CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 3 de junio de 2008 [1]

I. Introducción

1. 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, todavía engendra dudas de interpretación en los tribunales nacionales. [2]

2. Tuve oportunidad de pronunciarme sobre esta norma en mis conclusiones del asunto Everson y Barrass, [3] pero, una vez más, debo analizar el ámbito de aplicación de la Directiva 80/987, cuando una empresa en situación de insolvencia realiza actividades en varios Estados miembros, los criterios que justifican la atribución de competencia a una autoridad nacional, así como el efecto directo de algunos de sus preceptos. A raíz de la reforma de la Directiva en 2002, [4] las cuestiones suscitadas, aunque no sean del todo nuevas, requieren una respuesta de este Tribunal de Justicia

II. Los hechos del litigio principal

3. Anders Holmqvist, conductor de la sociedad Jörgen Nilsson Akeri och Spedition AB, prestaba servicios de recogida de mercancías en Italia, para su posterior entrega en Suecia, donde la empresa operaba habitualmente. Tanto en Suecia como en Italia, la responsabilidad del Sr. Holmqvist se extendía también a la supervisión de la carga y la descarga. Como consecuencia de sus obligaciones laborales, el Sr. Holmqvist atravesaba por carretera el territorio de Austria y de Alemania.

4. El centro de actividades de la empresa radicaba en la ciudad sueca de Tjörnarp, sin que contara con filiales ni otra suerte de representación comercial fuera de ese país.

1 — Lengua original: español.
2 — Directiva de 20 de octubre de 1980 (DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219).
3 — En dicho asunto, resuelto por sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1999 (C-198/98, Rec. p. I-8903), presenté conclusiones el 9 de septiembre de 1999.
4 — Directiva 2002/74/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 80/987 (DO L 270, p. 10).

5. El 10 de abril de 2006 la empresa fue declarada en quiebra por el Lunds tingsrätt (tribunal de distrito de Lund). El 27 de junio de 2006 el administrador concursal otorgó al Sr. Holmqvist la garantía salarial que le correspondía, en aplicación de la Lönegarantilagen (ley de garantía salarial) de 1992, texto legal que transpone la Directiva 80/987 al ordenamiento jurídico nacional.

6. En desacuerdo con la resolución del administrador concursal, la Tillsynsmyndigheten i concursen (autoridad de control de los procedimientos de quiebra; en adelante, «autoridad de garantía») acudió a los tribunales, esgrimiendo que el Sr. Holmqvist carecía de derecho a la garantía salarial sueca, pues desempeñaba sus funciones en otros Estados miembros distintos a Suecia, por lo que debería invocar sus derechos en esos otros Estados miembros.

III. El marco jurídico

7. La Directiva 80/987 pretende brindar a los trabajadores asalariados un mínimo de protección cuando su empresario incurra en insolvencia, para lo que «obliga a los Estados miembros a crear una institución que les garantice el abono de los créditos impagados». [5] A tal propósito, incorpora una definición autónoma de empresario insolvente [6] y algunas medidas concretas. [7]

8. En los años noventa, el Tribunal de Justicia dictó dos sentencias prejudiciales para resolver los inconvenientes detectados en los procedimientos de insolvencia con vínculos transfronterizos. Los asuntos Mosbaek [8] y Everson [9] suministraron algunos criterios para determinar la institución de garantía que debía hacer frente a los créditos, cuando el empresario insolvente desempeñaba su profesión en más de un Estado miembro.

9. La Comisión impulsó en el año 2001 una reforma de la Directiva 80/987 [10] para plasmar los avances de la jurisprudencia sentada en los asuntos Mosbaek y Everson, [11] admitiendo que «la falta de una disposición explícita […] que

5 — Empleo la descripción de la Directiva 2002/74, cuyo considerando segundo matiza que se trata de una *obligación positiva*.
6 — Artículo 2 de la Directiva.
7 — Artículos 3 y 4 de la Directiva.
8 — Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (C-117/96, Rec. p. I-5017).
9 — Sentencia citada en la nota 3.
10 — Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 80/987, COM(2000) 832 final, de 15 de enero de 2001.
11 — La Comisión justifica su Propuesta para «garantizar la seguridad jurídica y consolidar los derechos de los trabajadores asalariados con arreglo a las indicaciones del Tribunal [de Justicia]». A continuación menciona las sentencias Everson y Mosbaek (Propuesta de Directiva, reseñada en la nota anterior, p. 9).

dirima la institución competente para el pago de los créditos salariales, en los casos de insolvencia de empresas con centros en diferentes Estados miembros, se ha percibido como una fuente de inseguridad jurídica». [12] Tras esta iniciativa nació la Directiva 2002/74, que introdujo un nuevo artículo 8 *bis* en la Directiva 80/987, cuyo apartado 1 debe interpretar el Tribunal de Justicia en este proceso prejudicial:

«*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.»

10. Suecia adaptó su ordenamiento jurídico a la Directiva 2002/74 en la Lönegarantilagen (ley de garantía salarial), atribuyendo al Estado la responsabilidad del pago de los créditos de un trabajador, cuando su empleador «está incurso en un procedimiento de insolvencia del artículo 2, apartado 1, 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 […]» (artículo 1, apartado 3).

11. El artículo 2 a) de la Ley de garantía salarial sueca introduce expresamente la solución del artículo 8 *bis* de la Directiva 2002/74, referente a las situaciones transfronterizas, en estos términos:

«En el supuesto del artículo 1, apartado 3, sólo se concederá el pago con arreglo a esta garantía, si el trabajador ejerce o ha ejercido su trabajo principalmente en Suecia por cuenta del empresario.

12 — Propuesta de Directiva, citada en la nota 10, p. 8

Si el empresario se declara insolvente en Suecia y el trabajador ejerce o ha ejercido su trabajo para dicho empresario principalmente en otro país UE o EEE, no se concederá el pago con arreglo a esta garantía.»

IV. El procedimiento prejudicial

12. Mediante resolución de 28 de junio de 2007, el Lunds tingsrätt planteó a este Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, al hilo de la contienda instada por la autoridad de garantía contra Anders Holmqvist:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 8 *bis* 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, modificada por última vez por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento y del Consejo, en el sentido de que es necesario, para entender que una empresa desarrolla su actividad en un Estado miembro, que tenga una filial o un centro de actividad permanente en su territorio?

2) En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿cuáles son los requisitos que debe cumplir una empresa para considerar que desarrolla su actividad en varios Estados miembros?

3) Si se estima que una sociedad desarrolla su actividad en varios Estados miembros y que un trabajador ejerce su trabajo para dicha sociedad en varios Estados miembros, ¿con qué criterios se determina dónde ejerce habitualmente su trabajo?

4) ¿Tiene efecto directo el artículo 8 *bis* 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, modificada por última vez por la Directiva 2002/74 CE del Parlamento y del Consejo?»

13. Han presentado observaciones, dentro del plazo señalado por el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, la demandante y el demandado en el litigio

principal, los Gobiernos del Reino Unido, Italia, Países Bajos, Grecia y Suecia, así como la Comisión.

14. En la vista, celebrada el 16 de abril de 2008, han comparecido para exponer oralmente sus alegaciones el representante legal del Sr. Holmqvist, así como los agentes de los Gobiernos de Italia y de Grecia y de la Comisión Europea.

V. Las cuestiones prejudiciales primera y segunda

15. Con la primera pregunta, el órgano jurisdiccional nacional manifiesta sus dudas sobre el ámbito de aplicación del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987. Este precepto comunitario contiene una regla de competencia para discernir el Estado que asume la responsabilidad de la garantía salarial, siempre que haya «actividades en el territorio de, al menos, dos Estados miembros».

16. En suma, el Lunds tingsrätt quiere saber cuándo se suscita una actividad transfronteriza en el sentido del citado artículo 8 *bis*, solicitando, en una segunda cuestión, pautas interpretativas al respecto.

17. Ambas cuestiones prejudiciales están íntimamente ligadas, pues la segunda resulta imprescindible para responder a la primera, por lo que parece conveniente tratarlas conjuntamente.

18. Los Gobiernos que han depositado observaciones en este proceso prejudicial, la Comisión y la parte demandada en el procedimiento nacional coinciden en que el empleador de Anders Holmqvist *no* ha operado en, al menos, dos Estados miembros.

19. Invocando las sentencias Mosbaek y Everson, el Gobierno italiano destaca la importancia de los vínculos que la empresa insolvente haya entablado con un Estado, de suerte que, cuando cuente con una presencia comercial suficientemente permanente en otro Estado miembro con el que guarde ciertos contactos (como, por ejemplo, el pago de las cotizaciones sociales de sus trabajadores), cabe presumir que ejecuta una actividad transfronteriza. En la misma línea se inscriben los Gobiernos de los Países Bajos y de Grecia, la Comisión y Anders Holmqvist. El Reino Unido argumenta de manera similar, pero expresándolo a la inversa, ya que descarta que se produzca una actividad en varios Estados porque un empleado deba desplazarse de uno a otro para cumplir sus

obligaciones contractuales. Todos convergen en que no hace falta abrir un establecimiento permanente en otro Estado miembro para confirmar una situación transfronteriza, bastando una presencia comercial de cierta entidad.

20. El Gobierno sueco y la demandante en el proceso principal aducen que el artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987 no exige la creación de un despacho permanente en otro Estado miembro para su aplicación. Sin embargo, el Gobierno sueco se exime de aportar elementos hermenéuticos para precisar cuándo se practican actividades en varios Estados, siendo suficiente que un empleado trabaje habitualmente en alguno. Paralelamente, la demandante en el litigio principal afirma que, si alguien trabaja por cuenta de su empleador en varios Estados miembros, es razonable sostener que dicho trabajo se desempeña habitualmente donde tiene lugar la función más significativa; y en el supuesto de autos esa función se habría realizado fuera de Suecia.

21. Las dos primeras cuestiones prejudiciales remitidas se han de abordar acudiendo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, particularmente, a las sentencias Mosbaek y Everson, ya citadas, que delimitan el camino para alcanzar la solución, erradicando cualquier duda sobre el artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987.

22. La sentencia Mosbaek estudió el caso de una mujer que llevaba a cabo en Dinamarca, Noruega, Suecia, Finlandia y Alemania labores de representante comercial de Colorgen, una sociedad inglesa con domicilio social en el Reino Unido. La empresa no se hallaba establecida ni registrada en Dinamarca. Tampoco mantenía relación alguna con la administración danesa, en el ámbito tributario o social. Cuando Colorgen fue declarada en quiebra y sus empleados despedidos, la Sra. Mosbaek, en su calidad de trabajadora, reclamó un crédito salarial ante el Fondo de garantía danés con arreglo a la legislación danesa. El Fondo denegó su solicitud, pretextando que esa competencia correspondía a la institución de garantía del Estado del domicilio del empresario. Contra tal desenlace, la Sra. Mosbaek recurrió en vía jurisdiccional, en la que recibió, con carácter prejudicial, una resolución del Tribunal de Justicia, confirmando la tesis del Fondo danés.

23. De la sentencia Mosbaek cabe destacar tres importantes consecuencias. En primer lugar, amparándose en la finalidad perseguida por la Directiva 80/987, proclamó que la *ratio* de la norma imponía la designación de la institución de garantía del Estado en cuyo territorio «bien se ha decidido la apertura del procedimiento concursal o bien se ha constatado el cierre definitivo de la empresa o del centro de actividad del empresario». [13] Por tanto, el acto formal de apertura de un procedimiento de insolvencia, especialmente cuando la empresa presenta elementos transfronterizos, da una pista nítida para dirimir el lugar en el que ejercer los derechos resguardados en la Directiva 80/987, debiéndose añadir las normas de competencia previstas

13 — Sentencia Mosbaek, citada en la nota 8, apartado 20.

en los instrumentos europeos relativos a las quiebras y concursos con dimensión comunitaria, que conducen también al Estado de la institución de garantía salarial pertinente. [14]

24. En segundo lugar, la sentencia Mosbaek agregó otros criterios adicionales, si el empresario tenía vínculos más estrechos con otro Estado miembro, ratificando «que la institución de garantía competente para el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados sea la que ha percibido o, por lo menos, debería haber percibido, las cotizaciones del empresario insolvente». [15] De esta guisa, dejó la puerta abierta a una segunda regla de competencia, basada en el *destinatario de las cotizaciones* devengadas por las empresas. Cuando tales fondos fueran a parar a una institución de garantía británica o, incluso, cuando deberían haberlo hecho, pero no fue así, porque el empresario simplemente no sufragó aportación alguna, sería coherente que el Fondo británico abonara los créditos salariales ulteriores.

25. En tercer lugar, la mencionada sentencia aclaró que la Directiva, «para prevenir enmarañamientos inútiles de los regímenes nacionales y, en particular, situaciones en las que un trabajador solicitara acogerse a la Directiva en varios Estados miembros […], propugna, en caso de insolvencia de un empresario, la intervención de la institución de garantía de un solo Estado miembro»; [16] de lo que se deduce que la competencia para pagar los créditos garantizados tiene carácter exclusivo, pues un solo fondo de garantía asume la responsabilidad de dar cumplimiento a la Directiva 80/987. [17]

26. En definitiva, según la sentencia Mosbaek, el hecho de que una empresa insolvente haya realizado operaciones en otros Estados miembros a través de un representante no se considera suficientemente relevante para engendrar un vínculo transfronterizo. Máxime cuando el procedimiento concursal se ha iniciado en el Estado del domicilio social de la entidad y las cotizaciones se abonaron, o deberían

14 — Me refiero, evidentemente, al Reglamento (CE) nº 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160, p. 1), cuyo artículo 3, relativo a la competencia internacional, introduce como regla general el foro del Estado miembro «en cuyo territorio se sitúe el centro de los intereses principales del deudor». Es importante recordar que la sentencia Mosbaek se dictó con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1346/2000, cuando había diversos convenios internacionales bilaterales entre varios Estados miembros, pues el Convenio Europeo relativo a determinados aspectos internacionales de la quiebra, negociado en el marco del Consejo de Europa y puesto a la firma en Estambul el 5 de junio de 1990, nunca entró en vigor.

15 — Sentencia Mosbaek, citada en la nota 8, apartado 24.

16 — Sentencia Mosbaek, citada en la nota 8, apartado 26.

17 — El Gobierno griego alega que, tras la reforma de 2002, la Directiva 80/987 ha modificado este aspecto de la sentencia Mosbaek, pues el artículo 8 *ter*, al introducir un mecanismo de intercambio de información entre las administraciones públicas correspondientes, ha reconocido la competencia compartida entre las distintas instituciones nacionales de garantía. Pero una modificación de este calado exigiría un pronunciamiento más claro y rotundo del legislador. Ni la justificación por la Comisión de su Propuesta ni el tenor de los debates parlamentarios ni los considerandos del texto finalmente aprobado desvelan la intención política de crear un modelo de garantía salarial de competencia compartida.

haberse abonado, a favor del Fondo de garantía de dicho Estado.

27. La sentencia Mosbaek se ocupó de los supuestos en los que no hay presencia comercial permanente en otro Estado miembro, mientras que Everson examinó el caso opuesto, el de una sociedad domiciliada en Irlanda con sucursal en el Reino Unido, donde había contratado a doscientos trabajadores, que pagaban sus cotizaciones sociales a las autoridades británicas. A diferencia del asunto Mosbaek, en el que «el empresario insolvente no disponía de ningún establecimiento en el territorio del Estado miembro en el que el trabajador por cuenta ajena ejercía su actividad», [18] en Everson «el empresario […] estaba establecido en el territorio británico, puesto que poseía una sucursal en Avonmouth, que empleaba a más de doscientos trabajadores, entre los que figuraban los demandantes en el procedimiento principal». [19] Con estas premisas, la sentencia juzgó que el fondo competente para el abono de los créditos salariales impagados era «el del Estado en cuyo territorio ejercían su actividad por cuenta ajena». [20]

28. Tal como explico en mis conclusiones del asunto Everson, no puede equipararse la presencia de una sociedad británica en Dinamarca, que se reduce a un despacho alquilado y a una empleada, con una sucursal que ocupa a doscientos trabajadores, abierta en un Estado miembro por una sociedad constituida y con domicilio social en otro Estado miembro. [21] La diferencia de trato entre ambas tesituras cobra más fuerza cuando se analiza la situación del trabajador, que es, a la postre, a quien protege la Directiva 80/987.

29. La interpretación teleológica representa el canon hermenéutico más relevante utilizado por el Tribunal de Justicia. Los objetivos de un texto normativo sirven para interpretar sus preceptos. Así, la Directiva 80/987, al igual que la Directiva de reforma de 2002, parecen claras al respecto, pues persiguen «salvaguardar la seguridad jurídica de los trabajadores en caso de insolvencia de las empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros y […] consolidar los derechos de los trabajadores». [22]

30. Con esta premisa, que inspiró igualmente al Tribunal de Justicia en la resolución de los asuntos Mosbaek y Everson, sugiero una respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial y, dadas las circunstancias fácticas del litigio principal, estimo que una empresa de transportes, cuyos empleados asumen

18 — Sentencia citada en la nota 3, apartado 23.
19 — *Ibid.*, apartado 23.
20 — *Ibid.*, apartado 24.
21 — Conclusiones citadas en la nota 3, punto 23.

22 — El contenido íntegro del considerando séptimo de la Directiva 2002/74 demuestra las intenciones del legislador en este terreno: «A fin de garantizar la seguridad jurídica de los trabajadores asalariados, en caso de insolvencia de las empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros, y de consolidar los derechos de los trabajadores en el sentido indicado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se hace imprescindible introducir disposiciones que determinen explícitamente la institución competente para el pago de los créditos impagados a los trabajadores […]»

labores de carga y descarga en otros Estados miembros, en los que carece de presencia comercial permanente, no puede ser catalogada como una empresa que «desarrolla actividades en el territorio de, al menos, dos Estados miembros», según la expresión del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987.

31. Para reforzar esa idea, cabe traer a colación tres poderosos fundamentos:

32. Primero, la jurisprudencia confirmó que una representación como la que desempeñaba la Sra. Mosbaek no era una «actividad en otro Estado miembro». En cambio, sí lo era la de una sociedad constituida en otro Estado miembro con una amplia plantilla de trabajadores en su seno, como sucedía en el asunto Everson. Estas dos sentencias incitan a pensar que el Tribunal de Justicia requiere una *presencia* comercial con vocación de *permanencia*. [23] Cuando me refiero a la presencia, apelo a una infraestructura que englobe medios materiales y humanos. El alquiler de un despacho y la contratación de una representante, como ocurría en el asunto Mosbaek, no sería suficiente. La mención a la permanencia evoca una estabilidad en el tiempo, con una firme voluntad de conservar la presencia en el territorio de otro Estado miembro.

33. Segundo, el Tribunal de Justicia ha sido igual de cauteloso al ponderar este aspecto en los asuntos que afectan a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. Desde la sentencia Comisión/Alemania, [24] la definición° de «establecimiento» se ha flexibilizado, llegándose a reconocer que «una empresa […] de otro Estado miembro que mantenga una presencia permanente en el Estado miembro de que se trate se rige por las disposiciones del Tratado sobre derecho de establecimiento, aunque dicha presencia no haya adquirido la forma de una sucursal o agencia, sino la de una simple oficina gestionada por el propio personal de la empresa o la de una persona independiente pero apoderada para actuar permanentemente como lo haría una agencia». [25] Esta ampliación del concepto hacia ámbitos en los que no se impone una presencia *stricto sensu* significa un reconocimiento de ese punto intermedio, en el que una empresa puede desplegarse en

23 — Los términos *presencia* y *permanencia* me parecen especialmente apropiados para ilustrar el tipo de conducta que activa la aplicación del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987. Así lo entendió también la Comisión en su Propuesta inicial de reforma en el año 2001, definiendo la situación como la de un «empresario que tiene una presencia comercial permanente en suficiente medida» (página 10 de la Propuesta, citada en la nota 10).

24 — Sentencia de 4 de diciembre de 1986 (205/84, Rec. p. 3755).

25 — *Ibid,* apartado 21.

otro Estado miembro, sin necesidad de aceptar una noción rígida de permanencia. [26]

34. Tercero, la jurisprudencia muestra también una especial preocupación por la situación laboral de los empleados que invocan sus derechos. Esta sensibilidad aflora nítidamente en los casos relacionados con las garantías salariales, no siendo casual que se haya prestado especial atención al lugar en el que se abonan las cotizaciones sociales o al «entorno social y lingüístico» que resulta familiar a los trabajadores, a la hora de buscar un nexo con otro Estado miembro.

35. Por todo lo expuesto, el artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987 debería interpretarse en el sentido de que hay «actividad en, al menos, dos Estados miembros», cuando una empresa cuente con una presencia comercial permanente en el territorio de otro Estado miembro. Para apreciar la existencia de un vínculo transfronterizo, la jurisprudencia sugiere dos criterios: por un lado, la infraestructura física y humana necesaria, acompañada de una vocación de estabilidad, en otro Estado miembro; por otro lado, la ligazón social y lingüística de los trabajadores que reclaman el crédito de la institución de garantía. Ambos criterios suponen un distanciamiento de la noción de «establecimiento» consagrada en la jurisprudencia, pues no hay que olvidar el factor socio-laboral, cuya tutela prima la Directiva 80/987. No obstante, como ya he adelantado, la dinámica de la jurisprudencia en la interpretación del artículo 43 CE sirve como herramienta hermenéutica.

36. Otro factor que justifica un alejamiento en el presente caso de la noción comunitaria de establecimiento radica en la historia legislativa de la reforma operada por el Directiva 2002/74. En la redacción inicial de la propuesta de la Comisión, el actual artículo 8 *bis* se refería a empresas «con *establecimiento* en el territorio de, al menos, dos Estados miembros». Posteriormente, el texto fue modificado hasta llegar a su redacción actual, que se refiere a aquellas empresas «con *actividades*» en dicho territorio.

37. Así pues, la posición de la empresa Jörgen Nilsson Akeri och Spedition AB ha de evaluarse a la luz de las pautas anteriores. Del auto de remisión se desprende que esta compañía no tiene representación comercial permanente en ningún otro Estado miembro, sin perjuicio de que sus actividades sean, por la propia naturaleza del transporte de mercan-

26 — Sentencias de 12 de julio de 1984, Klopp (107/83, Rec. p. 2971), apartado 19; de 10 de julio de 1986, Segers (79/85, Rec. p. 2375), apartado 16; de 28 de enero de 1986, Comisión/Francia (270/83, Rec. p. 273), apartado 14; de 12 de febrero de 1987, Comisión/Bélgica (221/85, Rec. p. 719), apartado 10; y de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165). Una evolución que tiene su culminación en la sentencia de 9 de marzo de 1999, Centros (C-212/97, Rec. p. I-1459). Asimismo, me parece relevante la definición de «establecimiento» del Reglamento nº 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia, ya citado, en su artículo 2, letra h): «todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes». Al respecto, Edwards, V., «Secondary Establishment of Companies — The Case Law of the Court of Justice», *Yearbook of European Law*, nº 18, 1998, y Sánchez Lorenzo, S., «Comentario a la sentencia Centros», *Anuario de Derecho Internacional Privado*, nº 0, pp. 1145 y ss.

cías, esencialmente transfronterizas. El hecho de que no haya ninguna sucursal o agencia en otro Estado miembro, junto con la situación laboral de sus trabajadores, que, por lo que respecta al Sr. Holmqvist, se encuentra ligado económica y socialmente al territorio sueco, me conducen a estimar que, en el presente caso, no se trata de una empresa que desempeña «actividades en, al menos, dos Estados miembros», en el sentido del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987.

38. Con todo lo argumentado, parece evidente que los créditos salariales adeudados al Sr. Holmqvist han de reclamarse ante la autoridad de garantía sueca.

39. Así se dan por resueltas las dos primeras preguntas del Lunds tingsrätt, pero también la cuestión prejudicial en su conjunto. La tercera y la cuarta preguntas sólo merecerían estudio si la respuesta a las precedentes hubiera tomado otro sesgo. No obstante, ante la eventualidad de que el Tribunal de Justicia no comparta mi propuesta, paso a desarrollar las dos últimas preguntas del órgano jurisdiccional sueco.

VI. La tercera cuestión prejudicial

40. Por si se entendiera que la empresa del litigio principal desplegaba sus actividades en varios Estados miembros a efectos del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987, el Lunds tingsrätt desea averiguar los criterios para atribuir la competencia a una de las instituciones de garantía involucradas, pues, aunque la Directiva se refiere a la autoridad «del Estado miembro en cuyo territorio [los trabajadores] ejerzan o ejercían habitualmente su trabajo», le gustaría obtener del Tribunal de Justicia una definición más precisa del término.

41. Los Gobiernos del Reino Unido e Italia defienden que esa definición, aunque no esté expresamente recogida en la Directiva, sí aparece reflejada en la sentencia Everson, cuando proclamó que, si «el empresario dispone de varios establecimientos en distintos Estados miembros, para determinar el fondo de garantía responsable, hay que recurrir, con carácter adicional y habida cuenta de la finalidad social de la Directiva, al lugar de actividad de los trabajadores, que, en la mayor parte de los casos, corresponde al entorno social y lingüístico que les resulta familiar».

42. Resaltan el último inciso de la sentencia Everson, reconociendo que el contexto sociolaboral del empleado, y no tanto el del

empleador, representa el elemento esencial para decidir la institución de garantía competente.

43. El Gobierno de los Países Bajos sostiene una opinión similar, aunque con una base diferente. El examen de las normas de competencia judicial en derecho comunitario lo llevan a adoptar una posición tuitiva de los trabajadores, apuntando al lugar donde satisface efectivamente sus obligaciones, siempre que constituya su entorno laboral más próximo.

44. La demandante en el proceso principal propone escoger el lugar en el que el trabajador ejecute la parte más significativa de sus responsabilidades laborales. En este caso, tales responsabilidades se han desarrollado fuera del territorio sueco; pero tampoco ofrece una solución alternativa para que el Sr. Holmqvist haga valer sus créditos ante una sola institución.

45. Sin embargo, el Gobierno de Suecia propugna que la respuesta, de acuerdo con la finalidad de la Directiva, debe priorizar la protección del trabajador y sugiere como institución competente la del Estado miembro en el que el trabajador tenga su domicilio.

46. El Sr. Holmqvist se muestra partidario de la idoneidad de la institución sueca de garantía, pues cada periodo de trabajo comenzaba y terminaba en Suecia; la sociedad únicamente tiene presencia en Suecia; los trabajadores perciben su salario en Suecia; están sometidos al régimen de seguridad social sueco; y se les practican las retenciones sobre el salario en favor del fisco de dicho Estado miembro.

47. La Comisión, en consonancia con la respuesta negativa que fomenta para las dos primeras cuestiones prejudiciales, no formula observaciones para las dos últimas.

48. Ya he relatado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha desgranado las razones para descifrar cuándo una empresa actúa en varios Estados miembros, en el contexto de la Directiva 80/987. A esa jurisprudencia me remito para encarar la tercera pregunta del órgano jurisdiccional remitente.

49. La sentencia Everson abre una línea de reflexión importante. Ya he aludido a su apartado 22, que confirmó el lugar de actividad de los trabajadores como elemento de conexión. Sin embargo, conviene destacar que ese mismo apartado añadió que ese lugar «corresponde, *en la mayor parte de los casos,*

al entorno social y lingüístico que les resulta familiar». [27] Subrayo esta expresión, porque deja percibir que el Tribunal de Justicia admite la posibilidad de que surjan otros elementos de conexión atributivos de la competencia.

50. Para elaborar estas pautas, hay que bucear en las normas de competencia judicial internacional vigentes en estos momentos en el derecho comunitario. [28] Evidentemente, no se trata de un dilema de naturaleza jurisdiccional, pues las dudas aquí planteadas afectan a una autoridad de carácter administrativo. Sin embargo, puesto que hay normas de competencia judicial en el ámbito laboral, singularmente para atribuir un foro en los litigios que conciernen a los contratos de trabajo, procede iniciar el análisis a partir de estas disposiciones.

51. El Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, [29] instaura en su artículo 19 un foro especial en materia de contratos individuales de trabajo. Respetando la filosofía protectora del trabajador que inspiró la Directiva 80/987, el precepto permite que los empresarios domiciliados en un Estado miembro sean demandados «ante los tribunales del Estado en el que estuvieran domiciliados», o, alternativamente, en otro Estado miembro. Se proclama así el *forum loci laboris,* pero completándolo con otros dos: el tribunal del lugar en el que el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o, si no lo desempeña en un solo Estado, «el tribunal del lugar en el que esté o hubiera estado situado el establecimiento que hubiera empleado al trabajador». [30]

52. A diferencia del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987, que únicamente prevé un foro, el Reglamento nº 44/2001 abre el abanico de alternativas, pero con la mira puesta en salvaguardar la posición de la parte más débil, en este caso el trabajador. [31]

53. La misma tónica adopta la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el desplazamiento de trabaja-

27 — La cursiva es mía.

28 — Este análisis también lo comparten el Gobierno de los Países Bajos y el Sr. Holmqvist.

29 — Reglamento de 22 de diciembre de 2000 (DO 2001, L 12, p. 1).

30 — Al respecto, Polak, M.V., «Jurisdiction and Choice-of-Law Aspects of Employment Contracts», en Meeusen, J., Pertegás, M., y Straetmans, G. (eds.), *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Intersentia, Amberes-Oxford-Nueva York, 2004, pp. 326 a 331.

31 — Así lo ratifica el propio Reglamento en su considerando décimo tercero: «en cuanto a los contratos [...] de trabajo, es oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales.» En esencia, tal como indican Virgós Soriano, M., y Garcimartín Alférez, F.J., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2007, p. 113, la *ratio* de esta conexión busca abiertamente que «los tribunales del lugar donde el trabajador realiza su actividad [sean], en principio, un foro próximo al trabajador y, en esta medida, se [reduzcan] sus costes de acceso a la tutela judicial.» Igualmente, es significativo que el Reglamento nº 44/2001, a diferencia de su antecesor, el Convenio de Bruselas, contiene una sección específica para abordar las peculiaridades de la contratación laboral internacional.

dores efectuado en el marco de una prestación de servicios, [32] cuyo artículo 6 otorga a un empleado la posibilidad de litigar «en el Estado miembro en cuyo territorio esté o haya estado desplazado el trabajador, sin perjuicio de la facultad de entablar una acción judicial en otro Estado, de conformidad con los convenios internacionales […]». Una remisión que refleja la necesidad de que el trabajador tenga acceso a la justicia en el ámbito que estime más apropiado. En definitiva, se trata de acercar la jurisdicción al litigante. [33]

54. Un rápido repaso a las normas sobre la ley aplicable aporta herramientas sorprendentemente similares. En línea con lo sucedido con el Reglamento nº 44/2001, el artículo 6 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales [34] incorpora una norma de conflicto alternativa, para que, a falta de elección entre las partes, el contrato de trabajo se rija por la ley del país donde el trabajador realice habitualmente su tarea laboral. Si no hubiera una presencia permanente en un solo Estado, se aplica la ley del país «en el que radique el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso se aplica la ley de este otro país». [35]

55. Como ya he expuesto, los textos legales que incorporan normas de competencia o de ley aplicable, específicas para el contrato de trabajo, buscan el equilibrio entre la conexión y la protección de los asalariados, para lo que abren distintas opciones, aunque con un mismo objetivo, el de permitir al empleado acceder a la justicia, invocando una ley cercana a su situación jurídica y personal. Quizás la redacción del artículo 6 del Convenio de Roma resulte la más expresiva, al mencionar un contrato de trabajo que «tenga vínculos más estrechos» con otro país. [36] Tales lazos de unión con un territorio sirven de referencia a la hora de encontrar un entorno que garantice la tutela judicial del trabajador.

32 — Directiva de 16 de diciembre de 1996 (DO 1997, L 18, p. 1).

33 — La finalidad común de esta Directiva y de las demás disposiciones comunitarias de competencia judicial la ponen de relieve Sánchez Lorenzo, S. y Fernández Rozas, J. C., *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Civitas, Madrid, pp. 480 y 481.

34 — Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO L 266, p. 1; EE 01/03, p. 36).

35 — Conviene destacar que la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), elaborada por la Comisión y actualmente en fase de tramitación parlamentaria, adapta el Convenio de Roma para «tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE […] y su amplia concepción del lugar habitual de trabajo» (Propuesta de la Comisión, COM(2005) 650 final, p. 7). El contexto y las eventuales consecuencias del cambio de tenor los analiza Venturi, P., «Alcune osservazioni sui contratti individuali di lavoro nella proposta di regolamento "Roma I"», en Franzina, P. (ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I»*, CEDAM, Milán, 2006, pp. 65 a 74. Sobre la interpretación del artículo 6 a la luz de la jurisprudencia nacional, Plender, R., y Wilderspin, M., *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Aplicable to Contractual Obligations*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2008, pp. 169 a 171.

36 — El Tribunal de Justicia no ha tenido oportunidad de interpretar el artículo 6 del Convenio de Roma, pues, como es bien sabido, en sus diecisiete años de vida, el Convenio no ha provocado cuestión prejudicial alguna.

56. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha interpretado estas disposiciones, más concretamente la relativa al Reglamento nº 44/2001 (en su versión convencional anterior), ha reiterado que, cuando un trabajador ejerce su trabajo en distintos Estados, el lugar de «desempeño habitual» es aquel con el que el litigio tiene el elemento de conexión más significativo. [37] En el asunto Mulox IBC, [38] el director de marketing internacional de una empresa domiciliada en Londres, que llevaba a cabo operaciones comerciales en Alemania, Bélgica, Países Bajos y los Estados escandinavos, había instalado su despacho en su sede de Aix-les-Bains (Francia); a partir de una fecha concentró la mayoría de su labor en territorio francés. Al dilucidar el sitio en el que trabajaba habitualmente, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta que el trabajador ejercía sus funciones «desde un despacho situado en un Estado contratante, en el que había fijado su residencia y al que regresaba después de cada uno de sus desplazamientos profesionales». [39]

57. De todo lo anterior se deduce que, en un contexto laboral en el que se debate sobre el foro apropiado para que un trabajador esgrima sus derechos, es ineludible examinar los hechos valorando la situación jurídica y personal del empleado. Con esta premisa, el entorno más cercano al trabajador ha de suministrar la conexión más justa. [40]

58. Mas, si se extiende esta tesis a la Directiva 80/987, hay que recalcar, con carácter previo, que, a diferencia de las normas de competencia judicial o de ley aplicable, que contemplan respuestas alternativas, el artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987 señala un solo foro. El Gobierno griego ha sostenido que esa competencia no es exclusiva, pero la sentencia Mosbaek declaró lo contrario.

59. En esta tesitura me inclino por aceptar un criterio fijo, que sirva como presunción en favor de un lugar en el que el trabajador ejerce habitualmente su trabajo. Pienso que el lugar en el que se aportan las cotizaciones sociales que cubrirían la eventual reclamación salarial

37 — Al respecto, Marchal Escalona, N., «Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana», *La Ley*, nº 5986, 2004.

38 — Sentencia de 13 de julio de 1993 (C-125/92, Rec. p. I-4075).

39 — *Ibid*, apartado 25.

40 — Así se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su conjunto y muy especialmente la sentencia Mulox IBC, pero también de las sentencias de 26 de mayo de 1982, Ivenel (133/81, Rec. p. 1891), apartados 14 y 16; de 9 de enero de 1997, Rutten (C-383/95, Rec. p. I-57), apartado 17; y de 10 de abril de 2003, Pugliese (C-437/00, Rec. p. I-3573), apartado 18. Recientemente, al interpretar por primera vez los contenidos laborales del Reglamento nº 44/2001, el abogado general Poiares Maduro defiende el carácter proteccionista de este texto en comparación con su precedente convencional: «[…] los autores del Reglamento nº 44/2001 quisieron crear una sección específica sobre la competencia jurisdiccional en materia de contratos de trabajo, al considerar "oportuno proteger a la parte más débil mediante reglas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las reglas generales". En estas circunstancias [sorprendería] que dichos autores, al adoptar el Reglamento nº 44/2001, hubieran querido privar al trabajador de las reglas más favorables de que disfrutaba, antes de la entrada en vigor de este Reglamento, en el marco del Convenio de Bruselas.» (Conclusiones del abogado general en el asunto Glaxosmithkline, C-462/06, leídas el 17 de enero de 2008, pendiente de sentencia, punto 21).

es el que mejor refleja la realidad jurídica y personal del trabajador.

60. Sin embargo, tal presunción admite prueba en contrario, debiéndose contar con una regla para casos especiales, que otorgue cierta flexibilidad al sistema, en línea con el artículo 6 del Convenio de Roma y con mi postura en las conclusiones del asunto Everson: como cláusula de cierre, la competencia radicaría en la autoridad del Estado miembro donde se ubique «el entorno social y lingüístico que les resulte familiar» a los trabajadores.

61. En este asunto, se podría eludir el recurso a la cláusula de cierre, pues la empresa del litigio principal devengaba las cotizaciones del Sr. Holmqvist en Suecia, sin que se apreciara ningún vínculo social ni lingüístico del trabajador con otro territorio de la Unión, que sólo atravesaba esporádicamente (en concreto, Italia, Austria y Alemania) en el curso de los viajes que emprendía por cuenta de su empresario.

62. Por tanto, cabe responder al Lunds tingsrätt que, para determinar el lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su cometido, según el artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987, hay que atender al Estado en el que empresario pagó las cotizaciones sociales pertinentes, salvo que, con carácter excepcional, concurra un vínculo social o lingüístico del trabajador con otro territorio de la Unión.

VII. La cuarta cuestión prejudicial

63. Por último, el tribunal nacional se interesa por el efecto directo del artículo 8 *bis* de la Directiva 80/987.

64. En coherencia con todo lo explicado, sólo procedería estudiar esta cuestión si hubiera habido un incumplimiento de Suecia.

65. El artículo 2, apartado a), de la Lönegarantilagen transpone el artículo 8 *bis* de la Directiva, por lo que debería interpretarse a la luz de la norma comunitaria. [41] El apartado 2 de la citada disposición nacional proclama

41 — Sentencias de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartado 26; y de 4 de febrero de 1988, Murphy y otros (157/86, Rec. p. 673), apartado 11. En opinión de Jans, J. H., de Lange, R., Prechal, S. y Widdershoven, R.J.G.M., *Europeanisation of Public Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2007, pp. 106 y 107, la jurisprudencia muestra una clara prioridad por la aplicación del principio de interpretación conforme, en detrimento del efecto directo.

que, «si el empresario se declara insolvente en Suecia y el trabajador ejerce o ha ejercido su trabajo para dicho empresario principalmente en otro país UE o EEE, no se concede el pago con arreglo a esta garantía». En esencia, ese precepto anuncia en negativo lo que la Directiva plasma en términos positivos. Cuando el legislador sueco se refiere a un trabajo prestado «principalmente en otro país», hay que entender que recurre una expresión equivalente a la del «ejercicio habitual» en otro Estado miembro utilizada en el artículo 8 *bis* de la Directiva.

66. Por consiguiente, en tanto en cuanto la legislación sueca puede ser interpretada de conformidad con la Directiva, cabe eludir un examen más profundo de la cuarta cuestión prejudicial.

VIII. **Conclusión**

67. A tenor de las reflexiones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Lunds tingsrätt, declarando que:

«1) El artículo 8 *bis* 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, modificada por la Directiva 2002/74/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 23 de septiembre de 2002, debe interpretarse en el sentido de que no exige que una empresa tenga una filial o un centro de actividad permanente para apreciar que desarrolla una actividad en, al menos, dos Estados miembros.

2) Para considerar que una empresa desempeña su actividad en varios Estados miembros hay que ponderar dos criterios: primero, la infraestructura física y humana imprescindible, acompañada de una vocación de permanencia, en otro Estado miembro; segundo, la ligazón social y lingüística de los trabajadores que reclaman el crédito de la institución de garantía.

3) El lugar en el que el trabajador ejerce o ejercía "habitualmente su trabajo" es aquel en el que se aportan las cotizaciones sociales para cubrir la eventual reclamación salarial, salvo que, con carácter excepcional, concurra un vínculo social o lingüístico del trabajador con otro territorio de la Unión.»