

La Directiva 80/987/CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: de la eficacia directa a la responsabilidad del Estado. Sentencias Francovich & Bonifaci y Wagner Miret

M.^a Piedad López-Romero González

Profesora de Introducción al Derecho Comunitario de la Universidad de Valladolid.

1. INTRODUCCION

La labor interpretativa y creadora del Tribunal de Justicia, ha jugado un papel esencial, sobre todo, al establecer los principales rasgos o principios- el de eficacia directa y primacía- del derecho comunitario, como ordenamiento propio y original.

El objeto fundamental de este trabajo va a ser, el análisis de dos Sentencias del Tribunal de Justicia de Luxemburgo (a partir de ahora TJCE), importantes, no solo en cuanto a su finalidad de interpretación de una Directiva incluida dentro del llamado núcleo del Derecho Social Comunitario, sino en cuanto que suponen la inclusión de un nuevo rasgo o principio fundamental, que es, el de responsabilidad del Estado por daños causados por violaciones del derecho comunitario que le sean imputables.

Como se ha venido observando, desde la creación de las Comunidades, los principios de eficacia directa y primacía aunque han sido y son, los pilares básicos sobre los que se desarrollan las relaciones entre derecho comunitario y derechos nacionales, no han resuelto todos los problemas, concretamente los que afectan a los derechos de los particulares derivados del derecho comunitario. Es precisamente en el momento de plantearse la eficacia directa de una Directiva, y dada la no concurrencia de los

requisitos necesarios para su reconocimiento, cuando el TJCE recurre finalmente al principio de responsabilidad del Estado. Es de esperar que a la hora de aplicar el derecho comunitario, los particulares recurran a este principio, alterándose de esta forma y en buena medida, sus relaciones, hasta ahora estancadas, con la Comunidad y los Estados.

2. UN ACERCAMIENTO AL DERECHO SOCIAL COMUNITARIO: LA DIRECTIVA 80/987/CEE SOBRE LA APROXIMACION DE LAS LEGISLACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS RELATIVAS A LA PROTECCION DE LOS TRABAJADORES EN CASO DE INSOLVENCIA DEL EMPRESARIO¹

Desde su creación la Comunidad Europea se ha centrado fundamentalmente en objetivos de tipo económico, dejando de un lado los objetivos sociales. Es más , hoy por hoy no se puede hablar de la existencia de una auténtica Política Social Comunitaria (aunque en el Tratado de la Unión Europea se faliciten una serie de medios para llegar a ella) , habiéndose dado respecto a ella tan solo pequeñas pinceladas.

En concreto en 1972 se adoptó una Resolución del Consejo² que instituyó un Programa de

Acción Social, dentro del cual se engloba la Directiva objeto de análisis, y cuyo fundamento se encontraba en los artículos 100 y 117 TCEE.

La Directiva 80/987/CEE cabe situarla entre las disposiciones comunitarias adoptadas en el área del derecho individual del trabajo, en tanto que tiene por mera la armonización legislativa de los Estados miembros en la materia³.

Junto a esta Directiva y dentro del derecho individual del trabajo, surgieron también, la Directiva sobre despidos colectivos⁴ y la Directiva sobre transmisión de empresas⁵, constituyendo todas ellas el núcleo del denominado Derecho Laboral Comunitario.

De estas Directivas, la que menos jurisprudencia ha producido ha sido la Directiva 80/987/CEE, sobre todo por que establece claramente las obligaciones de los Estados, en cuanto a la protección de los trabajadores así como a los supuestos en que estas surgen. La poca jurisprudencia surgida en torno a esta Directiva hasta las Sentencias Francovich y Wagner Miret, se había centrado en puros incumplimientos⁶ de sus mandatos por parte de los Estados⁷. Últimamente se ha demostrado que su aplicación es más complicada de lo que parecía.

El por qué de la adopción de esta Directiva es simple; a pesar de que la mayoría de los países europeos habían establecido un régimen de seguro de salarios, otros carecían de tal mecanismo protector (Luxemburgo, Grecia e Irlanda), aunque en ellos existían eficaces instituciones de atención al trabajador desempleado (en Italia v. gr. el régimen de la Cassa integrazione guadagni creada en 1975), pero que no estaban adaptadas a lo establecido en la Directiva. Tras un estudio realizado por la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales de la Comisión Europea, se concluyó que era necesario incrementar la protección de los trabajadores en los supuestos de insolvencia del empleador; que los créditos protegidos debían afectar no solo a la remuneración del trabajo propiamente dicha, sino también a las prestaciones accesorias; que existía una clara tendencia preferencial por establecer un régimen de garantía de los créditos laborales por una caja pública, inspirado en los principios de la Seguridad Social y sostenido por cotizaciones exclusivamente de los empresarios y finalmente; que se debían tomar en consideración además de la quiebra otros supuestos de insolvencia notoria del

empleador.

Finalmente y teniendo en cuenta todos estos aspectos, el 20 de octubre de 1980 se adoptó la Directiva 80/987/CEE⁸ que es una normativa mínima, para que los Estados la traspusieran, en su caso - pudiendo ser mejorada - a sus ordenamientos.

Para entender mejor las Sentencias Francovich y Wagner Miret, es preciso que hagamos una breve referencia a la estructura y contenido normativos de esta Directiva.

En cuanto al ámbito de aplicación, sus disposiciones se aplican a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de sus contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentran en situación de insolvencia.

Pero es sabido que esta regla tiene sus excepciones, esto es, según el artículo 1.2, " los Estados miembros podrán, excepcionalmente, excluir del ámbito de la Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquellos; o en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores asalariados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva"⁹.

Las exclusiones debían comunicarse a la Comunidad para recogerlas en un Anexo de la Directiva, y así lo hicieron Grecia (en materia pesquera y marítima), Holanda (servicio doméstico), Irlanda (varios supuestos), Italia (en materia marítima principalmente), y el Reino Unido (en materia marítima y los cónyuges de los empresarios). Debido a que España no formaba parte de la Comunidad en el momento de adoptarse la Directiva, hubo de esperar a presentar sus exclusiones hasta 1987, año en que se adoptó una Directiva al efecto, la Directiva 87/164/CEE, que incluyó como excepción española la de los empleados domésticos al servicio de una persona física.

Pero esta no es la única excepción que se da respecto al derecho español; dado que en esta Directiva no se recurre a un concepto comunitario de trabajador sino que cada país deberá utilizar el suyo propio. Así, es sabido, que en España, el Estatuto de los trabajadores no incluye en dicho concepto a determinadas personas, entre otros, funcionarios públicos, consejeros, realiza-

dores de prestaciones personales...ect, no excluyéndose los trabajadores sometidos a los contratos especiales del artículo 2 de dicho Estatuto¹⁰.

En el art 2.1 de la Directiva se recogen las situaciones de insolvencia del empresario, que pueden dar lugar a que operen las garantías salariales. Por un lado se refiere a aquella situación en que se haya solicitado la apertura de un procedimiento referido al patrimonio del empresario, tendente a reembolsar colectivamente a sus acreedores. En este caso se encontrarían los diversos procedimientos concursales civiles y mercantiles (quiebra ,suspensión de pagos..ect).

Como ha señalado parte de la doctrina, la fórmula utilizada en este caso por la Directiva es amplia por que abarca por igual a los sistemas unitarios como el alemán, en el que se unifican los sistemas concursales civiles y mercantiles, y los sistemas dualistas como el español, en el que las instituciones concursales civiles y mercantiles son distintas.

También opera la Directiva en los casos en que la autoridad competente," haya decidido la apertura del procedimiento o haya constatado el cierre definitivo de la empresa, así como la insuficiencia del activo disponible¹¹.

En cuanto a las garantías, la Directiva establece, unas, referidas a las remuneraciones (art 3), y otras, referidas a la Seguridad Social. Dichas garantías son las mínimas , pudiendo los Estados establecer disposiciones más favorables. En materia salarial, se impone la obligación de que las instituciones de garantía aseguren el pago de los créditos impagados a los trabajadores asalariados, que se refieran a la retribución (concepto que definirá cada Estado) correspondiente al período anterior a una fecha, que a elección de los Estados miembros puede ser, en primer lugar, la del momento en que se produce la insolvencia del empresario, en segundo lugar, la del preaviso de despido del trabajador asalariado afectado, dado en razón de la insolvencia del empresario, o por último, la del momento en que se produce la terminación del contrato de trabajo o de la relación laboral del trabajador asalariado afectado, producido en razón de la insolvencia del empresario¹².

Por último y a los efectos de este trabajo, ya sólo nos queda hacer una referencia al organismo encargado de hacer frente a los pagos, aspecto este importante, como veremos, en relación a las Sentencias Francovich y Wagner Miret.

En su artículo 5, la Directiva dispone que los Estados regularán la organización y funcionamiento de las instituciones de garantía, de conformidad con los siguientes principios:

- a) El patrimonio de la institución garantizadora deberá ser independiente del capital de explotación de los empresarios e inembargable por causa de insolvencia.
- b). La financiación se cubrirá mediante garantías públicas, aportaciones empresariales o ambas.
- c) La obligación de pago de las instituciones de garantía, será independiente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación, esto es, en el pago de las prestaciones por la institución de garantía debe regir el principio de automaticidad, sin que aquellas puedan quedar condicionadas por la cotización previa empresarial, o la existencia de fondos suficientes.

En España el organismo que satisface estos requisitos es el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), aunque hay quien duda de que se cumpla, en su regulación, el principio de automaticidad procedimental reconocida a los trabajadores, al exigirseles una serie de condiciones para el reconocimiento de sus derechos¹³.

Aunque no hemos hecho referencia a todos los aspectos de la Directiva 80/987/CEE, calificada por cierto de tímida y poco avanzada e innovadora, lo dicho hasta aquí basta para comprender mejor los hechos y las Sentencias surgidas de los asuntos Francovich y Wagner Miret, que analizaremos seguidamente.

3. SENTENCIA FRANCOVICH & BONIFACI DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1991¹⁴: EFICACIA DIRECTA Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. MECANISMOS DE INVOCABILIDAD.

La Sentencia objeto de estudio fue el resultado del planteamiento de varias cuestiones prejudiciales, interesándonos ahora las dos primeras preguntas lanzadas al TJCE, una sobre la eficacia directa de la Directiva 80/987/CEE, otra sobre la responsabilidad de los Estados cuando no se da el efecto directo , problemas , ambos, que

pertenecen a su vez a la esfera de la aplicación judicial del derecho comunitario¹⁵ o lo que es lo mismo, a la teoría de la invocabilidad del derecho comunitario por los particulares¹⁶, y al problema de la sanción, llegado el caso, a las infracciones del derecho comunitario (efectividad del derecho comunitario)¹⁷. Nos encontramos ante un asunto en el que las consecuencias negativas para los particulares por la no transposición al derecho interno de una Directiva, eran sorprendentes, y en consecuencia, en el que las partes demandantes, no teniendo clara la vía de la eficacia directa para invocar sus derechos, eligen subsidiariamente la vía de la responsabilidad del Estado al margen de la eficacia directa.¹⁸

Los hechos que dieron origen al litigio fueron los siguientes:

El Sr. Francovich parte del litigio principal en el asunto C-6/90, había trabajado para la empresa "CDN Elettronica snc" en Vicenza recibiendo por ello tan solo anticipos esporádicos sobre su salario. Por esta razón interpuso demanda ante la Pretura de Vicenza, que condenó a la empresa al pago de aproximadamente 6 millones de liras italianas. Debido a que el demandante no pudo conseguir cobrar esta cantidad de la empresa, invocó entonces el derecho a obtener del Estado italiano las garantías previstas por la Directiva 80/987/CEE, o con carácter subsidiario, una indemnización.

Por otro lado en el asunto C-9/90 a la Sra. Danila Bonifaci y otras treinta y tres trabajadoras de la empresa "Gaia Confezioni srl" declarada en quiebra en 1985, se les debían más de 235 millones de liras italianas que habían sido incluidos en el pasivo de la empresa declarada en quiebra. Más de cuatro años después de producirse la quiebra, no se les había pagado nada y el síndico de la quiebra les había comunicado que era improbable que hubiese un reparto en su favor. Ante esta situación las partes demandantes presentaron una demanda contra la República italiana solicitando que teniendo en cuenta las obligaciones establecidas en la Directiva 80/987/CEE se le condenara a pagarles las cantidades adeudadas en concepto de atrasos de salarios, al menos por lo que se refería a las tres últimas mensualidades, o en su lugar, al pago de una indemnización.

Ante estos hechos a la Pretura de Vicenza y a la Pretura de Bassano del Grappa no les quedó otra solución que plantear varias cuestiones pre-

judiciales al Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de las cuales nos vamos a centrar en la primera que a su vez se desdobra en dos, por un lado se le pregunta al Tribunal si la Directiva 80/987/CEE puede producir efectos directos (cuando falta la ejecución de la Directiva por parte del Estado, que en este caso además había sido declarada a través de Sentencia) en favor de los particulares, y por otro; si en caso de respuesta negativa a la primera pregunta, pueden los particulares reclamar una indemnización al Estado que ha omitido adaptar debidamente su derecho interno a la Directiva (en el plazo establecido).

En su Sentencia, y respecto a la primera pregunta, el Tribunal de Luxemburgo llega a la conclusión de que las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE que definen los derechos de los trabajadores, deben interpretarse en el sentido de que los interesados no pueden invocar esos derechos contra el Estado ante los órganos jurisdiccionales nacionales a falta de ejecución adoptada dentro del plazo señalado. El Tribunal para llegar a esta conclusión, primero recuerda muy por encima los elementos esenciales, recogidos de su jurisprudencia, relativos al efecto directo (mecanismo de invocabilidad de sustitución) de las Directivas (pasar el plazo de trasposición y desde el punto de vista del contenido que las disposiciones sean incondicionales y suficientemente precisas), y después estudia su aplicación concreta a la Directiva 80/987/CEE, haciéndolo en tres planos distintos, la determinación de los beneficiarios de la garantía, el contenido de la misma, y por último la identidad del deudor de esta garantía. Dado que en el anterior epígrafe estudiamos estos distintos aspectos de la Directiva solo observaremos que no sin justificación, el Tribunal decide que en cuanto a los dos primeros aspectos no hay problema para determinar la eficacia directa, pero si que lo hay en cuanto al último es decir, el de la identidad del deudor de la garantía. El Tribunal entiende que la Directiva no es lo suficientemente precisa respecto a quién debe ser considerado deudor de la garantía, al dejar gran margen de discrecionalidad en manos del Estado, y por otro lado que sobre la base de la Directiva el Estado no puede ser considerado como deudor solo por no haber adoptado en el plazo establecido las medidas de adaptación de su derecho nacional a la Directiva. Es precisamente este razonamiento el que lleva al Tribunal a sus conclusiones finales.

Es preciso destacar el buen trabajo realizado por el Abogado General Mischo, que en sus Conclusiones Generales y de una manera amplia se detiene en cada uno de los aspectos de la eficacia directa, recorriendo la extensa jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A pesar de observar que las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE no gozaban de eficacia directa, el Sr. Mischo consideró la necesidad de examinar la jurisprudencia comunitaria en la materia, para rebatir la postura de algunos gobiernos que presentaron observaciones basándose equivocadamente en la misma, y digo equivocadamente, por que estos gobiernos llegaban erróneamente a la conclusión de que el derecho comunitario directamente aplicable, no puede servir de fundamento a una posible acción entablada por un particular ante un órgano jurisdiccional nacional, para que se reparen los perjuicios producidos por un Estado miembro de sus obligaciones comunitarias.

La Directiva ha llamado siempre la atención, al ser la fuente más importante de derecho derivado. Las dificultades respecto a ella parecen provenir sobre todo, de los retrasos en la transposición de las mismas a los ordenamientos nacionales (caso *Francoovich*). La declaración de numerosos incumplimientos por parte de la Comisión y del TJCE en este sentido, a través del procedimiento previsto en el artículo 169 TCEE, no resuelve los problemas en cuanto al sistema jurídico mismo de la Directiva¹⁹.

Dado que los Tratados solo reconocían aplicabilidad directa al Reglamento, y ante los problemas planteados para la aplicación del derecho comunitario en general y en particular de las Directivas, hubo de crearse la llamada teoría del efecto directo. Pero en la teoría del efecto directo no terminaba todo- la Sentencia *Francoovich* es una muestra de ello- o lo que es lo mismo no terminaba toda la invocabilidad de las Directivas. En apariencia, y según se deduce de las primeras Sentencias del TJCE²⁰, toda la invocabilidad de la Directiva, entendida como la posibilidad de las partes de prevalerse en justicia o ante las autoridades nacionales de lo contenido en ellas, depende de reglas que gobiernan la teoría del efecto directo, pero en la realidad no es así.

Efectivamente existe la invocabilidad derivada de la eficacia directa. Esta última, según jurisprudencia del TJCE, basada en el efecto útil del derecho comunitario, le será reconocida a las disposi-

ciones de una Directiva reunidos una serie de requisitos que se recogen en la Sentencia *Becker*²¹ (en la que se sintetizó toda la teoría del efecto directo), esto es, que la disposición sea incondicional y suficientemente precisa y que el Estado no haya transpuesto la Directiva en el plazo señalado o la haya transpuesto incorrectamente (mecanismo de invocabilidad de sustitución).

Además hay que decir que esta teoría de la eficacia directa se complementa con lo establecido en dos Sentencias, por un lado en el asunto *Ratti*²² se hace valer que el Estado no puede oponer a los particulares el no cumplimiento de las obligaciones que la Directiva comporta y por otro, en *Fratelli Constanzo*²³, se estableció que la Directiva no significaba invocabilidad solo en justicia, sino también delante de todas las autoridades estatales afectadas.

Se ha llegado a hablar de la posibilidad de unificar la teoría de la invocabilidad, (teoría por cierto muy sofisticada y necesitada, en consecuencia, de simplificación), unificación que podría venir por el abandono de la teoría del efecto directo, pero esto en general no es aceptado y además supondría una modificación profunda de la jurisprudencia comunitaria.

Existe la posibilidad de invocar las disposiciones de la Directiva basada en otros mecanismos que no sean los de la teoría de la eficacia directa, así en el asunto *Marleasing*²⁴ el TJCE- en casos en que no se reúnen los requisitos de eficacia directa- dijo textualmente que "al aplicar el Derecho nacional, ya sea disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano nacional que debe interpretarla, está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado". Esto es, en otras palabras supone la afirmación de la utilidad de la Directiva como norma de referencia para la interpretación del Derecho nacional que no está en sintonía con los objetivos de la Directiva (mecanismo de invocabilidad de interpretación o trasvase).

La Sentencia *Marleasing* refuerza la obligación de interpretación, que ya había sido establecida en la Sentencia *Von Colson*²⁵, además en esta última, se refería a la interpretación de una disposición nacional que afectaba a las relaciones de los particulares con las autoridades nacionales y

no a las relaciones entre particulares, como ocurre en *Marleasing*. La Sentencia es importante, por que el recurso al principio de interpretación, no está sometido a condiciones especiales como ocurre con el principio de eficacia directa. Por tanto mientras el TJCE no establezca nuevos límites a la obligación impuesta a los Tribunales nacionales de interpretación del derecho nacional conforme a las Directivas comunitarias, y esta interpretación deba realizarse también en la esfera de las relaciones entre particulares, se entiende que puede obtenerse por esta vía una convergencia en la práctica, entre el principio de interpretación conforme al derecho comunitario, y el del efecto directo horizontal, resultado este que en parte podría resolver el problema de la invocabilidad restringida de las Directivas que tratamos a continuación²⁶. Algunos no obstante reconocen que no será tan fácil aplicar la vía de la interpretación y que lo normal será que el Tribunal nacional, forzado por la parte perjudicada por su interpretación, termine planteando una cuestión prejudicial ante el TJCE²⁷.

Para terminar de demostrar la complejidad del tema de la invocabilidad de las disposiciones de la Directiva, tenemos que decir, como hemos advertido ya, que aquella es muy restringida (más que en otras disposiciones de derecho comunitario). Este carácter restringido se formula en el asunto *Marshall*²⁸ por la exclusión del efecto horizontal, es decir la posibilidad de invocar una disposición de una Directiva frente a un particular. Las Directivas tan solo gozan de eficacia directa vertical ascendente, es decir solo pueden ser invocadas por el particular frente al Estado, y el hecho de que no gocen de eficacia directa vertical descendente hace que los particulares tengan un medio para defenderse (mecanismo de invocabilidad de autodefensa)²⁹.

Se ha dicho que las disposiciones de las Directivas son utilizables cada vez más, en relaciones de derecho privado. Las Directivas de Derecho del Trabajo son buena ilustración de ello, pues el asalariado, normalmente y de manera comprensible, se siente tentado a invocarlas frente a su empleador, por ello, para estos particulares, el reconocer la eficacia horizontal tendría efectos positivos. Pero esto no es aceptado por el TJCE, por que entre otras cosas desvirtuaría las diferencias Directiva/Reglamento. Parte de la doctrina no obstante, considera que

al no reconocerse eficacia directa horizontal a las Directivas, se está creando una situación discriminatoria que va contra uno de los principios fundamentales del derecho comunitario.

La posibilidad de invocabilidad de las Directivas, más allá de la eficacia directa, nos lleva ahora a analizar la segunda cuestión planteada al Tribunal, en el asunto *Francovich*.

Efectivamente mediante la segunda parte de la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional plantea el problema del alcance de una responsabilidad del Estado (mecanismo de invocabilidad de indemnización) por los daños resultantes del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario. Este problema lógicamente se examina a la luz del sistema general del Tratado y de sus principios fundamentales, llegando el TJCE a sentenciar que un Estado miembro está obligado a reparar los daños que resultan para los particulares de la no adaptación del derecho nacional a la Directiva 80/987/CEE. Lo primero que hace el TJCE es, recordando su jurisprudencia, referirse al ordenamiento jurídico comunitario como propio e integrado en los sistemas jurídicos de los Estados e impuesto a sus órganos jurisdiccionales, cuyos sujetos no son solo los Estados miembros, sino también sus nacionales, y que al igual que impone cargas a los particulares también genera derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico, y estos se crean no solo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también debido a obligaciones que el Tratado impone de manera bien definida tanto a los particulares, como a las instituciones como a los Estados³⁰. Además incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar las disposiciones de derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares³¹.

El Tribunal seguidamente supedita la plena eficacia del derecho comunitario a la posibilidad de obtener una reparación para los particulares, cuando sus derechos son lesionados por una violación de derecho comunitario imputable a un Estado miembro. La posibilidad de reparación a cargo del Estado es indispensable cuando como ocurre en este caso, la eficacia de la norma está supeditada a una acción por parte del Estado, y a falta de tal acción, los particulares no pueden

invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales los derechos que les reconoce el derecho comunitario. Además, esta obligación de reparación se basa también en el artículo 5 del TCEE.

Pero hay que decir que para que se pueda exigir la responsabilidad del Estado, y esta genere un derecho a indemnización, se deben de cumplir una serie de requisitos fijados por el TJCE. El primer requisito es, que el resultado prescrito por la Directiva implique la atribución de derechos a favor de los particulares. El segundo es, que el contenido de esos derechos pueda ser identificado basándose en las disposiciones de la Directiva. El tercer requisito es, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas.

Precisamente el problema de las posibilidades de verificar estos requisitos, hace que sea difícil determinar cuáles serán las consecuencias de la Sentencia Francovich.

Así el primer requisito exigido es quizá aquel cuyo alcance es más difícil de circunscribir. La interrogación que más se plantea afecta a la identificación de la situación jurídica subjetiva, cuya lesión puede dar origen a la indemnización³². De este primer requisito se ha dicho que está relacionado con la cuestión del efecto directo de la Directiva³³. En este sentido hay que entender que la Directiva o las disposiciones pertinentes de la misma, deben tener por objetivo conferir en el orden jurídico interno derechos a los particulares, que estos podrían hacer valer. Se trata por tanto de que la Directiva atribuya derechos a los particulares, lo que excluye que intereses o expectativas legítimas puedan ser invocables, sobre la base del derecho comunitario para fundamentar un derecho a reparación del particular en una acción en responsabilidad contra el Estado³⁴. En cuanto al segundo requisito, no plantea ningún problema por ser una simple precisión del primero. Y finalmente en cuanto al tercero, que se refiere a la relación de causalidad, no parece plantear tampoco grandes problemas.

En caso de que se reúnan estos requisitos, el Estado debe llevar a cabo la reparación en el marco del derecho nacional en materia de responsabilidad. El TJCE se separa de los criterios propuestos por el Sr. Mischo en sus Conclusiones Generales, en el sentido de que este, proponía el criterio consistente en que la responsabili-

dad de un Estado miembro, debe poder exigirse, al menos en los casos en que se reúnen las condiciones en las que se exigiría la responsabilidad de la Comunidad por violación del derecho comunitario por una de sus instituciones.

A falta de normativa comunitaria, corresponde al ordenamiento de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y regular las modalidades procesales de los recursos judiciales, destinados a garantizar la plena protección de los derechos que corresponden a los justiciables en virtud del derecho comunitario. Además, las condiciones de fondo y de forma establecidas por las diversas legislaciones nacionales, no deben ser menos favorables que las referentes a reclamaciones semejantes de naturaleza interna, y no pueden articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización.

Respecto a estos aspectos, se ha planteado por algunos Estados miembros la oportunidad de proceder a una armonización de las condiciones de fondo y forma, a las que se encuentra subordinada la indemnización de los perjuicios, aunque otros se han mostrado reacios a ello³⁵. En general, por tanto, el principio de autonomía institucional de los Estados es especialmente relevante en la aplicación del principio de responsabilidad, por el papel que juegan las jurisdicciones nacionales y los distintos derechos internos en esta materia. No obstante este principio de autonomía, como se ve, tiene una serie de límites que le vienen impuestos por el derecho comunitario, así por la primacía del derecho comunitario o por el principio de trato nacional.

Es importante además, que existan vías procesales adecuadas, el hecho de que en algunos Estados miembros no existan o sean insuficientes, puede conducir a que algunos Estados deban modificar su derecho interno, no solo en cuanto a la cuestión procesal, sino también en lo referente a las condiciones de apertura de la responsabilidad.

Finalmente está claro que si se quiere conseguir una aplicación uniforme del derecho comunitario, evitándose un trato desigual de los ciudadanos comunitarios, será preciso armonizar los distintos regímenes jurídicos de responsabilidad pública.

No podemos terminar este apartado sin precisar que la Sentencia Francovich tiene en realidad raíces que van muy lejos, ya sea en relación

varias ocasiones), en el Real Decreto 505/85 de 6 de marzo de 1985 que desarrolla dicho artículo, así como en diversos preceptos de la Ley de Procedimiento laboral que atañen a la presencia del Fondo en el proceso social⁴².

El FOGASA se encuentra conceptualizado en el artículo 1.1 del Real Decreto 505/1985 como un organismo autónomo de carácter administrativo, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, para el cumplimiento de los fines establecidos en el artículo 33 ET⁴³, que establece que dicho Fondo abonará a los trabajadores el importe de los salarios pendientes de pago, a causa de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios.

Es sabido que en España existen unas categorías de trabajadores cuya relación laboral reviste carácter especial (deportistas, artistas, representantes de comercio...), que se han encontrado con que muchas veces, ante situaciones de insolvencia, se les han denegado sus derechos.

La relación especial- en relación al FOGASA- que a nosotros nos interesa ahora, es, siendo la más controvertida, la del personal de alta dirección.

Otra relación laboral de carácter especial- la del personal al servicio del hogar familiar- nos servirá como punto de comparación y de distinción.

La regulación legal del personal de alta dirección se encuentra por un lado, en el art 2.1 a) ET, y además, en el Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto de 1985⁴⁴ que se remite a su vez al Estatuto de los trabajadores. En dicho Real Decreto no se establece la obligación de cotizar al FOGASA, remitiéndose en cuanto a las garantías salariales a algunos artículos del Estatuto, entre los que no se incluye el 33, regulador del Fondo.

Del artículo 11.1 del Real Decreto 505/1985 resulta que, salvo para el caso de los deportistas profesionales y de los representantes de comercio, para que una relación laboral especial pueda disfrutar de la protección del FOGASA, su propia normativa deberá hacerlo constar expresamente.

En el caso de los trabajadores al servicio del hogar familiar, el régimen jurídico se contiene en el Real Decreto 1424/1985, y su disposición adicional única establece que en lo no previsto por él se aplicará la normativa laboral común, salvo el artículo 33 ET⁴⁵.

Por contra la aplicación o no del artículo 33 ET al personal de alta dirección va a resultar mucho más compleja, por que su normativa reguladora no se pronuncia al respecto, como ocurre con los trabajadores al servicio del hogar familiar. En general se ha tenido que recurrir a una interpretación sistemática de los distintos preceptos.

En el artículo 3 del Real Decreto 1382/1985 se señala que, los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral del personal de alta dirección, se regularán por la voluntad de las partes con sujeción a las normas del presente Real Decreto, y a las demás que le sean de aplicación añadiendo que, las demás normas de la legislación laboral común, incluido el Estatuto de los trabajadores, solo serán aplicables en los casos en que se produzca remisión expresa en este Real Decreto o así se haga constar expresamente en el contrato. Por lo que se refiere a la protección del crédito salarial, se remite a los artículos 27.2, 29 y 32 del Estatuto de los trabajadores.

Relacionando toda esta regulación, se llega a la conclusión de que a falta de remisión expresa por parte del Real Decreto al artículo 33 ET, este no será aplicado al personal de alta dirección, postura, por otro lado, defendida por la mayoría de doctrina y jurisprudencia⁴⁶.

El problema, todavía abierto, ha sido planteado en numerosas ocasiones ante los tribunales españoles, recayendo sobre él una jurisprudencia contradictoria que ha llevado finalmente a una necesaria unificación de doctrina.

Es de destacar, en primer lugar, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de marzo de 1990, que a su vez reitera una jurisprudencia consolidada, haciendo constar que la relación del personal de alta dirección queda excluida de la responsabilidad que impone al FOGASA el artículo 33 ET.

Se puede decir que en principio y en base a la normativa española, este pronunciamiento apoyado en varias Sentencias, no tiene nada que objetar. Pero el problema no quedaba ahí, no se detenía en la normativa española. La Adhesión de España a las Comunidades ha supuesto la aceptación, desde enero de 1986, del acervo comunitario, y dentro de él de la Directiva 80/987/CEE en torno a la cual ha surgido una abundante jurisprudencia a nivel nacional.

Estaba claro desde un principio, que las autoridades españolas, en particular los Tribunales, no podían eludir los efectos que producen las Directivas comunitarias en los ordenamientos nacionales. En el caso presente, los Tribunales españoles no pueden eludir los efectos positivos que se derivan para los particulares de la Directiva 80/987/CEE relativa a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario⁴⁷.

Precisamente en estos últimos años, los Tribunales españoles parecen haberse hecho cargo del problema, en el sentido de que ha habido una serie de pronunciamientos jurisprudenciales cuyo objeto ha sido dilucidar si el personal de alta dirección, tal como viene definido en el ordenamiento jurídico español, y teniendo en cuenta las obligaciones impuestas por la Directiva 80/987/CEE, tiene derecho a las prestaciones que el FOGASA concede en caso de insolvencia del empresario⁴⁸.

Frente a una jurisprudencia nacional surgida tan solo del derecho español, nos encontramos como hemos visto con una jurisprudencia nacional surgida de la colisión del derecho español con el derecho comunitario (en este caso con las obligaciones impuestas por la Directiva 80/987/CEE).

Entre dicha jurisprudencia destaca la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja de 27 de marzo de 1990, ya comentada por algún autor⁴⁹, en la que se rechazó un recurso de suplicación interpuesto por el FOGASA contra una Sentencia del Juzgado de lo Social de la Rioja, por la que se condenaba al referido organismo, a abonar una suma al demandante que había sido excluido de la prestación prevista en el artículo 33 ET, por ser calificado como personal de alta dirección.

Esta Sentencia resulta interesante sobre todo por que partiendo ya de una supuesta colisión entre derecho interno español y derecho comunitario, ha entrado a analizar, los principios generales de eficacia directa y primacía del derecho comunitario, y por cierto extendiéndose bastante en dicho análisis, ha concluido que dados los términos claros y precisos de la Directiva 80/987/CEE en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE, ninguna duda cabe, de que en aplicación directa de la misma, el único crédito de los trabajadores por cuenta ajena no asegurado por el Estado, en caso de insolvencia

del empresario, es el de los empleados domésticos al servicio de una persona física.

Esta Sentencia ha sido calificada de importante sobre todo por ser una de las primeras que ha tratado el tema de la compatibilidad del ordenamiento interno con el comunitario, abordando frontalmente la eficacia directa de la Directiva 80/987/CEE y aplicando esta directamente, frente a la normativa nacional contradictoria (Real Decreto 1382/1985).

Dicha postura fue considerada correcta, en su momento, en base a la postura del propio TJCE que había declarado el incumplimiento del Estado italiano, por la exclusión, no prevista en la Directiva 80/987/CEE, de los directivos, aprendices y trabajadores a domicilio de la garantía de pago asegurada por la institución existente al efecto⁵⁰.

Además el propio Gobierno español, puso de manifiesto que no desconocía la incompatibilidad del Real Decreto 1382/1985 con la Directiva 80/987/CEE⁵¹.

De los Tribunales Superiores de Justicia surgieron una serie de Sentencias sobre esta cuestión, entre ellas la ya comentada del Tribunal de la Rioja, que resultaron ser contradictorias, por lo que fue necesario recurrir a la unificación de la doctrina.

Dicha unificación se llevó a cabo a través de dos Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de junio y 13 de julio de 1991, respectivamente⁵². Sin entrar a valorar una serie de argumentaciones confusas⁵³ que contienen dichas Sentencias, hay que decir que en ambas se declara que no son aplicables al alto cargo, las normas referidas sobre garantía salarial, pese a que la exclusión comunitaria de España se refirió únicamente a los empleados domésticos al servicio de una persona física por que como dice la segunda Sentencia, la incondicionalidad y precisión no concurren en la Directiva 80/987/CEE sobre todo por que existen distintas fechas a elección de los Estados para la determinación del período base de retribución, así como diversas modalidades para la organización, financiación y funcionamiento las instituciones de garantía, y además se deja en libertad a los Estados respecto de las medidas a adoptar en el ámbito de la Seguridad Social. Añade el Tribunal Supremo que " no es obstáculo a la conclusión anterior, que ya exista en Derecho español una institución de garantía cual es el Fondo de Garantía Salarial, en la medida en que si bien

cabe señalar la adecuación entre su normativa y la comunitaria en cuanto al concepto de salario empleado, no obstante no hay suficiente adecuación de sus normas en diversas materias". Después el Tribunal Supremo se refiere a esas materias, así, entre otras, a los períodos de retribución asegurados, a los principios mínimos de financiación...ect, y finalmente declara que en base a todos estos fundamentos la Directiva 80/987/CEE no goza de eficacia directa⁵³.

Después de todo este recorrido por la legislación y jurisprudencia española se pueden sacar una serie de conclusiones.

Por un lado nos encontramos con una legislación española, que frente a la Directiva en cuestión, nos lleva a una situación de confusión. Los mismos Tribunales españoles mantienen posturas contradictorias por lo que finalmente es necesario unificar doctrina. Los Tribunales españoles al ver que no hay una remisión al artículo 33 ET para el personal de alta dirección en los casos de insolvencia, se fijan en las obligaciones prescritas por la Directiva y eligen la vía de la eficacia directa para comprobar si es posible aplicarla (el Tribunal supremo podía haber optado por otra vía como la de la interpretación). Con argumentos pobres y casi siempre confusos, el Tribunal Supremo llega a sentenciar que dicha Directiva no goza de eficacia directa. El Tribunal español no se plantea más y deja por tanto sin protección al personal de alta dirección, beneficiando al Fondo, a pesar de que dicho personal no está excluido en el Anexo de la Directiva 80/987/CEE.

Creemos que las autoridades españolas y en particular los Tribunales no han hecho todo lo que debían hacer respecto a este problema, y ello por varias razones. En primer lugar está claro que en el derecho español no se da una trasposición correcta de la Directiva 80/987/CEE por que en dicha Directiva no se excluye al personal de alta dirección (por lo que se entiende incluido) y en la ley española no hay una remisión al artículo 33 ET que regula la institución de garantía española, y por otro lado, tampoco se crea por el derecho español una institución de garantía especial para dicho personal.

Podríamos decir que España se encuentra en una situación de incumplimiento técnico⁵⁵, aunque sea difícil de asumir y algunos piensen lo contrario⁵⁶, y está claro que una adaptación de

dicha legislación a la Directiva no supondría tanto trastorno.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo al proceder a la interpretación de una compleja Directiva comunitaria, debiera haber hecho uso del mecanismo previsto en el art 177 TCEE, que obliga a los órganos jurisdiccionales "cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno", a plantear cuestión prejudicial ante el TJCE cuando exista alguna duda interpretativa sobre una norma comunitaria de cuya respuesta dependa el fallo. Dicha obligación fue matizada por el propio TJCE a través de la teoría del "acto aclarado" (que exime de la obligación de plantear la cuestión cuando la duda interpretativa haya sido aclarada por el Tribunal) y la teoría del "acto claro" (que exime de plantear dicha cuestión cuando no exista duda razonable sobre la cuestión controvertida), teorías ambas que no se pueden aplicar en el presente caso⁵⁷.

Es ahora cuando un Tribunal español ha planteado varias cuestiones prejudiciales sobre la Directiva objeto de controversia, pero todo sea dicho, han sido planteadas de forma muy simple y sin grandes ambiciones, en el sentido de que no se le pregunta nada al TJCE, sobre el cumplimiento por el FOGASA de las exigencias establecidas en la Directiva. Por otro lado, hubiera sido oportuno pedirle al TJCE que interpretara la Sentencia Francovich sobre la posible aplicación conjunta de la parte de dicha Sentencia que reconoce que las disposiciones de la Directiva sobre beneficiarios y contenido de la garantía cumplirían los requisitos para tener efecto directo, y de la regulación española sobre el Fondo, con lo que se evitaría el obstáculo que no permitió al TJCE reconocer efecto directo a la Directiva en conjunto. Aunque esta posibilidad nos plantea la duda de si se daría en este caso una eficacia directa horizontal de la Directiva, al estarse exigiendo indirectamente a los empresarios que coticen al FOGASA también para el personal de alta dirección.

Planteado el tema en estos términos, es hora de adentrarnos finalmente en las soluciones que aporta el TJCE en el asunto Wagner Muret, analizando los efectos que las mismas puedan tener de cara al futuro.

Algunos opinan ya, que nos encontramos ante una Sentencia que sorprende por su parquedad. Efectivamente, frente a la Sentencia Franco-

vich extensa y detallada, esta se puede calificar de pobre, por que para resolver una cuestión compleja el TJCE da la solución en apenas siete páginas sin entrar a fondo en los grandes problemas⁵⁸.

Las dos primeras cuestiones no plantean ningún problema para el TJCE, por lo que las resuelve sin rodeos y de forma conjunta, y además quedándose siempre en la fase comunitaria de la cuestión. El órgano nacional se limita a solicitar del TJCE que se dilucide si los miembros del personal de alta dirección pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva sobre la insolvencia de los empresarios, aunque no figure en el Anexo de exclusiones. Si solo tenemos en cuenta qué cuestión se le ha planteado al TJCE y cómo se le ha planteado, podemos comprender mejor la respuesta dada por el Tribunal, que concluyó que "los miembros del personal de alta dirección no pueden quedar excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en su versión modificada por la Directiva 87/164/CEE del Consejo de 2 de marzo de 1987, ya que el derecho nacional los califica de trabajadores asalariados y no figuran en la sección I del Anexo de la Directiva". Dicha respuesta, calificada de pueril, como vemos se ciñe exclusivamente a la cuestión planteada, también calificada de pueril⁵⁹. En realidad la pregunta debería haberse hecho en otros términos, esto es, se le debería haber planteado al TJCE el posible incumplimiento por parte de España de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario. El TJCE no entra a estudiar el derecho español y en concreto, la situación de incumplimiento, que todos conocemos, en que se encuentra el Estado español. El TJCE parece que convalida la trasposición que se ha hecho en España de la Directiva 80/987/CEE, y en todo caso considera que existe un pequeño incumplimiento limitado a un colectivo concreto, el de los altos directivos. Pero no nos engañemos, el incumplimiento está ahí, y tarde o temprano, deberá constatarse y reconocerse. Hubiera sido muy fácil para España ponerse a la altura de las circunstancias en su momento, es decir hubiera sido muy fácil que el Estado español hubiera incluido en el Anexo de exclusiones de la Direc-

tiva a los altos directivos, tal como hizo en 1987 con los empleados del servicio doméstico.

Pero entremos aún en las soluciones a la tercera cuestión planteada al TJCE para asombrarnos un poco más.

Como dijimos anteriormente, mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional nacional solicita que se dilucide, si en virtud de la Directiva 80/987/CEE, el personal de alta dirección tiene derecho a solicitar el pago de créditos salariales a la institución de garantía creada por el derecho español para las demás categorías de trabajadores asalariados, o caso de no ser así si tiene derecho a solicitar del Estado miembro de que se trate, la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere.

El TJCE, en primer lugar recuerda la discrecionalidad que tienen los Estados, en cuanto a la creación de las instituciones de garantía, y en base a esto, el no reconocimiento de eficacia directa para la Directiva 80/987/CEE. Además señala que España solo ha creado una institución de garantía, que es el Fondo de Garantía Salarial, y que la Directiva cuestionada no obliga a crear una misma institución de garantía para todas las categorías laborales, por tanto del margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros hay que deducir, que el personal de alta dirección no puede acogerse a la Directiva para solicitar el pago de los créditos.

A continuación el Tribunal, recordando la Sentencia *Marleasing* plantea la posibilidad de que el derecho nacional pueda ser interpretado a la luz de la Directiva (mecanismo de invocabilidad de interpretación), pero por otro lado recuerda que el órgano nacional lo hará cuando presuma que el Estado ha tenido intención de cumplir plenamente las obligaciones derivadas de la Directiva, intención que en este caso no se ha dado.

El TJCE dice que parece deducirse que las disposiciones nacionales no pueden ser interpretadas en un sentido conforme con la Directiva, no permitiendo por tanto asegurar al personal de alta dirección el goce de las garantías previstas en la misma. Si este es el caso, en base a la Sentencia *Francoovich* el Estado español estará obligado a reparar los perjuicios sufridos por dicho personal debido al incumplimiento de la Directiva en lo

que a dicho personal se refiere. En definitiva la respuesta final del TJCE es que " a) El personal de alta dirección no tiene en virtud de la Directiva 80/987/CEE, derecho a solicitar el pago de los créditos salariales a la institución de garantía creada por el derecho nacional para las demás categorías de trabajadores asalariados y b) en caso de que el derecho nacional, incluso interpretado a la luz de dicha Directiva, no permitiera asegurar el goce de las garantías que la misma prevé al personal de alta dirección, este tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la directiva en lo que a dicho personal se refiere".

Como dice el Abogado general Sr. Lenz en sus Conclusiones Generales⁶⁰, " el Tribunal nacional al plantear la cuestión prejudicial tenía presente la Sentencia dictada en el asunto Francovich", pero no tuvo en cuenta que las situaciones eran distintas y quizá no debería haber hecho el planteamiento en términos solamente de responsabilidad del Estado.

Quizá el Tribunal nacional lo debía haber planteado en otros términos, dado que, en el caso Wagner Miret, no se da la carencia que se daba en Francovich, en el que no existía un órgano como el FOGASA que cumpliera lo estipulado en la Directiva. En el caso Wagner Miret el problema es que existe una pequeña laguna al no incluirse por la legislación española como beneficiario del FOGASA al personal de alta dirección.

A los Tribunales se les ofrece como vemos, la vía de la interpretación del derecho nacional conforme a la Directiva, pero después de dar el propio TJCE una interpretación en sentido negativo. La posibilidad de una interpretación en sentido positivo se veía, por tanto, inicialmente hundida vistas las posturas del TJCE y de los Tribunales españoles que no reconocen la posibilidad para el personal de alta dirección de acudir al FOGASA para ver garantizados sus créditos.

Finalmente el TJCE establece que, si de la interpretación del Derecho nacional resulta que las disposiciones de este no permiten al demandante beneficiarse de la garantía que le corresponde, el actor en el procedimiento principal tendría derecho a ser indemnizado por el Estado español, tal como se configuró en el asunto Francovich.

Si la vía de la responsabilidad del Estado fuera la que se escogiera finalmente, habría que

acudir de nuevo a la Sentencia Francovich y aplicar lo estipulado en ella, por lo se llegaría a la situación de que para casos distintos, se aplicaría la misma solución.

5. CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este trabajo se ha podido comprobar que de la jurisprudencia del TJCE han surgido varios mecanismos de invocabilidad, esto es mecanismos que permiten a los particulares invocar ante los Tribunales nacionales sus derechos derivados del derecho comunitario.

El TJCE ha ido avanzando de la invocabilidad basada en el efecto directo de las disposiciones comunitarias hasta otros tipos de invocabilidad basados en criterios diversos. EL TJCE se dio cuenta de que en los casos de incumplimiento de los Estados respecto a disposiciones carentes de efecto directo(por no reunir los requisitos exigidos) algo se debía hacer para que los particulares no quedarán en una situación de indefensión, esto es, para que los particulares pudieran invocar sus derechos ante las autoridades nacionales.

Las Sentencias Francovich y Wagner Miret son una muestra de la búsqueda por parte del TJCE, de otros mecanismos de invocabilidad que permitieran a los particulares garantizar sus derechos.

Ambas Sentencias se inscriben, claro está, en el marco del sistema sancionador comunitario que sobre todo en el momento de surgir la Sentencia Francovich presentaba serias lagunas.

Es en Francovich en donde surge el mecanismo de invocabilidad de indemnización que consiste en que un ciudadano comunitario que reciba un daño o perjuicio como consecuencia de un incumplimiento de derecho comunitario por parte del Estado, pueda exigirle la indemnización de dicho daño o perjuicio, indemnizaciones que hoy por hoy están establecidas en cada derecho nacional.

La Sentencia Francovich ha sido calificada, y no sin razón, de novedosa e importante en relación a las garantías de los particulares y a la propia efectividad del derecho comunitario.

No obstante, aún es pronto para hablar de sus efectos por lo reciente de la misma. Incluso se ha llegado a dudar de sus efectos positivos entre otras cosas, por la exigencia de varios requisitos para poder reclamar al Estado dicha

indemnización, alguno de ellos de aplicación compleja, y además por otro lado la Sentencia se remite a los sistemas nacionales de exigencia de responsabilidad lo que hace pensar que debido a las diferencias entre sistemas nacionales (existiendo lagunas en algunos de ellos) la protección también sería diferente para los particulares.

Por su parte la Sentencia Wagner Miret es una Sentencia que no aporta nada nuevo y se puede decir que da un paso atrás.

El asunto que se le planteaba en este caso al TJCE era complejo, pero contrastaba con lo simple y pobre de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal español. De unas preguntas pobres y pueriles, ha resultado también una Sentencia con las mismas características y además, dependiente de la Sentencia Francovich. Esto es, la Sentencia Wagner Miret no se puede entender sin acudir a la Sentencia Francovich.

El TJCE comienza la Sentencia diciendo que el personal de alta dirección no está excluido de la Directiva 80/987/CEE, pero posteriormente se pierde en una cuestión prejudicial sobre la posible interpretación del derecho nacional a la luz de la Directiva, y digo se pierde por que primero dice que el personal de alta dirección no tiene en virtud de la Directiva, derecho a solicitar el pago de los créditos a la institución de garantía creada por el derecho nacional para las demás categorías de trabajadores asalariados y después añade, que si el derecho nacional incluso interpretado a la luz de dicha Directiva, no permitiera asegurar el goce de las garantías para dicho personal, este tiene derecho a solicitar al Estado miembro de que se trate la indemnización de perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la Directiva en lo que a dicho personal se refiere.

El TJCE se mueve entre hipótesis no facilitando en nada el camino, ni al Tribunal nacional, ni a los particulares. Para el TJCE no debe ser la misma institución de garantía la que responda para todos los trabajadores asalariados, por lo que afirma que desde su punto de vista no se debe interpretar que el FOGASA responda de los créditos del personal de alta dirección, pero por otro lado le deja al Tribunal nacional que lo interprete como quiera. Vista la jurisprudencia española existente en la materia no creo que la ley nacional se interprete en el sentido de que el FOGASA tiene que responder por el personal de

alta dirección, por que en las Sentencias sobre unificación de doctrina del Tribunal Supremo español(en las que se planteaba la aplicación de la Directiva 80/987/CEE) se dejó claro que el FOGASA no respondería por dicho colectivo.

La solución al tema planteado no se encuentra necesariamente a través del planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJCE, sobre todo como la planteada por el Tribunal español, además más bien se debía de haber planteado un recurso de incumplimiento contra el Estado español, para que posteriormente adecuara su legislación o en su caso el particular hubiera podido recurrir sin más preámbulos a la vía de la responsabilidad por daños.

La solución más que en el propio derecho comunitario (aunque también se puede encontrar) se encontraría en el derecho español. Sabido es que el problema de protección de los créditos salariales del personal de alta dirección existía antes de que hubiera entrado en vigor la Adhesión de España a la Comunidad, ahora bien con la entrada en la Comunidad el tema todavía se complicó más por que en base al principio de primacía España está obligada antes por el derecho comunitario que por el nacional, esto es España está obligada a cumplir con lo estipulado en la Directiva. A España además se le dio en su momento la oportunidad de excluir a los trabajadores que quisiera de la aplicación de la misma, oportunidad que no aprovechó respecto al personal de alta dirección.

Desde el punto de vista del derecho español las soluciones pueden ser, o bien, que haya una reforma de la ley, en el sentido de admitir la aplicación del artículo 33 ET para el personal de alta dirección de forma que se viera protegido por el FOGASA, o bien, crear una institución de garantía exclusiva para el personal de alta dirección.

La solución de derecho comunitario también es sencilla, se trataría de modificar de nuevo la Directiva 80/987/CEE en el sentido de incluir en el Anexo de exclusiones al personal de alta dirección.

Finalmente en cuanto al recurso a los mecanismos de invocabilidad creados por el TJCE se ha podido comprobar que no son adecuados para este caso. Así, ni el mecanismo de invocabilidad de sustitución (requisitos de eficacia directa), ni el mecanismo de invocabilidad de exclusión, ni el mecanismo de invocabilidad de interpretación se adaptan muy bien a las cuestiones planteadas en Wagner Miret. Finalmente

solo le ha quedado a los Tribunales la posibilidad de resolver el caso recurriendo al mecanismo de invocabilidad de indemnización (reforzando así su importancia), como única posibilidad del particular frente al Estado, mecanismo, que como hemos visto a lo largo del trabajo, también tiene sus problemas. Además como hemos advertido anteriormente, para asuntos diferentes el TJCE ha terminado adoptando idéntica solución.

Es de esperar que el TJCE tenga la oportunidad de pronunciarse de nuevo sobre la aplicación de la Directiva 80/987/CEE y que por fin cierre la puerta que ha dejado entreabierta en Wagner Miret.

NOTAS

1-Directiva 80/987/CEE de 20 de octubre de 1980, DOCE L 283 de 28 de octubre de 1980 p 23 (EE 05 V2, p 219)

2- Resolución del Consejo de 28 de enero de 1974, DOCE nº 13/1 de 12 de enero de 1974.

3-ACOSTA ESTEVEZ, José B.-" La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. La armonización comunitaria de las legislaciones laborales." Relaciones Laborales.La ley, 1991-1, pg 1268 ss.

4-Directiva 75/129/CEE de 17 de febrero de 1975, DOCE L 48 de 22 de febrero de 1975 ,p 29 (EE 05 V2 p 54).

5- Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero de 1977, DOCE L 61 de 5 de marzo de 1977 p 26 (EE 05 V2 p 122)

6-STJCE de 2 de febrero de 1987, Comisión contra Italia, As. 22/87, Recopilación de 1987, pg 143.

7- FERNANDEZ LIESA, Carlos R y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO C.-" Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias y su posible incidencia en el Derecho Laboral español. Estudio laboral y comunitario de la Sentencia Francovich y Bonifaci." Relaciones Laborales.La Ley.Nº 11, junio 1993, pg 92 ss.

8-RIVERO LAMAS, Juan.- " Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (I) ". Actualidad Laboral nº 8, semana 22- 28 de febrero de 1988 , pg 396 sss.

9- Véase RIVERO LAMAS, Juan.- " Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia..." , cit , pg 398.

10- MARZAL MARTINEZ, Odón y LUIS NAVAS, Jaime.-" Los Altos cargos y el Fondo de Garantía Salarial (ante un ejemplo de la incidencia del Derecho comunitario sobre el español)". Actualidad Laboral Nº 31, 31 agosto a 6 de septiembre de 1992, pg 550.

11- MARZAL MARTINEZ, Odón y LUIS Y NAVAS, Jaime.-" Los Altos cargos y el Fondo..." , cit, pg 551.

12- RIVERO LAMAS, Juan.-" Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario (y II)". Actualidad laboral, Nº 9, semana 29 de febrero-6 de marzo de 1988, pg 461 ss.

13-RIVERO LAMAS, Juan.-"Protección de los trabajadores asalariados..." , cit , pg 467.

14-STJCE de 19 de Noviembre de 1991 Francovich & Bonifaci, Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Repertorio 1991, pp 5357 ss.

15- ADRIAN ARNAIZ, Antonio Javier.-" El efecto directo vertical ascendente de las Directivas " Castilla y León en Europa, Noviembre-diciembre de 1990, nº 25, pg 35.

16 Véase entre otros PELLICER ZAMORA, Rafael.-" Condiciones y tipos de invocabilidad de la Directiva comunitaria" Revista de Instituciones Europeas, volumen 12 , nº 1, enero-abril 1985,pp 59 ss; GALMOT , Yves y Bonichot, Jean-Claude.-" El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la transposición de las Directivas al derecho nacional" Noticias CEE Nº 47, Diciembre de 1988, pp 11 ss; MANIN, Philippe.-" L'invocabilité des directives: quelques interrogations", Revue trimestrielle de droit européen, nº 4, 1990, pp 669 ss, DAL FARRA, Thierry.-" L'invocabilité des directives communautaires devant le juge national de la légalité. Etude comparée des conceptions de la Cour de justice des Communautés européennes et du Conseil d'Etat."Revue trimestrielle de droit européen, nº 4 octubre-diciembre 1992, pp 634.

17 Véase entre otros, VILA COSTA, Blanca.-" El régimen jurídico de las sanciones por infracciones a normas comunitarias" Revista de Instituciones europeas,vol 18, nº 3, septiembre -diciembre 1991, pp 805 ss; TESAURO, Giuseppe.-" La sanción de las infracciones al derecho comunitario " Noticias CEE nº 100, mayo 1993, pp 105 ss; DIEZ-PICAZO, Luis María.-" Derecho comunitario y medidas sancionadoras", Revista española de Derecho Administrativo, nº 78, abril-junio 1993, pp 251 ss.

18-Véase Conclusiones del Abogado General Mischo sobre este asunto presentadas el 28 de mayo de 1991. Repertorio 1991, pp 5357 ss.

19- MANIN, Philippe.- "L'invocabilité des directives..." , op cit , pg 670.

20- CJCE Grad, 6 octubre 1970 , aff 9/70, Rec 1970, pg 825 y CJCE Van Duyn 4 de diciembre 1974, aff 41/74 Rec 1974, pg 13.

21- CJCE Becker, 19 janvier 1982, aff. 8/81, rec 1982 p 53.

22-CJCE Ratti , 5 avril 1979, aff 148/78, Rec 1979, pg 1629.

23- STJCE Fratelli Costanzo, de 22 de junio de 1989, asunto 103/88, repertorio 1989, pp 1839 ss.

24- STJCE Marleasing, de 13 de noviembre de 1990, As C-106/89, repertorio 1990.

25- CJCE Von Colson et Kaman, 10 avril 1984, aff. 14/83, Rec 1984, pp 1891 ss.

26- BELDA DE MERGELINA, Rocio.-" La Sentencia Marleasing: interpretación del derecho nacional conforme a las Directivas comunitarias o efecto directo horizontal de las Directivas?" . GJ B-60, N 89, enero 1991, pp 3 ss.

27- CANGA FANO, Diego.-" Evoluciones recientes de la jurisprudencia sobre el efecto directo horizontal de las directivas: la Sentencia Marleasing". GJ D-14, Nº 96, 1991, pp 393 ss.

28-STJCE Marshall de 26 de febrero de 1986, As 152/84, repertorio 1986, pp 723 ss.

29- ADRIAN ARNAIZ, Antonio Javier.-" El efecto directo vertical ascendente..." , op cit, pg 37.

30-CJCE Van Gen an Loos 5 fevrier 1963, aff 26/62 Rec 1962 p 3, y CJCE Costa 15 juillet 1964, aff 6/64 Rec. p 1141

31- CJCE Simmenthal 9 mars 1978, aff 106/77, rec. 1978 p 269 y Sentencia Factorame de 19 de junio de 1990, asunto 213/89 recopilación de 1990, p 2433.

32-TESAURO, Giuseppe.-"La sanción de las infracciones..." , op cit, pg 113.

33-FERNANDEZ LIESA, Carlos R y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C.-" Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las directivas comunitarias..." ,op cit, pg 109.

34-SCHOCKWEILER.-" La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire". Revue trimestrielle de droit européen, nº 1, enero-marzo 1992, pg 42.

35- TESAURO, Giuseppe.- " La sanción de las infracciones..." ,op cit..." pg 114.

36- Véase CJCE de 16 de diciembre 1960, Humblet, aff. 6/60, recucl 1960, pp 1125 ss, CJCE 7 février 1973, Comisión v Italia, aff. 39/72 recucl 1973, pg 101, CJCE 22 janvier 1976, Russo, aff. 60/75, recucl 1976, pg 45.

37-STJCE Factortame de 19 de junio de 1990, asunto C-213/89, repertorio 1990-I, pp 2433 ss; y STJCE Zuckerfabrik de 21 de febrero de 1991, asuntos acumulados C-143/88 y C-92/89, repertorio 1991-I, pp 415 ss.

38- Véase entre otros GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo.- La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español, Civitas 1992; PASTOR BORGONON, Blanca y VAN GINDERACHTER.-El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, Civitas 1993; RODRIGUEZ MERINO, Abelardo.- "La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo desde las últimas orientaciones jurisprudenciales. La influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas". Revista de Estudios Europeos, nº 2 septiembre-diciembre 1992, pp 67 ss; RUIZ-JARABO COLOMER, Dámaso.- El juez nacional como juez comunitario, 1993, pp 183 ss.

39- Véase sobre el artículo 171 TCEE y su modificación el trabajo de DIEZ-HOCHLEITNER, Javier.- "La respuesta del TUE al incumplimiento de las Sentencias del Tribunal de Justicia por los Estados miembros". Revista de Instrucciones Europeas, vol 20,

Nº 3, septiembre-diciembre de 1993.

40- STJCE Wagner Miret de 16 de diciembre de 1993, As C-334/92, sin recopilar.

41-FERNANDEZ LIESA, Carlos R y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C.- "Altos cargos y FOGASA: la postura del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Comentario urgente a la Sentencia del TJCE de 16 de diciembre de 1993, WAGNER MIRET". Relaciones Laborales Nº 2, enero 1994, pg 85.

42- Sobre este aspecto véase el reciente trabajo de CRUZ VILLALON, Jesús "El Fondo de Garantía Salarial en el proceso laboral". -Relaciones laborales Nº 11, junio 1993, pp 8 ss.

43-Véase ROMERO BUSTILLO, Santiago.- "El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos". Actualidad laboral Nº 2, 10/16 de enero de 1994, pg 21, y ARANA NAVARRO, Javier.- "La incorporación de la Directiva 80/987/CEE al derecho español", GJ B-68, Nº 99, noviembre 1991.

44- BOE de 12 de agosto de 1985

45- FERNANDEZ LIESA, Carlos y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel.- "Altos cargos y FOGASA...", op cit, pg 88.

46- Ver entre otras SSTs de 16-10-1989, SSTs de 13-6-1991, SSTCT de 23-6-1988, SSTCT de 13-7-1988, STSJ de Navarra de 27-10-1989, STSJ de Andalucía de 29-4-1991.

47- Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de la Rioja de 27 de marzo de 1990. Esta es una Sentencia importante por ser una de las primeras que aborda frontalmente la eficacia jurídica de una Directiva, aplicándola directamente en un litigio interno frente a una normativa nacional que al menos resulta contradictoria, por la ausencia de remisión del artículo 15 del Real Decreto 1382/1985 al artículo 33 ET.

48- PEREZ DE LAS HERAS, Beatriz y CANEDO

ARRILAGA, José Ramón.- "Jurisprudencia interna sobre la aplicación en España del Derecho comunitario". Cuadernos de Deusto, Nº 8, 1993, pg 93. Dichos autores enumeran una serie de Sentencias de los Tribunales españoles dictadas sobre la aplicación de la normativa del FOGASA en relación a la Directiva comunitaria 80/987/CEE, así, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1991, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 21 de junio de 1991, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 25 de junio de 1991, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 20 de diciembre de 1991, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 7 de enero de 1992, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 1992, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de marzo de 1992.

49-ALONSO GARCIA, Ricardo.- "Apuñte sobre la progresiva integración judicial del derecho comunitario en el ordenamiento laboral español (A propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, Sala de lo Social, de 27 de marzo de 1990, y la extensión al personal de alta dirección de la responsabilidad impuesta al Fondo de Garantía Salarial por el artículo 33 del Estatuto de los trabajadores)". Revista española del Derecho del Trabajo, Nº 44, octubre-diciembre de 1990, pp 727 ss.

50- STJCE de 2 de febrero de 1989, Comisión contra Italia, as. 22/87, recopilación 1987, pp 143 ss.

51- Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de Asuntos Exteriores de 10 de Septiembre de 1990, BOE núm. 233 de 28 de septiembre de 1990, corrección de errores en BOE núm. 251 de 19 de octubre de 1990.

52-ROMERO DE BUSTILLO, Santiago.- "El Fondo de Garantía Salarial: puntos críticos (II)". Actualidad laboral Nº 3/17-23 enero 1994, pg 38.

53-ALONSO GARCIA, Ricardo.- " De nuevo sobre el Derecho comunitario, el personal de alta dirección y el Fondo de Garantía Salarial". Revista española de derecho del trabajo, Nº 57, enero-febrero 1993, pp 43 ss.

54- BARREIRO GONZALEZ, Germán y FERNANDEZ DOMINGUEZ, Juan José.- " Fondo de Garantía Salarial, personal de alta dirección y Directivas CEE. Unificación de doctrina. Comentario a la STS (Sala 4ª) de 13 de julio de 1991 ". LA LEY, Tomo 1, 1992, pp 607 ss. En este artículo se recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1991, con un comentario a la misma.

55- ARANA NAVARRO, Javier.- " La incorporación de la directiva 80/987/CEE..." , op cit, pg 6.

56- ACOSTA ESTEVEZ, José B. " La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del..." , op cit, pg 1278.

57- PEREZ DE LAS HERAS, Beatriz y CANEDO ARRILAGA, José Ramón.- " Jurisprudencia interna sobre la aplicación..." op cit, pg 100.

58-FERNANDEZ LIESA, Carlos R y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C.- " Altos cargos y FOGASA..." op cit, pg 96.

59- FERNANDEZ LIESA, Carlos R y RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel C.- " Altos cargos..." cit , pg 97

60- Conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 15 de julio de 1993 en el Asunto C-334/92, T. Wagner Miret contra Fondo de Garantía Salarial. Sin recopilar.

