

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. CARL OTTO LENZ  
presentadas el 15 de noviembre de 1988 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

deben observar determinados principios enumerados en el artículo 5 de la Directiva.

**A. Hechos**

1. En el asunto que nos ocupa hoy, la parte demandante solicita al Tribunal que declare que, al no adoptar dentro de los plazos señalados todas las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento nacional a lo dispuesto en la Directiva 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,<sup>1</sup> la parte demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE.

Antes de pronunciarnos sobre el mismo, procede hacer las siguientes observaciones.

2. En virtud de la citada Directiva, los Estados miembros deben crear instituciones de garantía que aseguren 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 (insolvencia del empresario, preaviso de despido y terminación de la relación laboral por causa de despido; artículo 3). Estas instituciones

3. Los Estados miembros, a tenor del artículo 7, deben garantizar igualmente que el impago a sus instituciones de garantía de las cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario antes de sobrevenir su insolvencia, en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social, no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado respecto a tales entidades gestoras.

4. Por otra parte y de conformidad con el artículo 8 de la Directiva, los Estados miembros deben asegurarse de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya hayan dejado la empresa o el centro de actividad del empresario en la fecha en que se produzca la insolvencia de ésta, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez, incluidas las prestaciones a favor de los supervivientes, en virtud de regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales.

5. Por una parte, el apartado 2 del artículo 1 de la Directiva dispone que los Estados miembros podrán excluir del ámbito de aplicación de dicha disposición los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, en razón de la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquéllos, o en razón de la exis-

\* Lengua original: alemán.

1 — DO L 283, p. 23; EE 05/02, p. 217.

tencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores asalariados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva. Es de aplicación, a este respecto, la lista que figura en el anexo de la Directiva y, especialmente, su título II, letra C, que, por lo que respecta a Italia, menciona a «1. Los trabajadores asalariados que se beneficien de las prestaciones previstas por la legislación en materia de garantía de los ingresos en caso de crisis económica de la empresa».

6. De acuerdo con el artículo 11, las medidas de adaptación del ordenamiento nacional a la Directiva debían adoptarse en un plazo de 36 meses, a partir de la fecha de su notificación (es decir, con anterioridad al 23 de octubre de 1983), estando igualmente obligados los Estados miembros a comunicar a la demandante el texto de las disposiciones adoptadas en el ámbito regulado por la Directiva.

7. Al no haber comunicado nada al respecto el Estado miembro demandado, la parte demandante envió un requerimiento en este sentido a la parte demandada el 3 de noviembre de 1983. Parece ser que en marzo de 1984 se hizo llegar a ésta una lista en la que se incluían algunas leyes italianas relativas a la materia regulada por la Directiva.

8. Tras proceder a su examen, la parte demandante dirigió a la parte demandada, el 24 de abril de 1985, una carta en la que se exponían detalladamente las razones por las que el ordenamiento del Estado miembro demandado no se había adaptado plenamente a la Directiva, y en la que aquélla solicitaba una nueva lista completa y detallada de todas las disposiciones relacionadas con el objeto de la Directiva.

9. Al quedar la referida carta sin respuesta, el 19 de marzo de 1986 se emitió un dictamen motivado, en el sentido del artículo 169 del Tratado CEE, frente al que la Represen-

tación Permanente de Italia reaccionó mediante carta de 25 de abril de 1986, a la que se adjuntaba un informe elaborado por el Ministerio de Trabajo del Estado miembro demandado y en la que se analizaban las disposiciones italianas relacionadas con el objeto del litigio.

10. Se hacía observar al final del referido informe que aún quedaban por cumplir determinadas obligaciones de Derecho comunitario en materia de protección de los trabajadores, siendo necesario encontrar soluciones al respecto. La carta de la Representación Permanente precisaba también que era necesario resolver aún determinados problemas relativos a la adaptación del Derecho nacional, para cumplir íntegramente las obligaciones contenidas en la Directiva, precisando que le había sido encomendada a un comité interministerial la tarea de formular propuestas dirigidas a colmar las lagunas existentes.

11. Al no volver a tener conocimiento ni de la actividad de este comité ni de una eventual incorporación de sus propuestas al Derecho positivo, la parte demandante interpuso ante el Tribunal de Justicia, el 23 de enero de 1987, el recurso por incumplimiento que hoy nos ocupa.

12. Como bien sabe el Tribunal, tres son los motivos de incumplimiento objeto del mismo:

— el Derecho del Estado miembro demandado no prevé de manera adecuada las instituciones de garantía que establecen los artículos 3 y 5 de la Directiva;

— la protección insuficiente de los derechos a prestaciones de los trabajadores asalariados respecto del sistema legal de seguridad social;

— la no adopción de ninguna de las medidas exigidas por el artículo 8 de la Directiva.

## B. Definición de postura

Sobre estos distintos puntos, procede observar lo siguiente.

### 1. Medidas previstas en los artículos 3 y 5 de la Directiva

13. a) Por lo que se refiere al Estado miembro demandado, este punto afecta, en concreto, a la Ley nº 297, de 29 de mayo de 1982, que creó, dentro del Instituto Nacional de Protección Social, un fondo especial destinado a garantizar el pago de la indemnización por cese de la actividad laboral prevista por el artículo 2120 del «codice civile». La parte demandante reconoce que este fondo responde a las exigencias del artículo 5 de la Directiva, pero, no obstante, deplora —y ésta es la razón por la que lo juzga insuficiente en relación con lo previsto en la Directiva— que se trate de una mera indemnización por ruptura de la relación contractual, y no por créditos impagados de trabajadores asalariados correspondientes al período contemplado en el artículo 3 de la Directiva. Señala por otra parte la Comisión que, cuando se trate de cortos períodos de empleo, la cuantía de la indemnización —un mes de salario por año de servicios— no alcanza el importe mínimo previsto en el artículo 4 de la Directiva (tres meses de salario).

14. Por otra parte, es preciso observar igualmente que, gracias a la creación de otro fondo dentro del Instituto Nacional de Previsión Social (la «Cassa integrazione guadagni — gestione straordinaria»), se prevé —y la frase ya citada en el punto 1 de la letra C del título II del anexo de la Directiva se refiere a ello— que, en caso de crisis económica de la empresa, los trabajadores podrán percibir hasta un 80 % de su salario

sin límite temporal alguno. Estima, no obstante, la parte demandante que esto no basta para considerar satisfechas las obligaciones impuestas por la Directiva, puesto que lo dicho afecta únicamente a determinadas empresas fundamentalmente, las empresas industriales grandes y medianas y los grandes establecimientos comerciales, pero no, por el contrario, a las empresas agrícolas, las sociedades de servicios ni los pequeños establecimientos comerciales, porque la institución no se aplica a todas las categorías de trabajadores asalariados (no se aplica al personal directivo, a los aprendices ni a los trabajadores a domicilio) y porque el Comité Interministerial para la Coordinación de la Política Industrial (CIPI) dispone de una facultad discrecional en la aplicación de la normativa, de tal manera que, puesto que lo que cuenta es la importancia social de la crisis, es decir, el tamaño de la empresa y el mercado de trabajo en una determinada región, las pequeñas y medianas empresas sólo raramente se benefician de dicha normativa.

15. b) Si, ante estas observaciones, se considera lo alegado en su defensa por la parte demandada, se llega rápidamente a la conclusión de que no sirve por lo que respecta al fondo especial garante de la indemnización en caso de ruptura del vínculo contractual, que se ha mencionado en primer lugar.

16. Como recordará el Tribunal, se ha alegado, en concreto, a este respecto, que, *en general*, este sistema garantiza una protección más eficaz que la prevista en la Directiva (en la medida en que, por regla general, el importe de la indemnización es superior a la protección mínima prevista por la Directiva, de tres meses de salario). Se ha alegado, por otra parte, que las empresas del Estado miembro ya se ven suficientemente penalizadas por la referida indemnización (el fondo de garantía se nutre de las contri-

buciones de los empresarios), de manera que, si en aplicación de la Directiva debieran aun adoptarse medidas suplementarias, dichas empresas sufrirían un perjuicio, incompatible con la idea de armonización a que responde la Directiva.

17. Frente a lo dicho, lo importante —no me detendré en el hecho de que, en principio, la indemnización de que se trata únicamente comienza a adeudarse cuando se produce la ruptura del vínculo contractual— es que, como consecuencia del método de cálculo al que ya hemos hecho referencia, el fondo de indemnización *no siempre* permite alcanzar, y mucho menos superar, el nivel de protección establecido por la Directiva, lo que claramente ocurre cuando los empleos son de corta duración, bien por tratarse de jóvenes trabajadores asalariados, bien como consecuencia de la movilidad de la mano de obra, de la que no se puede decir que en el Estado miembro demandado revista una importancia de segundo orden.

18. El otro punto esencial es que la Directiva sólo prescribe una determinada protección mínima y que, por consiguiente, no exige, pues, la adopción de medidas *suplementarias* a las ya existentes. No obstante, si se trata de *aproximar* —y ello es lo único que exige la Directiva— el Derecho nacional a lo previsto en ésta, de tal manera que se elimine toda laguna en la protección de los trabajadores, no es en absoluto de recibo la afirmación de que, en razón a lo dicho, caería sobre los productores del Estado miembro demandado una carga desmesurada e injustificada. La propia parte demandada indica que, a la vista del alto nivel de protección ya alcanzado, estos casos tendrían una importancia meramente marginal; ello no puede pues provocar una penalización suplementaria desmesurada. En realidad, el objetivo que se persigue es el establecimiento de una situación tan uniforme como sea posible en la Comunidad.

19. c) Es evidente, por otra parte, que las lagunas detectables en el régimen de la Cassa integrazione guadagni —gestione straordinaria no permiten afirmar que el Derecho nacional se haya adaptado suficientemente a la Directiva por lo que respecta a sus artículos 3 y 5, de forma que las imputaciones de la parte demandante parecen justificadas en este punto.

20. aa) De esta manera, es preciso hacer constar, efectivamente, que el régimen *no es aplicable a todas las empresas*, sino únicamente a las expresamente enumeradas en las páginas 6 y 7 del informe del Ministerio italiano de Trabajo, no siendo aplicable, en especial, ni a las pequeñas empresas ni a algunas empresas medianas.

21. Es igualmente evidente que no puede estarse de acuerdo con la parte demandada cuando afirma que, en virtud del artículo 2 de la Directiva, la declaración de insolvencia depende esencialmente de la iniciación de un procedimiento formal, cuando al mismo (es decir, el procedimiento concursal) y de conformidad con lo previsto en el Real Decreto nº 297, de 16 de marzo de 1942, en relación con el artículo 2083 del Codice civile, no tienen acceso las pequeñas empresas, como las empresas agrícolas y artesanales, los pequeños comerciantes y las empresas familiares. Pese a que lo dicho es cierto y la Directiva no impone, a este respecto, medida protectora alguna de carácter imperativo, es preciso, en cualquier caso, admitir que las empresas excluidas del régimen del Estado miembro no se limitan, de manera manifiesta, a las que acabamos de mencionar, sino que su número incluye igualmente otras pequeñas y medianas empresas, respecto de las cuales cabe perfectamente entablar un procedimiento de declaración de insolvencia, siéndoles de aplicación, por consiguiente, la Directiva.

22. bb) Es igualmente cierto, por otra parte, que el régimen aplicable a la Cassa

integrazione guadagni — gestione straordinaria no se aplica a todos los trabajadores asalariados, en concreto, al personal directivo, a los aprendices ni a los trabajadores a domicilio, sin que tampoco pueda justificarse semejante exclusión.

23. Por lo que respecta al *personal directivo* difícilmente puede afirmarse que la Directiva (en virtud de cuyo artículo 2, es al Derecho nacional al que corresponde definir el término «trabajador asalariado») no se aplica a dicho personal directivo de las empresas. De hecho, la parte demandante ha demostrado de manera convincente que, salvo excepciones puntuales, la normativa aplicable a los trabajadores asalariados se aplica igualmente al personal directivo de las empresas, en virtud del artículo 2095 del Codice civile (modificado por Ley nº 190, de 13 de mayo de 1985), sin que existan dudas al respecto ni en la doctrina ni en la jurisprudencia italianas. Además, la parte demandante ha señalado con acierto que si se hubiera previsto, de hecho, un régimen particular, para este importante grupo, ello se hubiera reflejado en el anexo de la Directiva.

24. Ahora bien, puesto que la parte demandada ha alegado que al personal directivo se le garantiza una protección apropiada por medio de otros regímenes (recogidos, las más de las veces, en convenios colectivos), se impone replicarle que, de conformidad con el artículo 11 de la Directiva, a ella misma, precisamente, le hubiera correspondido comunicarlo caso por caso y probarlo, lo que en ningún caso puede tener lugar durante la tramitación del procedimiento.

25. En relación con los *aprendices*, tampoco cabe duda alguna de que el Derecho del Estado miembro demandado los considera como trabajadores asalariados (lo que la parte demandante ha señalado invocando el

artículo 2134 del Codice civile, la Ley nº 25, de 19 de enero de 1955, y la jurisprudencia en la materia), de manera que, en principio, la Directiva les es de aplicación. Por un lado, hay que decir que el argumento basado en la duración de estas relaciones de trabajo, no es de recibo en esta materia. Precisamente por esta razón se ha replicado acertadamente a la parte demandada que, en realidad y a la vista del límite máximo de cinco años previsto en el artículo 7 de la Ley nº 25, no puede decirse que estas relaciones de trabajo sean generalmente cortas. Por otra parte, es evidente que, de conformidad con lo previsto en la Directiva (que, en su artículo 4, prevé una protección mínima de tres meses), lo dicho no puede tener incidencia alguna. Tampoco puede invocarse en este contexto el apartado 2 del artículo 1, ya citado (y según el cual, los Estados miembros pueden eliminar del ámbito de aplicación de la Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores), ni la declaración según la cual, en el supuesto de que los aprendices estén incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, la parte demandada solicita que el anexo de la Directiva se complete debidamente. Lo importante en el presente procedimiento es que, de conformidad con el Derecho vigente, los aprendices no están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva. Por otra parte, procede observar que es más que dudoso que pueda contemplarse como posible semejante modificación del anexo, que, evidentemente, un Estado miembro no puede efectuar de manera unilateral, sino que corresponde adoptarla al Consejo, cuando está claro que, por lo que respecta a los aprendices, no puede hablarse de una protección equivalente, en el sentido del apartado 2 del artículo 1 de la Directiva, siendo igualmente difícil sostener que se trata de una categoría particular de trabajadores asalariados que no necesita protección.

26. Tampoco cabe dudar, por último, de que los *trabajadores a domicilio* deban considerarse igualmente como trabajadores asalariados.

riados, siéndoles, por consiguiente, de aplicación lo dispuesto en la Directiva. Es ya interesante observar, a este respecto, que, en el caso de Irlanda, se haya considerado necesario excluirles expresamente en el anexo. Como ha señalado la parte demandante, otras indicaciones significativas nos la ofrece, en relación con el tema que nos ocupa, el Derecho del Estado miembro demandado; en concreto, los artículos 2094 y 2128 del Codice civile y la Ley nº 817, de 18 de noviembre de 1973, con su definición de trabajo a domicilio, así como la jurisprudencia y la doctrina por ella desarrollada en la materia (aunque, a este respecto, haya que admitir que, en determinados casos, pueden plantearse algunos problemas de delimitación, lo que provoca constantemente nuevos litigios).

27. Estimamos no obstante que, en la medida en que la parte demandada ha defendido su postura invocando la Ley nº 433, de 8 de agosto de 1985 (que, en relación con las empresas encuadradas en el sector de la artesanía y en determinadas condiciones, no contempla a los trabajadores a domicilio), es preciso responderle que no cabe extraer argumentos de peso contra la inclusión de los trabajadores a domicilio dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, y otro tanto puede decirse en relación con la afirmación pura y simple según la cual los sistemas de protección de los trabajadores asalariados no pueden hacerse extensivos a los trabajadores a domicilio (p. 5 del escrito de dúplica).

28. cc) La Comisión ha señalado acertadamente, en último lugar, contra el régimen aplicable a la Cassa que, dentro incluso de su ámbito de aplicación, lo que se prevé no es una obligación estricta de pago, sino una *facultad discrecional*. Dado que, para la Cassa, lo fundamental es la importancia económica de la empresa afectada por la crisis, ello puede dar lugar a que no se beneficien de la normativa las pequeñas y medianas empresas.

29. La parte demandada ha invocado, en vano, en su defensa, la resolución del Comité Interministerial para la Coordinación de la Política Industrial (CIPI), de 12 de junio de 1984. En efecto, pese a que la ley sobre cuya base se adoptó (la cual, como ya hemos dicho, se basa esencialmente en la importancia social de las empresas afectadas) tiene por principio, rango superior, es innegable que, visto el tenor de dicha resolución, no se trata de una obligación de pago automático en todos los casos (aquí nos remitimos, en concreto, al quinto considerando, en el que se menciona la «eccezionale rilevanza della situazione occupazionale», así como a su parte dispositiva, en la que se hace referencia a la «eccezionale rilevanza dei provvedimenti, da desumersi in rapporto all'organico aziendale, alla localizzazione d'impresa e al settore di attività in cui operavano i lavoratori sospesi»).

30. De igual manera, no cabe refutar la crítica respondiendo que, en virtud del artículo 1 de la Directiva, pueden excluirse del ámbito de aplicación de la misma determinadas *categorías* de trabajadores asalariados, como, por lo que respecta al Estado miembro demandado, es el caso de la categoría abstracta de trabajadores asalariados a los que precisamente se aplica el régimen de la Cassa y que se recoge en el anexo. En realidad, y como ha dicho la parte demandante, es preciso contemplar esta disposición especial dentro del conjunto del sistema, es decir, partiendo del supuesto de que, en principio, la Directiva ha sido objeto de aplicación, con la consecuencia de una protección completa de los trabajadores, y que habrá de aplicarse dicho texto cuando no proceda aplicar otra disposición especial. Es igualmente evidente, sobre todo a la vista del sentido de lo dispuesto en el artículo 1 —evitar la acumulación de protecciones a partir del momento en que se garantiza una

protección equivalente— que lo fundamental son los efectos concretos de la disposición especial, como indica también el tenor de la parte del anexo relativa al Estado miembro demandado, en donde se hace referencia a aquellos «trabajadores asalariados que se *beneficien* de las prestaciones previstas por la legislación en materia de garantía de los ingresos en caso de crisis económica de la empresa», y no de aquéllos que «*puedan*» beneficiarse de las mismas. Por consiguiente, la disposición especial sólo abarca en realidad las situaciones en las que, de hecho se aplica el régimen de la Cassa, de manera que la parte demandante ha puesto de relieve, acertadamente, la importancia que, a este respecto, reviste una facultad discrecional.

31. d) Para concluir con las lagunas que, sin duda alguna, pueden observarse en el Derecho italiano en relación con los artículos 3 y 5 de la Directiva, tampoco conduce a mayores resultados el intento general de justificación de la parte demandada, según el cual otras garantías eficaces ya suponen una protección eficaz.

32. Esto es evidente por lo que respecta a lo alegado en el sentido de que los créditos de los trabajadores tienen carácter preferente. No cabe duda alguna, en efecto, de que la seguridad así obtenida en caso de insolvencia no es la que deben ofrecer las instituciones de garantía previstas en los artículos 3 y 5 de la Directiva en materia de créditos por salarios y sueldos.

33. Lo dicho es igualmente válido por lo que respecta a la referencia a los convenios colectivos, tal y como han sido adoptados, por ejemplo, en los sectores del comercio y turístico. A este respecto no se nos ofrecen mayores precisiones y, sobre todo, no se nos hace ver cómo de esta manera podrían quedar colmadas todas las lagunas a que nos hemos venido refiriendo.

## 2. Medidas que deben adoptarse en virtud del artículo 7 de la Directiva

34. Esta materia está regulada por el artículo 2116 del Codice civile italiano, de acuerdo con el cual, el derecho a las prestaciones de la seguridad social obligatoria existe aunque el empresario no haya satisfecho regularmente las cotizaciones. Observa, no obstante, la Comisión, que esta norma contiene una reserva en relación con determinados preceptos contenidos en leyes especiales, y que la misma es de aplicación a las prestaciones por vejez, invalidez y en favor de sobrevivientes, reguladas por Ley nº 485, de 11 de agosto de 1972. Bien es cierto que esta última (en el artículo 23 *ter*) dispone que la obligación de cotizar se considerará cumplida, aunque no se hayan pagado las cotizaciones; ahora bien, para que ello sea así es preciso que no haya expirado el plazo de prescripción (de diez años). Puede suceder, por consiguiente, que, una vez expirado el plazo de prescripción, el trabajador asalariado —y es esto precisamente lo que deplora la parte demandante— pierda sus derechos y no pueda entablar contra el empresario insolvente otra acción que la de daños y perjuicios, al amparo del apartado 2 del artículo 2116 del Codice civile. Ahora bien, en relación con lo dispuesto en la Directiva, esta vía de procedimiento es manifiestamente inoperante, en la medida en que es larga y costosa, ofreciendo únicamente unas perspectivas limitadas en los supuestos contemplados en la Directiva (insolvencia del empresario), puesto que lo máximo que permite obtener es un crédito sobre la masa.

35. a) Acerca de este problema en su conjunto, no cabe en absoluto seguir a la parte demandada cuando, en su descargo, invoca el artículo 6 de la Directiva, a tenor del cual, los Estados miembros podrán prever que los artículos 3, 4 y 5 no se apliquen a las cotizaciones adeudadas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social.

36. Se hace difícil, en efecto, admitir que el objetivo de esta disposición (manifiestamente incluida en el texto por obra exclusiva del Consejo) sea avalar pura y simplemente las excepciones a los artículos 7 y 8. Lo que, en efecto, y en contra del tenor claro de estos dos artículos, equivaldría a degradar los referidos artículos 7 y 8, de importancia para la protección de los trabajadores asalariados, al rango de meras recomendaciones, lo que supondría que en el sistema de protección de los trabajadores amenazados por la insolvencia de un empresario seguiría existiendo una laguna grave. Visto el espíritu que informa la Directiva y, en concreto, su artículo 6, nos inclinamos a pensar que aquí de lo que se trata es únicamente del problema de las *cotizaciones* a la Seguridad Social no satisfechas por el empresario, y no de una limitación de la protección del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social. Si por lo que respecta a las cotizaciones (y únicamente por lo que respecta a éstas), el artículo 6 admite, por tanto, excepciones a los artículos 3 y 5, lo único que esto significa es que la creación de instituciones de garantía no se requiere en el supuesto que nos ocupa. Puede, en efecto, alcanzarse un nivel satisfactorio de garantía por otros medios, haciendo recaer, por ejemplo, sobre las instituciones de la Seguridad Social, el riesgo del impago de las cotizaciones, sistema por el que ha optado el Estado miembro demandado.

37. b) Tampoco nos convence lo alegado por la parte demandada en el sentido de que el inconveniente del sistema italiano observado por la demandante podría evitarse gracias al sistema de control existente en la seguridad social (de acuerdo con el cual, esta última envía cada año a los trabajadores unos extractos de cuenta que permiten controlar el respeto de la obligación de cotización con la presentación de una denuncia contra el empresario por el incumplimiento de sus obligaciones). Estimamos, de igual manera, que tampoco es de recibo lo ale-

gado en el sentido de que los efectos prácticos de la normativa impugnada por la parte demandante revisten una importancia meramente marginal.

38. El tenor del artículo 7 muestra que este precepto cumple una función protectora de gran alcance. Dado que dicho artículo 7 prevé que el impago de las cotizaciones de la Seguridad Social no puede afectar al derecho a prestaciones de los trabajadores asalariados (lo que significa tanto como consagrar el principio de la prestación automática, con independencia del pago de las cotizaciones), lo dicho no puede considerarse compatible con un sistema que impone a los trabajadores asalariados afectados una responsabilidad considerable y que, manifiestamente, tampoco funciona de manera satisfactoria, como lo prueba la jurisprudencia invocada por la parte demandante en relación con el apartado 2 del artículo 2116 del *Codice civile* (sin que, por otra parte, pueda desvelarse la duda de si ello obedece a la negligencia de los empresarios o si la Seguridad Social incurre en errores en las comunicaciones anuales).

39. Por lo que respecta, por otra parte, a los efectos prácticos de la normativa impugnada y a su importancia presuntamente marginal, es preciso resaltar que, dentro del ámbito de aplicación del artículo 7, la Directiva impone una protección completa y sin fisuras. Por consiguiente, está fundada la imputación de una adaptación incorrecta del Derecho nacional, puesto que el principio de *minimis non curat praetor* no es de aplicación al procedimiento contemplado en el artículo 169 del Tratado CEE, aun cuando sean raros aquellos casos en los que el Derecho nacional no se adecúe al fin perseguido por la Directiva. Por esta razón, tampoco procede entrar a debatir si, de hecho, la jurisprudencia invocada por la Comisión es enteramente pertinente. Es suficiente que se haya probado la interposición de demandas por daños y perjuicios en toda una serie

de casos, al amparo del apartado 2 del artículo 2116, como consecuencia del impago de las cotizaciones por los empresarios y de la expiración del plazo de prescripción de diez años.

40. c) Si bien es cierto que, por otra parte, y por lo que respecta a la obligación impuesta por el artículo 7 de la Directiva, la parte demandada ha hecho referencia a la posibilidad de obtener una cierta mejora, gracias a la Ley n° 1338, de 12 de agosto de 1962 (según la cual, aunque el empresario no haya satisfecho las cotizaciones y haya expirado el plazo de prescripción, puede generarse el derecho a prestaciones por medio del pago *a posteriori* de las cotizaciones por parte del empresario o del trabajador), es evidente que no es ésta una manera adecuada de defenderse frente a la imputación de una adaptación incompleta del Derecho nacional al artículo 7.

41. Tampoco es preciso, a este respecto, evocar la hipótesis citada en último lugar (pago *a posteriori* por parte del trabajador), que, sin duda alguna, es preciso considerar como un efecto perjudicial, en el sentido del artículo 7. Por lo que respecta a la posibilidad de pago *a posteriori* por el empresario, evidentemente, presupone la solvencia de este último (lo que no es precisamente el caso de aquellos supuestos para los que se concibió la Directiva). Por otra parte y como pone de manifiesto la jurisprudencia citada por la parte demandante, la cuestión decisiva es que el empresario no está sujeto a obligación alguna, de manera que el trabajador, si no recurre a esta vía, no tiene frente al empresario otra posibilidad que ejercitar la acción por daños y perjuicios, que debe considerarse como no satisfactoria.

42. d) No nos queda sino concluir afirmando que, la parte demandante incluyó acertadamente el artículo 7 de la Directiva en la lista de aquellas disposiciones, respecto de las cuales el ordenamiento jurídico del Estado miembro demandado no se adapta aún a las exigencias de la Directiva.

### 3. Medidas prescritas por el artículo 8 de la Directiva

43. En función de lo declarado por la parte demandante, que no ha sido objeto de desmentido alguno, en el ordenamiento jurídico del Estado miembro demandado, únicamente puede considerarse a este respecto al artículo 2117 del Codice civile, a tenor del cual, los fondos especiales de previsión social constituidos por el empresario no podrán utilizarse para fines distintos de aquéllos a los que están destinados, y en virtud del cual no pueden ser objeto de ejecución forzosa en favor de los acreedores del empresario o del trabajador. Se ha afirmado que, en caso de quiebra, ello da lugar a sustraer del ámbito de la acción rescisoria los pagos efectuados por el empresario a dicho fondo durante el año anterior al de la declaración de la quiebra.

44. Estima la parte demandante que tampoco esto último satisface las exigencias de la Directiva; considera necesario, por el contrario, que se adopten medidas que prevengan el supuesto de que el empresario deje de financiar el referido fondo con las aportaciones necesarias.

45. a) Sobre este punto, la parte demandada se limitó a invocar en la fase escrita del procedimiento, y en apoyo de sus pretensiones, el artículo 6 de la Directiva, ya citado, y el hecho de que semejantes regímenes son poco conocidos en Italia (por ejemplo, sólo entre el personal directivo y los empleados del sector bancario). Sólo a lo largo de estos últimos años se ha asistido a un desarrollo notable en esta materia.

46. Ahora bien, lo que tiene que quedar bien claro es que este camino no conduce a ningún sitio. Ya hemos visto cómo, en realidad, la parte demandada se basa en una interpretación errónea del artículo 6 de la Directiva, precepto que únicamente contempla

la posibilidad de renunciar a las instituciones de garantía definidas en los artículos 3 y 5, en relación con las cotizaciones a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales. No obstante, y por otra parte, no cabe duda alguna de que no es de recibo la afirmación de que únicamente existirá un incumplimiento de la Directiva cuando sus efectos repercutan en un colectivo importante de la población activa, razón por la cual basta, en el contexto que nos ocupa, que la parte demandada admita que dicho Estado conoce regímenes complementarios de previsión como los contemplados en el artículo 8 de la Directiva, sin que haya necesidad alguna de profundizar en la cuestión de si, como ha observado la parte demandante, existen ya en Italia 200 regímenes complementarios de previsión del tipo aludido que afectan a más de un millón de trabajadores —según la información obtenida a partir de un artículo de periódico sobre un congreso de empresas de seguros— ni si la parte demandada está en lo cierto cuando afirma que la naturaleza de estos fondos es totalmente distinta, no teniendo nada que ver con un régimen de previsión, en el sentido propio del artículo 8 de la Directiva.

47. b) En la vista oral, la parte demandante sorprendió, al modificar totalmente su defensa (y sorprendió, sobre todo porque, durante la fase escrita del procedimiento, se afirmó que, en relación con el artículo 8 de la Directiva, estaba tramitándose un proyecto de ley tendente a garantizar la solvencia de los referidos fondos complementarios mediante la creación por ejemplo, de un fondo especial de garantía). Sabemos que lo que afirma ahora la parte demandada es que lo dispuesto en el artículo 2117 del Codice civile satisface las exigencias del artículo 8 de la Directiva. En realidad, el artículo 8 no prescribe la adopción de ninguna de las medidas cuya inexistencia apunta la parte demandante, razón por la cual no cabe afirmar que el tenor de dicho precepto no ha sido suficientemente respetado.

48. No obstante, difícilmente podemos aprobar esta aseveración. A nuestro modo de ver, lo importante es, sobre todo, que el artículo 8 exige claramente medidas de protección de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en los regímenes complementarios de previsión. Puesto que, por lo general, estos derechos se configuran en función del período de trabajo al servicio de la empresa, es evidente lo insatisfactorio de una protección limitada al carácter inembargable de los fondos efectivamente constituidos y que no presta atención alguna al hecho de que los fondos estén suficientemente alimentados.

49. Ante lo dicho, no es de recibo establecer una comparación entre el artículo 8 y el artículo 7 como la efectuada por la parte demandada, observando que, contrariamente al artículo 8, el artículo 7 hace una referencia expresa al impago de las cotizaciones. En primer lugar, es preciso señalar, a este respecto, que si no se alude al pago de las cotizaciones, ello puede obedecer a que los regímenes complementarios de previsión pueden financiarse por otros medios, por ejemplo, mediante reservas internas constituidas por la empresa. A este respecto puede invocarse, sobre todo, el artículo 6 ya citado, en donde se citan expresamente las cotizaciones a los regímenes complementarios de previsión. Podemos decir que el hecho de que se haya previsto expresamente la posibilidad de renunciar a las instituciones de garantía previstas en los artículos 3 a 5 (y solamente en éstos), indica con toda claridad que los autores de la Directiva han querido incluir igualmente el problema relativo a la financiación de los fondos en el contexto del artículo 8.

50. Estimamos, por último, que la fórmula introductoria del artículo 8 por la que ha optado el Consejo, apartándose de la proposición de la parte demandante: «los Estados miembros se asegurarán de que [...]» (en lugar de: «los Estados miembros adoptarán las medidas [...]»), aboga igualmente en fa-

vor de la interpretación defendida por la parte demandante. Dicha fórmula no pretende en modo alguno poner de manifiesto una cierta atenuación del carácter imperativo de la disposición, sino que, en realidad, se explica por el hecho de que, en esta materia, las medidas estatales (como es el caso del artículo 2117 del Codice civile) no son satisfactorias, debiendo, por el contrario, ocupar un lugar central las medidas adopta-

das por las empresas y sus organizaciones, cuya adopción los Estados miembros deben limitarse a alentar.

51. c) Por consiguiente, la parte demandante invocó también muy acertadamente el motivo basado en la adaptación insuficiente del ordenamiento nacional al artículo 8 de la Directiva.

### C. Conclusión

52. Tras lo expuesto, no nos queda sino proponer al Tribunal de Justicia que estime fundada la demanda interpuesta por la parte demandante y que declare que la parte demandada ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CEE, al no adoptar dentro de los plazos señalados todas las medidas necesarias para adaptar el ordenamiento nacional a 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. Por otra parte, y de conformidad con lo expresado en la demanda, procede condenar en costas a la República Italiana.