS	Reveu Jurisprudence Sociale
DSCD	Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados	R.L.	Relaciones Laborales
E.M.	Exposición de Motivos	RMTAS	Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial	RPC	Revue des Procédures Collectives
GDLRI	Giornale di Diritto del Lavoro e Relazioni Industriali	RPDS	Revue Pratique de Droit Social
IDL	Il Diritto del Lavoro	RPJ	Revista del Poder Judicial
IEF	Instituto de Estudios Fiscales	RPS	Revista de Política Social
IELSS	Instituto de Estudios Laborales y de Seguridad Social	RT	Revista de Trabajo
IEP	Instituto de Estudios Políticos	RTSS(-EF)	Revista de Trabajo y Seguridad Social. Estudios Financieros
IES	Instituto de Estudios Sociales	S.L	Sociologia e Lavoro
J-C	Juris-Classeur	TL	Temas Laborales
J-CP	Juris-Classeur Pratique	TRET	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Real Decreto Legislativo 1/1995
LET	Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores	TS	Tribunal Supremo
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence	T.S.	Tribuna Social
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial	TSJ	Tribunal Superior de Justicia
		v.gr.	Verbi gratia





*El crédito salarial* pretende poder afrontar con un mínimo de solvencia las nuevas cuestiones que se abren en torno al salario, fruto en gran medida del aumento de su relación con la organización empresarial y del creciente protagonismo de la autonomía privada. En efecto, el aumento de la libertad contractual de las partes no se acompaña de estudios que analicen el alcance del salario desde la posición del trabajador. La aparición de nuevas fórmulas retributivas acredita también un estudio como *El crédito salarial*, ya que una gran parte de estas fórmulas son fruto de la autonomía de la voluntad, siendo preciso determinar su validez analizando el alcance que éstas tienen en el ámbito laboral. Además, es preciso resaltar que los órganos judiciales han tenido que hacer uso en recientes e importantes pronunciamientos de la normativa civil para resolver diversas cuestiones laborales, como las relativas a cuestiones de responsabilidad, sucesión contractual o naturaleza de las *stock options*.

Publicaciones CES·A

**COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN**  
PRIMER PREMIO. CONVOCATORIA 2004

## El crédito salarial

Antonio Costa Reyes