

CAPÍTULO V
TRATO PREFERENCIAL DE LOS CRÉDITOS LABORALES
EN CASO DE QUIEBRA DEL EMPLEADOR

**1. Protección de los créditos laborales
por medio de un privilegio**

298. El artículo 11 del Convenio contiene una de las medidas de protección social más antiguas, es decir la prioridad concedida a los créditos laborales en la distribución de los activos del empleador en caso de quiebra. A fin de evitar una situación en la que los trabajadores se vean privados de su sustento, debido a la quiebra de su empleador, deben elaborarse disposiciones que garanticen la inmediata y total liquidación de las deudas contraídas por el empleador respecto de sus trabajadores. El Convenio puntualiza el principio prácticamente reconocido universalmente, según el cual los salarios de los trabajadores y demás créditos relacionados con un servicio prestado, respecto a un período determinado de servicio o hasta una determinada suma según lo determine la legislación nacional, deberán considerarse créditos preferentes en caso de quiebra o de liquidación judicial de una empresa. El Convenio establece asimismo que el salario que constituya un crédito preferente se deberá pagar íntegramente antes de que los acreedores ordinarios puedan reclamar incluso una parte del activo que le corresponda. No obstante, el Convenio deja a cada Estado ratificante la tarea de determinar la relativa prioridad de los salarios que constituyan un crédito preferente y los límites dentro de los que tales créditos serán tratados como preferentes¹. El artículo 11 del Convenio fue parcialmente revisado por el Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de

¹ Durante la primera discusión de la Conferencia, se propuso una enmienda con el objeto de que los miembros de la familia del empleador que se encuentra en quiebra fueran excluidos de la aplicación del privilegio para los créditos laborales a fin de evitar posibles abusos pero la propuesta no fue adoptada; véase CIT, 31.^a reunión, 1948, *Actas de las sesiones*, pág. 446. Durante la segunda discusión de la Conferencia, se presentó otra enmienda que hubiera dado a los salarios una prioridad absoluta sobre otros créditos privilegiados pero la propuesta fue finalmente retirada expresándose que sería difícil lograr una aceptación general para una disposición de tal naturaleza, en vista de la complejidad de las leyes sobre la quiebra en los distintos sistemas legales; véase CIT, 32.^a reunión, 1949, *Actas de las sesiones*, pág. 492. El artículo 11 del Convenio sobre la indemnización por accidentes del trabajo, 1925 (núm. 17) contiene una disposición similar que se refiere únicamente, sin embargo, al pago de la indemnización a las víctimas de accidentes laborales.

insolvencia del empleador, 1992 (número 173), adoptado en 1992 con el fin de incrementar la protección establecida en 1949. El fortalecimiento de la protección se realizó en dos sentidos: en primer lugar, el establecimiento de normas específicas relativas al alcance, los límites y el rango de los privilegios, a los que apenas se hace referencia en el Convenio número 95, y, en segundo lugar, la introducción de nuevos conceptos tales como sistemas de garantía salarial, diseñados para brindar una protección más eficaz que la del sistema tradicional de privilegios. La Comisión examinará la legislación y la práctica nacionales bajo el sistema de protección basado en las preferencias, previstas en el artículo 11 del Convenio y luego abordará las nuevas normas contenidas en el Convenio número 173, en particular aquellas relativas a las instituciones de garantía salarial y a su aplicación en la práctica.

1.1. Origen y evolución de los principios relativos a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio

299. Existe un consenso amplio en cuanto a que los créditos laborales merecen una protección especial ya que la insolvencia de una empresa y la consiguiente cesación de pagos constituyen una amenaza directa para los medios de subsistencia de los trabajadores y sus familias. Asimismo, puesto que los trabajadores normalmente no participan en los beneficios de la empresa, no deberían tampoco verse afectados por sus pérdidas. El trato preferencial de los créditos laborales es sin duda el método más tradicional y con mayor aceptación para proteger los créditos laborales en caso de quiebra del empleador o liquidación judicial de la empresa. El sistema de privilegios fue codificado en primer término por los códigos civiles del siglo XIX, comenzando por el Código Napoleón que inicialmente protegía los salarios de los trabajadores del servicio doméstico. La protección se extendió progresivamente a otras categorías de asalariados y el principio de preferencia obtuvo pronto reconocimiento tanto en la legislación comercial como laboral. En *Francia*, por ejemplo, el privilegio concedido a los trabajadores del servicio doméstico se extendió, en 1938, a los créditos de los asalariados y aprendices por hasta seis meses de salario. No obstante, como los créditos laborales fueron ubicados en el cuarto rango dentro de los créditos privilegiados, luego de las costas del juicio, la protección de los mismos se volvía a menudo ilusoria. Mediante la nueva legislación adoptada en 1935, la porción de los créditos laborales necesaria para la manutención del trabajador debía ser pagada de manera inmediata, razón por la cual se le denominó «superprivilegio».

300. El sistema de privilegios consiste en pagar íntegramente, con el activo disponible en la masa de la quiebra, determinados créditos que gozan de una prioridad o «privilegio» frente a los créditos ordinarios, es decir, no privilegiados. Ahora bien, los créditos laborales no son los únicos créditos considerados privilegiados. En la mayoría de los países la legislación otorga igualmente un privilegio a otra serie de créditos, tales como las costas judiciales

ocasionadas por el procedimiento de quiebra, las sumas debidas al Estado y a las instituciones de seguridad social (impuestos o contribuciones a seguros obligatorios impagados), las deudas personales del deudor (por ejemplo, gastos médicos o funerarios) y los créditos ocasionados por el mantenimiento de la familia del deudor. Junto con el otorgamiento del privilegio a determinados créditos, reviste gran importancia la prioridad relativa o rango que se le reconozca a tales créditos con respecto a otros créditos privilegiados. Los créditos con un rango superior deberán ser satisfechos íntegramente antes de que los acreedores con un rango inferior puedan cobrar incluso una parte de sus créditos. En la mayoría de los casos esto implica que el privilegio en sí mismo no sea suficiente para garantizar el cobro de la deuda y, en consecuencia, que cuando el privilegio otorgado al crédito laboral no tiene un rango suficientemente elevado, tendrá pocas posibilidades de ser cobrado.

301. Si bien el sistema de privilegio ha sido casi universalmente reconocido, su aplicación práctica varía de manera significativa de un país a otro. En particular, la legislación y las prácticas nacionales relativas al trato preferencial varían con respecto al alcance de la protección, es decir, las categorías de trabajadores protegidos y la naturaleza de los créditos cubiertos; la relativa prioridad asignada al crédito laboral con respecto a otras deudas privilegiadas; el período de tiempo cubierto por el privilegio y otras limitaciones a la protección por medio de un privilegio; así como los bienes del empleador sobre los cuales el mismo podrá ejercerse. La Comisión se referirá brevemente, a continuación, a cada uno de estos cuatro aspectos.

1.2. Alcance del privilegio

1.2.1. Categorías de trabajadores considerados acreedores privilegiados

302. Por medio de la protección otorgada a los créditos laborales, la legislación de todos los países busca principalmente proteger los salarios de quienes están empleados por medio de un contrato formal de trabajo o mantienen una relación laboral con el empleador insolvente. La legislación y la práctica difieren, sin embargo, con respecto a las personas empleadas en determinados tipos de trabajo tales como el trabajo a domicilio, el aprendizaje o la subcontratación. En *Uruguay*², el tratamiento preferencial parece aplicarse únicamente a los abogados, procuradores, médicos, obreros y criados. En *Venezuela*³, la legislación parece proteger los créditos de los trabajadores domésticos en forma distinta de los demás trabajadores, otorgándoles un rango inferior de preferencia y un período de servicio protegido más limitado. Por el contrario, en *Mauricio*⁴, por ejemplo, los aprendices

² (14), art. 11; (15), art. 2369, 4); (16), art. 1732, 4).

³ (1), arts. 158, 275; (2), art. 101; (3), art. 1870.

⁴ (3), arts. 2148 y 2152.

son tratados como acreedores privilegiados exactamente como los demás trabajadores. En prácticamente todos los países, los empleados públicos y demás trabajadores empleados en empresas públicas no están cubiertos por la protección otorgada a los créditos laborales por la legislación laboral, en razón de que el empleador de tales grupos de trabajadores no puede ser declarado en quiebra⁵.

303. En algunos países, el trato preferencial de los créditos laborales cubre la totalidad de los trabajadores sin ninguna distinción. La legislación de *Argelia*⁶, por ejemplo, otorga un privilegio de primer grado a los créditos laborales independientemente de la naturaleza, validez o forma de la relación de trabajo.

304. En otros países, la legislación excluye determinados trabajadores de la protección por medio de un privilegio en razón de su posible responsabilidad en la insolvencia de la empresa. De este modo, los créditos de trabajadores gerenciales o que ocupan puestos de influencia que se consideren han contribuido claramente a causar los problemas económicos de la empresa no gozarán de ningún privilegio. El fundamento de estas disposiciones reside en que los responsables del fracaso económico no deberían, por el simple hecho de ser trabajadores de la empresa insolvente, beneficiarse del mecanismo legal establecido para proteger las víctimas de la insolvencia. En *Noruega*⁷, por ejemplo, se excluye a las siguientes personas de la calidad de acreedor privilegiado: i) los trabajadores que hayan ejercido o hubiesen estado en posición de ejercer influencia material en la empresa del deudor en razón de sus puestos como directivos; ii) los trabajadores que tengan una participación en la compañía de por lo menos un 20 por ciento; iii) los trabajadores que hayan formado parte de la junta directiva; iv) los trabajadores estrechamente relacionados (familia directa, parientes, cohabitantes, novios, etc.) con el director o las personas que posean al menos un 20 por ciento de participación en la empresa.

305. En otros casos, si bien no se excluye de la protección por medio de un privilegio a los créditos laborales de los trabajadores que ocupan una posición gerencial o tienen una estrecha relación con el empleador insolvente, se les confiere una prioridad inferior en la distribución de los activos. Por ejemplo, en Nueva Zelandia⁸, todo salario impagado a causa de la quiebra de una empresa en la que trabajaba el cónyuge del empleador, ocupará el séptimo rango entre los créditos privilegiados, es decir, luego de las costas judiciales, los créditos laborales

⁵ Por ejemplo, el Gobierno de *España* indicó, al ratificar el Convenio núm. 173 que revisa el artículo 11 del Convenio, que los empleados públicos están excluidos del ámbito de aplicación de la legislación relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio.

⁶ (1), art. 89.

⁷ (2), art. 9-3. Análogamente, en *San Vicente y las Granadinas* (3), art. 457, 1), b), la legislación excluye el salario del director de una compañía del trato preferencial reservado a los salarios de los trabajadores en caso de quiebra de una empresa. En los Estados Unidos, algunas leyes estatales establecen expresamente que ni los directores o administradores generales de la empresa ni los miembros de una asociación ni los socios de una sociedad gozarán del trato preferencial de sus créditos laborales; véase, por ejemplo, Utah (52), art. 34.26.1.

⁸ (2), art. 104, 1), g).

(cuatro meses de salarios o no más de 6.000 dólares), impuestos y todo monto correspondiente a jornales o salarios que no constituyan crédito privilegiado (por ejemplo, créditos laborales que excedan de los cuatro meses o del límite de 6.000 dólares). En Australia⁹, la legislación sobre insolvencia de empresas, otorga un trato preferente pero restringe los beneficios de determinados «trabajadores excluidos»: quienes fueron directores de la compañía insolvente en cualquier momento durante los 12 últimos meses antes del comienzo de la cesación de pago, sus cónyuges y parientes, y limita la suma que puede cobrarse a 2.000 dólares con respecto a los salarios y a 1.500 dólares con respecto a las indemnizaciones por terminación de la relación laboral.

1.2.2. Naturaleza de los créditos laborales cubiertos por el privilegio

306. La legislación y la práctica nacionales difieren en gran medida en este aspecto, puesto que la noción legal de salarios varía considerablemente en los diferentes países. Si bien la intención inicial fue la de proteger los salarios en el estricto sentido del término, entendido como pago en efectivo por el trabajo realizado o los servicios prestados de acuerdo con los términos de un contrato de trabajo, el principio del trato preferencial se extendió gradualmente a otros créditos correspondientes a conceptos distintos del salario en sentido estricto. De este modo, la legislación de un considerable número de países concede un privilegio a una serie amplia de créditos tales como los correspondientes a vacaciones pagadas, o a otras licencias pagadas como licencia por enfermedad o maternidad y a las indemnizaciones por fin de servicios.

307. En un cierto número de países, como *Brasil*¹⁰, *Burkina Faso*¹¹, *Colombia*¹², *Honduras*¹³, *Mauritania*¹⁴, *Panamá*¹⁵, *Senegal*¹⁶ y *Venezuela*¹⁷,

⁹ (4), art. 556, 1A), 1B).

¹⁰ (2), art. 449, 1); (6), art. 102. Este es también el caso de *Bolivia* (1), art. 14; (7), art. 1345, 2); *República Centroafricana* (1), art. 109; Chile (1), art. 61; *Malí* (1), art. L.115; *Nicaragua* (2), art. 89; *Níger* (1), art. 167; Rwanda (1), art. 104.

¹¹ (1), art. 116. En *Mauricio* (3), arts. 2148 y 2152 y *Seychelles* (1), art. 37, el privilegio cubre todo tipo de remuneración laboral, incluidas las indemnizaciones por despido y las licencias remuneradas, mientras que en *Camerún* (1), art. 70, 2), la preferencia se extiende a la indemnización por ruptura del contrato y despido injustificado. En *Azerbaiján* (1), art. 178, 2), se protege con privilegio el pago de los salarios y todos los beneficios sociales, incluido el pago de licencias remuneradas no utilizadas.

¹² (1), art. 157.

¹³ (1), art. 128, 4); (2), art. 374.

¹⁴ (1), art. 93.

¹⁵ (1), art. 166.

¹⁶ (1), art. L.118.

¹⁷ (1), arts. 158 a 160; (2), art. 101.

la legislación expresamente establece que a los fines del trato privilegiado de los créditos laborales en caso de quiebra, el término «salario» comprende el salario básico, independientemente de su denominación, suplementos salariales, primas, toda clase de compensación y beneficios. En Nueva Zelanda¹⁸, el privilegio cubre todos los salarios, sean pagados por tiempo, a destajo o ganados en todo o parte como comisión, y las vacaciones pagadas, así como cualquier remuneración debida en caso de inasistencia al trabajo por enfermedad u otra causa justificada.

308. En muchos países, incluidos la *República Checa*¹⁹ y *Croacia*²⁰, *Malasia*²¹ y *Tailandia*²², los créditos protegidos incluyen la indemnización por despido y otros beneficios derivados de la terminación de la relación de trabajo, mientras que la legislación de *Ecuador*²³, *Perú*²⁴ y *Tayikistán*²⁵ contiene una referencia específica a las contribuciones a los planes de jubilación. Análogamente, en *Singapur*²⁶, los créditos laborales garantizados con privilegio incluyen, además de los salarios y los jornales, las prestaciones ex gratia o las sumas pagaderas a un trabajador por causa de reducción de personal o reestructuración de la empresa del empleador, indemnización y cotizaciones adeudadas al sistema de jubilaciones o fondos previsionales.

309. Entre los países que han aceptado la Parte II del Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173) por medio de un privilegio, *Zambia*²⁷ ha modificado su legislación para ponerla en conformidad con las exigencias mínimas establecidas en el artículo 6 del Convenio. En consecuencia, en caso de quiebra los siguientes montos serán pagados en forma preferente a las demás deudas: i) los salarios debidos a un trabajador correspondientes a los tres meses anteriores a la designación del síndico de la quiebra; ii) las sumas adeudadas en concepto de licencias correspondientes a los dos años anteriores a la fecha del nombramiento del síndico de la quiebra; iii) las sumas adeudadas en concepto de toda ausencia retribuida correspondiente al período de los últimos tres meses; iv) los gastos de

¹⁸ (2), art. 104, 1), *d*), 3); (3), art. 312, 1) y anexo 7, párrafo 2, 12. El Gobierno ha informado que pretende incluir la indemnización por despido entre los créditos laborales protegidos y elevar el monto salarial cubierto por los privilegios. Véase igualmente Reino Unido: Guernsey (13), arts. 1, 1) *b*), 6), *a*) y Jersey (20), art. 32, 1), *b*).

¹⁹ (3), art. 31, 3).

²⁰ (1), art. 86, 1). Véase igualmente República de Corea (1), art. 37, 1); Estonia (3), art. 86, 1); Marruecos (2), art. 1248.

²¹ (1), art. 31, 2); (2), art. 292, 1).

²² (1), art. 11.

²³ (1), art. 35, 7); (2), art. 88.

²⁴ (8), art. 1.

²⁵ (2), art. 26, 2).

²⁶ (2), art. 328, 1), 2B).

²⁷ (2), art. 2, 1).

contratación u otras sumas adeudadas en virtud del contrato de trabajo; v) una suma equivalente a tres meses de salarios en concepto de indemnización por fin de servicios; y vi) toda suma adeudada por ley al trabajador en concepto de indemnización que sea anterior al nombramiento del síndico de la quiebra. Análogamente, el Gobierno de *Madagascar*, para quien la aceptación de las obligaciones derivadas de la Parte II del Convenio núm. 173 ha puesto fin a las obligaciones adquiridas en virtud del artículo 11 del Convenio núm. 95, ha informado que se protege con privilegio a: i) créditos laborales por salarios correspondientes a un período determinado que, sin embargo, no ha sido especificado hasta la fecha; ii) créditos correspondientes a vacaciones pagadas; iii) indemnización sustitutiva del preaviso hasta un valor de seis meses de salario; y iv) las indemnizaciones por fin de servicios en razón de diez días por cada año completo de servicio que no excedan de seis meses de salario. En *México*²⁸, quien ha aceptado igualmente las obligaciones que surgen de la Parte II del Convenio núm. 173, el privilegio cubre los salarios ganados durante el año anterior y todo suplemento salarial, incluidos los créditos correspondientes a vacaciones, sumas adeudadas por otras ausencias retribuidas, y las indemnizaciones por fin de servicios hasta un monto equivalente a tres meses de salario. En *España*²⁹, el privilegio cubre los créditos laborales, incluidos los créditos por vacaciones pagadas, sin ninguna referencia específica al período de tiempo comprendido pero con sujeción a un tope en dinero, y las indemnizaciones por despido.

1.3. Rango del privilegio

310. El rango del privilegio de los trabajadores con respecto a otros privilegios es tan importante como la existencia de activos suficientes en la masa de la quiebra. Los créditos laborales a menudo tienen un rango inferior al de los créditos correspondientes a gastos judiciales efectuados en nombre de los acreedores y al de los créditos provenientes de gastos funerarios y médicos del deudor fallecido, así como al de los créditos correspondientes a sumas adeudadas al Estado o al sistema de seguridad social. En este último caso, existe el riesgo de que el privilegio otorgado a los créditos laborales carezca de todo valor en la práctica, puesto que los impuestos y las sumas adeudadas a las instituciones de seguridad social absorben, generalmente, la mayor parte de los activos.

1.3.1. Prioridad absoluta

311. En muchos países, los trabajadores tienen un privilegio superior al de los demás acreedores, incluido el Estado y el sistema de seguridad social. Por

²⁸ (1), art. 123A (XXIII); (2), arts. 113, 162, I, 434, V) y 436.

²⁹ (1), arts. 26, 1) y 32, 3).

ejemplo, en *Argelia*³⁰, *Brasil*³¹, *Croacia*³², *Filipinas*³³, *Hungría*³⁴ y *Paraguay*³⁵, el privilegio de los créditos laborales es superior al de los demás créditos, incluidas las sumas adeudadas al Estado y al sistema de seguridad social. En *Mauricio*³⁶, las sumas adeudadas en concepto de salarios correspondientes a los últimos 120 días de trabajo deben ser pagadas en forma prioritaria. En el orden de prioridad siguen las costas judiciales, los créditos del Estado y el sistema de seguridad social y los gastos funerarios. Es interesante señalar que las sumas adeudadas por servicios prestados durante los últimos seis meses son igualmente reconocidos como créditos privilegiados pero tienen un rango inferior puesto que se ubican en el sexto lugar entre los privilegios que se ejercen sobre bienes muebles y en cuarto lugar entre los privilegios que se ejercen sobre bienes inmuebles.

312. Cabe referirse a la noción de «superprivilegio» según la cual ciertos créditos laborales tienen preferencia frente a los créditos garantizados con un derecho real y pueden, en consecuencia, ser satisfechos al margen del procedimiento de quiebra. Los orígenes de este concepto se encuentran en las leyes laborales de Francia y México que fueron las primeras en exigir el pago inmediato de una parte determinada de los salarios adeudados, independientemente de la existencia de todo otro crédito privilegiado o deuda garantizada mediante embargo o hipoteca. En la mayoría de los casos, el superprivilegio se limita a la porción del crédito laboral necesaria para la subsistencia del trabajador. Por ejemplo, en *Côte d'Ivoire*³⁷, *Guinea*³⁸ y *Madagascar*³⁹, el superprivilegio cubre los últimos 60 días de trabajo o aprendizaje hasta una suma máxima mensual aplicable a todas las categorías de beneficiarios. En *España*⁴⁰, las sumas

³⁰ (1), art. 89. Los créditos laborales tienen un privilegio de primer grado igualmente en Arabia Saudita (1), art. 15; *Chad* (1), art. 268; *Côte d'Ivoire* (1), art. 33, 3); *República Democrática del Congo* (1), art. 91; El Salvador (2), art. 121; *Gabón* (1), art. 157; *Guinea* (1), art. 223; *Malí* (1), art. L.115; *Malta* (1), art. 27; *Noruega* (2), art. 9-3; Omán (1), art. 47; *Panamá* (1), art. 166; *Rumania* (1), art. 87, 2); (2), art. 7, 2); *Rwanda* (1), art. 102; *Suiza* (3), art. 219; *Viet Nam* (1), art. 66; *Yemen* (1), art. 8; *Zambia* (2), art. 2, 2). En *Túnez* (1), art. 151-2 sólo la porción inembargable de los salarios tiene prioridad frente a los demás créditos privilegiados mientras que el resto de los créditos laborales recibe un privilegio de cuarto rango, justo antes de las sumas adeudadas al Estado.

³¹ (6), art. 102.

³² (1), art. 86, 1); (2), art. 71, 2).

³³ (1), art. 110.

³⁴ (2), art. 57, 1), a), 2), a).

³⁵ (3), art. 445; (1), arts. 247 y 248.

³⁶ (3), arts. 2148 y 2152.

³⁷ (1), art. 33, 4).

³⁸ (1), art. 227.

³⁹ (1), art. 83.

⁴⁰ (1), art. 32, 1), 3). Análogamente, en Arabia Saudita (1), art. 15, Jordania (1), art. 51, b) y *Jamahiriya Arabe Libia* (1), art. 60, la legislación establece que deberá pagarse al trabajador en

adeudadas en concepto de salarios correspondientes a los últimos 30 días de trabajo tienen prioridad frente a las demás deudas, incluidas las garantizadas con hipoteca, hasta un monto que no exceda de dos veces el salario mínimo interocupacional. En *Malasia*⁴¹, la legislación confiere prioridad a los créditos por salarios frente a los créditos garantizados siempre que la suma no exceda del monto equivalente a cuatro meses consecutivos de salarios. En *Benin*⁴², *Comoras*⁴³ y *Senegal*⁴⁴, los créditos laborales, hasta un monto máximo equivalente a la porción inembargable de los salarios, gozan de prioridad frente a los demás créditos con privilegios generales o especiales, independientemente de la antigüedad laboral del trabajador. Este superprivilegio se ejerce sobre los bienes muebles o inmuebles del empleador y el crédito debe pagarse dentro de los diez días a partir de la declaración de quiebra o de la orden de liquidación, siempre que el síndico disponga de los fondos necesarios.

313. En numerosos países, se otorga a los créditos laborales y a los créditos por impuestos o deudas al sistema de seguridad social privilegios del mismo rango. Este es el caso de la *República Checa*⁴⁵, en donde los impuestos y las contribuciones a la seguridad social junto con los gastos de administración de la masa y los créditos laborales constituyen la primera categoría en el orden de preferencia. La legislación de *Bahamas*⁴⁶, *Barbados*⁴⁷, *Dominica*⁴⁸, *Guyana*⁴⁹,

forma inmediata un adelanto igual a un mes de sueldo con prioridad a todo otro gasto, incluidos los gastos legales y los gastos de la quiebra o la liquidación.

⁴¹ (1), art. 31, 1). Véase igualmente Luxemburgo (2), arts. 42 y 43, en donde el «superprivilegio» cubre seis meses de salario pero con un tope de seis veces el salario mínimo social.

⁴² (1), art. 228. Este es también el caso de *Burkina Faso* (1), art. 117; *Camerún* (1), art. 70, 1); *Congo* (2), art. 92; *Mauritania* (1), arts. 94 y 96. La legislación es similar en *República Centroafricana* (1), art. 109; *Djibouti* (1), art. 104; *Níger* (1), art. 167; *Togo* (1), art. 100.

⁴³ (1), art. 108. No se ha adoptado ninguna disposición que establezca la porción inembargable de los salarios y la Comisión se ha referido en reiteradas oportunidades a la necesidad de adoptar la legislación necesaria para determinar la relación de prioridad de los créditos laborales de acuerdo con el párrafo 3 del artículo 11 del Convenio.

⁴⁴ (1), arts. L.119 y L.121.

⁴⁵ (3), art. 32, 1).

⁴⁶ (2), art. 30. Análogamente, en *Sri Lanka* (3), art. 347, 1), 2); (1), art. 50A; (2), art. 57 y *Uganda* (3), art. 37, 1), 2); (4), art. 314, los impuestos y las tasas locales correspondientes a los últimos 12 meses así como los salarios hasta un monto determinado deben pagarse íntegramente en primer lugar. Véanse igualmente *Chipre* (4), art. 38, 1), b), 2); (5), arts. 299 y 300, 1), b); *Kenya* (3), art. 38, 1), 2); (4), art. 311, 1), 5); *Nigeria* (2), art. 494, 1), 4); (3), art. 36(2); Reino Unido (4), art. 175, 2), 386, 1), y anexo 6, art. 6, así como ciertos territorios no metropolitanos como *Guernsey* (13), art. 1, 4), y *Jersey* (20), art. 32(2).

⁴⁷ (3), art. 34, 1), 2).

⁴⁸ (3), art. 37, 1).

⁴⁹ (2), art. 39, 1), f); (3), art. 225, 1), b), c).

y *San Vicente y las Granadinas*⁵⁰ establece que los impuestos y las tasas y las sumas adeudadas a los trabajadores que reciben una remuneración mensual por un monto equivalente de hasta cuatro meses de salarios (hasta dos meses de salarios cuando se trata de trabajadores jornaleros) tienen el mismo rango y que, si la masa de bienes de la quiebra es insuficiente para cubrirlos, deberán ser pagados a prorrata.

1.3.2. Prioridad relativa

314. Los créditos laborales no gozan en todos los países de prioridad absoluta. La legislación de algunos Estados, tales como *República Dominicana*⁵¹, *Ecuador*⁵², *España*⁵³ y *Honduras*⁵⁴ concede a los créditos del Estado y del sistema de seguridad social un rango superior al de los créditos laborales. Lo mismo ocurre en el *Libano*⁵⁵, donde los créditos laborales correspondientes al año anterior se ubican después de los créditos del Estado, de los créditos por costas judiciales y de los garantizados con hipotecas legales y judiciales. En los Emiratos Arabes Unidos⁵⁶, los créditos por salarios podrán hacerse efectivos sobre los bienes muebles e inmuebles del empleador inmediatamente después de las costas judiciales, las sumas adeudadas al tesoro público y la pensión alimenticia otorgada a las viudas y los niños en virtud de la doctrina religiosa islámica. En Guinea-Bissau⁵⁷ y Mozambique⁵⁸ la legislación establece que los salarios deberán pagarse íntegramente antes de que los acreedores quirografarios, salvo el Estado, puedan reclamar su parte del activo. El Gobierno de *Madagascar* ha informado que los créditos del Estado y el sistema de seguridad social aún ocupan un rango superior al de los créditos laborales, pero que el nuevo proyecto de código de trabajo actualmente en revisión dará preferencia a los créditos laborales.

⁵⁰ (3), art. 457, 1), b), 3), a).

⁵¹ (1), art. 207.

⁵² (3), arts. 2398 y 2399.

⁵³ (11), art. 1924. El orden de prioridad, sin embargo, se refiere a los créditos laborales no cubiertos por las instituciones de garantía.

⁵⁴ (3), art. 2257, 2), d).

⁵⁵ (1), art. 48. Análogamente, en *Egipto* (1), art. 5; *Jamahiriyá Árabe Libia* (1), art. 60, y *República Árabe Siria* (1), art. 8, los créditos laborales se ubican inmediatamente después de las costas judiciales, las sumas debidas al Estado y los gastos de conservación y reparación. Sin embargo, el Gobierno de Egipto ha informado que con arreglo al artículo 6 del nuevo proyecto de Código de Trabajo, que se encuentra actualmente ante la autoridad legislativa para su aprobación, los créditos laborales tendrán un privilegio de primer grado.

⁵⁶ (1), art. 4.

⁵⁷ (1), art. 108.

⁵⁸ (1), art. 58, 2).

315. En otros países, si bien los créditos laborales no cuentan con un privilegio de primer grado, se encuentran por encima de los créditos impositivos. Por ejemplo, en *Bolivia*⁵⁹, *China*⁶⁰ y *Singapur*⁶¹, los créditos laborales deben pagarse inmediatamente después de los gastos de la administración de la masa de la quiebra y antes de los impuestos estatales y locales. En *Belarús*⁶² y la *Federación de Rusia*⁶³, los salarios adeudados ocupan el segundo lugar en el orden de preferencia, inmediatamente después de los créditos por indemnizaciones por accidente y muerte y las costas judiciales, y antes que los impuestos y las contribuciones a la seguridad social. En *Canadá*⁶⁴, *República Centroafricana*⁶⁵, *Colombia*⁶⁶, *Estados Unidos*⁶⁷ y

⁵⁹ (7), art. 1345, 2). Este es igualmente el caso de *Estonia* (3), art. 86, 1; *Lituania* (3), art. 35; *Sudán* (1), art. 71; *Tayikistán* (2), art. 26, 1, 2) y *Ucrania* (3), art. 21, 2); (2), art. 28. En *Malasia* (2), art. 292, 1), los créditos laborales se encuentran en segundo lugar luego de los gastos del procedimiento de liquidación. Toda remuneración correspondiente a vacaciones pagadas tiene el cuarto lugar en el orden de prioridad y las sumas adeudadas en concepto de cotizaciones al sistema de jubilaciones y pensiones correspondientes a los 12 meses anteriores al comienzo de la liquidación ocupan el quinto lugar en el orden de prioridad, seguidos de los impuestos federales.

⁶⁰ (4), art. 37.

⁶¹ (2), art. 328, 1), 2B), 3).

⁶² (2), art. 144. Lo mismo ocurre en *Azerbaiján* (2), art. 53; *Kirguistán* (2), art. 87 y *República de Moldova* (3), art. 28, 1, 2); (2), art. 20, 1).

⁶³ (2), art. 106, 2); (3), art. 855, 2).

⁶⁴ (3), art. 136, 1), d). El gobierno federal tiene jurisdicción exclusiva en cuanto a las cuestiones de quiebra e insolvencia. Existe numerosa legislación provincial que confieren protección especial a los créditos laborales en general pero estas disposiciones no se aplican en caso de quiebra puesto que prevalece la legislación federal sobre insolvencia; véanse, por ejemplo, *Alberta* (4) art. 109, 3); *Columbia Británica* (6), art. 87, 3); *Manitoba* (7), art. 101; *Ontario* (14), art. 14(1); *Terranova y el Labrador* (9), art. 37, 1).

⁶⁵ (1), art. 108. Véanse igualmente *Chile* (2), art. 2472; *Guatemala* (2), art. 101, b); *Marruecos* (2), art. 1248; *México* (1), art. 123A(XXIII); (2), arts. 113 y 114; (3), art. 262; *Níger* (1), art. 166; *Togo* (1), art. 99. Análogamente, en *Botswana* (3), arts. 82, 1), 83, 1), 84, 1), 85, 1) y 86, a) y *Zimbabue* (2), arts. 101 a 104, 105, 1), 6), 106, 1), los créditos laborales deberán ser pagados con el remanente de la masa de la quiebra, es decir la porción de la masa sujeta a secuestro sobre la que no recae ningún derecho de preferencia en virtud de una hipoteca, hipoteca legal, prenda o derecho de retención, inmediatamente después de los gastos funerarios y los de la última enfermedad del insolvente, los gastos de secuestro y los demás gastos impositivos de toda ejecución de los bienes de la masa del insolvente, pero antes de los impuestos a los ingresos que ocupan el quinto lugar en el orden de preferencia. En *Bulgaria* (2), art. 722, 1) los créditos laborales ocupan el cuarto lugar en el orden de privilegios mientras que las contribuciones adeudadas al sistema de seguridad social estatal y los impuestos se ubican en el sexto y séptimo lugar respectivamente. Véanse igualmente *Seychelles* (2), art. 2101 y *Tailandia* (1), art. 11.

⁶⁶ (1), art. 157; (2), art. 2495.

⁶⁷ De acuerdo con el Código Federal de Quiebras, en caso de quiebra del empleador, los salarios, jornales o comisiones, incluidas las vacaciones pagadas, las indemnizaciones y licencias pagadas por enfermedad, ganados por un trabajador, constituyen créditos privilegiados y se ubican inmediatamente después de los gastos administrativos, los gastos funerarios, los gastos de la última

*Uruguay*⁶⁸, los créditos laborales ocupan el cuarto lugar y deben pagarse inmediatamente después de las costas judiciales, los gastos funerarios y los derivados de la última enfermedad del deudor. En Nueva Zelandia⁶⁹, el pago de jornales o salarios adeudados ocupa el cuarto lugar dentro de las deudas preferentes, inmediatamente después del pago de los gastos, cargas y expensas del procedimiento de declaración de quiebra y la administración de la masa de la quiebra. Mientras que el quinto lugar es para el impuesto a los ingresos y demás sumas adeudadas al Comisionado de Ingresos del Interior. En Australia⁷⁰, con arreglo a la legislación pertinente de la Commonwealth relativa a la insolvencia personal, los gastos de la insolvencia, incluidos los gastos de administración de la quiebra, gastos de la sindicatura, gastos de auditoría y los gastos funerarios, son las únicas deudas sin garantía que ocupan un lugar preferente al de los créditos laborales. En particular, una suma determinada para cada trabajador (1.500 dólares o lo establecido por la reglamentación) ocupa el quinto lugar, el sexto lugar es ocupado por las sumas adeudadas en concepto de indemnización de los trabajadores y el séptimo por las sumas adeudadas en concepto de licencia por antigüedad, licencia anual o licencia por enfermedad correspondiente a un período anterior a la fecha de la quiebra. De la misma manera, con arreglo a la legislación federal relativa a la insolvencia de empresas, se reconoce una preferencia a los derechos de los trabajadores, tales como salarios y cotizaciones al sistema de jubilación, indemnización por accidentes, indemnizaciones por licencias y pagos por reducción de personal, luego de ciertos gastos relativos a la conservación y al funcionamiento de la compañía y de los gastos derivados de la liquidación.

316. En algunos países, como Bahrein y Kuwait, parece no existir ninguna disposición que otorgue privilegio a los créditos laborales en caso de quiebra del empleador o liquidación judicial de la empresa. Análogamente, el Gobierno de las Islas Vírgenes Británicas ha indicado que de acuerdo con su legislación, los salarios no constituyen créditos privilegiados ni se encuentran protegidos por alguna otra garantía salarial. Asimismo, el Gobierno de Alemania ha informado que con arreglo a la nueva ordenanza sobre quiebras, que entró en vigor en 1999, se han abolido todos los privilegios generales (incluidos los del Estado, los fondos sociales y los trabajadores) y que en la actualidad se protege a los trabajadores por medio de una prestación de insolvencia que cubre los salarios impagados correspondientes a los últimos tres meses anteriores a la apertura del procedimiento. El Gobierno de la *República Unida de Tanzania* ha informado

enfermedad y las prestaciones de supervivencia para el cónyuge y los hijos menores. La mayoría de las legislaciones estatales contienen disposiciones similares; véanse, por ejemplo, Arizona (7), art. 23.354; Idaho (17), art. 45-602; Indiana (19), art. 22-2-10-1; Rhode Island (47), art. 28-14-6.1; Utah (52), art. 34-26-1; Washington (55), art. 49.56.010.

⁶⁸ (15), art. 2369, 4); (16), art. 1732, 4).

⁶⁹ (2), art. 104, 1), *d*), *e*); (3), art. 312, 1) y anexo 7.

⁷⁰ (3), art. 109, 1); (4), art. 556, 1).

que en la práctica, a pesar de la falta de regulación, los trabajadores son considerados acreedores privilegiados. En otros países, tales como la *República Islámica del Irán*⁷¹, *Iraq*⁷² y *Namibia*⁷³, si bien se reconoce a los trabajadores como acreedores privilegiados, la legislación no establece la relación de prioridad entre los créditos laborales y los demás créditos preferentes.

1.4. Limitaciones al trato preferencial de los créditos laborales

317. La mayoría de los países ha creído necesario limitar la protección por medio de un privilegio de los créditos laborales. De este modo, los créditos laborales preferentes deben corresponder a un período de servicio determinado anterior a la quiebra o a la liquidación judicial de la empresa, o no exceder de un monto determinado. En algunos casos, la legislación contiene una combinación de estos dos tipos de limitaciones.

1.4.1. Limitaciones temporales

1.4.1.1. Créditos laborales correspondientes a trabajos o servicios prestados con anterioridad a la quiebra o la liquidación

318. En muchos países, el privilegio cubre sólo un período específico de servicio, denominado también «período de referencia», anterior a la iniciación del procedimiento de quiebra o la clausura de la empresa. El período protegido varía entre tres meses, por ejemplo en *Kirguistán*⁷⁴ y *Zambia*⁷⁵, y tres años en el caso de la *República Checa*⁷⁶, *Eslovaquia*⁷⁷ y *Tayikistán*⁷⁸. En *Mauricio*⁷⁹ y *Uganda*⁸⁰, el período de referencia ha sido fijado en cuatro meses, mientras que

⁷¹ (1), art. 13, 1). Véase igualmente *Qatar* (1), art. 7.

⁷² (1), art. 12.

⁷³ (1), art. 48, 2).

⁷⁴ (2), art. 87.

⁷⁵ (2), art. 2, 1), a).

⁷⁶ (3), art. 31, 4).

⁷⁷ (3), art. 32, 2), a). Los créditos laborales por hasta tres meses correspondientes a los últimos 18 meses de la relación de empleo anteriores a la insolvencia del empleador están cubiertos por un fondo especial de garantía.

⁷⁸ (2), art. 26, 2).

⁷⁹ (3), arts. 2148 y 2152. Lo mismo ocurre en *San Vicente y las Granadinas* (3), art. 457, 1), b) y *Swazilandia* (1), art. 54, 2).

⁸⁰ (1), art. 36, 1).

en *Argentina*⁸¹ y *Noruega*⁸², el período máximo protegido es de seis meses. En otros países, tales como *Bulgaria*⁸³ y *Honduras*⁸⁴, la legislación nacional limita el trato preferencial de los créditos laborales a los 12 meses anteriores a la iniciación del procedimiento de quiebra o de la liquidación de la empresa. En *Bolivia*⁸⁵ y la *República Centroafricana*⁸⁶, los créditos preferentes son aquellos correspondientes al trabajo realizado durante el año en el que tiene lugar la insolvencia y el año anterior a la misma.

319. En algunos países, la definición del período de referencia varía de acuerdo con la categoría profesional del trabajador, la naturaleza del deudor o la periodicidad del pago de los salarios. En *Guinea*⁸⁷, por ejemplo, el período protegido es de seis meses para los salarios pagados a intervalos que no excedan de 15 días y de 12 meses para los salarios pagados mensualmente. En *Turquía*⁸⁸, la legislación establece que en caso de quiebra de una empresa, los trabajadores del servicio doméstico empleados por el propietario de la misma serán considerados acreedores privilegiados con respecto a hasta 12 meses de salarios impagos, mientras que los demás asalariados, personal administrativo y trabajadores empleados por hora, a destajo o por tarea, serán considerados acreedores privilegiados por los créditos laborales que no excedan de los seis

⁸¹ (1), arts. 268 y 273; (4), arts. 241 y 246. La situación es la misma en *Azerbaiyán* (2), art. 53; *Dinamarca* (2), art. 95, 1, i); *Guatemala* (2), art. 101; *Marruecos* (2), art. 1248; *República de Moldova* (3), art. 28, 2, b); *Paraguay* (1), arts. 247 y 248; *Suiza* (3), art. 219, y *Venezuela* (1), art. 158. Asimismo, los Gobiernos del Japón y Suecia han indicado que la protección por medio de un privilegio se limita a los créditos devengados durante los últimos seis meses de servicio del trabajador. Análogamente, en los Estados Unidos, en *Kansas* (21), art. 44-312, el trato preferencial de los salarios de los trabajadores en caso de insolvencia se extiende a seis meses de salarios, mientras que en *Utah* (52), art. 34-26-1, se consideran créditos privilegiados los salarios adeudados a los trabajadores por el trabajo realizado en los cinco meses inmediatamente anteriores a la cesación de la actividad comercial o al comienzo de la cesación de pago.

⁸² (2), art. 9-3.

⁸³ (2), art. 722, 1). Lo mismo ocurre en *Côte d'Ivoire* (1), art. 33, 2); *Líbano* (1), art. 48, y *Malí* (1), art. L.113.

⁸⁴ (1), art. 128, 4); (2), art. 374.

⁸⁵ (7), art. 1345, 2).

⁸⁶ (1), art. 108.

⁸⁷ (1), art. 221.

⁸⁸ (2), art. 206. En *Guyana* (2), art. 39, 1, d), f), de acuerdo con el orden de distribución de los activos de empleador insolvente, en el caso de que los activos hayan sido obtenidos por la venta de una plantación, los salarios de los trabajadores empleados en ella correspondientes a los tres meses anteriores al nombramiento del síndico estarán protegidos por medio de un privilegio. Los salarios de todo trabajador empleado en una mina, la tala de árboles o la recolección del caucho constituyen créditos preferentes en cuanto a los servicios prestados durante los cuatro meses anteriores a la fecha del nombramiento del síndico, mientras que los vendedores en tiendas de venta al por menor y los trabajadores del servicio doméstico gozarán del privilegio por el período correspondiente a los dos meses anteriores a esa fecha.

meses anteriores a la quiebra. Por el contrario, en *Uruguay*⁸⁹, el período protegido es de seis meses para los créditos de los obreros y de un año para los créditos de abogados, médicos, procuradores, trabajadores dependientes y trabajadores del servicio doméstico. La situación es diferente en *Uganda*⁹⁰, donde la extensión del período de protección depende de la nacionalidad u origen del trabajador, puesto que los créditos preferentes incluyen los salarios de los trabajadores que no excedan de una suma determinada correspondiente al trabajo realizado durante los últimos cuatro meses anteriores a la fecha de nombramiento del síndico, mientras que para el caso de un trabajador africano, se protege el período correspondiente a los últimos 12 meses anteriores a esa fecha.

1.4.1.2. Créditos laborales correspondientes al trabajo realizado con posterioridad a la fecha de referencia

320. Según los términos del párrafo 1 del artículo 11 del Convenio, el privilegio se limita a los salarios correspondientes a los servicios prestados durante un período anterior a la fecha de inicio de los procedimientos de quiebra, conocida como «fecha de referencia». En la época en que la quiebra implicaba la clausura inmediata del establecimiento y la terminación de la relación de trabajo de los trabajadores, no se planteaba el problema de la protección de los salarios correspondientes al trabajo realizado con posterioridad. La empresa del empleador insolvente dejaba de funcionar y todos los trabajadores eran automáticamente despedidos. Era natural entonces, que se limitara el trato preferencial de los créditos laborales a aquellos correspondientes a servicios prestados con anterioridad a la quiebra o liquidación judicial. La práctica moderna ha puesto en evidencia, sin embargo, la necesidad de proteger los créditos correspondientes al trabajo efectuado con posterioridad a la fecha de referencia, puesto que la legislación de numerosos países permite actualmente que las empresas insolventes continúen funcionando ya sea temporalmente mientras se lleva a cabo la liquidación o bien a partir de nuevos elementos tendientes a mejorar la situación financiera. Se ha pasado de la tendencia a la liquidación a una tendencia a la rehabilitación de la empresa en crisis por lo que es usual encontrar en la actualidad trabajadores que continúen prestando sus servicios luego de la suspensión de pagos y la iniciación de los procedimientos. En consecuencia, se hace necesario extender la protección por medio de un privilegio a los créditos posteriores a la fecha de referencia.

321. La legislación de numerosos países trata a los salarios correspondientes a servicios prestados con posterioridad al comienzo de los procedimientos como gastos administrativos o gastos de la quiebra. Por ejemplo,

⁸⁹ (15), art. 2369, 4); (16), art. 1732, 4).

⁹⁰ (3), art. 37, 1, *d*); (4), art. 314.

en *Bulgaria*⁹¹, los gastos de la quiebra, incluidos los salarios adeudados a los trabajadores cuando la empresa del deudor continúa funcionando, se ubican en el tercer lugar y tienen por lo tanto un rango superior al de los créditos correspondientes al trabajo realizado con anterioridad al comienzo de los procedimientos de quiebra. En *Austria*⁹², la legislación considera créditos preferentes únicamente aquellos créditos laborales correspondientes al período posterior a la iniciación de los procedimientos de quiebra, puesto que los créditos anteriores a dicha fecha quedan cubiertos — como será explicado más abajo — por el fondo de garantía salarial y son considerados deudas de la masa de la quiebra, de la misma manera que las costas del procedimiento de quiebra, los impuestos y las cotizaciones al seguro social.

1.4.2. Limitaciones pecuniarias

322. Existen dos tipos principales de limitaciones pecuniarias a la protección por medio de un privilegio de los créditos laborales: un tope en efectivo, es decir una suma determinada, y un límite móvil definido con arreglo a cifras tales como el salario mínimo interprofesional o el salario máximo mensual utilizado para calcular las contribuciones a la seguridad social. En este último caso, el límite no requiere un ajuste periódico sino que se modifica automáticamente cada vez que la suma establecida como referencia es modificada. En *España*⁹³, por ejemplo, la protección por medio de un privilegio, distinta de la protección por medio del «superprivilegio», se limita a la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días de salario pendientes de pago. En *Malta*⁹⁴, los créditos laborales de hasta 200 liras constituyen créditos preferentes y deben pagarse antes que los demás créditos. En *Australia*⁹⁵, la legislación relativa a la quiebra, referida a la insolvencia de personas físicas y no de personas jurídicas, estipula un tope en dinero para las sumas adeudadas en concepto de salarios (excluidas las sumas correspondientes a licencia por antigüedad, licencia ampliada, licencia anual, licencia de esparcimiento o licencia por enfermedad) fijado en 1.500 dólares por cada trabajador o la suma mayor que sea establecida por la reglamentación. Por el contrario, la legislación sobre insolvencia de personas jurídicas establece un límite máximo aplicable únicamente a las prestaciones de quienes fueron directores de la compañía y sus parientes, dentro de los 12 meses anteriores al comienzo de la liquidación, limitando los montos que pueden pagarse a 2.000 dólares respecto de los salarios y 1.500 dólares respecto de las licencias. En

⁹¹ (2), art. 723.

⁹² (3), art. 46, 1); (4), art. 23, 1).

⁹³ (1), art. 32, 3).

⁹⁴ (1), art. 27.

⁹⁵ (3), art. 109, 1, e); (4), art. 556, 1A), 1B).

Seychelles⁹⁶, la protección de los créditos laborales se limita a la suma máxima de 30.000 rupias por trabajador.

323. Asimismo, en *Benin*⁹⁷, *Burkina Faso*⁹⁸ y *Congo*⁹⁹, el monto protegido por medio de un privilegio se limita a la fracción inembargable del salario. Cabe señalar, en este sentido, que de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 del Convenio núm. 173, ratificado por *Burkina Faso* en 1999 con respecto a la Parte II, se podrá limitar el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito que no deberá ser inferior «a un mínimo socialmente aceptable». El párrafo 4 de la Recomendación núm. 180, por su parte, contiene algunos lineamientos sobre lo que puede constituir objetivamente un mínimo socialmente aceptable y se refiere a variables tales como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirva de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria. Se considera que, puesto que la fracción inembargable del salario corresponde por definición a la suma mínima necesaria para la manutención del trabajador y su familia, puede ser tomado como un criterio válido para la determinación del mínimo socialmente aceptable de protección del salario del trabajador en caso de quiebra o insolvencia del empleador.

1.4.3. Más de una limitación

324. En muchos países, la legislación establece límites tanto respecto de la suma máxima protegida como del período de servicio máximo cubierto. Este es el caso, por ejemplo, de *Malasia*¹⁰⁰, en donde el privilegio se extiende a todos los salarios o jornales (incluidas las prestaciones o comisiones) que no excedan de 1.500 ringgit o la suma que sea fijada periódicamente sobre la base del tiempo de trabajo o del trabajo a destajo con respecto a los servicios prestados dentro del período de cuatro meses anteriores al comienzo de la liquidación de la

⁹⁶ (1), art. 37.

⁹⁷ (1), art. 228.

⁹⁸ (1), art. 117.

⁹⁹ (2), art. 92.

¹⁰⁰ (2), art. 292, 1), *b*). Análogamente, en *Kenya* (3), art. 38, 1), *c*), *d*); (4), art. 311, 1) *c*), 2), se otorga un trato preferente a los salarios o jornales de los trabajadores, empleados administrativos y trabajadores domésticos con respecto a los servicios prestados durante los últimos cuatro meses anteriores a la fecha de referencia, que no excedan de 4.000 chelines, mientras que en el Reino Unido: (4), anexo 6, art. 9, entre los créditos privilegiados se incluye a los créditos por salarios correspondientes a los cuatro últimos meses anteriores a la fecha de referencia, o a una suma que no exceda de 800 libras. La legislación de Guernsey (13), art. 1, 1) *b*), establece un límite de cuatro meses de salario o una suma máxima de 1.500 libras mientras que en Jersey (20), art. 32, 1), *b*), el privilegio cubre los salarios adeudados hasta un período de seis meses o una suma de 2.000 libras.

empresa insolvente. En *Botswana*¹⁰¹ se protege con privilegio los créditos laborales por el período equivalente a un mes de salario más el mes de salario correspondiente al momento del secuestro de los bienes para los trabajadores empleados por mes y a una semana de salarios más la semana correspondiente al momento del secuestro de los bienes para los trabajadores empleados por semana, por una suma que no exceda de 100 pula. En *Bahamas*¹⁰² y *Barbados*¹⁰³, cuando se trate de empleados o sirvientes, se deberá pagar con preferencia una suma equivalente a cuatro meses de salarios o la suma que se establezca, la que sea de menor cuantía, con preferencia a otros créditos sin privilegio, mientras que cuando se trate de peones u obreros, los créditos privilegiados se limitan a dos meses de salarios o la mitad de la suma estipulada para los empleados o sirvientes.

325. En Canadá¹⁰⁴, la legislación federal confiere preferencia a los créditos correspondientes a los salarios, jornales, comisiones o indemnizaciones de los empleados administrativos, trabajadores domésticos, agentes de ventas de viajes, jornaleros u obreros por los servicios prestados durante los seis meses inmediatamente anteriores a la quiebra por un monto de hasta 2.000 dólares en cada caso. En *Chipre*¹⁰⁵, el trato preferencial de los créditos laborales se limita a un período de 18 semanas anteriores al nombramiento del síndico, o a una suma que no exceda de 18 veces el doble de la remuneración sujeta a cotización al seguro. En *Croacia*¹⁰⁶, sólo están protegidos los créditos salariales correspondientes a los últimos tres meses anteriores a la iniciación de los procedimientos de quiebra o a la terminación de la relación de trabajo hasta una suma equivalente, para un mes de salario, a dos tercios del salario promedio mensual nacional. En *Singapur*¹⁰⁷, el monto de los créditos laborales protegido por medio de un privilegio frente a los demás créditos ordinarios no podrá exceder de una suma equivalente a cinco meses de salario o 7.500 dólares, la que sea de menor cuantía. En *Nueva Zelanda*¹⁰⁸, los salarios de los trabajadores y las vacaciones pagadas están protegidos por un período de hasta cuatro meses

¹⁰¹ (3), art. 85, 1). Análogamente, en *Zimbabwe* (2), art. 105, 1), el trato preferencial de los créditos laborales se limita a tres meses para los trabajadores contratados por mes y cuatro semanas para los trabajadores cuya remuneración se calcule por semana, hasta la suma de 400 dólares.

¹⁰² (2), art. 30; (3), art. 159, 1), b), c). Lo mismo ocurre en *Dominica* (3), art. 37, 1), b), c); *Guyana* (3) art. 225, 1), b), c); *Nigeria* (3), art. 36, 1), b); (2), art. 494, 1), c), d); *Sri Lanka* (3), art. 347, 1), f); *Uganda* (3), art. 37, 1), c), d).

¹⁰³ (3), art. 34, 1), b), c).

¹⁰⁴ (3), art. 136, 1), b).

¹⁰⁵ (4), art. 38, 1), b); (5) art. 300, 1), b).

¹⁰⁶ (1), art. 86, 1), 2).

¹⁰⁷ (1) art. 33, 4); (2), art. 328, 2).

¹⁰⁸ (2), art. 104, 1), d); (3), art. 312, 1), anexo 7. De acuerdo con la memoria del Gobierno, el límite de 6.000 dólares para la prioridad de los créditos laborales será elevado en el corto plazo a 15.000 dólares.

anterior a la declaración de quiebra o hasta un monto de 6.000 dólares. En los Estados Unidos¹⁰⁹, con arreglo al Código Federal de Quiebras, se otorga preferencia a los salarios devengados dentro de los 90 días anteriores a la fecha de pedido de la quiebra o de la fecha de cesación de la actividad comercial del deudor por una suma máxima de 4.000 dólares por cada trabajador.

326. Por último, cabe mencionar que en algunos países tales como *Belarús, Chile, China, Colombia, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ecuador, Egipto, El Salvador, Estonia, Filipinas, Guinea-Bissau, Hungría, Iraq, Jamahiriya Arabe Libia, Nicaragua, Omán, Panamá, Perú, Federación de Rusia, República Arabe Siria y Ucrania*, la legislación no contiene disposición alguna sobre el período máximo de servicio o el monto máximo para los créditos laborales preferentes, o no existe información disponible sobre este punto.

1.5. Ejercicio del privilegio sobre los bienes del deudor

327. A menudo se efectúa una distinción entre privilegios generales y especiales, según el tipo de bienes sobre los que puedan ejercerse. Los privilegios generales se ejercen sobre la totalidad de los bienes del deudor y los privilegios especiales sólo pueden ejercerse sobre un bien determinado.

328. En la mayoría de los países, los créditos laborales están protegidos con un privilegio general que puede ejercerse sobre todos los bienes del deudor, tanto muebles como inmuebles. Este es el caso, por ejemplo, de *Brasil*¹¹⁰, *Côte d'Ivoire*¹¹¹, *Ecuador*¹¹², *Egipto*¹¹³, *Gabón*¹¹⁴, *México*¹¹⁵, *Níger*¹¹⁶, *Seychelles*¹¹⁷ y *Venezuela*¹¹⁸.

¹⁰⁹ En el ámbito estatal, los límites de los créditos preferentes varían entre 60 días de salario o una suma de 100 dólares en Washington (55), art. 49.56.010, a tres meses de salario o 600 dólares en Indiana (19), art. 22-2-10-1. En Arizona (7), art. 23-354, la legislación confiere preferencia a los salarios que no excedan de 200 dólares por los servicios prestados dentro de los 60 días anteriores al procedimiento de insolvencia, mientras que en Idaho (17), art. 45-602, el límite ha sido fijado en 60 días de salario o 500 dólares. Asimismo, en Rhode Island (47), art. 28-14-6.1, tienen preferencia los salarios impagados que no excedan de 300 dólares devengados en los últimos tres meses

¹¹⁰ (6), art. 102. Este es igualmente el caso de *Bolivia* (7), art. 1345; *Burkina Faso* (1), art. 117; *República Centroafricana* (1), art. 108; *Chad* (1), art. 268; *Congo* (2), art. 92; *República Democrática del Congo* (1), art. 91; *República Dominicana* (1) art. 207; *Guatemala* (2), art. 101; *Jamahiriya Arabe Libia* (1), art. 60; *Madagascar* (1), art. 77; *Mauricio* (3), arts. 2148 y 2152; *República Arabe Siria* (1), art. 8; *Rwanda* (1), art. 102; *Togo* (1), art. 99.

¹¹¹ (1), art. 33, 2).

¹¹² (3), arts. 2391 y 2399.

¹¹³ (1), art. 5.

¹¹⁴ (1), art. 156.

¹¹⁵ (2), art. 113.

¹¹⁶ (1), art. 166.

¹¹⁷ (2), arts. 2101 y 2104.

¹¹⁸ (1), arts. 158 a 160; (2), art. 101; (3), art. 1870.

329. En algunos países la legislación otorga a los créditos laborales un privilegio general limitado a los bienes muebles. Por ejemplo, en *Guinea*¹¹⁹, los créditos laborales de los trabajadores y aprendices correspondientes al año en el que se produjo la insolvencia y al año anterior a éste tienen un privilegio que recae únicamente sobre los bienes muebles del deudor.

330. A menudo se concede un privilegio especial a la gente de mar con respecto a los salarios correspondientes al último viaje, que puede ejercerse sobre los buques en que se desempeñaron. Asimismo, se concede un privilegio especial a los albañiles, carpinteros y otros trabajadores de la construcción, sobre la propiedad que construyeron o repararon, y a los trabajadores agrícolas, sobre la cosecha¹²⁰. En *Madagascar*¹²¹, además de las categorías antes mencionadas, se concede un privilegio especial a los asistentes empleados por trabajadores domésticos. En *Argentina*¹²² y *Mauricio*¹²³, los arquitectos, las empresas de construcción, los albañiles y otros trabajadores gozan de un privilegio especial que recae sobre los edificios u otras obras de construcción realizadas por cuenta del deudor por la suma correspondiente a sus honorarios o salarios. En *Bolivia*¹²⁴, los trabajadores del transporte cuentan con un privilegio sobre los bienes transportados.

2. Protección de los créditos laborales por medio de instituciones de garantía

2.1. Deficiencias del sistema de privilegio y necesidad de revisión del Convenio núm. 95

331. A lo largo de los años, la protección de los créditos laborales en caso de quiebra por medio de un privilegio ha demostrado no ser lo suficientemente adecuada. En este sentido, el artículo 11 del Convenio núm. 95 ha sido criticado desde distintos puntos de vista. En primer lugar, es lisa y llanamente ineficaz en los casos en que no hay suficientes bienes realizables en la masa de la quiebra. En segundo lugar, si bien se refiere a la relación de prioridad de los créditos laborales no establece un rango mínimo. Igualmente, esta disposición reconoce la posibilidad de establecer limitaciones al privilegio, sin fijar un mínimo socialmente aceptable de protección. Por último, no trata la cuestión de los

¹¹⁹ (1), art. 226.

¹²⁰ Este es el caso, por ejemplo, de *Djibouti* (1), art. 103; *Guinea* (1), art. 224; *Malí* (1), art. L.116, y *Togo* (1), art. 99.

¹²¹ (1), art. 83.

¹²² (1), art. 271.

¹²³ (3), art. 2151.

¹²⁴ (7), art. 1349, 3).

créditos laborales correspondientes al trabajo realizado con posterioridad a la cesación de pagos en las situaciones en que ésta no implica necesariamente la clausura de la empresa¹²⁵. A raíz de estas consideraciones, se hizo evidente que el sistema de privilegios aunque fuese mejorado o fortalecido, no lograría asegurar el pago completo y definitivo de los créditos laborales y que, en consecuencia, era necesario establecer nuevas garantías para el pago de tales créditos.

332. Asimismo, los numerosos cambios ocurridos en la práctica y la legislación nacionales desde la adopción del Convenio núm. 95 hacían necesaria la adopción de nuevas normas. En primer término, la legislación laboral de numerosos países extendió la protección de los salarios a varios tipos de primas y prestaciones. Luego, se produjeron notables progresos en cuanto al grado de prioridad otorgado a los créditos laborales, los que progresivamente obtuvieron una preferencia superior a la de los demás privilegios. Por último, desde 1967 se establecieron numerosos sistemas de garantía salarial para brindar protección a los créditos laborales por medio de la intervención de una institución independiente.

333. Además, se fue generalizando progresivamente otra objeción relativa a la filosofía subyacente al sistema de privilegios: el único objetivo de los procedimientos de quiebra bajo el sistema de privilegios es el de organizar la liquidación de la empresa en crisis a fin de realizar la venta de sus activos y poder satisfacer los créditos de los acreedores. Actualmente, sin embargo, se acepta de manera prácticamente universal que tales procedimientos deberían estar más bien destinados a rescatar las empresas en dificultades entendiendo que en la mayoría de los casos es más conveniente desde los puntos de vista económico y social mantener la empresa a flote separando su suerte de la de su propietario. Bajo la influencia de la denominada «cultura del rescate», se ha considerado que el sistema de privilegios ha sido considerado no sólo inadecuado en la práctica sino también como una concepción inadecuada.

2.2. De los créditos privilegiados a las garantías salariales: Convenio núm. 173 de la OIT

334. El Convenio núm. 173 es uno de los pocos instrumentos de la OIT dotado de diferentes partes que pueden ser ratificadas conjunta o separadamente. Contiene dos grupos distintos de normas que tratan, por un lado, de la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, y por otro, de la protección

¹²⁵ Para un análisis crítico del sistema de privilegios, véase Arturo Bronstein, Protección de los Créditos Laborales en caso de Insolvencia del Empleador: del derecho civil a la seguridad social, en *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 126, 1987, págs. 491-509. Véase igualmente Report of the Meeting of Experts on the Protection of Workers in the Event of the Insolvency of their Employer, MEWPI/1985/D.3/Rev., párrafos 29-36.

a través de la intervención de una institución independiente de garantía. Este instrumento de doble alcance se basa en un enfoque flexible que permite a los Estados Miembros elegir el sistema de protección más adecuado a sus necesidades e intereses. Al ratificar el Convenio, cada Estado Miembro deberá aceptar, ya sea las obligaciones de la Parte II, relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, ya sea las obligaciones de la Parte III, relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía. Al mismo tiempo, nada impide que un Miembro que inicialmente haya aceptado una de las dos partes acepte posteriormente la otra ¹²⁶.

335. En cuanto al sistema de privilegios, el Convenio núm. 173 implica una clara mejora de las disposiciones contenidas en el Convenio núm. 95 en tres aspectos diferentes. En primer lugar, define la cobertura mínima del privilegio, a saber: *a)* los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; *b)* las sumas adeudadas en concepto de vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en el curso del año en el que ha sobrevenido la insolvencia o la terminación de la relación de trabajo, así como las correspondientes al año anterior; *c)* las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas (por ejemplo, licencias por enfermedad o maternidad) correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a tres meses, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; y *d)* las indemnizaciones por fin de servicios ¹²⁷. En segundo lugar, el Convenio exige que la legislación nacional atribuya a los créditos laborales un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados, y en particular a los del Estado y de la seguridad social por atraso en el pago de

¹²⁶ Sobre las discusiones de la Conferencia que precedieron a la adopción del Convenio, véanse CIT, 78.^a reunión, 1991, *Actas de las sesiones*, págs. 20/1-20/27, 26/2-26/6 y CIT, 79.^a reunión, 1992, *Actas de las sesiones*, págs. 25/1-25/40, 30/2-30/8. El Convenio núm. 173 entró en vigor el 8 de junio de 1995. Hasta la fecha, ha sido ratificado por 14 Miembros, nueve de los cuales sólo han aceptado las obligaciones de la Parte II, tres han aceptado solamente las obligaciones de la Parte III y dos han decidido aplicar las disposiciones de ambas Partes. Es interesante destacar que Australia y *Eslovaquia*, a pesar de que hasta la fecha sólo han aceptado las obligaciones de la Parte II del Convenio relativa a la protección de los créditos laborales por medio de un privilegio, cuentan igualmente con sistemas de garantía salarial en funcionamiento. Para información completa sobre los Estados Miembros que han ratificado el Convenio, véase el anexo I.

¹²⁷ Con arreglo a los términos de la Recomendación, el privilegio debería cubrir igualmente las primas por horas extraordinarias, las comisiones y otras modalidades de remuneración así como las primas de fin de año y otras primas correspondientes a un período determinado que no debería ser inferior a los 12 meses anteriores a la insolvencia, todo pago adeudado en sustitución del preaviso de despido y las indemnizaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, cuando corran directamente a cargo del empleador. Asimismo, deben quedar cubiertos otros créditos como las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social y otros regímenes de protección social.

impuestos y cotizaciones ¹²⁸. En tercer lugar, el Convenio especifica que cuando la legislación nacional limite el alcance del privilegio de los créditos laborales a un monto prescrito, éste no deberá ser inferior a un mínimo socialmente aceptable. Este monto deberá, en consecuencia, ser reajustado cuando proceda para mantener su valor ¹²⁹.

336. Con respecto a las instituciones de garantía salarial, el Convenio núm. 173 establece que los mismos deberán cubrir como mínimo: *a)* los salarios correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; *b)* las sumas adeudadas en concepto de las vacaciones pagadas correspondientes al trabajo efectuado en un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo; *c)* las sumas adeudadas en concepto de otras ausencias retribuidas correspondientes a un período determinado, que no deberá ser inferior a ocho semanas, precedente a la insolvencia o a la terminación de la relación de trabajo, y *d)* las indemnizaciones por fin de servicios. El monto mínimo cubierto por una institución de garantía salarial es más limitado que el protegido por un sistema de privilegio puesto que la institución de garantía brinda una seguridad de pago que no existe en el caso del privilegio. El Convenio permite la limitación a un cierto monto del crédito garantizado pero exige que dicho monto no sea inferior a un mínimo socialmente aceptable y sea ajustado cuando proceda a fin de mantener su valor.

337. La Recomendación núm. 180 destaca los principios fundamentales del funcionamiento, la administración y la financiación de las instituciones de garantía: en primer lugar, éstas deberían tener autonomía administrativa, financiera y jurídica con respecto al empleador. En segundo lugar, los empleadores deberían contribuir a su financiación, a menos que ésta esté asegurada íntegramente por los poderes públicos, y los fondos reunidos deberían utilizarse exclusivamente con el fin de satisfacer los créditos correspondientes a salarios no pagados. En tercer lugar, los pagos deberían realizarse independientemente de que el empleador insolvente haya cumplido o no con sus obligaciones respecto de la institución de garantía.

¹²⁸ El Convenio establece, sin embargo, que cuando los créditos laborales están protegidos por una institución de garantía, se podrá atribuir a los créditos así protegidos un rango de privilegio menos elevado que el de los créditos del Estado y la seguridad social.

¹²⁹ En este sentido, la Recomendación estipula que a fin de fijar el monto considerado un mínimo socialmente aceptable, debería tenerse en cuenta variables como el salario mínimo, la fracción inembargable del salario, el salario que sirve de base para calcular las cotizaciones a la seguridad social o el salario medio en la industria. Cabe destacar otras disposiciones de la Recomendación que tratan de los créditos vencidos después de la fecha de iniciación del procedimiento de insolvencia cuando se autorice la continuación de las actividades de la empresa, e igualmente el problema de los procedimientos de pronto pago cuando el procedimiento de insolvencia no permita asegurar el pago rápido de los créditos laborales protegidos por un privilegio.

**5.1. Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,
de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE
del Consejo sobre la aproximación de las legislaciones de
los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores
asalariados en caso de insolvencia del empresario**

Artículo 1

1. La presente directiva se aplicará a los créditos a favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentran en estado de insolvencia, en el sentido del apartado 1 del artículo 2. [...]

Artículo 2

1. A los efectos de la presente Directiva, un empresario será considerado insolvente cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario, previsto por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, que implique el desapoderamiento parcial o total de éste y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, y la autoridad competente, en virtud de dichas disposiciones: *a)* haya decidido la apertura del procedimiento; o *b)* haya comprobado el cierre definitivo de la empresa o del centro de trabajo del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento. [...]

Artículo 3

Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, incluidas las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno. Los créditos tenidos en cuenta por la institución de garantía serán las remuneraciones impagadas correspondientes a un período situado antes o en su caso, después de una fecha determinada por los miembros o antes y después de la misma.

Artículo 4

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

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

3. Además, los Estados miembros podrán establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía. Estos límites no podrán ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la presente Directiva. Cuando los Estados miembros hagan uso de esa facultad, comunicarán a la Comisión los métodos utilizados para establecer dicho límite.

(Continúa en la página siguiente.)

Artículo 8(bis)

1. Cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia en el sentido del apartado 1 del artículo 2, la institución competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores será la del Estado miembro en cuyo territorio éstos ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo.
2. La extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente.
3. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar que, en los casos previstos en el apartado 1, las decisiones adoptadas en el marco de un procedimiento de insolvencia previsto en el apartado 1 del artículo 2, cuya apertura se haya solicitado en otro Estado miembro, se tengan en cuenta para determinar el estado de insolvencia del empresario en el sentido de la presente Directiva. [...]

338. Es oportuno mencionar que las normas establecidas en la Parte III del Convenio relativas a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía guardan cierta similitud con las disposiciones de la Directiva del Consejo Europeo núm. 80/987/EEC del 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. La Directiva establece que los Estados Miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer instituciones de garantía que aseguren el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados correspondientes a un período determinado. A fin de limitar la duración de la garantía, los Estados Miembros pueden elegir entre tres fechas alternativas que determinan el comienzo del período de referencia dentro del cual debe quedar comprendido el período mínimo de remuneración garantizada. La Directiva permite igualmente a los Estados Miembros establecer un tope para la garantía de pago de los créditos impagados de los trabajadores, y sienta los principios de funcionamiento de las instituciones de garantía, a saber, independencia financiera, contribución de los empresarios a la financiación y obligación de pago independientemente del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación ¹³⁰.

¹³⁰ En septiembre de 2002, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptaron la Directiva 2002/74/CE que modifica la Directiva 80/987/CEE, con la finalidad de adaptar su contenido a las nuevas tendencias existentes en materia de leyes de insolvencia en los Estados Miembros y de reflejar más fielmente otras directivas de la Comunidad adoptadas desde 1980 y los casos recientes tratados por la Corte de Justicia. La nueva Directiva propone una definición más amplia de insolvencia a fin de cubrir no sólo los procedimientos de quiebra o liquidación sino también otros procedimientos de insolvencia colectiva. Asimismo, extiende el ámbito de protección respecto de los trabajadores cubiertos al estipular que los Estados Miembros no podrán excluir a los trabajadores a tiempo parcial, los trabajadores con contratos de duración determinada o los trabajadores con una relación de empleo temporal del ámbito de aplicación de las

339. En general, la revisión parcial del artículo 11 del Convenio núm. 95 ha dado como resultado un instrumento flexible que establece normas sensiblemente más elevadas de protección y ofrece respuestas modernas a los desafíos actuales al regular la insolvencia de las empresas. La Comisión considera que el Convenio núm. 173 constituye una respuesta sólida y ambiciosa a los problemas de protección social en caso de insolvencia, cada vez más comunes en el contexto de la economía globalizada y en los períodos de recesión. Aporta nuevos elementos al sistema de privilegios, introduce nuevos métodos de protección por medio de los fondos de garantía salarial y deja un amplio margen a la discreción de los Estados Miembros en cuanto a la aplicación de las normas. De la información disponible se desprende que muchos países, en particular aquellos que durante la última década han experimentado cambios estructurales inspirados en la economía de mercado, se encuentran actualmente en el proceso de establecer instituciones de garantía salarial o bien llevan a cabo discusiones con los interlocutores sociales con el fin de establecer tales instituciones en un futuro cercano. La Comisión observa asimismo que en algunos casos se ha solicitado la asistencia técnica de la Oficina para la elaboración de leyes o la difusión de información relativa a experiencias similares en otros países. La Comisión está convencida de que, como se explicará en el capítulo IX más abajo, la tasa de aceptación del Convenio núm. 173 se incrementará de manera significativa en los años venideros. La Comisión solicita a la Oficina realizar mayores esfuerzos para asistir a los Estados Miembros en la elaboración de regímenes efectivos para los casos de insolvencia que estén en conformidad con las disposiciones del Convenio.

2.3. Fondos de garantía salarial

340. Las instituciones de garantía salarial tienden a proteger los trabajadores que de otro modo no podrían hacer efectivos sus derechos por medio de la imposición de una carga a todas las empresas, incluso a aquellas que son solventes y cumplen puntualmente con sus obligaciones. Tales instituciones fueron

disposiciones pertinentes de las directivas. Asimismo, la nueva Directiva tiende a simplificar las disposiciones relativas a los límites temporarios aplicables a los créditos privilegiados estableciendo un período mínimo (tres meses) y dejando a los Estados Miembros la responsabilidad de establecer una fecha de referencia, entendiéndose que dicho período no necesariamente se refiere únicamente a los salarios devengados con anterioridad a dicha fecha sino que también puede cubrir créditos correspondientes al trabajo realizado con posterioridad a la misma. Por último, la Directiva se refiere a la cuestión de la jurisdicción en los casos de insolvencia internacional. En este sentido, véase igualmente la regulación del Consejo Europeo (EC) núm. 1346/2000 del 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia, que entró en vigor en mayo de 2002 y que tiende a mejorar y acelerar los procedimientos de insolvencia con efectos internacionales. Para mayor información sobre este tema véase Pierre Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, 2002, págs. 490-494.

introducidas por primera vez en Europa Occidental a fines de los años sesenta y comienzos de los setenta. *Bélgica* fue el primer país en establecer un fondo de garantía salarial, en 1967, seguido por los *Países Bajos* en 1968, Suecia en 1970, Dinamarca en 1972 y Finlandia, *Francia* y *Noruega* en 1973. Otra serie de países como *Australia*, *Austria*, *República Checa*, *República de Corea*, *Eslovaquia*, *España*, *Estonia*, *Grecia*, *Israel*, *Italia*, *Japón*, *Lituania*, *Luxemburgo*, *Polonia* y *Suiza* cuentan igualmente con instituciones de garantía en funcionamiento.

2.3.1. Alcance de la garantía salarial

341. Como regla general, todos los trabajadores pueden beneficiarse de las instituciones de garantía salarial. En algunos casos, sin embargo, las personas que ocupan puestos directivos o que tienen un grado de parentesco cercano con el empleador insolvente quedan excluidas de los mismos a fin de evitar abusos. En *Austria*¹³¹, por ejemplo, el personal directivo y los ejecutivos que ejercen una influencia decisiva en el funcionamiento de la compañía, así como los socios con poder de supervisar el funcionamiento de la compañía, no tienen derecho a recibir pagos del Fondo de Compensación de Insolvencia. Análogamente, en *Suiza*¹³², el sistema de pagos en caso de insolvencia no se aplica al personal directivo, a las personas con participación financiera en la empresa ni a los cónyuges empleados en la misma empresa. En *Australia*¹³³, los «trabajadores

¹³¹ (2), art. 1, 6). Análogamente, el Gobierno de Finlandia ha indicado que la garantía salarial acordada por la ley de garantía salarial no se aplica a los directores de una empresa, al socio general de una sociedad limitada ni a todo aquel que ocupe puestos de dirección. En el Reino Unido: *Isla de Man* (14), art. 70, no se efectuará pago alguno a quien, en cualquier momento durante los 12 meses anteriores a la insolvencia, haya sido director de la empresa o propietario de la mitad o más de las acciones de capital de la compañía, o de otra empresa que en ese momento tenía el control directo o indirecto de la misma.

¹³² (4), art. 51, 2). En este sentido, es interesante subrayar que la nueva Directiva 2002/74/CE de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, establece la posibilidad de rechazar o reducir la obligación de la institución de garantía «en los casos en que los trabajadores asalariados, por sí mismos o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades».

¹³³ Véase Acuerdos operativos del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS) y Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), art. 5.1. El GEERS fue establecido en septiembre de 2001 para ocuparse de los créditos correspondientes a despidos debidos a insolvencias que hayan tenido lugar a partir del 12 de septiembre de 2001 mientras que el EESS, establecido en febrero de 2000, continúa aplicándose a los créditos correspondientes a despidos debidos a insolvencias producidas a partir de enero de 2000 hasta el 11 de septiembre de 2001 inclusive. Los acuerdos operativos de estos sistemas pueden verse en <http://www.workplace.gov.au/>. Análogamente, en los Estados Unidos, algunas leyes estatales establecen específicamente que ni los ejecutivos o directores de una empresa, ni el socio de una sociedad ni el propietario cuando se trate de una empresa de propiedad de una sola persona serán considerados trabajadores a los fines del fondo de garantía salarial; véase, por ejemplo, *Maine* (25), art. 632(1).

excluidos» (el accionista que ocupaba el puesto de director ejecutivo de la empresa, un pariente del director ejecutivo o del antiguo empleador), no están en condiciones de recibir pagos de las instituciones existentes. El término «pariente» comprende el cónyuge, los parientes en línea recta ascendente y descendente y los hermanos del trabajador. Asimismo, el Gobierno de *España* indicó, al ratificar el Convenio núm. 173, que excluía al personal del servicio doméstico de la aplicación de la Parte III relativa a la protección de los créditos laborales por una institución de garantía.

342. La naturaleza de los créditos laborales cubiertos por los fondos de garantía varía de manera considerable. Con respecto a los salarios, la mayoría de las instituciones garantiza el pago de todos los elementos de la remuneración, incluido el salario básico, sobresueldo, primas, incrementos, vacaciones pagadas y licencias por enfermedad, y las indemnizaciones por terminación de la relación de trabajo como la indemnización por fin de servicios. Este es el caso, por ejemplo, en la *República Checa*¹³⁴, *Israel*¹³⁵, y *Polonia*¹³⁶. En *Australia*¹³⁷, los pagos a los trabajadores que reúnen los requisitos necesarios cubren los salarios adeudados (incluidos los sobresueldos, como los correspondientes a cambios de turnos y horas extraordinarias), licencia anual, licencia por antigüedad, indemnización sustitutiva del preaviso e indemnización por despido por reducción de personal. Además de estos créditos, la legislación de *Austria*¹³⁸, *Eslovaquia*¹³⁹, *Noruega*¹⁴⁰, y *Suecia*¹⁴¹ garantiza todo gasto ocasionado por la iniciación de acciones para el cobro de tales créditos. Por el contrario, en *Finlandia*, *Grecia* y *Suiza*¹⁴², la legislación no garantiza el pago de indemnizaciones por fin de servicios. En *España*¹⁴³, sólo se garantiza el pago de la indemnización por despido.

2.3.2. Limitaciones a la garantía salarial

343. Al igual que en el sistema de privilegios, los pagos protegidos por los fondos de garantía están sujetos a limitaciones tanto con respecto a la

¹³⁴ (5), art. 3, *b*). Véanse igualmente República de Corea (2), art. 6(2); Dinamarca (1), art. 2, 1); Luxemburgo (2), art. 46, 2); Reino Unido: Isla de Man (14), art. 67(3) e Islas Malvinas (Falkland) (9), art. 100, 3).

¹³⁵ (2), art. 180; (1), art. 1.

¹³⁶ (2), art. 6, 2); (3), art. 1.

¹³⁷ Véase Acuerdos operativos del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS) y Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), art. 6.1.

¹³⁸ (2), art. 1, 2).

¹³⁹ (4), art. 64, *b*), 2), *i*).

¹⁴⁰ (3), art. 1.

¹⁴¹ (2), arts. 7 y 8.

¹⁴² (5), art. 5, 2).

¹⁴³ (1), arts. 26, 1), 33, 1) 2), 8), 50, 51 y 52, *c*).

extensión del período de servicio como a una suma determinada, o a una combinación de ambos criterios. Por ejemplo, el período de servicio protegido se limita a tres meses en la *República Checa*¹⁴⁴, *Eslovaquia*¹⁴⁵, *Finlandia*¹⁴⁶, *Italia*¹⁴⁷ y *Polonia*¹⁴⁸, y a seis meses en Luxemburgo¹⁴⁹, *Noruega*¹⁵⁰ y *Suiza*¹⁵¹. Por el contrario, en *Austria*¹⁵², el período de servicio protegido parece ser ilimitado, y sólo se excluye de la protección los seis meses anteriores al comienzo de los procedimientos de insolvencia o quiebra. En *Australia*¹⁵³, de acuerdo con el Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS), los créditos protegidos incluyen hasta cuatro semanas de salarios impagados, cuatro semanas de licencia anual, cuatro semanas de indemnización por reducción de personal, cinco semanas de indemnización sustitutiva del preaviso y 12 semanas de licencia por antigüedad. Por el contrario, con arreglo al Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), no existe un límite máximo con respecto al período de salarios adeudados salvo para la indemnización por reducción de personal que se limita a ocho semanas. En el Reino Unido¹⁵⁴, la protección cubre a las sumas adeudadas correspondientes a hasta ocho semanas y las vacaciones pagadas que no excedan de seis semanas. En los Estados Unidos¹⁵⁵, en el ámbito estatal, los límites varían usualmente entre dos semanas y dos meses.

¹⁴⁴ (5), art. 5, 1). Un trabajador puede reclamar un crédito por salarios adeudados contra el mismo empleador únicamente una vez en un período de tres años. Asimismo, en *Eslovenia* (2), art. 19 y *Grecia* (5), art. 5, 3) los créditos garantizados se limitan a los salarios impagados correspondientes a un período de tres meses anteriores a la fecha de terminación del contrato de trabajo. Análogamente, en la República de Corea (2), art. 6, 2); (3), art. 10, (1), los salarios de los últimos tres meses y las prestaciones por jubilación de los últimos tres años están garantizados por la ley de garantía de los créditos laborales.

¹⁴⁵ (6), art. 22, 4). Los créditos laborales no cubiertos por el fondo de garantía que corresponden a los tres años anteriores a la declaración de quiebra, son considerados créditos privilegiados de primera categoría y deberán ser satisfechos en forma previa a los impuestos y las contribuciones a la seguridad social.

¹⁴⁶ (2), art. 5.

¹⁴⁷ (2), art. 2, 1).

¹⁴⁸ (2), art. 6, 2).

¹⁴⁹ (2), art. 46, 2.

¹⁵⁰ (2), art. 9-3; (3), art. 1.

¹⁵¹ (3), art. 219.

¹⁵² (2), arts. 1, 3), 2, b).

¹⁵³ Véase Acuerdos operativos del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS) y Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), art. 6.1.

¹⁵⁴ (1), art. 184, 1). Este es también el caso de *Isla de Man* (14), art. 67, 3) a), c) e *Islas Malvinas (Falkland)* (9), art. 100, 3) a), c).

¹⁵⁵ Por ejemplo, en *Maine* (25), art. 632, el Fondo de Seguro Salarial cubre los salarios impagados por un máximo de dos semanas mientras que en *Oregón* (45), art. 652.414, el Fondo de

344. En algunos casos, los pagos garantizados no pueden exceder de una suma determinada de dinero o de un límite definido por referencia al salario mínimo nacional o la suma utilizada para el cálculo de las contribuciones a la seguridad social. Por ejemplo, en *Noruega*¹⁵⁶, el fondo de garantía salarial no cubre los créditos que exceden de tres veces el importe básico del seguro nacional, ajustado anualmente. En *España*¹⁵⁷, el pago garantizado no puede exceder del duplo del salario mínimo interprofesional diario multiplicado por el número de días de salario pendientes de pago, con un máximo de 120 días. En *Austria*¹⁵⁸, el monto máximo que puede ser pagado por el fondo no puede exceder de dos veces la suma máxima tomada como base para el cálculo de las contribuciones al sistema general de seguridad social. Esta suma es revisada anualmente a fin de tener en cuenta los cambios en los niveles de las jubilaciones. En Suiza¹⁵⁹, los pagos por insolvencia cubren los créditos laborales hasta un tope mensual equivalente a las ganancias máximas sujetas a contribución para el seguro por accidentes de trabajo. En la *República Checa*¹⁶⁰, la suma total correspondiente a salarios atrasados pagada a un trabajador en un mes no podrá exceder de una vez y media el salario nacional promedio correspondientes al año calendario precedente, de acuerdo a lo determinado anualmente por el decreto ministerial correspondiente. Asimismo, en Estonia¹⁶¹ y Lituania¹⁶², el monto cubierto por la garantía salarial se limita a tres meses de salario mínimo.

Garantía Salarial cubre los salarios impagados devengados dentro de los 60 días anteriores a la cesación de la actividad comercial por una suma máxima de 4.000 dólares.

¹⁵⁶ (3), art. 1. Análogamente, en *Italia* (2), art. 2, 2), los pagos efectuados por el Fondo de Garantía Salarial (CIG) no pueden exceder de una suma igual a tres veces el monto máximo del suplemento del ingreso mensual extraordinario, una vez realizados los descuentos correspondientes a la seguridad social.

¹⁵⁷ (1), art. 33, 1).

¹⁵⁸ (2), art. 1, 3).

¹⁵⁹ (4), art. 52.

¹⁶⁰ (5), art. 5, 2). Análogamente, en *Polonia* (2), art. 6, 2) el monto total financiado por el fondo para un período de un mes no deberá exceder del salario promedio correspondiente al trimestre anterior, mientras que en *Eslovaquia* (6), art. 22, 5) la compensación pagada no podrá superar la suma equivalente a tres veces el salario promedio mensual correspondiente al primer semestre del año calendario anterior.

¹⁶¹ (4), art. 20, 3). Análogamente, en Eslovenia (2), art. 19, la garantía salarial cubre los créditos por salarios hasta un máximo de tres salarios mínimos, los créditos correspondientes a licencias anuales no utilizadas hasta un monto igual a la mitad del salario mínimo y créditos por indemnización por terminación del contrato de trabajo hasta un monto igual a un salario mínimo. En Luxemburgo (2), art. 46(2), los pagos garantizados por el Fondo de Empleo se limitan a seis veces el salario mínimo.

¹⁶² (4), art. 5, 1).

345. En *Israel*¹⁶³, las sumas garantizadas que deberán ser pagadas en caso de quiebra o liquidación de una empresa no podrán exceder, respecto de cada trabajador, del salario promedio multiplicado por diez. En *Finlandia*¹⁶⁴, la suma máxima es determinada por decreto teniendo en cuenta los niveles generales de pago y actualmente ha sido fijada en FIM90.000, mientras que en *Suecia*¹⁶⁵ el tope para los créditos ha sido fijado por ley en SEK100.000. En *Australia*¹⁶⁶, existe un tope de 20.000 dólares para los pagos que un trabajador puede recibir en virtud del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS), mientras que el Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS) establece un tope relativo a los ingresos (actualmente fijado en 75.000 dólares pero ajustado anualmente), entendiéndose que los trabajadores con ingresos superiores a ese importe podrán recibir los pagos que les corresponderían si ganasen la suma equivalente al tope permitido por el sistema. En el Reino Unido¹⁶⁷, el monto total pagadero a un trabajador bajo el sistema de garantía salarial no puede exceder de 210 libras por semana. En la República de Corea¹⁶⁸, la suma máxima garantizada para salarios impagados varía de acuerdo con la edad del trabajador y actualmente es de 1 millón de won para los trabajadores de menos de 30 años y de 1,45 millones de won para los trabajadores de más de 45 años.

2.3.3. Organización, administración y financiación de las instituciones de garantía salarial

346. El funcionamiento de las instituciones de garantía salarial se basa en los mismos principios que gobiernan otras estructuras de la seguridad social, a saber, los regímenes de participación obligatoria, las contribuciones basadas en los salarios, la administración por órganos autónomos y la responsabilidad colectiva de la comunidad de empresarios por el riesgo de la empresa. Usualmente, las instituciones de garantía salarial actúan como deudores subsidiarios y sólo pagan los créditos laborales cuando no existen activos disponibles en la masa de bienes del insolvente. Toda suma desembolsada por el fondo de garantía salarial puede ser repetida por medio de un procedimiento ordinario de insolvencia. Este derecho de subrogación es protegido por el mismo privilegio con el que contaba la deuda original.

347. En la mayoría de los países, los fondos de garantía salarial son administrados por órganos independientes establecidos dentro de las

¹⁶³ (2), art. 183.

¹⁶⁴ (2), art. 9. Véase igualmente Dinamarca (1), art. 3.

¹⁶⁵ (2), art. 9.

¹⁶⁶ Véase Acuerdos operativos del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS) y Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), art. 6.4.

¹⁶⁷ (1), art. 186, 1).

¹⁶⁸ (2), art. 6, 2); (3), art. 6 y recuadro 2.

instituciones administrativas. En *Austria*¹⁶⁹, por ejemplo, el Fondo de Compensación de Insolvencia (JAG) funciona bajo la autoridad del Ministerio Federal de Asuntos Laborales y Sociales, mientras que en *Noruega*¹⁷⁰, el Fondo de Garantía Estatal es administrado por el Director de la Inspección del Trabajo. De la misma manera, en *España*¹⁷¹, el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) es un organismo autónomo dependiente del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. En *Australia*¹⁷², las instituciones de garantía que protegen los créditos de los trabajadores son administradas por el Departamento de Trabajo y Relaciones Laborales. En *Grecia*¹⁷³, la administración de los activos del fondo de garantía salarial se confía a la junta de directores de la Organización de la Mano de Obra y el Empleo (OAED), la mitad de cuyos miembros son representantes de los trabajadores y de los empleadores. En *Polonia*¹⁷⁴, el Fondo de Créditos Laborales Garantizados es una institución pública dotada de personería jurídica y administrada por un consejo formado por seis miembros representantes de las organizaciones de empleadores (dos tercios) y trabajadores (un tercio). En *Suiza*¹⁷⁵ el sistema de garantía en caso de insolvencia está integrado dentro del sistema de seguro de desempleo. En *Israel*¹⁷⁶, las prestaciones de la garantía salarial son pagadas por el Instituto Nacional de Seguro que funciona bajo la supervisión general del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social. En la *República Checa*¹⁷⁷, los créditos por salarios impagados son administrados por la Secretaría de Trabajo local competente en el distrito en el que la empresa insolvente tiene su sede, el lugar en el que se desarrollan los negocios o en el que se encuentra la dirección privada del empleador insolvente.

¹⁶⁹ (2), art. 13, 1). Este es también el caso de la República de Corea (2), art. 17, 1).

¹⁷⁰ (4), arts. 4-1 y 4-2. En Finlandia (2), arts. 3, 10 y 11, el sistema de garantía de pagos es administrado por el Ministerio de Trabajo a través de las oficinas distritales de recursos humanos, mientras que en Suecia (2), arts. 22, 24 y 25, la garantía salarial es pagada por el consejo de administración del condado correspondiente al lugar de asiento de la corte distrital que entiende en el procedimiento de quiebra. Asimismo, en Dinamarca (1), art. 11, la administración del Fondo de Garantía de los Trabajadores corresponde al Servicio de Mercado de Trabajo y Pensión Complementaria.

¹⁷¹ (1), art. 33, 1); (13), art. 1, 1).

¹⁷² Acuerdos operativos del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS) y Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), art. 10.1.

¹⁷³ (5), art. 3, 1), 4, 1).

¹⁷⁴ (2), arts. 12 y 15; (4), arts. 6, 10 y 11.

¹⁷⁵ (4), art. 57. Análogamente, en Estonia (4), arts. 21, 1), 33,1), el Fondo de Garantía Salarial forma parte del Fondo de Seguro de Desempleo.

¹⁷⁶ (2), art. 8, c). Análogamente, en el Reino Unido (1), art. 182; (7), art. 161, 1), los créditos protegidos de los trabajadores se pagan con dinero del Fondo de Seguro Nacional (NIF) y en *Italia* (5), art. 2, el fondo ha sido establecido en el marco del Instituto Nacional de Previsión Social (INPS).

¹⁷⁷ (5), arts. 4, 2), 6, 8 y 10.

5.2. Factibilidad del establecimiento de instituciones de garantía salarial

Las instituciones de garantía salarial transfieren el riesgo de empresa del empleador individual a lo que se podría llamar, en cierto sentido, la comunidad de empleadores, y posibilitan, por consiguiente, que el crédito laboral sea pagado en todos los casos, por obra de un tercero, institucionalmente solvente, quien actúa como asegurador del «riesgo de insolvencia». [...] A fin de cuentas, el principio del aseguramiento del riesgo de insolvencia individual por la comunidad de empresarios, en su aspecto conceptual, no es muy distinto del principio del financiamiento de los seguros de accidente del trabajo mediante cotizaciones exclusivamente patronales. Tampoco lo es del seguro colectivo y obligatorio de responsabilidad profesional que han organizado algunas profesiones, como los notarios, o la garantía colectiva de los bancos, que se ha establecido en muchos países para garantizar a terceros la indemnización de los perjuicios que podrían resultar de la indelicadeza o mala gestión de algún miembro individual de la profesión. [...] Queda por ver si el establecimiento de las instituciones de garantía salarial, que ha sido fundamentalmente la obra de algunos países industrializados, con sistemas de seguridad social maduros, es una tarea que está igualmente al alcance de otros países. El problema fundamental que se debe tener en cuenta guarda relación con las grandes diferencias que existen entre los países en lo que concierne al funcionamiento de sus instituciones de seguridad social y, sobre todo, a la capacidad de administrarlas. Cabe también considerar que la seguridad social es una institución que, por lo común, progresa por pasos sucesivos, y que no falta razón a aquellos que alegan que antes de poner en funcionamiento una institución de garantía salarial convendría consolidar otras, como las pensiones de vejez o la protección de la salud, que cubren riesgos sociales más universales. [...] Si hay países que están hoy en condiciones de organizar una institución de garantía salarial, ello no será cierto en todos los casos. Existen consideraciones de economía, de oportunidad política y de sensibilidad social que no pesan de igual manera en todos los países. Es posible, por un lado, que en ciertos países la situación económica sea tan floreciente que no haya casi riesgos de quiebras, y cuando las hay éstas atañen a tan pocos trabajadores que el problema de la falta de pago de los créditos laborales, en caso de que afecte a algunos individuos, no tendrá por ello repercusiones sociales. Por otro lado, también puede ocurrir en ciertos países, que el número de quiebras sea tan elevado que el financiamiento de la garantía salarial podría alcanzar un costo intolerable. En este caso, nos encontraremos frente a un problema con repercusiones sociales al que, no obstante, será muy difícil dar una solución. En fin, también puede ocurrir, en determinadas sociedades, que el grado de sensibilidad social frente al problema de los créditos laborales impagados sea relativamente bajo, en cuyo caso es muy probable que el estado no juzgue necesario organizar una institución de garantía salarial, aun cuando esté técnica y financieramente capacitado para hacerlo.

Fuente: Arturo Bronstein, «Estudio comparativo» en Edward Yemin y Arturo Bronstein: Protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, OIT, 1991, págs. 56-58.

348. Con respecto a la financiación, los fondos salariales son, en principio, financiados exclusivamente por contribuciones obligatorias que deben ser pagadas por los empleadores. Este es el caso de *Austria*¹⁷⁸, *Dinamarca*¹⁷⁹,

¹⁷⁸ (2), art. 12, 1).

¹⁷⁹ (1), art. 9. El monto de las contribuciones anuales puede ser modificado por decisión del Ministerio y pueden efectuarse embargos para el cobro de las contribuciones adeudadas más un interés del 1 por ciento mensual.

Finlandia¹⁸⁰, Noruega¹⁸¹ y Polonia¹⁸². En otros países, los fondos de garantía se financian igualmente con fondos públicos. En Eslovaquia¹⁸³, por ejemplo, el fondo está formado, en partes iguales, por contribuciones de los empleadores y un subsidio del Estado. Análogamente, en Grecia¹⁸⁴, el Ministerio de Trabajo subsidia el Fondo de Garantía Salarial con un aporte anual de 1,5 millones de EUR. En otros países como Eslovenia¹⁸⁵, el Fondo de Garantía Salarial es financiado únicamente mediante el presupuesto del Estado. En Australia¹⁸⁶, las dos instituciones de garantía son financiadas mediante impuestos generales. La única diferencia reside en que mientras que para el Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS) los gobiernos estatales contribuyen en un 50 por ciento, el Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS) es financiado íntegramente por el Gobierno de la Commonwealth. De manera más general, los fondos de garantía cuentan con otros ingresos además de las contribuciones obligatorias y los subsidios del Estado, tales como las sumas repetidas de los empleadores por los créditos pagados, los intereses provenientes de los activos depositados en los bancos, o las sanciones y multas percibidas por el pago tardío de las contribuciones o infracciones a las reglamentaciones del fondo.

349. Los empleadores deben contribuir al fondo en proporción a los salarios pagados y las contribuciones no pueden exceder de cierto límite, a menudo determinado en función de las contribuciones a la seguridad social. Las contribuciones pueden ser ajustadas de acuerdo con la situación financiera del fondo. Así, pueden aumentar en tiempos de crisis económica en los que se producen numerosas quiebras o disminuir cuando mejora el clima económico general. En Austria¹⁸⁷, por ejemplo, las contribuciones constituyen un

¹⁸⁰ (2), art. 31.

¹⁸¹ (3), art. 2.

¹⁸² (2), art. 17.

¹⁸³ (5), art. 77, a), 2), 4), 5). La situación es similar en Lituania (4), art. 4, 1).

¹⁸⁴ (6), art. 16, 2.

¹⁸⁵ (2), arts. 13 y 14. De acuerdo con la memoria del Gobierno, según la ley del fondo de garantía, parte de los fondos debería ser suministrados mediante contribuciones de los empleadores pero esto no se ha puesto en práctica aún.

¹⁸⁶ Véanse Acuerdos operativos del Sistema de apoyo a los derechos del trabajador (EESS), art. 6.8, y Sistema general de compensación y derechos del trabajador (GEERS), art. 9.

¹⁸⁷ (2), art. 12, 1) y 2). El monto ha sido fijado actualmente en un 0,7 por ciento de la base general utilizada para calcular las contribuciones a la seguridad social. En Eslovaquia (5), art. 128, a), 1) la contribución mensual es del 0,25 por ciento de la base de cálculo. Análogamente, en Italia (2), art. 4(1); (5), art. 2, la contribución de los empleadores ha sido fijada en un 0,05 por ciento de la remuneración utilizada como base para el cálculo del seguro obligatorio de desempleo, y puede ser incrementada o reducida por decreto del Ministro de Trabajo y Seguridad Social en razón de la situación financiera del fondo. Véanse igualmente España (1), art. 33, 5); (13), art. 12, 1) y Polonia (2), arts. 13, 17, 18.

suplemento de la contribución de los empleadores al seguro de desempleo. El porcentaje de este suplemento, fijado cada año por ordenanza ministerial en función del balance de las cuentas del fondo, puede aumentar cuando, de acuerdo con las estimaciones preliminares, los activos disponibles no son suficientes para cubrir los gastos previsibles para el año en curso, o disminuir si las estimaciones muestran un excedente que supera en un 20 por ciento el gasto promedio correspondiente al año anterior y al año en curso. En *Grecia*¹⁸⁸, la contribución de los empleadores, fijada actualmente en un 0,15 por ciento del total de las ganancias de los trabajadores, puede ser modificada por los Ministros de Trabajo y Economía Nacional a recomendación de la institución encargada de la administración del fondo.

350. Los sistemas de garantía salarial pueden adoptar diferentes formas. En *Belarús*¹⁸⁹, por ejemplo, la legislación nacional exige que cada empleador cuente con un fondo de reserva salarial a fin de garantizar el pago de los salarios y otras indemnizaciones en caso de insolvencia o quiebra, liquidación o terminación de las actividades. La creación de dicho fondo se efectúa a partir de las ganancias remanentes a disposición de una empresa luego de haber pagado los impuestos hasta una suma igual al 25 por ciento del gasto anual en salarios. En *Kirguistán*¹⁹⁰, existen disposiciones similares que exigen el establecimiento de un fondo de reserva salarial de acuerdo con el nivel y el procedimiento establecidos por ley o convenio colectivo. En la *República Dominicana*¹⁹¹ y *Mozambique*¹⁹², a falta de una institución de garantía unificada, el Código de Trabajo estipula que todas las empresas deberán contar con una póliza de seguro con cobertura de créditos laborales. Por último, en el caso de *Argentina*¹⁹³, cabe señalar la ley de 1986 relativa al establecimiento de un fondo de garantía salarial que aún no ha sido aplicado en la práctica por no haberse dictado la reglamentación correspondiente.

* * *

351. A la luz de las consideraciones precedentes, la Comisión puede concluir que la protección por medio de un privilegio de los créditos laborales en caso de quiebra del empleador parece estar, de manera general, reflejada en la legislación general del trabajo de casi todos los Estados Miembros. Varios

¹⁸⁸ (6), art. 16, 2).

¹⁸⁹ (1), art. 76; (3), arts. 1, 3 y 5.

¹⁹⁰ (1), art. 236, 1), 2).

¹⁹¹ (1), arts. 465 y 466. Con arreglo al art. 738, la garantía debe ser reglamentada por acuerdo tripartito, pero tal reglamentación no se ha llevado a cabo aún.

¹⁹² (1), art. 58, 3).

¹⁹³ Véase la ley núm. 23473 del 22 de diciembre de 1986 relativa al establecimiento de un fondo de garantía salarial.

Estados han ido incluso más allá de lo dispuesto por los términos ampliamente flexibles del artículo 11 y han conferido trato preferencial a otros créditos relacionados con el empleo distintos de los salarios, han otorgado prioridad absoluta a los créditos laborales sobre los demás créditos privilegiados, incluidos los créditos del Estado y el sistema de la seguridad social, y, en algunos casos, han garantizado el pago de los créditos laborales a través de instituciones de garantía salarial.

352. Tanto en la legislación como en la práctica, la mayoría de los países parece haber evolucionado de los términos generales de las disposiciones del artículo 11 del Convenio núm. 95 hacia la adopción de normas más específicas, que a menudo reflejan los principios y normas contenidas en el Convenio núm. 173. En efecto, la Comisión considera que el Convenio núm. 173 contiene las normas de mayor pertinencia en relación con la protección de los créditos laborales en caso de quiebra o insolvencia del empleador y alienta firmemente a los Estados Miembros a examinar la posibilidad de ratificar este instrumento en un futuro muy cercano. Con sus dos vías de acción que le otorgan una flexibilidad considerable, el Convenio núm. 173 fortalece el sistema de privilegios y explora, al mismo tiempo, nuevos medios de protección a través de las instituciones de garantía salarial.

353. Cabe señalar, sin embargo, que si bien conllevan numerosas ventajas, las instituciones de garantía salarial no son la panacea para los problemas de la insolvencia de las empresas. Si bien está claro que brindan una seguridad de pago que no existe en el sistema de privilegios, la protección está sujeta a limitaciones en cuanto a tiempo de servicios y a la suma máxima protegida. Asimismo, no reemplazan completamente los procedimientos tradicionales de quiebra en virtud de los cuales se procede a la liquidación del activo y al pago de las deudas privilegiadas de acuerdo con el orden de distribución establecido y presuponen la existencia de instituciones laborales sanas y de una administración responsable y como tal, no resultan de aplicación inmediata en muchos contextos. Sin embargo, la Comisión considera que, en una época de creciente incertidumbre y de previsiones económicas sombrías para la economía global, situación que ha sido confirmada e incluso superada recientemente por algunas de las más importantes quiebras corporativas de los últimos tiempos, la necesidad de fortalecer la protección de los ingresos de los trabajadores es más urgente que nunca y, en este sentido, no cabe sino insistir en la importancia del Convenio núm. 173 y de la Recomendación núm. 180.

Referencias adicionales

Catherine Rault; Frédéric Claudel: «Entreprises en difficulté» en *Liaison Sociales*, no spécial, October 1996.

Edward Yemin and Arturo Bronstein (eds.): *The protection of workers' claims in the event of the employer's insolvency*, ILO, 1991.

Ian F. Fletcher: *Insolvency in private international law – National and international approaches*, Oxford, 1999.

International Monetary Fund, *Orderly & Effective Insolvency Procedures*, 1999.

Jean-Victor Gruat: «Schemes for guaranteeing wage claims in the event of bankruptcy», in *International Social Security Review*, vol. 33, 1980, págs. 61-79.

Neil Cooper and Rebecca Jarvis: *Recognition and enforcement of cross-border insolvency*, 1996.

Patrick Chaumette: «De l'abandon de marins – Vers une garantie internationale de paiement des créances salariales?», *Droit social*, 1999, págs. 872-877.

Philip Smart: *Cross-border insolvency*, 1998.

Philippe Langlois: «Les créances salariales et la dynamique du redressement judiciaire» en *Droit social*, 1987, págs. 799-806.

Thierry Meteye: «Les conditions d'intervention de l'AGS» en *Droit social*, 1987, págs. 827-835.

Sitios Internet

www.austlii.edu.au/links/2404.html

Instituto Mundial sobre Información Legal, base de datos sobre derecho de quiebras e insolvencia.

www.abiworld.org/international/foreign.html

Instituto Estadounidense de Quiebras, directorio sobre legislación internacional en materia de quiebras.

www.hg.org/bankrpt.html

HierosGamos – Centro de Investigación Legal, guía internacional sobre derecho de quiebra.

www.iiiglobal.org/international/index.html

Instituto Internacional sobre Insolvencia, información internacional sobre insolvencia.

www.insolvency.ca

Instituto Canadiense sobre Insolvencia, vínculos con información nacional e internacional sobre derecho de insolvencia.

www.uncitral.org/english/texts/insolven/ml+guide.htm

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional – Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno.

www.ibanet.org/general/CommHome.asp?section=SBL&Committee=SBLJ

Asociación Internacional de Abogados – Sitio de la Comisión de Derechos de los Acreedores e Insolvencia.

www.insol.org

Insol International. Federación Internacional de Profesionales en el área de la Insolvencia, vínculos con asociaciones profesionales, instituciones académicas, agencias gubernamentales y legislación.

www.abanet.org/buslaw/busbnkcy/home.html

Asociación Estadounidense de Abogados. Comisión sobre quiebra comercial.