CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 9 de septiembre de 1999 *

1. Cuando un trabajador por cuenta ajena está empleado en un Estado miembro por la sucursal de una sociedad constituida en otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social y en el que se ordena su liquidación, ¿quién deberá abonarle las retribuciones impagadas a causa de la insolvencia del empresario: el fondo de garantía salarial del Estado del domicilio social, en el que se solicitó la apertura del procedimiento concursal, o el del Estado miembro de empleo? Esta es, en esencia, la cuestión prejudicial que ha planteado, en esta ocasión, el Industrial Tribunal de Bristol.

Para dar respuesta a esta pregunta, el Tribunal de Justicia deberá interpretar las disposiciones de la Directiva 80/987/CEE sobre la protección de los trabajadores por cuenta ajena en caso de insolvencia del empresario [1] (en lo sucesivo, «Directiva 80/987»)

I. Los hechos del litigio principal

2. El litigio principal tiene su origen en las solicitudes presentadas por antiguos empleados de la sociedad Bell Lines Ltd (en lo sucesivo, «Bell») para que el Secretary of State for Trade and Industry (en lo sucesivo, «Secretary of State») ordene que se les abonen, con cargo al fondo de garantía salarial del Reino Unido, los salarios atrasados, la indemnización por falta de preaviso y la paga de vacaciones, que no les fueron satisfechos en su momento por esa sociedad, por encontrarse en estado de insolvencia.

3. Bell ejercía actividades de agencia de transporte marítimo. Se constituyó en la República de Irlanda y tenía su domicilio social en Dublín. [2] En julio de 1997, la High Court de Irlanda ordenó su liquidación por haber quedado en situación de insolvencia, y nombró un liquidador. En aplicación del artículo 426 de la Insolvency Act 1986 del Reino Unido, que establece la cooperación entre órganos jurisdiccionales

* Lengua original: español.

1 — Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO L 283, p. 23; EE 05/02 p. 219).

2 — Además de actuar en Irlanda, la sociedad ejercía actividades, empleaba a trabajadores y disponía de una presencia comercial permanente en el Reino Unido; tenía empresas filiales en Francia, Alemania, Italia y Países Bajos; contaba con una empresa asociada en España, y actuaba, aunque sin domicilio, en Austria y en Luxemburgo.

competentes en materia de insolvencia, [3] la High Court de Inglaterra reconoció el nombramiento del liquidador efectuado por el órgano jurisdiccional irlandés y nombró administradores especiales conjuntos para prestar asistencia en la liquidación de la sociedad en el Reino Unido.

Según ha aclarado la Comisión en las observaciones presentadas en el acto de la vista, el hecho de que el órgano jurisdiccional del Reino Unido reconociera el nombramiento del liquidador hecho en Irlanda y nombrara dos administradores especiales facultados para colaborar en la liquidación de Bell en el Reino Unido no equivalía a la apertura de un procedimiento para declarar la insolvencia de la sociedad en este Estado.

4. En la fecha en la que puso fin a sus actividades, el número de empleados de Bell en el Reino Unido ascendía a doscientas nueve personas, disponía de seis domicilios comerciales en su territorio, y tanto la empresa como los trabajadores cotizaban a la seguridad social en ese Estado miembro.

5. La sucursal de Bell en Avonmouth, cerca de Bristol, estaba inscrita en el Registro Mercantil con arreglo al artículo 690A y al Anexo 21A de la Companies Act 1985. Estas disposiciones adaptaron el derecho interno a la Directiva 89/666/CEE, relativa a la publicidad de las sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades sometidas al derecho de otro Estado miembro [4] (en lo sucesivo, «Directiva 89/666»). El hecho de la inscripción no produjo efectos constitutivos ni le confirió personalidad jurídica con arreglo a la legislación inglesa.

6. Al declararse la insolvencia de la sociedad, sus empleados en el Reino Unido fueron despedidos. Las reclamaciones que presentaron para que se les abonaran sus créditos salariales fueron desestimadas por el Secretary of State, al entender que el fondo de garantía responsable era el irlandés. Las dos demandas que constituyen el objeto de este procedimiento han sido seleccionadas como asuntos de referencia con objeto de decidir si ese órgano administrativo estaba facultado para desestimar las reclamaciones.

II. El derecho nacional

7. Las demandas han sido presentadas con arreglo a la Parte XII de la Employment Rights Act 1996. De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 182, las sumas adeudadas a los trabajadores por cuenta ajena como consecuencia de la insolvencia

3 — La República de Irlanda es el único Estado miembro con respecto al cual se aplica el artículo 426.

4 — Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al derecho de otro Estado (DO L 395, p. 36).

de sus empresarios se abonan con cargo al National Insurance Fund, que está integrado en la institución de seguridad social, a la que cotizan los trabajadores y los empresarios.

8. La citada ley no regula de forma expresa el supuesto en el que una sociedad constituida en otro Estado miembro, que opera en el Reino Unido con establecimiento permanente y que emplea personal en dicho Estado, resulta insolvente con arreglo a la legislación del primer Estado o de otro Estado miembro, pero no con arreglo a la ley del Reino Unido. No obstante, el juez nacional que conoce del litigio ha llegado a la conclusión de que, con arreglo a los principios normales de interpretación del derecho inglés, la citada ley no obliga al Secretary of State a abonar a los demandantes los salarios e indemnizaciones que solicitan.

III. La cuestión prejudicial planteada

9. En el marco de este litigio y, con el fin de evitar discrepancias entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en la interpretación de la Directiva 80/987, el Industrial Tribunal de Bristol decidió, a petición del Secretary of State, suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), la siguiente cuestión a título prejudicial:

«Cuando

i) un trabajador por cuenta ajena trabaja en un Estado miembro para un empresario constituido como sociedad en otro Estado miembro;

ii) el empresario tiene una sucursal en el Estado miembro en que ejerce su actividad el trabajador, y dicha sucursal está registrada con arreglo a las disposiciones nacionales de adaptación del derecho interno a la Directiva 89/666/CEE del Consejo (Undécima Directiva sobre derecho de sociedades), aunque no está constituida como sociedad ni tiene personalidad jurídica independiente de la del empresario en dicho Estado miembro, y

iii) tanto el empresario como el trabajador están obligados a pagar cotizaciones a la seguridad social en el Estado miembro en que ejerce su actividad el trabajador;

a los fines previstos en el artículo 3 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores

asalariados en caso de insolvencia del empresario, ¿qué fondo de garantía responde de las cantidades adeudadas?

a) ¿el fondo de garantía del Estado miembro en el que se solicitó la apertura del procedimiento concursal? o

b) ¿el fondo de garantía del Estado miembro en el que ejerce su actividad el trabajador y en el que el empresario tiene una presencia comercial permanente?»

IV. El derecho comunitario

10. El artículo 2 de la Directiva 80/897 establece:

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

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

y

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

— haya decidido la apertura del procedimiento, o

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

[...]»

11. Su artículo 3, cuya interpretación solicita el Industrial Tribunal de Bristol, dispone:

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

[...]»

12. La Directiva 89/666 impone a las sucursales una obligación de publicidad en los siguientes términos:

«Artículo 1

1. Los actos e indicaciones relativos a sucursales creadas en un Estado miembro por sociedades sujetas al derecho de otro Estado miembro a las que se aplica la Directiva 68/151/CEE se publicarán según el derecho del Estado miembro donde radique la sucursal, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 de dicha Directiva.

[...]

Artículo 2

1. La obligación de publicidad contemplada en el artículo 1 sólo se referirá a los actos e indicaciones siguientes:

[...]

c) el registro en el que el expediente mencionado en el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE del Consejo haya sido abierto para la sociedad y su número de inscripción en ese registro;

[...]

f) — la disolución de la sociedad, el nombramiento, la identidad y los poderes de los liquidadores, así como el cierre de la liquidación,

de conformidad con la publicidad de la sociedad, según lo dispuesto en las letras h), j) y k) del apartado 1 del artículo 2 de la Directiva 68/151/CEE,

— un procedimiento de quiebra, de convenio de acreedores o cualquier otro procedimiento análogo del que sea objeto la sociedad;

[...]»

13. El artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE,[5] al que se remiten las disposiciones anteriores, establece, por su parte:

«1. En cada Estado miembro se abrirá un expediente, en un registro central o bien en un registro mercantil o registro de sociedades, por cada una de las sociedades inscritas.

2. Todos los actos y todas las indicaciones que se sometan a la publicidad en virtud del artículo 2 se incluirán en el expediente o se transcribirán en el registro; el objeto de las transcripciones al registro deberá aparecer en todo caso en el expediente.

[...]»

V. El procedimiento prejudicial

14. Han presentado observaciones escritas en este procedimiento, dentro del plazo establecido al efecto por el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, los demandantes en el litigio principal, los Gobiernos del Reino Unido, de Irlanda, de Italia y de los Países Bajos, y la Comisión.

En el acto de la vista, que tuvo lugar el 6 de julio de 1999, comparecieron, a fin de presentar oralmente sus observaciones, los representantes de los demandantes en el litigio principal, de los Gobiernos del Reino Unido, de Irlanda, de Italia y de los Países Bajos, y de la Comisión.

15. Los demandantes en el litigio principal, así como los Gobiernos de Irlanda, de Italia y de los Países Bajos, y la Comisión están de acuerdo en que la obligación de abonar los créditos impagados a los trabajadores debe recaer sobre el fondo de garantía salarial del Estado miembro en el que el trabajador ejerce su actividad y en el que el empleador

5 — Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (DO L 65, p. 8; EE 17/01, p. 3).

está establecido, en el sentido de que dispone de una presencia comercial permanente. Entre las razones que aducen figuran: que Bell cotizó al régimen de seguridad social en el Reino Unido por los trabajadores que empleaba en su territorio, pero que no cotizó por ellos en Irlanda; que la Directiva 80/987 no ha previsto ningún sistema de compensación ni de reembolso entre los fondos de garantía de los Estados miembros por las cantidades abonadas por uno de ellos por cuenta del otro, y que resultaría contrario al principio de seguridad jurídica que el trabajador por el que se ha cotizado al fondo de garantía de un Estado miembro debiera dirigirse al fondo de garantía de otro Estado para que se le abonaran los salarios impagados, sin saber si sería indemnizado de acuerdo con las normas que rigen en el Estado de empleo o en el Estado en el que reclama.

16. La posición del Gobierno del Reino Unido difiere radicalmente de la de los demás que se han manifestado en este procedimiento, al afirmar que el fondo de garantía que debe hacerse cargo del pago es el del Estado en el que, o bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal, o bien se ha constatado el cierre definitivo del centro de actividad del empresario. Opina que esta interpretación, hecha por el Tribunal de Justicia en su sentencia Mosbæk, [6] es de aplicación general y debe servir para resolver el presente asunto, por ser una regla simple que da una respuesta clara en todos los supuestos.

VI. Examen de la cuestión prejudicial

17. Mediante la cuestión prejudicial que plantea, el Industrial Tribunal de Bristol quiere saber cuál es el fondo de garantía que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 3 de la Directiva 80/987, debe responder de los créditos salariales impagados a los trabajadores demandantes en el litigio principal.

18. Como acabo de indicar, de todos los que han presentado observaciones en este procedimiento, el Gobierno del Reino Unido es el único que sostiene que la respuesta a la cuestión prejudicial planteada figura ya en la sentencia Mosbæk. [7] Tanto los demandantes en el litigio principal, como los Gobiernos de Irlanda, de Italia y de los Países Bajos, y la Comisión mantienen, en cambio, que la solución dada por el Tribunal en esa sentencia se circunscribe a las circunstancias de hecho que concurrían en ese caso, sin que quepa

6 — Sentencia de 17 de septiembre de 1997, Mosbæk (C-117/96, Rec. p. I-5017).

7 — Citada en la nota 6 *supra*.

interpretar que contiene una regla de aplicación general.

19. A la vista de la división de opiniones, examinaré el contexto fáctico en el que se pronunció esa sentencia, en la que el Tribunal hubo de decidir cuál era el fondo de garantía obligado a abonar, en caso de insolvencia del empresario, los créditos impagados a un trabajador, derivados de la relación laboral, en una situación en la que el empresario no estaba establecido en el Estado miembro en el que el trabajador tenía su domicilio, y únicamente estaba representado en él mediante la actividad de ese trabajador, que la ejercía en unas oficinas arrendadas por el empresario.

20. La Sra. Mosbæk, residente en Dinamarca, fue contratada en 1993 por la sociedad inglesa Colorgen Ltd, en calidad de directora comercial para Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia y, posteriormente, Alemania. La sociedad, cuyo domicilio se situaba en Inglaterra, no estaba ni establecida ni registrada en Dinamarca como empresa o a cualesquiera otros efectos, en particular, ante la administración tributaria o aduanera. En dicho país, sólo estaba representada por la Sra. Mosbæk. Para que ésta llevase a cabo sus actividades, la empresa alquiló un despacho y, mientras duró la relación laboral, abonó directamente la retribución a la interesada sin efectuar ninguna retención fiscal ni de cotizaciones a la seguridad social para jubilación u otras contingencias con arreglo a la legislación danesa.

21. Al cabo de un año, Colorgen fue declarada en quiebra y sus empleados, entre ellos la Sra. Mosbæk, fueron despedidos. A los fines previstos por el artículo 3 de la Directiva 80/987, la Sra. Mosbæk declaró, tanto ante el fondo de garantía salarial danés como ante el síndico inglés de la quiebra de la sociedad, un crédito impagado de 471.996 DKR correspondiente a sus salarios, comisiones y suplidos de gastos profesionales. El fondo de garantía danés denegó el pago del crédito aduciendo que dicha competencia correspondía al fondo de garantía del Estado del domicilio del empresario, que era el del Reino Unido. En el litigio subsiguiente, el Østre Landsret de Dinamarca planteó a este Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial.

22. La respuesta que dio el Tribunal en su sentencia fue que, cuando el empresario está establecido en un Estado miembro distinto de aquel en cuyo territorio el trabajador reside y ejercía su actividad por cuenta ajena, el fondo de garantía competente para el abono de los créditos salariales en caso de insolvencia de su empresario, es el del Estado en cuyo territorio se ha decidido la apertura del

procedimiento concursal, o se ha constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario.

Ésta es, literalmente, la doctrina que el Gobierno del Reino Unido propone elevar a la categoría de regla de aplicación general.

23. De entrada, observo que es cierto que las diferencias en los hechos que concurren en cada uno de estos dos asuntos son considerables. En realidad, creo que la única similitud es que tanto una sociedad como la otra empleaban a alguien en un Estado miembro distinto de aquel en el que tenían su domicilio social.

Las diferencias son, sin embargo, más numerosas: En primer lugar, Colorgen sólo había alquilado en Dinamarca un local para que trabajara en él, como única empleada, la Sra. Mosbæk, mientras que Bell disponía en el Reino Unido de más de doscientos empleados. En segundo lugar, Colorgen no figuraba establecida ni registrada como empresa en Dinamarca ni a efectos fiscales ni aduaneros, mientras que Bell disponía en el Reino Unido de, por lo menos, una sucursal que cumplía con la obligación de publicidad impuesta por la Directiva 89/666. En tercer lugar, Colorgen no efectuaba ninguna retención de cotizaciones a la seguridad social con arreglo a la legislación danesa, mientras que Bell cotizaba por sus empleados a la seguridad social del Reino Unido.

Queda por ver si, a pesar de estas diferencias, se puede aplicar al asunto que estoy examinando la misma solución y declarar que el fondo de garantía competente para abonar los créditos salariales a los trabajadores de Bell en el Reino Unido, despedidos a causa de la insolvencia del empresario, es el del Estado miembro en el que se ha ordenado su liquidación, es decir, el fondo de garantía irlandés.

A. *Sobre la aplicación de la Directiva 80/987 a sucursales abiertas en un Estado miembro por sociedades constituidas en otro Estado miembro, y sobre el derecho de establecimiento*

24. Una de las finalidades de la Directiva 80/987 es, efectivamente, garantizar a los trabajadores asalariados, en caso de insolvencia del empresario, una protección mínima, reduciendo las diferencias existentes entre los Estados miembros en cuanto al alcance de esta protección, con independencia de la facultad que tienen de establecer normas más favorables. La Directiva impone a los Estados miembros la obligación de crear fondos destinados a garantizar a los trabajadores el abono de, por lo menos, una parte de los créditos salariales que resulten impagados por causa de la

insolvencia del empresario. La regla general establecida por su artículo 5, letra b), es que los empresarios deberán contribuir a la financiación de esos fondos, siempre que no esté garantizada íntegramente por los poderes públicos. La obligación de pago de los fondos de garantía existe con independencia del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación.

25. Para que la Directiva 80/987 pueda aplicarse, es necesario que el empresario que empleaba a los trabajadores afectados se encuentre en estado de insolvencia. La Directiva no define el concepto de trabajador ni el de empresario, por lo que corresponde a los distintos derechos nacionales precisar tales nociones.

Sí especifica, en cambio, en su artículo 2, que un empresario será considerado insolvente: i) cuando se haya solicitado la apertura de un procedimiento previsto en el derecho nacional referido al patrimonio del empresario, tendente a reembolsar colectivamente a sus acreedores, y ii) cuando la autoridad competente haya decidido la apertura del procedimiento o haya constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la ausencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento.

26. El Industrial Tribunal que ha planteado la cuestión prejudicial indica en el auto que su ley nacional no regula de forma expresa el supuesto en el que una sociedad constituida en otro Estado miembro, que emplea a personal en el Reino Unido donde opera con establecimiento permanente, resulta insolvente con arreglo a la legislación del primer Estado o de otro Estado miembro, pero no con arreglo a la ley británica, con la consecuencia de que el Secretary of State no está obligado a abonar los créditos salariales de los trabajadores empleados en el Reino Unido, afectados por la insolvencia.

27. En mi opinión, esa situación no puede impedir el reconocimiento de los créditos salariales de los trabajadores empleados en el Reino Unido por una sucursal de una sociedad establecida en otro Estado miembro si concurren los requisitos enunciados por el Tribunal para considerar que un empresario se encuentra en estado de insolvencia. Estos requisitos son: que el derecho nacional prevea un procedimiento concursal; que se permita, en el marco de dicho procedimiento, la toma en consideración de los créditos de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales; que se haya solicitado la apertura del procedimiento, y que la autoridad competente haya decidido la apertura del procedimiento o haya constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario, así como la insuficiencia del activo disponible. [8]

28. Mi opinión se basa en varias razones que paso a exponer a continuación. En

8 — Sentencia de 9 de noviembre de 1995, Francovich (C-479/93, Rec. p. I-3843), apartado 18.

primer lugar, la exigencia de que una sociedad que se ha declarado insolvente en un Estado miembro deba también ser declarada en esa situación en otro Estado miembro, de acuerdo con su legislación, no figura en la Directiva 80/987. En segundo lugar, si bien en el Reino Unido no se solicitó la apertura de un procedimiento concursal referido a Bell ni se decidió esa apertura, es cierto que la High Court de ese Estado reconoció el nombramiento del liquidador efectuado por la High Court de Irlanda y nombró, a su vez, administradores especiales conjuntos para prestar asistencia en la liquidación de la sociedad en el Reino Unido. Creo que ese órgano jurisdiccional no habría obrado en ese sentido si no le hubiera constado que Bell, en los domicilios comerciales de que disponía en ese Estado, había dejado de operar en el mercado. En tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, letra f), de la Directiva 89/666, la solicitud de apertura del procedimiento concursal de que era objeto Bell en Irlanda y la orden de liquidación debieron ser objeto de publicidad en el Reino Unido. Por último, a pesar de que la Directiva 80/987 no afecta a la definición de «empresario» según el derecho nacional, me parece evidente que no se exige que el procedimiento por insolvencia se inicie, necesariamente, contra una empresa, tenga o no forma de sociedad, en su totalidad, ya que su artículo 2, apartado 1, letra b), se refiere a que «la autoridad competente haya constatado el cierre definitivo de la empresa *o del centro de actividad*[9] del empresario».

No veo ningún factor que impida que, a efectos de aplicación de la Directiva 80/987, se solicite en un Estado miembro la apertura de un procedimiento concursal contra la sucursal de una sociedad cuyo domicilio social se halla en otro Estado miembro, que sobresee en el pago corriente de sus obligaciones, ni que la autoridad competente del primer Estado constate el cierre definitivo de la sucursal y la insuficiencia del activo disponible.

29. En la sentencia Mosbæk, el Tribunal afirmó que, en la práctica, lo más frecuente es que la apertura de un procedimiento concursal que permita tomar en consideración los créditos salariales de los trabajadores se solicite en el Estado en cuyo territorio está establecido el empresario.[10]

30. El Gobierno del Reino Unido parece considerar que una empresa sólo está establecida en el Estado miembro en el que se ha constituido y en el que tiene el domicilio social. Creo que por eso afirma que el único fondo de garantía competente será, para todos los trabajadores de Bell, el de Irlanda, independientemente del Estado miembro en el que ejercieran su actividad, y en el que cotizaran a la seguridad social.

9 — El subrayado es mío.

10 — Afirma el Tribunal: «Cabe suponer que la entrada en vigor del Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia firmado en Bruselas el 23 de noviembre de 1995 (aún no publicado en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*), cuyo apartado 1 del artículo 3 adopta como principal criterio de competencia "el centro de los intereses principales del deudor", reforzará esta tendencia general.» El texto de este Convenio, que ha sido firmado por todos los Estados miembros con la excepción del Reino Unido, pero no ratificado, figura publicado por American Society of International Law, International Legal Materials, Washington 1996, Volume XXXV, p. 1223.

Los demás consideran, en cambio, que una sociedad que se ha constituido en un Estado miembro, en el que tiene el domicilio social, puede estar, también, establecida en otro Estado miembro, bastando para ello con que tenga en él una sucursal o, como indican los demandantes en el litigio principal, una «presencia comercial permanente».

31. Estoy de acuerdo con esta segunda postura. En efecto, el artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) contempla la apertura de agencias, sucursales o filiales en un Estado miembro por los nacionales comunitarios establecidos en el territorio de otro Estado miembro como una parte esencial del derecho de establecimiento. En consecuencia, a los efectos de la aplicación del derecho comunitario, tan establecida está en un Estado miembro una sociedad que se ha constituido en él como otra que, habiéndose constituido en otro Estado miembro, ejerce su derecho de establecimiento en el primer Estado, abriendo una sucursal en su territorio.

Además, tal como se afirma en el tercer considerando de la exposición de motivos de la Directiva 89/666, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al derecho de otro Estado miembro, la creación de una sucursal, del mismo modo que la constitución de una filial, es una de las posibilidades que, en el momento actual, tiene una sociedad para ejercer su derecho de establecimiento en otro Estado miembro.

32. Por las razones expuestas, considero que, a diferencia de lo que sucedía en el asunto Mosbæk, en el que la presencia de la sociedad británica en Dinamarca se reducía a un despacho alquilado y a una empleada, una sucursal abierta en un Estado miembro por una sociedad constituida y con domicilio social en otro Estado miembro puede ser considerada empresario insolvente, a los efectos de la Directiva, en la medida en que se haya solicitado, en el primer Estado, la apertura de un procedimiento destinado a declarar dicha insolvencia y en que la autoridad competente haya constatado su cierre definitivo, así como la insuficiencia del activo disponible.

B. *Sobre la trascendencia, a la hora de determinar el fondo de garantía salarial competente, de que el empresario contribuya a su financiación*

33. En la sentencia Mosbæk, el Tribunal afirmó también que, conforme al artículo 5, letra b), de la Directiva, el régimen de garantía es financiado por los empresarios, salvo que lo sea íntegramente por los poderes públicos y que, a falta de indicación en sentido contrario en la Direc-

tiva, es coherente con su sistema que el fondo de garantía competente para el abono de los créditos impagados de los trabajadores asalariados sea el que ha percibido o, por lo menos, debería haber percibido las cotizaciones del empresario insolvente. [11]

34. No sucedía eso con el fondo de garantía salarial danés pues, aunque la trabajadora residía y había ejercido su actividad en Dinamarca, el empleador no estaba establecido ni registrado en ese Estado, como empresa ni a ningún otro efecto, ante la administración tributaria [12] ni aduanera y, además, no efectuaba sobre el salario que le abonaba ninguna retención fiscal ni de cotizaciones a la seguridad social para la jubilación ni otras contingencias, con arreglo a la ley danesa.

En el asunto que estoy examinando, en cambio, la empresa que ha resultado insolvente, no sólo disponía de una sucursal en el Reino Unido, sino que además contribuía con sus cotizaciones, al igual que sus trabajadores, a financiar el sistema de seguridad social de ese Estado miembro.

35. No estoy de acuerdo con el Gobierno del Reino Unido cuando afirma que no se puede declarar que el fondo competente sea el del Estado en el que se haya cotizado, ya que la Directiva 80/987 permite a los Estados miembros que la financiación del fondo de garantía salarial corra a cargo, totalmente, de fondos públicos.

Se trata, en efecto, de una opción que tienen los Estados miembros a la hora de organizar la financiación de sus fondos de garantía. Sin embargo, la objeción del Reino Unido es fácilmente rebatible ya que, como he indicado con anterioridad, de acuerdo con el artículo 5, letra c), de la Directiva, la obligación de pago de los fondos de garantía existe aunque el empresario que estaba obligado a cotizar no lo haya hecho. Tan falto de las cotizaciones del empresario estará el fondo financiado enteramente por los poderes públicos como el que, estando financiado en parte por los empresarios, no haya recibido las cotizaciones que habría debido ingresar el empresario declarado insolvente. Y, sin embargo, tanto uno como otro tienen la obligación de abonar los créditos salariales impagados de los trabajadores.

36. Debo concluir, por tanto, que corresponderá abonar los créditos salariales impagados a los trabajadores afectados por la insolvencia de su empresario, al fondo de garantía que haya percibido o,

11 — Sentencia Mosbæk, citada en la nota 6 *supra*, apartado 24.

12 — El fondo de garantía salarial danés estaba financiado directamente por el Estado. Sin embargo, al calcularse la financiación en un uno por mil de la base de percepción del IVA, se puede decir que los empresarios sujetos a ese impuesto cotizaban, aunque fuera de manera indirecta.

por lo menos, debería haber percibido las cotizaciones del empresario insolvente.

C. *Sobre la inexistencia en la Directiva 80/987 de un sistema de compensación entre los fondos de garantía de los Estados miembros*

37. En la sentencia Mosbæk el Tribunal examinó, asimismo, la circunstancia de que la Directiva 80/987 no haya previsto un sistema de compensación o de reembolso de los pagos entre los fondos de garantía de los diversos Estados miembros. Ello confirma, según el Tribunal, que, para prevenir enmarañamientos inútiles de los regímenes nacionales y, en particular, situaciones en las que un trabajador podría solicitar acogerse a la Directiva en varios Estados miembros, el legislador comunitario ha deseado, en caso de insolvencia de un empresario, la intervención del fondo de garantía de un solo Estado miembro.

38. Sobre la base de esta afirmación, el Gobierno del Reino Unido pretende que ese único fondo que debería intervenir para abonar los créditos salariales de los trabajadores empleados en sucursales de distintos Estados miembros, es el del Estado en el que se ha decidido la apertura del procedimiento concursal.

39. No puedo estar de acuerdo con esta interpretación. En mi opinión, el Tribunal estaba indicando que el trabajador debe poder dirigirse a un solo fondo de garantía para reclamar sus créditos salariales impagados, con independencia de que haya trabajado en varios Estados miembros a lo largo de su carrera profesional, evitando que, para que se le reconozcan sus créditos en un Estado miembro, hayan de computársele los períodos trabajados en otros Estados miembros. De ahí que utilizara el argumento de la inexistencia de un sistema de compensación entre los fondos de garantía de los Estados miembros. [13]

40. Además, el principio de seguridad jurídica exige que el trabajador empleado en un Estado miembro por un empresario establecido en su territorio en el sentido que he indicado, a cuyo régimen de seguridad social cotizan ambos, pueda dirigirse

13 — Es en el ámbito de la seguridad social de los trabajadores migrantes en el que, a causa del sistema de coordinación de los regímenes nacionales de seguridad social, se recurre a la totalización de los períodos de seguro cumplidos en los distintos Estados miembros para el reconocimiento del derecho a las prestaciones. Es en ese ámbito, también, en el que se ha puesto en pie un sistema para el reembolso de las prestaciones servidas por una institución de seguridad social de un Estado miembro por cuenta de la de otro Estado miembro.

al fondo de garantía de ese Estado para que se le abonen los créditos salariales adeudados por razón de la insolvencia del empresario, de acuerdo con las leyes de ese Estado, que son las que conoce el trabajador. Sería contrario a ese principio que se le obligara a dirigirse al fondo de garantía de otro Estado miembro para ser indemnizado de acuerdo con unas normas y baremos que rigen en ese otro Estado y que le resultarían extraños.

Todo ello sin perjuicio de que los Estados miembros establezcan procedimientos más favorables para los trabajadores asalariados, como puede ser la cooperación informal que existe, a estos efectos, entre los fondos de garantía de los países nórdicos. [14]

41. Hay otros argumentos que militan en favor de la solución que propongo. Por una parte, la protección jurisdiccional del trabajador quedará reforzada si puede exigir el pago de los salarios que se le adeudan ante las autoridades del Estado en el que ha ejercido su actividad profesional. Por otra parte, recibirá el mismo trato que el resto de los trabajadores de ese Estado que están empleados por empresas cuya sede social radica en ese Estado, lo que no sucedería si se le obligara a reclamar ante el fondo de garantía de otro Estado miembro.

42. Existen todavía algunas razones más, avanzadas por la Comisión. En efecto, para que pueda aplicarse la Directiva 80/987, debe haber tanto un trabajador por cuenta ajena como un empresario insolvente, conceptos ambos que definen las legislaciones de los Estados miembros y que deben ser apreciados, en cada caso, por el juez nacional, razón por la que uno y otro deberán estar sometidos a la misma legislación.

Y, mientras no entre en vigor un convenio europeo que permita tramitar un sólo procedimiento de declaración de insolvencia en toda la Comunidad, en cuyo marco se tendrían en cuenta todos los activos y los acreedores potenciales, las legislaciones nacionales siguen basándose en el principio de territorialidad de manera que, en un procedimiento iniciado en un Estado miembro no se pueden computar los activos que no se hallen bajo su jurisdicción.

Last but not least, no hay que subestimar los problemas lingüísticos a los que se enfrentaría el trabajador si debiera tramitar su solicitud en otro Estado miembro, susceptibles de disminuir la eficacia de la protección que ofrece la Directiva.

14 — Esta cooperación, que tiene su origen en una decisión adoptada por el Consejo Nórdico (Nordisk Råd) en 1984, permite que, si la legislación del Estado en el que está establecido el empleador es más ventajosa para el trabajador que la del Estado en el que ejerce su actividad, el trabajador pida el abono de su crédito al fondo de garantía del primer Estado. Schaumburg-Müller: *Lønmodtagernes Garantifiond, en lovkommentar,* Munksgaard, Copenhague 1987, p. 167.

VII. Conclusión

43. A tenor de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Industrial Tribunal de Bristol de la manera siguiente:

«En el supuesto de unos trabajadores empleados en un Estado miembro por la sucursal de una sociedad constituida en otro Estado miembro, en el que tenía su domicilio social y en el que se instó la apertura del procedimiento concursal, de acuerdo con lo previsto por el artículo 3 de la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, el fondo de garantía que debe responder de los créditos salariales impagados es el del Estado en el que los trabajadores ejercen su actividad y en el que el empleador contribuye o debería contribuir a la financiación del fondo.»