CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JEAN MISCHO

presentadas el 3 de octubre de 2002 [1]

1. En el marco de la aplicación de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario [2] (en lo sucesivo, «Directiva»), el Oberster Gerichtshof (Austria) plantea dos cuestiones sobre la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas para evitar abusos.

2. En esencia, el problema es si la autoridad competente de un Estado miembro puede denegar el abono de los salarios impagados al trabajador de una empresa en quiebra cuando éste es titular del 25 % del capital de la empresa y se ha abstenido de reclamar el pago de esos salarios durante un período superior a sesenta días desde el momento en que tuvo conocimiento del quebranto del crédito de la empresa.

3. Conforme al artículo 1 de la Directiva:

«1. La presente Directiva se aplicará a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia, tal como se define en el apartado 1 del artículo 2.

2. Los Estados miembros podrán excepcionalmente excluir del ámbito de aplicación de la presente 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.

La lista de las categorías de trabajadores asalariados a que se refiere el párrafo primero, figura en el anexo.

[...]»

4. En el momento de su adhesión a la Unión Europea, la República de Austria hizo uso de la facultad de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva a determinadas categorías de trabajadores, a

1 — Lengua original: francés.
2 — DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219.

saber, los integrantes de la autoridad de una persona jurídica, que sea responsable de la representación legal de dicha persona y los socios que tengan derecho a ejercer una influencia dominante en la asociación, incluso si esta influencia se basa en una disposición fiduciaria.[3]

5. El artículo 2 de la Directiva enuncia:

«1. Con arreglo a la presente Directiva, un empresario será considerado insolvente:

a) Cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas del Estado miembro interesado, referido al patrimonio del empresario, tendente a reembolsar colectivamente a sus acreedores y que permita la toma en consideración de los créditos previstos en el apartado 1 del artículo 1.

b) Cuando la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas:

— haya decidido la apertura del procedimiento, o

— haya constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

2. La presente Directiva no afectará al Derecho nacional en lo que se refiere a la definición de los términos "trabajador asalariado", "empresario", "retribución", "derecho adquirido" y "derecho en curso de adquisición".»

6. Según el artículo 3 de la Directiva:

«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.

3 — Véase el anexo I del Acta de adhesión, Política social, D, Derecho del trabajo.

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.»

7. El artículo 4 de la Directiva, referido al alcance la obligación de pago de los organismos de garantía, 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 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,

[...]

3. No obstante, a fin de evitar el pago de sumas que excedan de la finalidad social de la presente Directiva, los Estados miembros podrán establecer un tope para la garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados. Cuando los Estados miembros hagan uso de esta facultad

comunicarán a la Comisión los métodos por los que hayan establecido el tope.»

8. Entre las disposiciones generales y finales, el artículo 10 de la Directiva precisa:

«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) de rechazar o de reducir la obligación de pago citada en el artículo 3, o la obligación de garantía citada en el artículo 7, si resulta que el cumplimiento de la obligación no se justifica en razón de la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario y de intereses comunes concretados mediante una colusión entre ellos.»

9. La adaptación del Derecho austriaco a la Directiva se realizó mediante la Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz de 1977 (Ley sobre la garantía de los salarios en caso de insolvencia; en lo sucesivo, «IESG»).

10. Su artículo 1 dispone:

«1. Tendrán derecho a una indemnización compensatoria los trabajadores, los trabajadores a domicilio y sus supervivientes, así como sus sucesores *mortis causa* (causahabientes), por los créditos garantizados en el apartado 2, cuando se inicie, en el territorio nacional, el procedimiento de quiebra sobre el patrimonio del empresario (mandante), cuando la relación laboral (relación de mandato) haya finalizado. Son equivalentes a la apertura del procedimiento de quiebra:

[...]

2. Estarán garantizados los créditos derivados de la relación laboral existentes, no prescritos y no excluidos (apartado 3), aunque se hayan pignorado, embargado o transmitido; se trata más concretamente

1) de salarios, en especial salarios pendientes y derechos derivados de la extinción de la relación laboral,

2) de derechos indemnizatorios,

3) los demás derechos frente al empresario, y

4) los gastos necesarios para el ejercicio de acciones judiciales en virtud de esos derechos.

[...]

6. Están excluidos del derecho a la indemnización compensatoria:

[...]

2) los miembros del órgano de la persona jurídica que tenga atribuida la representación legal de dicha persona;

3) el personal directivo, exceptuando las personas a las que se refiere el punto 2, que ejerza de modo continuado una influencia dominante en la gestión de la sociedad;

4) los socios que ejerzan una influencia dominante en la sociedad, aunque esa influencia se base total o parcialmente en una disposición fiduciaria de participaciones sociales de terceros o se ejerza mediante la transmisión fiduciaria de participaciones sociales;

[...]»

11. Con ocasión de la aplicación de la IESG se suscitó un litigio entre la Sra. Walcher y el Bundesamt für Soziales und Behindertenwesen Steiermark. La demandante trabajó del 2 de junio de 1997 al 5 de mayo de 1999 al servicio de una GmbH (sociedad de responsabilidad limitada; en lo sucesivo, «sociedad») cuyo gerente era su esposo y en la que cada uno de ambos consortes era titular del 25 % del capital.

12. En la sociedad, que empleaba a unos treinta trabajadores, aprendices incluidos, la demandante tenía a su cargo la contabilidad y cobro de créditos, pero no tomaba parte en las decisiones gerenciales. La junta general de socios adoptaba la mayor parte de sus decisiones por mayoría simple y las demás decisiones requerían una mayoría de tres cuartas partes de los votos emitidos.

13. En la primavera de 1998, la sociedad, habiendo agotado su línea de crédito de 3 millones de ATS concedida por su banco, se halló en dificultades de tesorería. Éstas sólo fueron provisionalmente superadas por medio de la constitución, en garantía de

un crédito adicional de 1 millón de ATS, de una hipoteca sobre la vivienda perteneciente conjuntamente a la demandante y a su esposo.

14. La mejora fue, sin embargo, de corta duración, ya que a partir de septiembre de 1998 la sociedad no pudo pagar los salarios.

15. En el mes de noviembre siguiente, se puso de manifiesto que la situación de la sociedad era de tal gravedad que parecía inevitable un procedimiento concursal.

16. El 10 de febrero de 1999, fue declarada la quiebra de la sociedad, y la demandante, que al igual que la mayoría del personal no había cesado en el trabajo al servicio de la empresa, a pesar del impago de su salario, fue despedida por decisión del síndico.

17. La Sra. Walcher cifró en 114.197 ATS el importe de su crédito salarial frente a la sociedad, crédito que presentó dentro de plazo para su reconocimiento en el procedimiento de quiebra.

18. Al mismo tiempo, la demandante se dirigió a la demandada para obtener el pago de esa cantidad al amparo del régimen de garantía del que se consideraba legítimamente beneficiaria.

19. Esta solicitud fue denegada en razón de que, conforme a la jurisprudencia austriaca, los créditos salariales cuyo pago se abstengan de reclamar los socios minoritarios durante un período de más de sesenta días deben ser calificados de préstamos de socios, equiparables a aportaciones de capital, así como porque el Fondo de garantía salarial no puede ser indebidamente gravado como consecuencia de la falta de reclamación de los créditos salariales al empresario. En consecuencia, la Sra. Walcher se vio obligada a ejercitar una acción judicial contra el organismo de garantía.

20. En primera instancia, la demandante obtuvo la estimación parcial, dado que la demandada fue condenada a cumplir su obligación como garante de los salarios, pero sólo respecto al período anterior al 30 de octubre de 1998.

21. El órgano jurisdiccional de primera instancia consideró, en efecto, que la demandante debería haber resuelto su contrato de trabajo a más tardar en esa fecha, pues entonces estaba en condiciones de saber que no serían pagados sus salarios de septiembre y octubre dada la situación económica de la empresa.

22. Según el análisis de ese tribunal, la conducta de la demandante se califica de abuso de derecho, pues la continuación de su actividad en la empresa, a pesar del impago de los salarios y sin intentar seriamente el cobro de las cantidades adeudadas, permite presumir la intención de recurrir al Fondo de garantía, lo que la

demandada califica, en otros términos, como transferencia ilícita del riesgo empresarial al Fondo de garantía.

23. El tribunal que conoció de la apelación fue aún más severo con la demandante, ya que desestimó sus pretensiones en su totalidad.

24. Ese tribunal declaró que el hecho de que un trabajador, que al mismo tiempo es socio de la sociedad empleadora, no reclame su crédito salarial debe equipararse a una aportación de capital, en un supuesto como el del asunto de que se trata, en el que la participación en el capital asciende al 25 % y el socio estaba plenamente en condiciones de conocer el estado de suspensión de pagos de la sociedad.

25. Pero, a diferencia del órgano jurisdiccional de primera instancia, el de apelación estimó que no era posible diferenciar dos períodos, uno anterior y otro posterior a la fecha en la que a más tardar la persona interesada debería haber resuelto su contrato de trabajo, ya que las exigencias del Derecho de sociedades han de prevalecer sobre eventuales pretensiones fundadas en el Derecho laboral.

26. El Oberster Gerichtsthof, que conoció del litigio en virtud de un recurso extraordinario de casación, comparte el criterio del tribunal de apelación sobre la debida interpretación de la IESG.

27. También a su juicio, la solicitud de indemnización dirigida al Fondo de garantía puede constituir abuso de derecho en determinadas circunstancias específicas, como son el conocimiento de la situación financiera de la empresa, la estrecha relación con el empresario, en conexión con la intención de permitir la continuación de la explotación al aplazar la extinción de la relación laboral.

28. El Oberster Gerichtsthof, vistas las circunstancias del asunto, no pretende en modo alguno denegar a la Sra. Walcher la condición de trabajadora, pero considera que, dado que no reclamó a la sociedad el abono de los salarios impagados, concedió a ésta un préstamo de socio, equiparable a una aportación de capital, cuya devolución directa o indirecta no puede obtenerse antes de que la situación de la sociedad haya sido saneada de modo duradero.

29. Ese tribunal reconoce que la jurisprudencia austriaca concede al trabajador-socio un plazo de reflexión de duración razonable, que no exceda de sesenta días en ningún caso, a contar desde que sea cognoscible para él el nacimiento de la crisis, para decidir si renuncia a la ayuda concedida a la sociedad o precipita la liquidación de ésta al reclamar la devolución de los fondos, pero considera que ello no puede llevar a separar los derechos derivados de una relación laboral unitaria en dos partes, una, en la que el trabajador, como socio, habría concedido a la sociedad

insolvente, al no reclamar los salarios, un préstamo de socio equiparable a una aportación de capital, y otra, en la que, como trabajador, habría resuelto el contrato de trabajo ficticiamente, actuando de igual modo que un tercero.

30. Destaca también, por una parte, que no es compatible con la finalidad protectora de la garantía extender ésta a derechos cuyo pago no ha sido reclamado durante largo tiempo y que por esa razón ya no tienen relación alguna con la cobertura de las necesidades ordinarias y, por otra, que si el Fondo de garantía debiera pagar los salarios en semejante supuesto, adquiriría derechos en la masa pasiva de la quiebra carentes de valor alguno, pues se trataría de derechos derivados de un préstamo de socio equiparable a una aportación de capital.

31. Considerando esos diversos elementos, el Oberster Gerichtsthof estima que la demandante formula abusivamente sus pretensiones frente al organismo de garantía.

32. Mas, habida cuenta de que, en la apreciación del ejercicio de un derecho derivado de una norma comunitaria, como en este asunto, los tribunales nacionales no pueden modificar el alcance de esa disposición o poner en peligro los objetivos por ella pretendidos, el Oberster Gerichtshof se consideró obligado a pedir al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, la interpretación de la Directiva.

33. En consecuencia, mediante resolución de 26 de abril de 2001, registrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia con el número C-201/01, planteó las dos cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) ¿Es contrario a los objetivos de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, que un socio sin influencia dominante en la sociedad pierda su derecho de garantía de los salarios impagados a causa de insolvencia, en virtud de los principios, también aplicados por la jurisprudencia austriaca, sobre los préstamos equiparables a una aportación de capital, cuando, en su condición de trabajador de la sociedad y una vez que tiene conocimiento del quebranto del crédito de ésta, no reclama durante más de sesenta días la retribución periódica que se le ha dejado de pagar o no resuelve anticipadamente su contrato por impago de su retribución?

2) ¿Abarca esa pérdida de derechos todos los créditos no satisfechos derivados de la relación laboral o sólo aquellos que han nacido después de una fecha ficticia en la que un trabajador que no fuera socio habría resuelto el contrato por falta de pago de salarios?»

34. Aunque formalmente distintas, ambas cuestiones me parecen difícilmente disociables, ya que la primera atañe al principio mismo de la consideración de la situación individual del trabajador que al mismo tiempo es socio de la sociedad para la que trabaja, en razón de la cual sólo se le reconocen frente al organismo de garantía derechos más limitados que los reconocidos a los demás trabajadores, mientras que la segunda cuestión se refiere a las modalidades concretas según las cuales puede tener lugar esa limitación. Examinaré, pues, primeramente la conformidad con la Directiva de una limitación de los derechos del trabajador-socio, y luego trataré las modalidades que puede adoptar esa limitación.

Sobre la justificación de una limitación de los derechos del trabajador-socio

35. Acerca de la primera cuestión a la que debe responderse, comienzo por recordar que el órgano jurisdiccional remitente estima que la demandante tiene indiscutiblemente la condición de trabajadora comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque es titular del 25 % de las participaciones de la sociedad que la emplea.

36. En efecto, por una parte tiene que reconocerse sin duda a la demandante la condición de trabajadora según el Derecho nacional, al que, en virtud del artículo 2, apartado 2, de la Directiva, corresponde definir el concepto de trabajador asalariado. Por otra parte, la demandante no pertenece a ninguna de las categorías que la República de Austria, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 1, apartado 2, de la Directiva, excluyó de la aplicación de ésta.

37. Por tanto, la cuestión planteada es si, en las circunstancias en las que nació el crédito salarial del que afirma ser titular la demandante, la Directiva permite, como hace el Derecho nacional, que la demandada dé a la Sra. Walcher un trato distinto al de los trabajadores que no son socios.

38. Dado que el presente supuesto no está previsto expresamente por la Directiva, la cuestión se resume a saber si el caso de autos está comprendido en el artículo 10 de la Directiva, que faculta, recuérdese,

a) a los Estados miembros para adoptar medidas con el fin de «evitar abusos» y

b) a rechazar o reducir la obligación de garantía si resulta que el cumplimiento de esta obligación no se justifica en razón de la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario y de intereses comunes concretados mediante una colusión entre ellos.

39. Examinaré en primer lugar el supuesto de abuso.

40. En este aspecto, merece recordarse, por un lado, que según reiterada jurisprudencia «la Directiva tiene por objeto garantizar a los trabajadores por cuenta ajena un mínimo comunitario de protección en caso de insolvencia del empresario, sin perjuicio de las disposiciones más favorables que existan en los Estados miembros. A estos efectos, establece, en particular, garantías específicas para el pago de las retribuciones adeudadas». [4]

41. En la sentencia Regeling, [5] por otra parte, el Tribunal de Justicia afirmó que, en principio, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva, las instituciones de garantía están obligadas a asegurar el pago de los créditos impagados que se refieran a la retribución correspondiente al período anterior a una fecha determinada. Solamente con carácter excepcional tienen los Estados miembros la facultad, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de limitar esta obligación de pago a un período determinado, que se fijará con arreglo a las disposiciones del artículo 4, apartado 2. Como señala el Abogado General Sr. Cosmas en el punto 45 de sus conclusiones en ese asunto, «esta disposición debe interpretarse de manera restrictiva y con arreglo a la finalidad social de la Directiva, que es la de asegurar *un mínimo de protección a todos* los trabajadores». [6]

42. Aunque esa declaración se refería a una disposición de la Directiva distinta de la discutida en este asunto, cabe generalizarla, afirmando que todas las excepciones a los principios básicos de la Directiva, y, por tanto, también la referida a los abusos, deben ser interpretadas restrictivamente.

43. Sin embargo, por otro lado, tampoco se ajustaría a la finalidad social de la Directiva que el sistema de garantía de los créditos salariales que aquélla prevé sea desviado por cualquier procedimiento de su objetivo de protección de los trabajadores.

44. En particular, tal sistema no puede ser desviado de su finalidad para permitir que las empresas en dificultades permanentes sigan en funcionamiento, descargándose de los costes salariales mediante su transferencia a un Fondo de garantía.

45. La imposibilidad reiterada de pagar las retribuciones debidas debe originar, con

4 — Sentencias de 10 de julio de 1997, Bonifaci y otros y Berto y otros (asuntos acumulados C-94/95 y C-95/95, Rec. p. I-3969), apartado 3; Maso y otros (C-373/95, Rec. p. I-4051), apartado 3; de 17 de septiembre de 1997, Mosbaek (C-117/96, Rec. p. 5017), apartado 17, y de 16 de diciembre de 1999, Everson y Barrass (C-198/98, Rec. p. I-8903), apartado 20.

5 — Sentencia de 14 de julio de 1998 (C-125/97, Rec. p. I-4493), apartado 20.

6 — La cursiva es mía.

arreglo al Derecho mercantil, un procedimiento concursal de la empresa, ya que ésta se halla objetivamente en suspensión de pagos, sin que los créditos salariales puedan ser tratados de modo diferente a los demás créditos en relación con la solvencia de una empresa.

46. Lo que el legislador comunitario se propuso evitar es que los trabajadores que, salvo recuperación económica de la empresa o su transmisión con su personal, han perdido su empleo y, por tanto, habrán de subsistir, ellos y sus familias, durante un período más o menos prolongado mediante las prestaciones de desempleo, sean además privados de la retribución del trabajo que han realizado efectivamente para la empresa.

47. Aunque, después del impago de salarios en dos o tres vencimientos, los trabajadores han de saber que la solvencia de su empresa es más que dudosa, no puede esperarse de ellos que dimitan inmediatamente, sin seguridad alguna de conseguir un empleo en otra empresa y sin poder reclamar indemnización por despido.

48. Por esta razón nunca se les podrá reprochar que en semejante situación hayan aceptado la demora en el pago de sus salarios, es decir, haber concedido, de hecho, crédito a su empleador que se halla en dificultades de tesorería.

49. Al contrario, me inclino a elogiar la solidaridad con su empresa que pueden mostrar así los trabajadores en algunos casos y a criticar la conducta opuesta, consistente en ejercitar inmediatamente todas las acciones judiciales disponibles para obtener el pago completo del salario a su vencimiento, aún si ello precipita la crisis de la empresa.

50. En cualquier caso, no es concebible afirmar que el trabajador que no reclama lo que le es debido en el momento en que podría hacerlo se desprende voluntariamente de su calidad de trabajador para ponerse el traje de empresario y compartir los riesgos económicos con su empleador.

51. En realidad, el trabajador que consiente que su salario no sea pagado cuando es debido sigue comportándose como un trabajador, pues de este modo trata de contribuir para la preservación de su propio empleo, aceptando con ese fin un sacrificio motivado por la confianza que sigue teniendo en la capacidad de su empleador para enderezar la situación de la empresa.

52. Evidentemente, si ese sacrificio tuviera que renovarse a cada vencimiento salarial, se produciría la situación que antes he mencionado, en la que una empresa pretendería, contra todas las reglas de la sana

competencia, seguir funcionando con sus trabajadores a la vez que no asumir sus cargas salariales, lo que es inaceptable.

53. Por esta razón justamente la Directiva prevé expresamente, en su artículo 4, que la garantía de los salarios pueda ser objeto de limitaciones temporales.

54. Es diferente la situación del trabajador que al mismo tiempo es copropietario de la empresa. En este caso, en efecto, la renuncia a percibir el salario debido a su vencimiento normal no será únicamente resultado de las consideraciones antes señaladas, sino que corresponderá también a la voluntad de no perder el capital invertido, parcial, o totalmente en la mayor parte de los casos, al provocar la quiebra de la sociedad.

55. Para el titular de participaciones en una sociedad, la confianza puesta en la capacidad de ésta para superar una situación difícil a menudo representará la negativa a aceptar la evidencia, es decir, reconocer que ha realizado una inversión poco juiciosa, y esa negativa conducirá al mismo interesado a colaborar en lo que en medicina se califica de ensañamiento terapéutico.

56. No pretendo evidentemente afirmar como un principio que a todo trabajador que sea titular de una participación cualquiera en la empresa que lo emplea, y que ya no puede cumplir sus obligaciones, se le deba oponer la condición de empresario que le confiere dicha participación, cuando se dirija al organismo de garantía.

57. No hay, en efecto, equiparación posible entre el trabajador titular de algunas acciones de una sociedad anónima cuyo capital se divide en varios millones de acciones y el socio de una sociedad de responsabilidad limitada (en lo sucesivo, «SL») que, como la demandante, es titular de la cuarta parte de las participaciones de aquélla. El primero es sólo un ahorrador que tiene acciones de la sociedad al igual que podría tener obligaciones del Tesoro Público y que, aunque ejerce su derecho de voto en la junta general de accionistas, carece de influencia cuantificable en la gestión y el curso de la sociedad, mientras que el segundo, aunque no administre personalmente la SL, toma parte en una auténtica actividad empresarial, muy distinta de la mera inversión de los ahorros.

58. Obsérvese, además que si se pretendiera, en relación con los organismos de garantía, tratar de modo desigual al trabajador no accionista y al titular de una participación cualquiera en la empresa, se pondría en peligro con certeza el desarrollo del accionariado de los trabajadores, que además es fomentado con vigor en la mayoría de los Estados miembros.

59. Es cierto, en efecto, que si el trabajador a quien se ofrece adquirir acciones, en cuantía muy modesta desde luego, de la sociedad que es su empleador, fuera informado al mismo tiempo de que, al aceptar la oferta, se expone a no beneficiarse en el futuro de la garantía, o de una parte de ésta, del pago de sus salarios en caso de insolvencia de la empresa, rehusaría lo que le parecería no sin razón un regalo envenenado. Esto no es deseable evidentemente.

60. Volviendo ahora a la situación de la demandante, opino que, en su caso, el hecho de dejar acumularse los salarios impagados para solicitar seguidamente su pago por el Fondo de garantía puede ser estimado por los Tribunales competentes, a causa de la importancia de la participación que tenía en la sociedad, como incluido en los supuestos de abuso contra los que el artículo 10, letra a), de la Directiva autoriza a los Estados miembros a tomar medidas de prevención.

61. En efecto, en razón de las funciones contables que realizaba en la empresa la Sra. Walcher no podía ignorar la precaria situación de la sociedad, además del hecho de que era titular del 25 % de su capital y estaba casada con su gerente, quien también era titular de un porcentaje igual.

62. La voluntad de la demandante de salvar la empresa a cualquier precio está, además, demostrada por el hecho de que cuando surgieron las primeras dificultades aceptó constituir una hipoteca sobre un inmueble que poseía conjuntamente con su cónyuge para que la sociedad obtuviera nuevos créditos bancarios.

63. El abuso consiste en el hecho de que, al dejar acumularse los créditos salariales, la demandante aumenta la carga que pesa sobre el Fondo de garantía, cuya financiación procede de la colectividad, Fondo éste que, habiendo sido creado para prestar asistencia a los trabajadores, se halla *de facto* en situación de banquero frente a una empresa insolvente, lo que manifiestamente no es su función.

64. Considero justificado que la jurisprudencia austriaca recurra a la doctrina del préstamo de socio equiparable a una aportación de capital para oponerse a ese abuso.

65. En efecto, el hecho de que una persona en la posición de la demandante se abstenga de reclamar a su vencimiento el pago de los salarios que le son debidos puede, a mi juicio, ser calificado efectivamente de asistencia financiera que un socio de una SL concede a ésta para que pueda proseguir su actividad, afectada por una crisis de tesorería que ya no le permite hacer frente a sus obligaciones.

66. Obsérvese también que, como señala el órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que la aplicación del Derecho de sociedades lleve a considerar que existe una sustitución de la aportación de capital es una razón más para denegar la aplicación de la garantía, puesto que en el marco de la liquidación de la quiebra la aportación de capital carece prácticamente de posibilidad alguna de recuperación. El Fondo de garantía, que en ese marco puede reclamar los créditos de los trabajadores a los que ha indemnizado, en los que se ha subrogado, no podría esperar la recuperación, ni siquiera parcial, de las cantidades que ha pagado.

67. También considero razonable que la aplicación de los principios del Derecho de sociedades lleve a conceder al trabajador-socio un plazo de gracia de sesenta días, desde el momento en que haya tenido conocimiento del quebranto del crédito de la sociedad, para ejercer una acción con el fin de cobrar sus salarios impagados o para resolver su contrato de trabajo.

68. Ha de reconocerse, en efecto, que el trabajador-socio, al igual que cualquier otro trabajador de la empresa, se halla ante una elección dolorosa y que debe sopesar con cuidado las ventajas y los inconvenientes de las opciones que se le ofrecen, por lo que su inacción no puede ser interpretada como signo de su voluntad de anteponer su calidad de socio a la de trabajador antes de que transcurra el plazo de sesenta días.

69. Hasta aquí me he situado en el marco del artículo 10, letra a), de la Directiva, es decir, que he reconocido que el trabajador-socio actúa acaso equivocadamente, pero de buena fe aún así. Pero es evidente, como destaca la Comisión, que es plenamente posible que, en algunos casos, se produzca la colusión entre el trabajador y el empleador que contempla el artículo 10, letra b), de la Directiva, supuesto en el que a mi juicio está justificada más que nunca no sólo la limitación, sino en su caso incluso la pérdida por el trabajador del derecho de garantía de los salarios, en defecto de reclamación una vez pasados sesenta días desde que tuvo conocimiento de la insolvencia de la sociedad.

70. Estimo, en consecuencia, que debe responderse a la primera cuestión que la Directiva debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional en virtud de la cual un trabajador-socio que no ejerce una influencia dominante en la sociedad no se beneficia, en caso de insolvencia de su empleador, de una protección idéntica a la concedida al trabajador que no es socio, si en su condición de trabajador de la sociedad y una vez que tiene conocimiento del quebranto del crédito de ésta no reclama durante más de sesenta días la retribución periódica que se le ha dejado de pagar o no resuelve anticipadamente su contrato de trabajo por impago de su retribución.

Sobre las modalidades justificadas de limitación de la protección concedida al trabajador-socio

71. Aceptado el principio de una limitación de los derechos del trabajador-socio, examinaré ahora las modalidades justificadas de la limitación y, en particular, las modalidades contempladas por el órgano jurisdiccional remitente en su segunda cuestión. Recuérdese que, mediante esta cuestión, el Oberster Gerichtshof trata de saber si la pérdida de los derechos del trabajador-socio, sobre la que formulaba su primera cuestión, abarca la totalidad de los derechos que el trabajador pueda tener frente a su empleador o sólo los derechos nacidos después de la fecha ficticia en la que un trabajador que no es socio habría resuelto el contrato de trabajo a causa del impago de salarios.

72. Según el tribunal nacional, esta pérdida debería ser total, en aplicación de los principios del Derecho mercantil y teniendo en cuenta que sería difícil dividir los derechos derivados de una relación laboral unitaria en dos partes, una que corresponda al período durante el cual el trabajador-socio se beneficiaba de la protección garantizada a todo trabajador, y otra correspondiente al período durante el cual el trabajador se comportó como socio.

73. Dicho de otro modo, el Derecho del trabajo debería posponerse al Derecho mercantil.

74. Antes de examinar el fondo del problema así suscitado, quiero hacer una observación sobre la expresión «fecha ficticia en la que un trabajador que no fuera socio habría resuelto el contrato» empleada por el Tribunal remitente.

75. Si entiendo bien al órgano jurisdiccional remitente, éste considera que existe un momento en el que el trabajador ordinario de una empresa en dificultades debe razonablemente resolver el contrato de trabajo.

76. Ya he tratado de este problema en mis conclusiones de 2 de julio de 2002 en el asunto Mau, [7] que se refiere a determinadas modalidades de aplicación de la Directiva en la República Federal de Alemania. Este Estado miembro limita el abono de los créditos impagados de los trabajadores a la retribución correspondiente a un período de tres meses y el Gobierno alemán alegó que los trabajadores actuarían razonablemente resolviendo el contrato de trabajo una vez transcurrido ese plazo.

77. Por el contrario, sostuve que un trabajador no deja normalmente su empleo antes de haber encontrado otro, lo que puede llevar tiempo, y que también puede albergar la esperanza (fundada o no) de que la situación de su empresa pueda ser saneada. En algunos casos, el síndico de la quiebra se

7 — Asunto C-160/01, sentencia de 15 de mayo de 2003, Rec. p. I-4791, especialmente p. I-4793, puntos 32 a 37.

esforzará por mantener en funcionamiento al menos una parte de la empresa o por restablecer su rentabilidad enteramente, lo que no podrá hacer si, mientras tanto, la mayoría de los trabajadores ha dejado la empresa.

78. La renuencia de los trabajadores a resolver el contrato de trabajo se confirma por el hecho de que en el caso de la empresa en la que trabajaba la Sra. Walcher sólo cinco de los treinta trabajadores o aprendices resolvieron su contrato antes de la fecha en la que la sociedad fue declarada en liquidación.

79. Por todas estas razones considero que difícilmente se puede tomar como criterio una «fecha ficticia en la que un trabajador que no fuera socio habría resuelto el contrato».

80. La demandante en el litigio principal propone otro criterio. Alega que las medidas destinadas a luchar contra los abusos deben limitarse a lo estrictamente indispensable para el logro de ese objetivo. Por tanto, los trabajadores-socios que no reclaman su retribución y no ejercen una influencia dominante deberían beneficiarse, a su parecer, de la garantía mínima debida para todo trabajador asalariado, esto es, la retribución de los tres últimos meses anteriores a la insolvencia de la empresa (artículo 4, apartado 2, de la Directiva). Opina que la legítima lucha contra los abusos sólo puede oponerse a las ventajas que excedan de esa protección mínima.

81. Este criterio tampoco me parece convincente. La Directiva prevé, en efecto, simultáneamente que los Estados miembros pueden

— limitar la garantía salarial a tres meses y

— adoptar las medidas necesarias con el fin de evitar abusos.

82. Es preciso, pues, concluir que incluso los Estados miembros que limitan dicha garantía a tres meses conservan, en principio, la facultad de reducirla a un período aún más corto cuando se trata de evitar un riesgo serio de abuso.

83. Recuérdese que del anexo de la Directiva resulta que Irlanda y el Reino de los Países Bajos han llegado a excluir por completo del ámbito de aplicación de la Directiva al cónyuge del empleador. Pero una exclusión total como ésa no puede

aplicarse por vía indirecta. Así, la sentencia Wagner Miret [8] precisó que no es admisible que un Estado miembro, que califica al personal de dirección de una empresa de trabajadores asalariados, sin incluirlos en la sección I del anexo de la Directiva, les excluya del ámbito de aplicación de ésta.

84. De igual modo, los socios que no ejercen una influencia dominante en la sociedad [9] no pueden ser excluidos completamente del amparo de la Directiva por vía indirecta.

85. Es cierto que la jurisprudencia austriaca no mantiene un criterio tan radical. Sin embargo, priva a los trabajadores-socios de su derecho a la garantía salarial si durante un período superior a sesenta días, desde que tienen conocimiento del quebranto del crédito de la empresa, no reclaman la retribución periódica que se les ha dejado de pagar.

86. Comparto el criterio de la Comisión de que incluso esa doctrina es incompatible con el objetivo y la eficacia de la Directiva. En efecto, la Comisión destaca con toda razón que el artículo 10 establece una excepción a la protección que la Directiva pretende garantizar a todos los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación y que como tal debe ser interpretado restrictivamente de modo que la eficacia de la Directiva no resulte afectada.

87. La Comisión destaca también con razón que el artículo 10, letra a), de la Directiva habla de medidas «necesarias» para evitar abusos, por lo que impone así la aplicación del principio de proporcionalidad.

88. Ahora bien, privar completamente al trabajador-socio de sus derechos frente al organismo de garantía equivaldría a ignorar totalmente el hecho de que ha prestado servicios por los que tenía derecho a retribución. Además, en la medida en que la garantía está limitada a sesenta días, los intereses del organismo de garantía quedan suficientemente protegidos y no se estimula la supervivencia artificial de empresas abocadas a la quiebra.

89. En cualquier caso, no entiendo por qué sería totalmente artificial distinguir dos períodos dentro de la relación laboral, desde el momento en que precisamente se ha fijado ese plazo de sesenta días.

8 — Sentencia de 16 de diciembre de 1993 (C-334/92, Rec. p. I-6911).

9 — La República de Austria excluyó expresamente a los socios que ejercen una influencia dominante.

90. Nada permite, en efecto, discernir en virtud de qué principio superior el Derecho mercantil debería prevalecer sobre el Derecho del trabajo. Me parece que, por el contrario, la tendencia actual en los Estados miembros es la opuesta, por razones muy comprensibles, y recuerdo que el Derecho del trabajo se ha desarrollado precisamente como una distinta rama del Derecho y que contiene reglas distintas de las del Derecho civil y mercantil, para diferenciar las relaciones laborales de las mercantiles y para garantizar los derechos del trabajador como individuo situado en una posición de dependencia.

91. Como destaca con toda razón la Comisión, sólo a partir del momento en que ya no pueda presumirse que el trabajador-socio actúa como un trabajador ordinario se justifica privilegiar la protección del Fondo de garantía y de los acreedores de la sociedad.

92. Recuérdese además que ésa es la solución a la que llegó de hecho el órgano jurisdiccional de primera instancia. Considero, por tanto, que la privación de todo derecho a la garantía sólo puede tener lugar para el período posterior al término del plazo de sesenta días. En otras palabras, respecto al período anterior al término del plazo concedido al trabajador-socio para resolver el contrato de trabajo o ejercer inequívocamente sus derechos como trabajador para obtener el pago de los salarios adeudados ante los órganos competentes, el trabajador-socio debe ser tratado como cualquier otro trabajador víctima de la insolvencia de su empleador.

93. Queda por examinar evidentemente el supuesto contemplado por el artículo 10, letra b), de la Directiva. En este caso, a mi parecer, al igual que el de la Comisión, a fin de disuadir todo intento de fraude, debe afirmarse como principio que *una colusión, que corresponde apreciar al organismo de garantía*, puede liberar a éste de toda obligación con el trabajador-socio. El organismo de garantía no puede, en efecto, estar obligado a pagar al trabajador que ha invocado esta condición cuando se trata de beneficiarse de ella, pero cuya conducta en conjunto demuestra que sólo pretendía la defensa del patrimonio invertido en la sociedad cuya quiebra va a causar la pérdida de aquél. En cualquier contienda hay que elegir el campo, y, tras la derrota, ya no se puede cambiar de campo.

94. En razón de esas consideraciones, estimo que la pérdida de los derechos frente al organismo de garantía de los créditos salariales adeudados por empresas insolventes, que puede establecer una legislación nacional, sólo puede afectar al trabajador-socio respecto al período posterior al término del plazo que le concede esa legislación para decidir si quiere o no preservar la totalidad de sus derechos frente a dicho organismo de garantía, resolviendo el contrato de trabajo o reclamando el pago de los salarios adeudados, excepto en caso de colusión, en el cual la pérdida de derechos puede ser total.

Conclusión

95. Acabado mi razonamiento y recapitulando las conclusiones parciales a las que he llegado, propongo al Tribunal de Justicia declarar que:

— La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional en virtud de la cual un trabajador-socio que no ejerce una influencia dominante en la sociedad, tiene limitado, en aplicación de los principios relativos al préstamo equiparable a una aportación de capital, su derecho de garantía de los salarios impagados a causa de insolvencia, si en su condición de trabajador de la sociedad y una vez que tiene conocimiento del quebranto del crédito de ésta, no reclama durante más de sesenta días la retribución periódica que se le ha dejado de pagar o no resuelve anticipadamente su contrato de trabajo por impago de su retribución.

— El artículo 10 de la Directiva 80/987 debe interpretarse en el sentido de que, al aplicar a un trabajador-socio que no ejerce una influencia dominante en la sociedad los principios relativos al préstamo equiparable a una aportación de capital, la pérdida de sus derechos, a la que se expone, sólo puede afectar a los derechos correspondientes al período posterior al término del plazo de sesenta días antes mencionado, excepto si se demuestra que el empleador y el trabajador han actuado en colusión en perjuicio de los acreedores en el sentido del artículo 10, letra b), de la Directiva. En este supuesto, la pérdida puede comprender todos los derechos no satisfechos del trabajador-socio.