



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. YVES BOT
presentadas el 20 de junio de 2013¹

Asunto C-309/12

**Maria Albertina Gomes Viana Novo,
Ezequiel Martins Dias,
Gabriel Inácio da Silva Fontes,
Marcelino Jorge dos Santos Simões,
Manuel Dourado Eusébio,
Alberto Martins Mineiro,
Armindo Gomes de Faria,
José Fontes Cambas,
Alberto Martins do Alto,
José Manuel Silva Correia,
Marilde Marisa Moreira Marques Moita,
José Rodrigues Salgado Almeida,
Carlos Manuel Sousa Oliveira,
Manuel da Costa Moreira,
Paulo da Costa Moreira,
José Manuel Serra da Fonseca,
Ademar Daniel Lourenço Dias,
Ana Mafalda Azevedo Martins Ferreira**
contra
Fundo de Garantia Salarial IP

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal)]

«Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario — Directiva 80/987/CEE — Directiva 2002/74/CE — Artículos 3 y 4 — Garantía de los créditos salariales — Limitación de la garantía en el tiempo — Limitación a los créditos vencidos dentro de los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario — Ejercicio previo de una acción para el pago y el cobro ejecutivo de créditos impagados por parte de trabajadores por cuenta ajena — Efecto»

1. La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de los artículos 4 y 10 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario,² en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002.³

1 — Lengua original: francés.

2 — DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219.

3 — DO L 270, p. 10; en lo sucesivo, «Directiva 80/987». La Directiva 80/987 fue codificada por la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 36). No obstante, ésta última Directiva no es aplicable *ratione temporis* al asunto principal.

2. La presente petición ha sido planteada en el marco de un litigio entre la Sra. Gomes Viana Novo y otros 17 trabajadores de un empresario en situación de insolvencia, por un lado, y el Fondo de Garantía Salarial IP,⁴ por otro lado, en relación con créditos salariales cuyo pago se reclamó al FGS con arreglo a las disposiciones del Derecho portugués que transponen la Directiva 80/987.

3. Dicha Directiva, que obliga a los Estados miembros a establecer una institución de garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia de su empresario,⁵ autoriza, no obstante, a los Estados miembros a limitar la obligación de garantía, ya sea en el tiempo o en el espacio, tanto de modo cumulativo como alternativo.

4. El asunto principal tiene por objeto la facultad de limitar la garantía en el tiempo. El legislador portugués ha hecho uso de dicha facultad y ha fijado como período de referencia los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario⁶ o a la presentación de una solicitud de procedimiento de conciliación.

5. El Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal), ante el que acudieron los trabajadores titulares de créditos vencidos con anterioridad al período de referencia, pregunta si, habida cuenta de que dichos trabajadores ya entablaron una acción judicial al objeto de determinar el importe de sus créditos salariales y obtener el cobro ejecutivo de dicho importe, debe tomarse en consideración la fecha de dicha acción para determinar el citado período.

6. En las presentes conclusiones propondré al Tribunal de Justicia que declare que los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987, en relación con el principio de igualdad de trato, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el Derecho nacional limite la garantía de los créditos salariales en caso de insolvencia del empresario a los créditos vencidos en los seis meses anteriores a la fecha de presentación de una solicitud de apertura de procedimiento de insolvencia del empresario, siempre y cuando, con respecto a los trabajadores por cuenta ajena que hayan instado anteriormente una acción judicial de declaración de sus créditos salariales y hayan intentado en vano su cobro ejecutivo, a causa de la insolvencia del empresario, dicho período de referencia comience en la fecha de interposición de la acción judicial de declaración del crédito.

7. Procede recordar, por lo demás, que incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si puede interpretar en este sentido su Derecho nacional y, de no ser así, excluir la aplicación de éste en el litigio principal.

4 — En lo sucesivo, «FGS».

5 — El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 28 de febrero de 2011, sobre la transposición y aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 2008/94 [COM(2011) 84 final], da una idea sobre los importes pagados por las instituciones de garantía entre 2006 y 2009 (véase el anexo técnico).

6 — Según el apartado 3 del Informe, antes citado, seis Estados miembros (República de Bulgaria, República Checa, Reino de Dinamarca, República Helénica, República de Malta y República de Austria) han adoptado una solución idéntica, mientras que otros siete Estados (Irlanda, República Italiana, República de Chipre, República de Letonia, República de Lituania, República de Polonia y República Eslovaca) han fijado un período de referencia con el mismo término, pero de mayor duración, y el Reino de Bélgica ha optado por una fecha de referencia diferente, la del cierre de la empresa. Otros doce Estados (República Federal de Alemania, República de Estonia, Reino de España, República Francesa, Gran Ducado de Luxemburgo, República de Hungría, Reino de los Países Bajos, Rumanía, República de Eslovenia, República de Finlandia, Reino de Suecia y Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) no han fijado un período de referencia. Véase asimismo la tabla comparativa titulada «Limitations to the liability of the guarantee institutions (Implementation of Article 4 of Directive 2008/94/EC)», elaborada por la Comisión en septiembre de 2011 en base a un estudio de enero de 2007 sobre la transposición de la Directiva 80/987 y a información facilitada posteriormente por los Estados miembros.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

8. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 80/987, en su versión inicial, establecía que el período de garantía debía ser anterior a una fecha límite, que los Estados miembros podían elegir entre tres fechas enumeradas en el apartado 2 de dicho artículo.

9. Más concretamente, el artículo 3 disponía:

«1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio del artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales y que se refieran a la retribución correspondiente al período anterior a una fecha determinada.

2. La fecha prevista en el apartado 1 será, a elección de los Estados miembros:

- bien la del momento en que se produce la insolvencia del empresario,
- o la del [preaviso de despido] del trabajador asalariado afectado, dado en razón de la insolvencia del empresario,
- o la del momento en que se produce la insolvencia del empresario o la terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador asalariado afectado, producida en razón de la insolvencia del empresario.»

10. Teniendo en cuenta la elección entre estas tres posibilidades efectuada por los Estados miembros, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 80/987, en su versión original, determinaba los créditos impagados que deberían, en cualquier caso, quedar cubiertos por la obligación de garantía en el supuesto de que un Estado miembro decida, con arreglo al artículo 4, apartado 1, limitar sus efectos en el tiempo.

11. A tenor de dicho artículo 4:

«1. Los Estados miembros tendrán la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía, prevista en el artículo 3.

2. Cuando los Estados miembros hagan uso de la facultad citada en el apartado 1, deberán:

- en el caso citado en el primer guión del apartado 2 del artículo 3, asegurar el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral, dentro de un período de seis meses anteriores a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario,
- en el caso citado en el segundo guión del apartado 2 del artículo 3, asegurar el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los tres últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha del preaviso de despido del trabajador asalariado, efectuado en razón de la insolvencia del empresario,
- en el caso citado en el tercer guión del apartado 2 del artículo 3, asegurar el pago de los créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a los dieciocho últimos meses del contrato de trabajo o de la relación laboral que preceden a la fecha en que se produce la insolvencia del empresario o la fecha de terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador

asalariado, producida en razón de la insolvencia del empresario. En estos casos, los Estados miembros podrán limitar la obligación de pago a la retribución correspondiente a un período de ocho semanas o varios períodos parciales, que tengan en total la misma duración.

[...]»

12. Actualmente el artículo 3 de la Directiva 80/987 establece lo siguiente:

«Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno.

Los créditos tenidos en cuenta por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o, en su caso, después de una fecha determinada por los Estados miembros, o antes y después de la misma.»

13. El artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva 80/987 dispone:

«1. Los Estados miembros tendrán la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía prevista en el artículo 3.

2. Cuando los Estados miembros hagan uso de la facultad prevista en el apartado 1, establecerán la duración del período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. Esa duración no podrá, sin embargo, ser inferior a un período correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral situados antes y/o después de la fecha contemplada en el artículo 3. Los Estados miembros podrán incluir ese período mínimo de tres meses en un período de referencia cuya duración no podrá ser inferior a seis meses.

Los Estados miembros que establezcan un período de referencia de al menos dieciocho meses podrán limitar a ocho semanas el período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución de garantía. En ese caso, para el cálculo del período mínimo se considerarán los períodos más favorables para el trabajador.»

14. El artículo 10 de la Directiva 80/987 establece:

«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros:

a) de adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos;

[...]»

B. Derecho portugués

15. El artículo 380 de la Ley n° 99/2003, de 27 de agosto de 2003, de adopción del Código laboral, dispone que: el pago de los créditos de los trabajadores resultantes de los contratos de trabajo y de su vulneración o extinción que no puedan ser abonados por el empresario por causa de insolvencia o situación económica difícil será asumido y garantizado por el [FGS], en los términos previstos en la legislación especial.

16. El artículo 317 de la Ley n° 35/2004, de 29 de julio de 2009, dispone que el [FGS] garantiza al trabajador, en caso de incumplimiento del empresario, el pago de los créditos resultantes de contratos de trabajo y de su vulneración o resolución en los términos definidos por los artículos siguientes.

17. El artículo 318 de dicha Ley, que especifica las situaciones cubiertas por la garantía, establece:

«1. El [FGS] garantiza el pago de los créditos a que se refiere el artículo anterior en los casos en que se declare judicialmente la insolvencia del empresario.

2. El [FGS] garantiza asimismo el pago de los créditos mencionados en el apartado anterior cuando se haya instado el procedimiento de conciliación previsto en el Decreto-ley nº 316/98, de 20 de octubre de 1998.

3. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, en el caso de que no se continúe la tramitación del procedimiento de conciliación por denegación o extinción, conforme a los artículos 4 y 9 del Decreto-ley nº 316/98, de 20 de octubre de 1998, y los trabajadores de la empresa hayan reclamado el crédito de pagos garantizados por el [FGS], éste deberá instar judicialmente la declaración de insolvencia de la empresa.

4. Para el cumplimiento de lo dispuesto en los apartados anteriores, cuando las empresas de que se trate tengan trabajadores en plantilla, el [FGS] deberá recibir notificación:

- a) de los tribunales acerca de la sustanciación del procedimiento especial de insolvencia y de su respectiva declaración;
- b) del Instituto de Apoio às Pequenas e Médias Empresas e ao Investimento (IAPMEI) acerca de la solicitud de procedimiento de conciliación, así como de su denegación o extinción.»

18. El artículo 319 de la misma Ley determina del modo siguiente los créditos incluidos:

«1. El [FGS] garantizará el pago de los créditos previstos en el artículo 317 que hayan vencido dentro de los seis meses anteriores al ejercicio de la acción o a la presentación de la solicitud referida en el artículo anterior.

2. Si no hay créditos vencidos en el período de referencia mencionado en el apartado anterior o su importe es inferior al límite máximo establecido en el apartado 1 del siguiente artículo, el [FGS] garantizará hasta ese límite el pago de los créditos vencidos después del período de referencia mencionado.

3. El [FGS] sólo garantizará el pago de los créditos que le sean reclamados con una antelación mínima de tres meses respecto de su prescripción.»

19. De la resolución de remisión se desprende que, conforme a la jurisprudencia nacional, si se declara judicialmente la insolvencia del empresario, el FGS garantizará los créditos salariales vencidos en los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia o a la presentación de la solicitud de conciliación.

II. Litigio principal y cuestión prejudicial

20. El empresario de los demandantes en el litigio principal dejó de abonar los salarios, por lo que éstos rescindieron sus contratos de trabajo el 15 de septiembre de 2003⁷ y más tarde, el 10 de febrero de 2004, interpusieron ante el Tribunal de Trabalho de Barcelos una demanda para la fijación de sus créditos salariales y su ejecución. La demanda fue estimada.

7 — Con la excepción, según el Gobierno portugués, de la Sra. Azevedo Martins Ferreira, cuyo contrato expiró el 14 de abril de 2004.

21. Dado que los bienes propiedad del empresario no eran suficientes para satisfacer los créditos, los demandantes en el litigio principal interpusieron el 28 de noviembre de 2005 ante el Tribunal de Comércio de Vila Nova de Gaia una demanda de declaración de insolvencia de dicho empresario. Una vez declarada la insolvencia se comunicaron sus créditos salariales para su inscripción en la lista de acreedores.

22. El 26 de julio de 2006 los demandantes en el litigio principal solicitaron ante el FGS el pago de sus créditos. Mediante decisiones de 21 y 26 de diciembre de 2006, el presidente del FGS desestimó dichas solicitudes, alegando que los créditos controvertidos habían vencido antes de los seis meses anteriores al ejercicio de la acción por insolvencia, a saber, con anterioridad al período de referencia previsto en el artículo 319, apartado 1, de la Ley n.º 35/2004.

23. Las demandantes en el litigio principal solicitaron la anulación de esas decisiones ante el Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto, que desestimó su recurso mediante resolución de 18 de marzo de 2010.

24. A continuación las demandantes en el asunto principal interpusieron recurso ante el Tribunal Central Administrativo Norte (Portugal), que acordó suspender el procedimiento y plantear la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el Derecho de la Unión en el ámbito concreto de la garantía de los créditos salariales por insolvencia del empresario –en especial, los artículos 4 y 10 de la Directiva 40/987– en el sentido de que se opone a una disposición de Derecho nacional que únicamente garantiza los créditos vencidos en los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario aun en el caso de que los trabajadores hayan actuado contra aquél ante el Tribunal de Trabalho [de Barcelos] al objeto de obtener la determinación judicial del importe adeudado y su cobro ejecutivo?»

III. Análisis

25. El hilo conductor de mi razonamiento está formado por cuatro principios que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación con la interpretación de la Directiva 80/987.

26. En primer lugar, y conforme a una norma de interpretación clásica, el Tribunal de Justicia, habida cuenta del carácter excepcional de los supuestos en que los Estados miembros tienen la facultad de limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía a un período determinado, ha declarado que las disposiciones en cuestión deberán ser interpretadas de manera restrictiva.⁸

27. Es importante tener presente que la Directiva 80/987, cuyo objeto es la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, fija el principio de que los trabajadores por cuenta ajena tienen derecho a que se garantice el pago de sus créditos impagados relativos a la retribución correspondiente a un período anterior o, en su caso, posterior a una fecha determinada por los Estados miembros.⁹

28. El artículo 4 de dicha Directiva sólo permite con carácter excepcional a los Estados miembros limitar el período de garantía, y, por consiguiente, la correspondiente obligación de pago de las instituciones de garantía, a condición de que aseguren una garantía mínima, cuyas modalidades dependerán de la fecha de referencia que elijan en aplicación del artículo 3 de dicha Directiva.

8 — Véanse las sentencias de 14 de julio de 1998, Regeling (C-125/97, Rec. p. I-4493), apartado 20; de 11 de septiembre de 2003, Walcher (C-201/01, Rec. p. I-8827), apartado 38, y de 17 de noviembre de 2011, van Ardenne (C-435/10, Rec. p. I-11705), apartados 31 y 34.

9 — Véase el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 80/987.

29. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha limitado el margen de maniobra de los Estados miembros, con el fin de tomar en consideración la finalidad social de la Directiva 80/987, que es la de asegurar un mínimo de protección a todos trabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la Unión Europea en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan en las legislaciones de los Estados miembros, mediante el establecimiento de garantías mínimas de pago de los créditos impagados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales relativos a la retribución correspondiente a un período determinado.¹⁰

30. De la aplicación conjunta de estos dos primeros principios se derivan dos consecuencias esenciales.

31. Por una parte, las únicas limitaciones posibles del derecho del trabajador por cuenta ajena a una garantía mínima son las expresamente previstas en el artículo 4, apartados 2 y 3, de la Directiva 80/987. En la medida en que dichas limitaciones se refieren exclusivamente bien a la duración del período que da derecho al pago, bien al importe de dicho pago, de ello resulta que la Directiva 80/987 se opone a una normativa nacional que supedita la posibilidad de que los trabajadores cuyo empresario se encuentra en situación de insolvencia invoquen en su integridad su derecho al pago de los créditos salariales impagados a que se registren como solicitantes de empleo.¹¹

32. Por otra parte, incluso cuando las limitaciones establecidas en el Derecho nacional estén comprendidas en alguna de las dos categorías admitidas con carácter excepcional por el artículo 4 de la Directiva 80/987, no pueden tener como resultado limitar o excluir la protección mínima garantizada por la Directiva.

33. Dicha exigencia repercute, en particular, en las modalidades de toma en consideración de los pagos efectuados por el empresario durante el período cubierto por la garantía. Así, se ha declarado que las retribuciones pagadas a los trabajadores durante dicho período no pueden deducirse del tope establecido por el Estado como garantía de los créditos impagados¹² y que, en el supuesto de que un trabajador sea titular frente a su empresario, simultáneamente, de créditos correspondientes a períodos de empleo anteriores al período de referencia y de créditos que corresponden al propio período de referencia, estas retribuciones deben imputarse, prioritariamente, a los créditos anteriores.¹³

34. Siguiendo la misma lógica, el Tribunal de Justicia ha declarado también que deben excluirse del concepto de «relación laboral», en el sentido de los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987, los períodos que, por su propia naturaleza, no pueden dar lugar a créditos por salarios impagados, como un período durante el cual la relación laboral se encuentra suspendida en virtud de un permiso parental.¹⁴

35. En tercer lugar, el Tribunal de Justicia ha considerado que las condiciones que activan la garantía prevista por la Directiva 80/987 son distintas de la determinación de los créditos impagados cubiertos por la garantía.¹⁵ De lo anterior resulta que, si no se puede conceder la garantía antes de la decisión de apertura de un procedimiento concursal basado en la insolvencia del empresario o, en caso de insuficiencia del activo, la constatación del cierre definitivo de la empresa, el período de garantía de los créditos salariales no se determina forzosamente a partir de la fecha de dicha decisión.

10 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de julio de 1997, Maso y otros (C-373/95, Rec. p. I-4051), apartado 56; Regeling, antes citada, apartados 3, 20 y 21; de 16 de diciembre de 1999, Everson y Barrass (C-198/98, Rec. p. I-8903), apartados 3 y 20; de 15 de mayo de 2003, Mau (C-160/01, Rec. p. I-4791), apartados 3 y 42; Walcher, antes citada, apartado 38; de 4 de marzo de 2004, Barsotti y otros (C-19/01, C-50/01 y C-84/01, Rec. p. I-2005), apartado 35; de 16 de julio de 2009, Visciano (C-69/08, Rec. p. I-6741), apartado 27; de 10 de febrero de 2011, Andersson (C-30/10, Rec. p. I-513), apartado 25, y van Ardenne, antes citada, apartados 27 y 34.

11 — Véase la sentencia van Ardenne, antes citada, apartado 35.

12 — Véase la sentencia Barsotti y otros, antes citada, apartado 38.

13 — Véase la sentencia Regeling, antes citada, apartados 21 y 22.

14 — Véase la sentencia Mau, antes citada, apartados 39 a 44 y 52 a 53.

15 — Véanse las sentencias de 10 de julio de 1997, Bonifaci y otros y Berto y otros (C-94/95 y C-95/95, Rec. p. I-3969), apartado 39, y Maso y otros, antes citada, apartado 49.

36. Sobre la base de dicho principio, el Tribunal de Justicia ha declarado que no se debe considerar como fecha en que se produce la insolvencia del empresario, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 80/987, en su versión original, la de la decisión que se pronuncia sobre la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, sino la fecha de la solicitud de apertura de dicho procedimiento.¹⁶ Ha justificado dicha solución señalando que la decisión de apertura del procedimiento puede adoptarse mucho después de que finalicen los períodos de empleo de los que derivan las retribuciones impagadas, de modo que el pago de dichas retribuciones podría no quedar garantizado por la Directiva 80/987 por motivos que pueden ser ajenos al comportamiento de los trabajadores.

37. En cuarto lugar, el Tribunal de Justicia ha establecido la regla conforme a la cual la facultad atribuida al Derecho nacional de precisar las prestaciones a cargo de la institución de garantía está sujeta al respeto de los derechos fundamentales, entre los cuales se cuenta, en particular, el principio general de igualdad,¹⁷ que exige que situaciones comparables no reciban un trato diferente, a no ser que esté objetivamente justificado.¹⁸

38. De ello se deduce, en particular, que, cuando conforme a una normativa nacional la institución de garantía se haga cargo del pago de las indemnizaciones legales debidas por la finalización del contrato de trabajo establecidas en una sentencia judicial en caso de insolvencia del empresario, las indemnizaciones de la misma naturaleza reconocidas en un acuerdo entre trabajador y empresario celebrado en presencia del juez y con la aprobación del órgano judicial deben recibir el mismo trato.¹⁹

39. Pretendo buscar la respuesta a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente a partir de los principios que rigen la interpretación de la Directiva 80/987.

40. Respecto al litigio principal, de los autos se desprende que se denegó a los demandantes en el litigio principal el pago íntegro de los salarios correspondientes a los tres últimos meses de sus relaciones laborales, por el hecho de que sus créditos salariales habían vencido antes de los seis meses anteriores a la fecha de la presentación de la acción de declaración de insolvencia del empresario, fijada por el legislador portugués como término del período de referencia.

41. Aunque la Directiva 80/987, en su versión original, sólo contemplaba para los Estados miembros la elección entre tres fechas, enumeradas con carácter limitativo en el artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva, y vinculadas al momento en que se produce la insolvencia del empresario o la terminación del contrato de trabajo, la Directiva 2002/74 suprimió la mención a dichas tres fechas y dejó a los Estados miembros una libertad plena para determinar la fecha de referencia, estableciendo un período de garantía mínima distinto en función de la duración elegida.

42. Así, cuando pretendan hacer uso de su facultad de limitar en el tiempo la garantía, los Estados miembros podrán situar la garantía mínima de tres meses dentro de un período de seis meses anterior o posterior a la fecha de referencia. También dispondrán de la facultad de prever una garantía mínima limitada a ocho semanas, a condición de que dicha garantía se sitúe dentro de un período más largo, de al menos dieciocho meses.

16 — Véanse las sentencias Bonifaci y otros y Berto y otros, apartados 42 y 44; Maso y otros, apartados 52 y 54, y Mau, apartados 22, 47 y 48, antes citadas.

17 — Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 2002, Rodríguez Caballero (C-442/00, Rec. p. I-11915), apartados 29 a 32, y de 16 de diciembre de 2004, Olaso Valero (C-520/03, Rec. p. I-12065), apartado 34; el auto de 13 de diciembre de 2005, Guerrero Pecino (C-177/05, Rec. p. I-10887), apartado 26; las sentencias de 7 de septiembre de 2006, Cordero Alonso (C-81/05, Rec. p. I-7569), apartado 37; de 17 de enero de 2008, Velasco Navarro (C-246/06, Rec. p. I-105), apartado 35, y de 21 de febrero de 2008, Robledillo Núñez (C-498/06, Rec. p. I-921), apartado 30.

18 — Véanse las sentencias Rodríguez Caballero, apartado 32, y Olaso Valero, apartado 34, antes citadas; el auto Guerrero Pecino, antes citado, apartado 26, así como las sentencias Cordero Alonso, apartado 37, y Velasco Navarro, apartado 36, antes citadas.

19 — Véase la sentencia Cordero Alonso, antes citada, apartado 42.

43. No cabe duda de que la Directiva 80/987 no se opone a que un Estado miembro fije como punto de partida o de finalización²⁰ del período de referencia la fecha de ejercicio de la acción de declaración de insolvencia.²¹ Si el Estado miembro de que se trate opta por hacer uso de la facultad de limitar en el tiempo la garantía, nada se opone, por lo demás, a que limite el período de referencia a seis meses, si garantiza la retribución de los tres últimos meses de la relación laboral, como dispone el Derecho portugués.

44. A este respecto, procede recordar que el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 80/987, en su versión inicial, autorizaba expresamente a los Estados miembros a fijar como término del período de referencia la fecha del «momento en que se produce la insolvencia del empresario» y que, conforme a la interpretación del Tribunal de Justicia, por tal fecha debe entenderse la fecha de presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia.²²

45. Por consiguiente, el legislador de la Unión ha preservado en gran medida la libertad de los Estados miembros, al permitirles situar en la fecha que estimen oportuno el período de garantía mínimo relativo a los tres últimos meses de la relación laboral y, en su caso, el período de referencia en el que enmarcan dicho período mínimo. En la práctica, la gran mayoría de los Estados que establecen un período de referencia lo suelen situar en función del momento en que se produce la insolvencia del empresario.²³

46. Esta elección plantea dificultades de principio respecto al necesario respeto del objetivo de la Directiva 80/987. En efecto, si se presenta la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia mucho después de la extinción de la relación laboral, los asalariados podrían verse privados de la garantía, aunque se declare que el impago de las retribuciones está relacionado con la situación de insolvencia del empresario. Por el contrario, si la empresa sigue en funcionamiento durante algún tiempo tras la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, los créditos salariales impagados pueden estar relacionados con períodos claramente posteriores a la fecha de presentación de dicha solicitud.²⁴

47. No obstante, los Estados miembros no disponen de una libertad ilimitada. Al contrario, ésta se ve necesariamente acotada por la exigencia fundamental consistente en la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, por la necesidad de preservar el efecto útil de la Directiva y por las exigencias que se derivan de la protección de los derechos fundamentales, que vinculan a los Estados miembros siempre que deben aplicar el Derecho de la Unión.

20 — El artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a fijar el período de garantía «antes y/o, en su caso, después» de la fecha que hayan determinado.

21 — Véase, en este sentido, la sentencia de 18 de abril de 2013, Mustafa (C-247/12), dictada en relación con una normativa nacional que reserva la garantía a los créditos nacidos antes de la inscripción en el Registro Mercantil de la resolución por la que se abre el procedimiento de insolvencia.

22 — Véase la jurisprudencia citada en la nota 16.

23 — Véase la nota 5.

24 — Véase, en este sentido, Estelmann, M.: «Europarechtliche Probleme des Drei-Monatszeitraums nach § 183 SGB III», *Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht*, 2003, n° 11-12, p. 460, el cual califica dicha falta de precisión como «zentraler Schwachpunkt der Regelung». Véase también el comentario de las sentencias Bonifaci y otros; Berto y otros; Maso y otros, antes citados, y de la sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani (C-261/95, Rec. p. I-4025), de Ayşe Odman, N.; *Common Market Law Review*, 1998, p. 1395, quien considera que «the achievement or the purpose of the Directive [80/987] to secure a minimum amount of guarantee to the employees who are in this situation will be seriously endangered with the placement of temporal limits starting from the date of the onset of insolvency, especially if the Member State chooses to apply the minimum period which is six months prior to the date of the onset of insolvency» (p. 1409). Para este autor, «[as] long as the causal link exists between the notice of dismissal or the discontinuation of the contract of employment or the employment relationship and the state of insolvency as described in Article 2(2) [of the Directive 80/987], the guarantee envisaged by [this] Directive should be granted to the employee» (p. 1410).

48. Ahora bien, considero que una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal, que excluye de la garantía los créditos salariales impagados vencidos antes de los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia, aun en el caso de que los trabajadores hayan procedido con diligencia para obtener su pago, pone en riesgo el efecto útil de la Directiva 80/987 y no es conforme a los derechos fundamentales.

49. Para empezar, dicha normativa no es conforme a la finalidad social de la Directiva 80/987 pues, como subraya la Comisión, la limitación del período de referencia a los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia puede ocasionar la exclusión de la garantía de la totalidad de los créditos salariales impagados, a pesar de la diligencia de los trabajadores afectados.

50. En este sentido, es importante recordar que la protección acordada a los créditos salariales se explica por la naturaleza alimentaria de los mismos, pues frecuentemente permiten al trabajador por cuenta ajena asegurar su subsistencia y la de su familia. En el contexto de crisis económica y financiera que afecta a la Unión en general, y a ciertos Estados miembros en particular, me parece particularmente necesario no perder de vista esta característica propia de los créditos salariales y tener en cuenta las situaciones humanamente difíciles provocadas por la imposibilidad de que los trabajadores obtengan el pago de lo que se les debe.

51. Otra consideración igualmente fundamental determina mi razonamiento: se refiere al respeto del principio de la igualdad de trato.

52. Conforme a los datos comunicados por el Gobierno portugués, de los 31 trabajadores empleados por la sociedad, 18 dejaron de percibir sus salarios a partir del mes de marzo de 2003, un trabajador dejó de cobrar el 1 de abril de 2004, y los 12 restantes dejaron de percibir sus salarios en fechas distintas, distribuidas a lo largo de 2005 y 2006.

53. Dicho Gobierno ha señalado, por otro lado, que 17 de los 18 trabajadores que dejaron de percibir su retribución en el mes de marzo de 2003 resolvieron su contrato el 15 de septiembre de 2003, mientras que el último contrato se extinguió el 14 de abril de 2004. El trabajador que dejó de cobrar su salario el 1 de abril de 2004 resolvió su contrato el 30 de septiembre de 2004, y el contrato de trabajo del resto de trabajadores se extinguió el 5 de mayo de 2006, con posterioridad a la presentación de la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, por decisión del administrador concursal con motivo del cierre definitivo de la empresa.

54. Dado que el período de referencia empezó a correr el 28 de mayo de 2005, a saber, seis meses antes de la fecha de ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario, sólo los trabajadores cuyo contrato de trabajo no había sido resuelto a dicha fecha pudieron reclamar la garantía de sus retribuciones impagadas. Por el contrario, aquellos cuyo contrato se resolvió más de tres meses antes de dicha fecha, como en el caso de la Sra. Gomes Viana Novo y otros, no pudieron reclamar indemnización alguna.

55. La diferencia de trato evidenciada no me parece justificada por una diferencia objetiva de situación. Ciertamente, la facultad que el artículo 4 de la Directiva 80/987 confiere a los Estados miembros para enmarcar el período de garantía mínima dentro de un período de referencia causa necesariamente una diferencia de trato entre los trabajadores por cuenta ajena, en función de la fecha en que se sitúen los tres últimos meses de su relación laboral. No obstante, no veo por qué debería prevalecer el criterio temporal hasta el punto de justificar una diferencia de trato en función de que los trabajadores hayan ejercido directamente una acción de declaración de insolvencia del empresario o hayan instado previamente una acción judicial al objeto de obtener la determinación judicial del importe adeudado y su cobro ejecutivo.

56. Para demostrar que existen situaciones perfectamente comparables, es necesario volver a la cuestión, ya debatida durante la vista, de la situación particular de los trabajadores afectados y de su empresario a finales de 2003, cuando dichos trabajadores decidieron resolver sus contratos de trabajo.

57. A primera vista, estos trabajadores se enfrentaban a una elección simple consistente en reclamar el pago de sus créditos ante el Tribunal de Trabalho, si su empresario era solvente, o, en caso contrario, ejercitar la acción de declaración de insolvencia del empresario ante el Tribunal de Comércio, con el objeto de obtener la garantía del FGS.

58. Por muy simple que parezca, esta descripción es totalmente engañosa. En realidad, la cuestión de si el empresario se encuentra en situación de insolvencia en el sentido de la legislación nacional aplicable implica una delicada apreciación jurídica, que se lleva a cabo sobre la base de datos complejos.

59. La mayor parte del tiempo los trabajadores desconocen dichos datos e ignoran la situación financiera real de su empresario, de modo que no pueden determinar si la falta de pago de los salarios se debe a una dificultad de tesorería pasajera o a una situación financiera lastrada de modo grave y duradero.

60. Por lo demás, la insolvencia sólo se declara *a posteriori*, frecuentemente con carácter retroactivo, en particular cuando las acciones para el pago y cobro ejecutivo revelan que la empresa no puede hacer frente a sus deudas vencidas.

61. Si bien con arreglo al Derecho portugués el ejercicio de la acción para el cobro del crédito impagado no es un prerequisite ni una condición de la acción de declaración de insolvencia, no veo cómo se podría reprochar a los demandantes en el litigio principal, en estas circunstancias, el hecho de haber instado una acción judicial para el cobro ejecutivo, la cual sin duda contribuyó a revelar la situación de insolvencia de su empresario, en vez de ejercer directamente la acción de declaración de insolvencia sobre la base de un análisis necesariamente conjetural.

62. Procede señalar, asimismo, que la incoación de un procedimiento de insolvencia es un acto grave, que da lugar al desapoderamiento total o parcial del empresario y que, por tanto, el trabajador no puede solicitar a la ligera, sin disponer de elementos de juicio que le permitan suponer que su antiguo empresario no dispone de un activo suficiente para satisfacer su crédito. Incluso suponiendo que conocían la situación de su empresario, no se puede reprochar a los trabajadores que prefiriesen, al menos en un primer momento, el recurso a vías de Derecho común para cobrar sus créditos, quizás por haber tomado legítimamente en consideración la situación de otros trabajadores, cuyos salarios seguían siendo pagados, o las posibilidades de relanzamiento de la actividad de la empresa.

63. No es fácil justificar que se prive del derecho a la garantía mínima a los trabajadores que dejaron de cobrar sus salarios primero y ejercieron la acción de declaración de insolvencia, y que los que siguieron cobrando su salario y no ejercieron dicha acción se puedan beneficiar de él.

64. En tales condiciones, pienso que la exclusión derivada del artículo 319 de la Ley nº 35/2004, conforme lo interpreta el órgano jurisdiccional nacional, no es conforme con la Directiva 80/987, leída en relación con el principio de igualdad de trato.

65. En mi opinión, la garantía debería haberse aplicado desde que se constató que los créditos salariales cuyo pago reclamaron los trabajadores no se podían cobrar en razón de la situación de insolvencia de su empresario. En este sentido, creo que es útil precisar que de la resolución de remisión se desprende claramente que la negativa a asumir los créditos se justificó por el mero hecho de que los créditos no estaban comprendidos en el período de referencia, y no por que dichos créditos

no estén vinculados con la situación de insolvencia del empresario.²⁵

66. El desarrollo de un nuevo método de protección de los créditos salariales, consistente en que una institución tercera garantice dichos créditos en caso de insolvencia del empresario, buscaba paliar las insuficiencias de los mecanismos de protección tradicionales, tales como los derechos de preferencia legales, los cuales no permitían a los trabajadores obtener el pago de sus salarios impagados en situaciones de quiebra, caracterizadas por un limitado activo realizable o por la falta de cualquier tipo de activo.²⁶ Denegar la garantía para un crédito que no ha podido ser cobrado a causa de la insolvencia del empresario equivale a introducir una brecha importante en la protección mínima de los trabajadores por cuenta ajena que busca el legislador de la Unión.

67. Antes de exponer con mayor precisión la respuesta que propongo que se dé a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, deseo referirme, con el objeto de excluirlas, a dos objeciones planteadas por los Gobiernos alemán y portugués, respectivamente.

68. El Gobierno alemán plantea como argumento decisivo que la Directiva 80/987, con respecto a su versión original, deja aún mayor libertad a los Estados miembros a la hora de elegir los medios de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, dado que a tenor del artículo 3, párrafo segundo, de esta Directiva, en su versión modificada, la determinación de la fecha que establece el período de referencia se deja a la entera apreciación de los Estados miembros. Procede subrayar, no obstante, que la Comisión justificó dicha modificación exclusivamente en la necesidad de simplificar un método considerado «inútilmente complicado»,²⁷ y precisó que con una redacción más sencilla se podía «alcanzar el *mismo* [²⁸] resultado de protección de los trabajadores».²⁹ Por tanto, dicha modificación no puede justificar, en ningún caso, una reducción del nivel de protección ofrecido a trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia de su empresario. Ha de observarse, por lo demás, que la Directiva 2002/74 reconoció, a la vez, la posibilidad de extender la garantía a los créditos posteriores a la fecha de referencia, con el objeto, en su caso, de cubrir los salarios que aún se adeuden cuando la empresa siga en funcionamiento durante la tramitación del procedimiento de insolvencia.³⁰

69. Por su parte, el Gobierno portugués observa que el FGS no puede intervenir a raíz de la presentación de una demanda de reclamación de cantidad ante el Tribunal de Trabalho de Barcelos, pues dicha acción puede o no estar fundada en la difícil situación económica o en la insolvencia del empresario. Ahora bien, como ya he recordado anteriormente,³¹ el Tribunal de Justicia ya ha establecido una distinción entre los requisitos para la puesta en marcha de la garantía prevista por la Directiva 80/987 y la determinación de los créditos impagados cubiertos por la garantía. Si, efectivamente, la institución de garantía sólo puede intervenir tras la decisión de apertura del procedimiento de insolvencia, ello no excluye que, una vez acaecido lo anterior, garantice el pago de los créditos salariales cuyo cobro hayan reclamado los trabajadores ante un órgano jurisdiccional de Derecho común, en la medida en que, como mínimo, la imposibilidad de obtener el cobro de los créditos esté relacionada con la situación de insolvencia del empresario.

70. Una vez refutadas ambas objeciones, paso a examinar mi propuesta de respuesta a la cuestión planteada.

25 — En el apartado 3.1, VIII, subapartado 2., de la resolución de remisión se precisa que «se ha declarado la insolvencia del empresario, por lo que se cumple el requisito establecido en el artículo 318, apartado 1, de la Ley n° 35/2004 [...]» (p. 6 de la versión en francés).

26 — Véase, en este sentido, Bronstein, A.S.: «La protection des créances salariales en cas d'insolvabilité de l'employeur: du droit civil à la sécurité sociale», *Revue internationale du travail*, 1987, vol. 126, n° 6, p. 795.

27 — Véase el apartado 4.2, párrafo primero, de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 80/987 [en su versión inicial] [COM(2000) 832 final, p. 7].

28 — El subrayado es mío.

29 — Véase el apartado 4.2, párrafo primero, de la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva.

30 — Véase el apartado 4.2, párrafo segundo, de la exposición de motivos de dicha Propuesta de Directiva.

31 — Véase el punto 35 de las presentes conclusiones.

71. Puesto que considero que un Estado miembro que haya fijado como término del período de referencia la fecha de ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario no puede excluir sistemáticamente de la garantía los créditos cuyo pago y cobro ejecutivo hubieran solicitado los trabajadores antes de instar el concurso, la respuesta, que deberá conciliar la limitación temporal con la necesidad de no reducir a la nada la protección mínima que busca la Directiva 80/987 y con la exigencia de igualdad de trato, podrá, en teoría, seguir dos caminos distintos.

72. Se puede plantear el postergar en el tiempo de la fecha de vencimiento de los créditos, asimilando a los créditos salariales vencidos durante el período de referencia los créditos que, durante dicho período, hayan sido objeto de una demanda de reclamación de cantidad seguida de un intento infructuoso de cobro ejecutivo.

73. En apoyo de dicha solución procede indicar que la Propuesta de directiva del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario, presentada por la Comisión el 13 de abril de 1978,³² obligaba a los Estados miembros a garantizar los créditos impagados nacidos durante los doce meses anteriores al momento del cese de los pagos o respecto a los cuales «se haya intentado infructuosamente, durante dicho plazo, su ejecución forzosa».³³

74. No obstante, esta solución me parece demasiado alejada del tenor del texto finalmente adoptado, que no menciona los créditos objeto de un intento infructuoso de cobro, sino que exige que concurra un período de trabajo durante el período de referencia.³⁴

75. Encuentro más fecunda una segunda solución, consistente en fijar un término específico para el período de referencia de los trabajadores asalariados que hayan instado previamente una acción judicial para obtener la determinación de sus créditos salariales y hayan intentado su cobro en vano, a causa de la insolvencia del empresario, considerando en este supuesto que el punto de inicio de dicho período será el de la demanda de determinación judicial de la deuda.

76. Procede recordar que, en la medida de lo posible, incumbe al órgano jurisdiccional nacional interpretar la legislación interna conforme a las exigencias del Derecho de la Unión. En mi opinión, tal interpretación no es imposible, pues, sin modificar la norma con arreglo a la cual el FGS garantiza los créditos salariales vencidos en los seis meses anteriores al ejercicio de la acción de declaración de insolvencia del empresario ante el Tribunal de Comércio, bastaría con considerar que, con respecto a los trabajadores por cuenta ajena que hayan acudido ante el Tribunal de Trabalho de Barcelos para obtener el pago de sus créditos salariales, dicha acción se ejerció en el momento en que se reclamó judicialmente el pago.

77. Corresponderá al órgano jurisdiccional remitente determinar si dicha interpretación es posible y, de no ser así, excluir la aplicación de su ley nacional.

32 — DO C 135 p. 2.

33 — Artículo 4, letra b), de dicha Propuesta de directiva.

34 — Véase el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 80/987.

IV. Conclusión

78. A la vista de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Central Administrativo Norte:

«Los artículos 3 y 4 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, en relación con el principio de igualdad de trato, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el Derecho nacional limite la garantía de los créditos salariales a los créditos vencidos en los seis meses anteriores a la fecha de solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando, respecto a los trabajadores por cuenta ajena que hayan instado previamente una acción judicial para obtener la determinación de sus créditos salariales y hayan intentado en vano su ejecución a causa de la insolvencia del empresario, dicho período de referencia tenga como punto de partida el de la acción para la determinación judicial del crédito.

Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz del Derecho interno, tanto material como procesal, si puede llegar a una interpretación de su Derecho nacional que permita resolver el litigio principal de conformidad con el tenor y la finalidad de la Directiva 80/987, en su versión modificada por la Directiva 2002/74, en relación con el principio de igualdad de trato y, si dicha interpretación no es posible, dejar de aplicar en el litigio principal cualquier disposición nacional contraria.»