



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 8 de septiembre de 2016¹

Asunto C-454/15

Jürgen Webb-Sämman
contra

Christopher Seagon (en su condición de administrador concursal del patrimonio de Baumarkt Praktiker DIY GmbH)

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Hessisches Landesarbeitsgericht (Tribunal Regional de Trabajo de Hessen, Alemania)]

«Política social — Directiva 2008/94 — Protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario — Disposiciones en materia de seguridad social — Ámbito de aplicación — Obligación del Estado miembro de garantizar que se adoptan las medidas necesarias para proteger derechos adquiridos o en vías de adquisición en virtud de planes de pensiones complementarios»

I. Introducción

1. El Sr. Webb-Sämman (en lo sucesivo, «recurrente») trabajaba a tiempo parcial en Baumarkt Praktiker DIY GmbH y en las que fueron sus antecesoras (en lo sucesivo, «concurzada»). El empresario retuvo determinados importes del salario del recurrente que fueron convertidos en aportaciones al fondo de pensiones. En octubre de 2013 se abrió un procedimiento concursal contra la concursada. Se puso de manifiesto que, durante el período comprendido entre enero y septiembre de 2013, la concursada no había transferido las aportaciones del recurrente al fondo de pensiones pertinente.

2. El asunto suscitado por la presente petición de decisión prejudicial consiste en saber si, en caso de insolvencia de un empresario, el artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE² obliga a que los importes retenidos por el empresario del salario de un trabajador para aportarlos a un fondo de pensiones complementario pero que, en realidad, no fueron ingresados por el empresario en una cuenta separada sean apartados y excluidos de la masa activa del concurso.

¹ — Lengua original: inglés.

² — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO 2008, L 283, p. 36).

II. Marco normativo

A. Derecho de la Unión

1. Directiva 2008/94

3. El considerando 3 de la Directiva 2008/94 establece que «son necesarias normas para la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y para garantizarles un mínimo de protección, especialmente para garantizar el pago de sus créditos impagados, teniendo en cuenta la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad. A tal efecto, los Estados miembros deben crear una institución que garantice a los trabajadores asalariados afectados el pago de sus créditos impagados.»

4. El artículo 1 describe el ámbito de aplicación de la Directiva indicando que se aplicará a «los créditos en favor de los trabajadores asalariados derivados de contratos de trabajo de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia [...]».

5. Los artículos 3 a 5 de la Directiva se recogen en el capítulo II, titulado «Disposiciones relativas a las instituciones de garantía». El artículo 3 de la directiva obliga a los Estados miembros a velar por que las instituciones de garantía paguen «los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales [...]». Estas instituciones deberán ser independientes del capital de explotación de los empresarios y estar constituidas de forma tal que no puedan ser embargadas en el curso de un procedimiento en caso de insolvencia de conformidad con el artículo 5, letra a), de la Directiva.

6. El artículo 4 dispone que los Estados miembros podrán optar por limitar la obligación de pago de las instituciones de garantía en relación con los créditos impagados de los trabajadores asalariados. El Estado miembro podrá hacer uso de tal facultad estableciendo la duración del período que dé lugar al pago de los créditos impagados por la institución la garantía. El artículo 4 establece además los umbrales mínimos por debajo de los cuales no puede limitarse la responsabilidad de las instituciones de garantía.

7. Los artículos 6 a 8 forman parte del capítulo III de la Directiva, que contiene disposiciones relativas a la seguridad social. El artículo 6 ofrece a los Estados miembros la opción de «prever que [los artículos relativos a las obligaciones de las instituciones de garantía] no se apliquen a las cotizaciones debidas en virtud de los regímenes legales nacionales de seguridad social o de los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social».

8. El artículo 8 dispone que «los Estados miembros se asegurarán de que se adopten las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados y de las personas que ya han dejado la empresa o el centro de actividad del empresario, en la fecha en que se produce la insolvencia de este, 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 que existan independientemente de los regímenes legales nacionales de seguridad social».

2. Directiva 2003/41/CE

9. El considerando 9 de la Directiva 2003/41/CE³ dispone que «los Estados miembros deben conservar la plena responsabilidad de la organización de sus sistemas de pensiones [...]». El considerando 18 establece que «en caso de quiebra de una empresa promotora, el partícipe puede perder su empleo y sus derechos de pensión adquiridos. Ello hace necesario garantizar que exista una separación clara entre dicha empresa y la institución y que se establezcan normas prudenciales mínimas para proteger a los partícipes».

10. El artículo 8 obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas legales necesarias «para garantizar que exista una separación jurídica entre la empresa promotora y el fondo de pensiones de empleo, con objeto de que, en caso de quiebra de la empresa promotora los activos del fondo de pensiones estén protegidos en interés de los partícipes y beneficiarios».

B. Derecho alemán

11. El artículo 47 de la Insolvenzordnung (Ley concursal alemana)⁴ permite que se separe un bien de la masa activa de un concurso cuando una persona prueba que tiene un derecho real o personal sobre tal bien y demuestre que dicho bien no debe formar parte del procedimiento concursal.

12. De conformidad con la respuesta escrita facilitada por el Gobierno alemán en el presente asunto, el artículo 165, apartado 1, del Sozialgesetzbuch, Drittes Buch (Código de la Seguridad Social, libro III)⁵ dispone que los trabajadores de las empresas declaradas en concurso tienen derecho a una indemnización si trabajaron por cuenta ajena en el territorio nacional y si, en el momento en que se abrió el procedimiento concursal, tenían todavía derecho a percibir una remuneración durante los tres meses de empleo anteriores.

13. De conformidad con el artículo 165, apartado 2, tercera frase, si el trabajador asalariado ha convertido parte de su salario en aportaciones a fondos de pensiones, se considerará que tal conversión no se ha producido a efectos del cálculo de la indemnización debida a los trabajadores asalariados de empresas en situación de insolvencia en la medida en que el empresario no haya abonado dichas aportaciones al fondo de pensiones o a la compañía de seguros pertinente.

14. En su respuesta escrita al Tribunal de Justicia, el Gobierno alemán también invoca el artículo 7 de la Betriebsrentengesetz (Ley sobre la mejora de los planes de pensiones profesionales).⁶ El artículo 7 protege los derechos adquiridos por los trabajadores asalariados a las prestaciones de planes de pensiones profesionales confiriéndoles un derecho a reclamar de la Pensions-Sicherung-Verein (Asociación de garantía de las pensiones) una cantidad que se corresponda con el importe que el empresario habría abonado a su fondo de pensiones o a su compañía de seguros si no se hubiera abierto el procedimiento concursal.

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a las actividades y la supervisión de fondos de pensiones de empleo (DO 2003, L 235, p. 10).

4 — Ley de 5 de octubre de 1994 (BGBl. 1994 I p. 2866), modificada por última vez por el artículo 16 de la Ley de 20 de noviembre de 2015 (BGBl. 2015 I p. 2010).

5 — Artículo 1 de la Ley de 24 de marzo de 1997 (BGBl. 1997 I pp. 594 y 595), modificado por última vez por el artículo 3 de la Ley de 3 de marzo de 2016 (BGBl. 2016 I p. 369).

6 — Ley sobre los planes de pensiones profesionales de 19 de diciembre de 1974 (BGBl. 1974 I p. 3610), modificada por última vez por el artículo 1 de la Ley de 21 de diciembre de 2015 (BGBl. 2015 I p. 2553).

III. Hechos, procedimiento nacional y cuestiones planteadas

15. El recurrente trabajó a tiempo parcial en la empresa de la concursada desde el 18 de noviembre de 1996.

16. Como se desprende de los documentos obrantes en autos, en virtud de un convenio colectivo, se ofrecía a los trabajadores asalariados de la concursada cuatro opciones al objeto de practicar deducciones de su salario para efectuar aportaciones a fondos de pensiones: i) conversión de una asignación para comidas en una aportación al plan de pensiones complementario por importe de 275 euros al año; ii) un pago anual único de 300 euros (160,08 euros para trabajadores a tiempo parcial); iii) conversión de rentas salariales hasta un importe de 50 euros al mes, y iv) conversión de la paga de vacaciones por importe de 500 euros al año.

17. Los trabajadores podían elegir una o varias de estas opciones. A continuación, se retenían los importes correspondientes de los salarios de los trabajadores y se convertían en aportaciones a planes de pensiones con vistas a su transferencia a un fondo de pensiones.

18. De las observaciones escritas del recurrente se desprende que eligió las cuatro opciones.

19. El 1 de octubre de 2013 se abrió un procedimiento concursal sobre el patrimonio de la concursada. El Sr. Christopher Seagon (el demandado) fue nombrado administrador concursal.

20. El recurrente alega ante el órgano jurisdiccional remitente que, en relación con el período comprendido entre enero y junio de 2013,⁷ las cantidades deducidas de su salario y convertidas en aportaciones a planes de pensiones, por importe de 1 017,56 euros, deberían haber sido abonadas por la concursada en la cuenta de su plan de pensiones profesional abierta en la Hamburger Pensionskasse (en lo sucesivo, «fondo de pensiones de Hamburgo»).⁸

21. El recurrente alega que, dado que la concursada no transfirió el importe al fondo de pensiones, tiene derecho a que tales importes sean separados de la masa activa del concurso al amparo del artículo 47 de la Ley concursal alemana. Sostiene que dichos importes están retenidos con carácter fiduciario (sobre la base de un acuerdo de fideicomiso) a su favor.

22. Según el recurrente, si dichas cantidades no se excluyen del ámbito del procedimiento concursal, se estaría infringiendo el artículo 8 de la Directiva 2008/94.

23. El administrador concursal alega que no se celebró ningún acuerdo de fideicomiso entre el recurrente y la concursada. Además, dado que los importes controvertidos nunca abandonaron el patrimonio del empresario, el administrador concursal sostiene que no pueden ser separados de la masa activa en virtud del artículo 47 de la Ley concursal alemana.

7 — Si bien ésta es una cuestión de hecho que incumbe elucidar al órgano jurisdiccional nacional, en aras de la claridad, entiendo que el empresario no había abonado aportaciones durante 9 meses (esto es, desde enero hasta septiembre de 2013). Sin embargo, el recurrente reclama solamente 6 meses de aportaciones impagadas. Ello se debe a que, según la respuesta escrita dada por el Gobierno alemán a una pregunta del Tribunal de Justicia, recibió una indemnización de 3 meses (incluidas las aportaciones impagadas al plan de pensiones) correspondiente a los meses de julio a septiembre de 2013 en virtud del artículo 165 del Código de la Seguridad Social. Así lo confirmó también el demandado en la vista.

8 — Importe final basado en cálculos prorrateados de las aportaciones al plan de pensiones del recurrente desde enero a junio de 2013, indicado por el órgano jurisdiccional remitente.

24. El Arbeitsgericht (Tribunal de Trabajo) rechazó la demanda del recurrente. A su juicio, dado que el recurrente no exigía que las cantidades se abonaran a su favor sino a favor de un plan de pensiones, su pretensión carecía de fundamento. Además, declaró que el recurrente no había acreditado haber celebrado un acuerdo de fideicomiso con la concursada. Y, aun en el caso de que ello resultase probado, no habría lugar al derecho de separación al no poder distinguirse los importes que debían separarse de otros importes comprendidos en la masa activa del concurso.

25. El recurrente interpuso recurso contra esta sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente. Insiste en que sí se celebró un acuerdo de fideicomiso con la concursada en relación con los importes deducidos de su salario para su abono al fondo de pensiones.

26. A la luz de las alegaciones formuladas por el recurrente, el Hessisches Landesarbeitsgericht (Tribunal Regional de Trabajo de Hessen) suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Es contraria a lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE y al restante Derecho de la Unión una interpretación de una normativa nacional con arreglo a la cual los créditos salariales devengados que se dejaron en custodia al empresario para que los abonase a un fondo de pensiones en una fecha determinada, pero que no fueron ingresados por éste en una cuenta separada, quedan excluidos del derecho de separación que concede el artículo 47 de la Ley concursal alemana?»

27. Han presentado observaciones escritas el recurrente, el demandado y la Comisión. De conformidad con el artículo 61, apartado 1, de su Reglamento de procedimiento, el Tribunal de Justicia remitió al Gobierno alemán una pregunta que debía responderse por escrito antes de la vista. El recurrente, el demandado, la Comisión y el Gobierno alemán formularon observaciones orales en la vista celebrada el 4 de julio de 2016.

IV. **Apreciación**

28. En las presentes conclusiones, abordaré los asuntos suscitados por la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente en tres partes.

29. En primer lugar, en respuesta a las observaciones formuladas por las partes, comenzaré por abordar qué disposiciones específicas del Derecho de la Unión resultan pertinentes para contestar a la cuestión planteada. Concluyo, coincidiendo con el órgano jurisdiccional remitente, que el artículo 8 de la Directiva 2008/94 es, en efecto, la disposición más pertinente en el caso de autos.

30. En segundo lugar, propondré una respuesta a la cuestión concreta formulada por el órgano jurisdiccional remitente. A mi juicio, el artículo 8 de la Directiva 2008/94 no exige que los importes deducidos por un empresario, declarado ahora en concurso, del salario de un trabajador para su abono en un fondo de pensiones complementario⁹ pero que no fueron ingresados por el empresario en una cuenta separada ni transferidos al fondo de pensiones, sean separados de la masa activa del concurso.

9 — A lo largo de las presentes conclusiones utilizo los términos «fondo de pensiones» y «plan de pensiones» de forma indistinta y con carácter general. Soy consciente de que, con arreglo al Derecho alemán, el concepto de «Pensionkasse» (o «fondo de pensiones» en español) tiene un significado legal concreto. Con la utilización de esta expresión no pretendo examinar únicamente este tipo de fondos de Derecho alemán, sino toda clase de planes de pensiones complementarios, a menos que se señale lo contrario.

31. En tercer lugar, al objeto de proporcionar una respuesta completa y útil al órgano jurisdiccional remitente, añadiré unas cuantas sugerencias finales acerca del resultado que los Estados miembros deben alcanzar con arreglo al artículo 8. Asimismo, formularé unas cuantas observaciones prácticas sobre la importancia de los mecanismos elegidos por los Estados miembros para poder alcanzar efectivamente tal resultado.

A. *Determinación de la norma o normas y disposiciones pertinentes de la Unión*

1. Derecho derivado de la Unión pertinente

32. En sus observaciones, el recurrente hace referencia a la Directiva 2003/41. En particular, se centra en la obligación establecida en el artículo 8 de dicha Directiva, en virtud de la cual los Estados miembros deben garantizar que haya una separación jurídica entre un empresario¹⁰ y un fondo de pensiones, de suerte que, en caso de quiebra o insolvencia de la empresa, los activos del fondo de pensiones estén protegidos.

33. Si bien la separación de un empresario de un fondo de pensiones está dirigido en cierta medida a proteger los derechos a pensión de los trabajadores, ello no basta por sí solo para hacer frente al problema suscitado en el presente asunto.¹¹ La existencia de una separación jurídica entre el fondo de pensiones y el empresario no resuelve el problema que se plantea cuando el empresario no transfiere efectivamente las aportaciones de los trabajadores al fondo de pensiones, a menos que la exigencia de separación jurídica entre el empresario y el fondo de pensiones debiera interpretarse de un modo extremo en el sentido de constituir un requisito de separación inmediata y automática de sus activos. Esta interpretación más extrema no se deduce del tenor del artículo 8 de la Directiva 2003/41. Por consiguiente, a mi juicio, la separación entre el empresario y el fondo de pensiones sólo resulta relevante si el dinero se halla afectivamente *en* el fondo de pensiones.

34. Así lo ponen de manifiesto los hechos del presente asunto. Parece que la exigencia de separación jurídica entre la concursada (el empresario) y el Fondo de Pensiones de Hamburgo al objeto de proteger el patrimonio de este último sí se ha cumplido efectivamente. Los importes que se hallan efectivamente *en* el fondo de pensiones de Hamburgo se hallan a salvo del procedimiento concursal seguido contra el empresario.¹² Ahora bien, queda por responder la cuestión de qué ocurre con los importes que se hallan todavía en poder del empresario pero que deberían haber sido transferidos al fondo de pensiones.

35. Por consiguiente, me adhiero a la opinión del órgano jurisdiccional remitente según la cual la Directiva 2003/41 reviste una pertinencia limitada para resolver el problema práctico planteado en el presente asunto. Este problema debería analizarse pues con arreglo a la Directiva 2008/94.

10 — La expresión empleada en el artículo 8 de la Directiva 2003/41 es «empresa promotora». La «empresa promotora» se define en el artículo 6, letra c), como una empresa que incluye «una o más personas físicas o jurídicas, que actuando en calidad de empresario o de trabajadores por cuenta propia o combinación de ambas, realicen contribuciones a un fondo de pensiones de empleo». En las presentes conclusiones utilizó también el término más breve de «empresario» al ser el más directamente pertinente en el caso de autos en el contexto de la Directiva 2003/41.

11 — Véanse también los puntos 81 y ss. de las presentes conclusiones.

12 — Una vez más, se trata de un extremo que, a fin de cuentas, ha de confirmar el órgano jurisdiccional nacional.

2. Disposiciones pertinentes de la Directiva 2008/94

36. Una de las alegaciones que la Comisión formula en sus observaciones escritas consiste en que la disposición pertinente en el caso de autos es el artículo 3 de la Directiva 2008/94 y no el artículo 8. Si bien la Comisión se apartó de esa tesis en la vista, el recurrente y el Gobierno alemán formularon una alegación similar en la vista. Por tanto, considero necesario trazar los límites entre el artículo 3 y el artículo 8 de la Directiva en general para, a continuación, sobre tal base, determinar en cuál de estas disposiciones queda comprendido el presente asunto.

a) Delimitación del artículo 3 y del artículo 8 de la Directiva 2008/94

37. A mi juicio, existe un cierto grado de solapamiento entre los artículos 3 y 8. Ambos ofrecen formas complementarias de protección. Pueden aplicarse de forma paralela, como apuntó la Comisión en la vista.

38. El artículo 6 de la Directiva 2008/94 establece que un Estado miembro puede prever que las obligaciones de las instituciones de garantía no se extenderán a las aportaciones adeudadas en virtud de planes de pensiones legales o complementarios. Ello apunta a que, a menos que queden excluidas por el Estado miembro, en principio las aportaciones a planes de pensiones sí están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 3.

39. El artículo 8 versa sobre los intereses de los trabajadores en relación a sus derechos a prestaciones de vejez en virtud de planes de pensiones complementarios. En buena lógica, las aportaciones a fondos de pensiones fundamentan, en última instancia, los futuros derechos a pensión de un trabajador. Existe, pues, un vínculo natural entre los artículos 3 y 8.

40. Ahora bien, dicho esto, el artículo 3 y el artículo 8 parecen tener finalidades y objetivos ligeramente distintos. En cuanto tales, su ámbito de aplicación y su contenido no parecen plenamente intercambiables. A fin de cuentas, ello explica por qué no se utilizó sólo un artículo en la Directiva, sino dos disposiciones separadas, y por qué los artículos 3 y 8 aparecen en capítulos distintos de la Directiva. Las diferencias entre estas dos disposiciones son las siguientes.

41. En primer lugar, el artículo 3 está dirigido a garantizar, a través de una institución de garantía, el pago de los créditos impagados de los trabajadores asalariados que resulten de sus relaciones laborales. Tal crédito puede corresponder a aportaciones a planes de pensiones, devengadas como una parte del salario del trabajador que ha de ser transferida por el empresario al fondo de pensiones. Ello se desprende claramente del tenor del artículo 6, expuesto en el punto 38 de las presentes conclusiones, lo cual indica que, en principio, el artículo 3 no comprende las aportaciones a planes de pensiones. Ahora bien, el artículo 3 hace referencia a los «créditos impagados» en términos generales. Por ello, incluye otras reclamaciones de pago derivadas de contratos de trabajo, tales como las indemnizaciones (cuando estén previstas en el Derecho nacional) y los salarios, no sólo las aportaciones a planes de pensiones.

42. Por otro lado, el artículo 8 tiene un ámbito de aplicación material más restringido. A diferencia del artículo 3, el ámbito de aplicación material del artículo 8 se limita a los fondos de pensiones complementarios, en cuanto opuestos a cualesquiera créditos impagados en general.

43. En segundo lugar, lo que el artículo 3 garantiza en esencia es que los trabajadores asalariados reciban lo que ya han devengado. Así lo pone de manifiesto el uso de la expresión «créditos *impagados*», que apunta a que los créditos a los que hace referencia nacieron en el pasado, mientras se hallaba en vigor la relación laboral, y todavía deben ser liquidados.

44. En cambio, el artículo 8 se centra en una referencia temporal distinta. Obliga a los Estados miembros a garantizar la protección de los trabajadores en relación con «derechos adquiridos o derechos en curso de adquisición a prestaciones de vejez» en virtud de planes de pensiones complementarios. El uso de las expresiones «adquiridos» y «en curso de adquisición» apunta a que el artículo 8 versa sobre derechos que nacen en el presente o nacerán en el futuro.¹³

45. En tercer lugar, los objetivos de los artículos 3 y 8 han de alcanzarse por vías distintas. Mientras que al artículo 3 se le da cumplimiento realizando pagos a los trabajadores, el artículo 8 permite a los Estados miembros adoptar «las medidas necesarias» sin determinar de qué medida se trata. Tal objetivo puede lograrse de muchos modos, no sólo efectuando pagos a los trabajadores.¹⁴

46. En cuarto y último lugar, los intereses protegidos por el artículo 3 y por el artículo 8 son diferentes. Cabe afirmar que el artículo 3 se ocupa del «impacto» a corto plazo para el trabajador en el supuesto de insolvencia del empresario. A ello se alude en el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva 80/987 de la Comisión, en el que el Comité hace referencia al hecho de que durante el procedimiento concursal de su empresario, «los trabajadores necesitan urgentemente sus salarios para hacer frente a sus gastos diarios y a los de sus familias».¹⁵ En términos similares, la Abogado General Kokott reconoció asimismo en el asunto *Robins y otros* que el impago de los salarios conforme al artículo 3 puede ser algo que se dé durante un relativamente «breve período de tiempo» y que los trabajadores asalariados «pueden reaccionar relativamente rápido».¹⁶

47. Por otro lado, el artículo 8 está dirigido a proteger los derechos a pensión a largo plazo de los trabajadores. El Informe de la Comisión sobre la transposición de la Directiva 80/987/CE confirma esta distinción entre los artículos 3 y 8 al afirmar que con el artículo 8 «ya no se trata de garantizar los salarios sino los derechos a las prestaciones de vejez».¹⁷ Como señaló la Abogado General Kokott en sus conclusiones presentadas en el asunto *Robins y otros*, «una reducción de los derechos de pensión produce efectos durante todo el período de percepción de la pensión»¹⁸ y es poco probable que un trabajador esté en condiciones de hacer algo por compensar tal reducción.¹⁹ Ése es el motivo por el que reembolsar simplemente las «aportaciones» a los planes de pensiones, como se prevé en los artículos 6 y 3 de la Directiva, no basta para cumplir con la protección de los «derechos» establecida en el artículo 8, pues ello no «garantiz[a] la obligación de satisfacer las prestaciones corrientes o futuras» a largo plazo.²⁰

13 — Así lo confirma también el Informe de la Comisión sobre la transposición 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 (la Directiva 80/987 es la predecesora de la Directiva 2008/94; DO 1980, L 283, p. 23; EE 05/02, p. 219). El tenor del artículo 8 permanece inalterado en la Directiva 2008/94. En relación con el artículo 8, en el informe se indicaba que su objetivo esencial era «proteger los futuros créditos», COM(95) 164 final, p. 48.

14 — Véanse los puntos 67 y ss. de las presentes conclusiones.

15 — Dictamen sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los asalariados en caso de insolvencia del empresario (DO 1979 C 105, p. 14, punto 1.3).

16 — Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Robins y otros* (C-278/05, EU:C:2006:476), punto 61.

17 — Informe de la Comisión sobre la transposición 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, COM(95) 164 final, p. 46.

18 — Conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto *Robins y otros* (C-278/05, EU:C:2006:476), punto 61.

19 — De hecho, como se ha apuntado en la doctrina, la pérdida de derechos de pensión de empleo puede ser, para muchos trabajadores, la más grave consecuencia de la quiebra de un empresario: Watson, *EU Social and Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 13 y ss., en particular p. 45.

20 — Informe de la Comisión sobre la transposición 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, COM(95) 164 final, en cuya p. 52 se examina la legislación griega, que sólo protegía (al menos en el momento de la elaboración del informe) el reembolso de las cotizaciones.

b) Disposición pertinente en el caso de autos

48. A pesar de existir algunas diferencias entre los artículos 3 y 8 en cuanto a su ámbito de aplicación, estructura y enfoque, expuestas en la sección anterior, estoy igualmente dispuesto a reconocer que un asunto puede quedar comprendido en el ámbito de ambas disposiciones al mismo tiempo. Ésta es exactamente la situación que se da respecto a las aportaciones a planes de pensiones, que pueden calificarse como «créditos impagados» en el sentido del artículo 3, pero también, en última instancia, dar lugar a derechos adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de vejez en virtud de regímenes complementarios de previsión en el sentido del artículo 8.

49. Por consiguiente, considero que el presente asunto queda comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 3 y del artículo 8 de la Directiva 2008/94. Dado que, por cuanto parece, Alemania no ha optado, al amparo del artículo 6 de la Directiva, por excluir las aportaciones a planes de pensiones del ámbito de las obligaciones de sus instituciones de garantía establecido en el artículo 3, el recurrente tiene derecho al pago de sus aportaciones impagadas (no transferidas) a planes de pensiones correspondientes al período determinado conforme al Derecho alemán que transpone los artículos 3 a 5.²¹ De conformidad con el Derecho alemán citado en la respuesta escrita del Gobierno alemán a la pregunta planteada por el Tribunal de Justicia, dicho período es de tres meses.

50. Además, dado que el presente asunto versa sobre un fondo de pensiones complementario insuficientemente financiado como consecuencia de que el empresario no transfirió al fondo las aportaciones del recurrente, el interés del recurrente en relación con sus derechos a pensión futuros resultará afectado, de modo que este asunto sí queda comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 8. El Tribunal de Justicia ya ha confirmado en su sentencia Hogan y otros²² que la insuficiente financiación de un fondo de pensiones queda comprendida en el artículo 8 de la Directiva.

51. Entiendo que, en el caso de autos, el recurrente ya ha recibido el pago, incluidas sus aportaciones al plan de pensiones, correspondiente a los tres meses anteriores a la apertura del procedimiento concursal abierto contra la concursada, de conformidad con la normativa alemana que transpone los artículos 3 a 5 de la Directiva.²³ Ahora bien, la concursada en el caso de autos no transfirió las aportaciones del recurrente a su fondo de pensiones durante un período de nueve meses. Por tanto, se trata de saber si la protección de los derechos a pensión adquiridos o en curso de adquisición que brinda el artículo 8 tiene alguna relevancia o resulta pertinente con respecto a los seis meses restantes de las aportaciones del recurrente al fondo de pensiones no transferidas. Éste es el extremo que se examinará en el resto de las presentes conclusiones.

B. Respuesta a la cuestión concreta planteada por el órgano jurisdiccional remitente

52. El órgano jurisdiccional nacional pregunta si, cuando un empresario es declarado en concurso, el artículo 8 de la Directiva 2008/94 obliga a que las cantidades deducidas por el empresario del salario de un trabajador para su abono en un fondo de pensiones complementario pero que no fueron ingresadas efectivamente por éste en una cuenta separada, queden excluidas del procedimiento concursal sobre el patrimonio del empresario. En otras palabras, se pregunta si el artículo 8 llega a exigir que se modifiquen o se dejen sin efecto las disposiciones pertinentes de la normativa concursal nacional que no contienen normas específicas que traten esta situación particular.

21 — El artículo 165 del Código de la seguridad social, libro III, según señaló el Gobierno alemán en su respuesta escrita y en la vista.

22 — Sentencia de 25 de abril de 2013 (C-398/11, EU:C:2013:272), apartados 37 a 40. Véanse también las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto Comisión/Italia (22/87, EU:C:1988:500), punto 49.

23 — Es decir, por los meses de julio a septiembre de 2013. Así ocurrió en virtud del artículo 165 del Código de la seguridad social, libro III, el cual, según confirmó el Gobierno alemán en la vista, transpone el artículo 3 de la Directiva 2008/94.

53. Mi breve respuesta a esta cuestión concreta es «no». Ahora bien, esta respuesta viene acompañada de una salvedad. El motivo principal de esta respuesta negativa es simple: me parece difícil interpretar un instrumento de armonización mínima, como la Directiva 2008/94, y, en particular, una disposición deliberadamente amplia de dicha Directiva como el artículo 8 (que deja un considerable margen discrecional al Estado miembro en relación con los medios para su transposición) de forma tal que requiera efectivamente la introducción de una disposición muy específica en el ordenamiento jurídico del Estado miembro, como una norma que obligue a la separación de las aportaciones a un fondo de pensiones no abonadas del concurso de un empresario.

1. La Directiva 2008/94 es un instrumento de armonización mínima

54. Difícilmente puede verse la Directiva 2008/94 como una panacea para todos los efectos negativos de la insolvencia de un empresario en sus trabajadores. Se limita a establecer estándares mínimos de Derecho de la Unión, por debajo de los cuales la protección conferida por los Estados miembros a los trabajadores no puede estar situada, pero más allá de estos estándares los Estados miembros pueden legislar como consideren adecuado.²⁴

55. Dos aspectos de la Directiva confirman esta afirmación. En primer lugar, el considerando 3 de la Directiva 2008/94 aclara que su objetivo es «garantizar un mínimo grado de protección» a los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Además, señala que ha de tenerse en cuenta «la necesidad de un desarrollo económico y social equilibrado en la Comunidad».

56. En segundo lugar, el artículo 11 de la Directiva 2008/94 dispone que ésta no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores asalariados. En otras palabras, la Directiva 2008/94 establece un nivel mínimo de protección de los trabajadores asalariados en el caso de insolvencia del empresario por encima del cual los Estados miembros pueden establecer una protección más elevada o ampliarla libremente si así lo deciden.²⁵ Esta tesis viene respaldada por la propuesta original de la Comisión de la Directiva 80/987 y por el informe de la Comisión sobre la transposición de la Directiva 80/987 del Consejo. Estos dos documentos, al abordar (lo que es ahora) el artículo 11 de la Directiva 2008/94, señalan que dicho artículo es indicativo del hecho de que la Directiva ofrece únicamente una protección mínima a los trabajadores asalariados.²⁶

57. El hecho de que la Directiva sea de armonización mínima significa que la interpretación de las disposiciones de la Directiva no debe realizarse de un modo excesivamente prescriptivo. Antes bien, la interpretación de la Directiva 2008/94 requiere un planteamiento equilibrado que refleje la protección mínima de los empleados que pretende alcanzar. Con tal idea en mente, abordaré a continuación la interpretación del artículo 8.

24 — Véase la sentencia de 25 de enero de 2007, *Robins y otros* (C-278/05, EU:C:2007:56), apartado 40, en el contexto de la Directiva 80/987, antecesora de la Directiva 2008/94. Véanse también las sentencias de 11 de septiembre de 2003, *Walcher* (C-201/01, EU:C:2003:450), apartado 38; de 18 de octubre de 2001, *Gharehveran* (C-441/99, EU:C:2001:551), apartado 26; de 14 de julio de 1998, *Regeling* (C-125/97, EU:C:1998:358), apartado 20; de 10 de julio de 1997, *Maso y otros* (C-373/95, EU:C:1997:353), apartado 56; de 19 de noviembre de 1991, *Francovich y otros* (C-6/90 y C-9/90, EU:C:1995:372), apartado 3, y de 2 de febrero de 1989, *Comisión/Italia* (22/87, EU:C:1989:45), apartado 23.

25 — Véanse, entre otras, las sentencias de 10 de julio de 2014, *Julián Hernández y otros* (C-198/13, EU:C:2014:2055), apartados 44 y 45, y de 18 de abril de 2013, *Mustafa* (C-247/12, EU:C:2013:256), apartado 42 y jurisprudencia citada.

26 — Véase la Propuesta de la Comisión de Directiva 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, COM(78) 141 final, p. 7, y el Informe de la Comisión sobre la transposición 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, COM(95) 164 final, p. 59.

2. Formulación amplia del artículo 8 de la Directiva 2008/94

58. El artículo 8 está redactado en términos particularmente difusos. Impone a los Estados miembros la obligación de alcanzar un resultado: garantizar que se protegerán los intereses de los trabajadores asalariados en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o a sus derechos en curso de adquisición, a prestaciones de vejez. Ahora bien, esta disposición no prescribe, en particular, el modo en que ha de garantizarse esa protección.

59. Esto parece ser una maniobra deliberada del legislador, como se pone de manifiesto en los trabajos preparatorios de la Directiva 2008/94 y de su predecesora, la Directiva 80/987. La directiva original, la Directiva 80/987, fue una de las tres directivas adoptadas como parte del Programa de Acción Social de 1974 a 1976 dirigido a hacer frente a las consecuencias sociales de la reestructuración de empresas debida al aumento de la competencia tras la eliminación de los obstáculos a los intercambios comerciales. Las otras dos directivas eran la Directiva 77/187/CEE, relativa a los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas²⁷ (actualmente Directiva 2001/23/CE),²⁸ y la Directiva 75/129/CEE, sobre despidos colectivos.²⁹

60. Estas tres Directivas forman parte del mismo paquete legislativo. Por consiguiente, examinar las Directivas 77/187 y 75/129 ofrece una información contextual útil a efectos de la interpretación de la Directiva 80/987 y, actualmente, la Directiva 2008/94.

61. La propuesta de la Comisión de Directiva 80/987, al abordar (lo que es ahora) el artículo 8 de la Directiva 2008/94, hace una referencia específica a la Directiva 77/187. La Comisión afirma que el artículo 8 ofrece una solución al mismo problema ya adoptada en la Directiva 77/187, sobre transmisiones de empresas.³⁰ De hecho, el tenor del artículo 8 de la Directiva 80/987 es casi idéntico al del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 77/187 [actualmente artículo 3, apartado 4, letra b), de la Directiva 2001/23].

62. Al adoptar la Directiva 77/187, la Comisión desistió de su propósito inicial de legislar la transferencia de derechos a pensión complementaria de forma armonizada conforme al artículo 3. Se afirmó que la razón de ello era la siguiente: «los requisitos, formas y naturaleza de las obligaciones [de pensiones] difieren tanto y los modos en que están organizadas son tan variados que no resulta posible establecer normas comunitarias específicas en [la] Directiva. Ni tampoco son necesarias para alcanzar los objetivos de la Directiva. Por este motivo, la propuesta de Directiva se limita a obligar a los Estados miembros a garantizar que los trabajadores asalariados no pierdan derechos y les deja la elección de las vías y medios».³¹

63. Lo que esto indica es que la Comisión dejó un amplio margen de apreciación a los Estados miembros en cuanto a los mecanismos mediante los cuales los derechos de los empleados derivados de regímenes complementarios de previsión debían quedar protegidos conforme a la Directiva 77/187. El mismo planteamiento se adoptó en el artículo 8 de la Directiva 80/987 (actualmente artículo 8 de la Directiva 2008/94).

27 — Directiva del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de [transmisiones] de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO 1977, L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122).

28 — Directiva del Consejo de 12 de marzo de 2001 (DO 2001, L 82, p. 16).

29 — Directiva del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos (DO 1975, L 48, p. 29; EE 05/02, p. 54).

30 — Propuesta de la Comisión de Directiva 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, COM(78) 141 final, p. 7.

31 — Propuesta modificada de Directiva del Consejo relativa a la armonización de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos y ventajas de los trabajadores en caso de fusiones, adquisiciones y concentraciones, COM(75) 429 final, p. 8.

64. Esta conclusión viene también respaldada por el cambio en el tenor del artículo 8 de la Directiva 80/987. La propuesta de la Comisión indicaba inicialmente que «los Estados miembros *adoptarán* las medidas necesarias [...]». ³² Esta redacción fue modificada posteriormente por el Consejo para pasar a disponer, en la versión final de la Directiva 80/987, que «los Estados miembros *se asegurarán* de que se adopten las medidas necesarias [...]». Cabe sostener que ello ofrece a los Estados miembros una gama aún más amplia de opciones para alcanzar el objetivo de protección de los fondos de pensiones de los trabajadores asalariados. ³³ Por ejemplo, conforme a este último tenor, no tienen que adoptar ellos mismos las medidas, sino que pueden obligar a otro organismo o incluso al empresario a hacerlo. ³⁴

65. Por último, el Tribunal de Justicia también ha reconocido el «amplio margen de apreciación» que el artículo 8 concede a los Estados miembros en cuanto a los mecanismos que hayan de adoptarse para alcanzar el objetivo del artículo 8. ³⁵

3. Conclusión provisional

66. En resumen, la Directiva 2008/94 es un instrumento de armonización mínima. El artículo 8 ha sido redactado en términos particularmente amplios, concediendo así a propósito un «amplio margen de apreciación a los Estados miembros». Por estos motivos, no creo que el Tribunal de Justicia deba establecer los mecanismos concretos mediante los que los Estados miembros deban alcanzar el objetivo del artículo 8.

67. Ciertamente, un Estado miembro puede optar por alcanzar el objetivo del artículo 8 introduciendo una norma de delimitación que excluya las aportaciones a fondos de pensiones de los procedimientos concursales, tal como apunta el recurrente en el presente asunto, pero un Estado miembro no está obligado a hacerlo, siempre que confiera la protección prevista en el artículo 8 por otra vía.

68. Esta conclusión viene igualmente respaldada por el informe de la Comisión sobre la transposición de la Directiva 80/987, que ofrece los siguientes ejemplos de vías mediante las que puede alcanzarse el objetivo del artículo 8: mediante la obligación de constituir reservas, control de las inversiones, control actuarial, independencia en todos los casos del fondo, seguro, etc. ³⁶ Ello apunta a que el objetivo del artículo 8 puede alcanzarse plenamente utilizando una variedad de diferentes métodos, pero a que ningún método es obligatorio.

69. Esta respuesta al órgano jurisdiccional remitente también está revestida de sentido práctico. La Directiva 2008/94 no pretende regular y armonizar plenamente la normativa nacional sobre pensiones ni la legislación concursal. Además, la legislación concursal y la de pensiones son considerablemente complicadas y técnicas a nivel nacional. Por tanto, los Estados miembros mantienen el control sobre el modo en que debe estructurarse el procedimiento concursal y establecerse el orden de prelación de los acreedores. ³⁷ Interpretar el artículo 8 en el sentido de que obliga a separar importes al objeto de

32 — Propuesta de la Comisión de Directiva 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, COM(78) 141 final, artículo 7 del proyecto inicial.

33 — Véanse las conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto Comisión/Italia (22/87, EU:C:1988:500), punto 50.

34 — Véase una observación similar en la sentencia de 25 de enero de 2007, Robins y otros (C-278/05, EU:C:2007:56), apartado 37.

35 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 25 de enero de 2007, Robins y otros (C-278/05, EU:C:2007:56), apartado 36, y de 25 de abril de 2013, Hogan y otros (C-398/11, EU:C:2013:272), apartado 42.

36 — Véase también el Informe de la Comisión sobre la transposición 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, COM(95) 164 final, p. 48.

37 — Véase una observación similar en mis conclusiones presentadas en el asunto ENEFI (C-212/15, EU:C:2016:427), punto 28.

garantizar las aportaciones de los empleados a los fondos de pensiones puede interferir de forma significativa en el modo en que los Estados miembros clasifican jerárquicamente a los acreedores en los procedimientos concursales.³⁸ Ningún elemento apunta a que el artículo 8 o la Directiva 2008/94 estuvieran concebidos para tener unos efectos de tan amplio alcance.³⁹

70. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión precisa planteada del modo siguiente: el artículo 8 de la Directiva 2008/94 no obliga a que los créditos salariales devengados que se dejaron en custodia al empresario para que los abonase a un fondo de pensiones en una fecha determinada, pero que no fueron ingresados por éste en una cuenta separada, sean excluidos del procedimiento concursal sobre el patrimonio de tal empresario.

C. Epílogo sobre el artículo 8

71. Más allá de la respuesta ya dada a la cuestión específica y precisa formulada por el órgano jurisdiccional remitente, considero que el presente asunto merece varias observaciones finales. Estas observaciones versan sobre el resultado pretendido con el artículo 8 y sobre la eficacia de los mecanismos elegidos por los Estados miembros para alcanzar dicho resultado.

1. El resultado exigido por el artículo 8

72. A la luz de lo expuesto sobre la Directiva 2008/94 en cuanto instrumento de armonización mínima antes expuesto, considero que el artículo 8 no obliga a los Estados miembros a ofrecer una protección *completa* de los derechos a pensión de los trabajadores en el supuesto de insolvencia del empresario.⁴⁰ A la vista de su génesis legislativa, de su tenor y de la interpretación efectuada por el Tribunal de Justicia, queda claro que no todo puede recuperarse en virtud del artículo 8.

73. Ahora bien, en mi opinión, de conformidad con el artículo 8 los Estados miembros sí son responsables de garantizar la protección de los intereses de los trabajadores asalariados en lo que se refiere a sus derechos a pensión adquiridos o en curso de adquisición en la mayor medida posible de un modo y en una cuantía que sean razonables y proporcionados.

74. Sin embargo, no cabe definir en abstracto qué es razonable y proporcionado. El contexto particular y los hechos de un asunto resultan de gran importancia. Lo que cabe formular en las presentes conclusiones son criterios generales e ilustrativos para la realización de la apreciación de lo que es razonable y proporcionado. Tal apreciación podrá comprender consideraciones tales como el importe que el trabajador o trabajadores ya hayan aportado al fondo de pensiones, el importe en que sus derechos a pensión se reducirán como consecuencia de la insolvencia, el período de tiempo durante el que el fondo de pensiones ha estado insuficientemente financiado y la probabilidad de que un trabajador vuelva a ser contratado y pueda realizar nuevas aportaciones a un fondo de pensiones.

75. En su sentencia Hogan y otros, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el Estado miembro estaba obligado a proteger cuando menos el 50 % del valor de las prestaciones de vejez acumuladas por los trabajadores.⁴¹ Quizá no deba grabarse en piedra esta cifra para todos los potenciales casos futuros. Más bien, cabría entenderla como un cierto umbral mínimo en ese contexto concreto.

38 — Por ejemplo, en determinados Estados, los trabajadores se consideran acreedores preferentes pero por detrás de los acreedores garantizados.

39 — Véase el considerando 9 de la Directiva 2003/41.

40 — Sentencias de 25 de enero de 2007, Robins y otros (C-278/05, EU:C:2007:56), apartado 57, y de 25 de abril de 2013, Hogan y otros (C-398/11, EU:C:2013:272), apartados 43 y 51 y ss.

41 — Sentencia de 25 de abril de 2013, Hogan y otros (C-398/11, EU:C:2013:272), apartados 43 y 51 y ss.

76. La aplicación de estos criterios y la apreciación de la proporcionalidad y razonabilidad en el presente asunto corresponden al órgano jurisdiccional nacional. De la información facilitada al Tribunal de Justicia parece deducirse que el importe de las aportaciones que faltan en el fondo de pensiones del recurrente abarca un período de nueve meses. El Gobierno alemán ha alegado que indemnizó plenamente al recurrente por tres de estos meses. Según las alegaciones del recurrente, sus derechos a pensión mensuales se van a reducir en un importe de entre 5 euros y 7 euros al mes, con respecto a un período de seguro que da derecho a pensión que se remonta (al menos presumiblemente) hasta 1996, cuando el recurrente comenzó a trabajar para la concursada. En este contexto, parece que el recurrente se encuentra en una situación que está claramente por encima del umbral mínimo establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Hogan y otros, extremo que, no obstante, debe comprobar el órgano jurisdiccional nacional.

2. Efectividad de los mecanismos elegidos por los Estados miembros

77. Si bien cuentan con un amplio margen de libertad, parece que los Estados miembros usan principalmente dos mecanismos para proteger los derechos a pensión de los trabajadores en virtud del artículo 8.⁴²

78. El primer mecanismo consiste en establecer instituciones en esencia de garantía que se hagan cargo de las responsabilidades del empresario insolvente en relación con las aportaciones a fondos de pensiones de sus trabajadores. El segundo método consiste en imponer una clara separación jurídica entre los activos del empresario y los activos del fondo de pensiones y garantizar que el patrimonio del fondo de pensiones sea adecuado.

79. En la vista, el Gobierno alemán declaró que Alemania utiliza ambos mecanismos en función del tipo de fondo de pensiones que haya suscrito el trabajador. El fondo de pensiones del recurrente en el caso de autos es una «Pensionkasse». Según el Derecho alemán, parece estar protegido conforme al segundo mecanismo.⁴³

80. Por la razón expuesta en el punto 76 anterior de las presentes conclusiones, no parece que un caso como el de autos no alcance a cumplir los requisitos del artículo 8. Ahora bien, ha de hacerse la siguiente observación final, con carácter general, en relación con el segundo mecanismo.

81. La separación de los activos del empresario y de los del fondo de pensiones no basta por sí sola para alcanzar el objetivo del artículo 8. A ello se ha aludido anteriormente en relación con la Directiva 2003/41, cuando señalé que limitarse a mantener separados los activos del empresario y los del fondo de pensiones no resuelve el problema que surge en el presente asunto. En sus conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Italia, el Abogado General Lenz también indicó que «es evidente lo insatisfactorio de una protección limitada al carácter inembargable de los fondos [...] y que no presta atención alguna al hecho de que los fondos estén suficientemente alimentados».⁴⁴

42 — Véanse, con carácter general, el Informe de la Comisión sobre la transposición 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, COM(95) 164 final, pp. 46 y ss., y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la aplicación del artículo 8 y las disposiciones relacionadas de la Directiva 80/987 en relación con los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales de seguridad social (SEC/2008/0475 final).

43 — Como confirmó el Gobierno alemán en la vista, que se añade a la indemnización prevista en el artículo 165 del Código de la Seguridad Social, libro III. Respecto a otros tipos de fondos de pensiones, podrá aplicarse el artículo 7 de la Ley sobre la mejora de los planes de pensiones de empleo, que responde a las características del primer método.

44 — Conclusiones del Abogado General Lenz presentadas en el asunto Comisión/Italia (22/87, EU:C:1988:500), punto 48.

82. Al objeto de cumplir adecuadamente sus obligaciones, el Estado miembro debe garantizar que los activos del fondo de pensiones resulten adecuados para hacer frente a sus responsabilidades y que se eviten las situaciones prolongadas de insuficiente financiación en cantidades difícilmente gestionables.⁴⁵ Ello exige una estrecha supervisión y la constitución de un seguro adecuado para los fondos de pensiones. Esta supervisión puede llevarse a cabo por vías diversas. Podría ofrecerse a los trabajadores acceso a información relativa al pago de sus aportaciones al plan de pensiones de forma periódica (por ejemplo mensual o trimestral). De forma alternativa, el propio Estado podría supervisar de forma regular los fondos de pensiones o bien cabría imponer al empresario o al fondo de pensiones una obligación positiva de informar sobre el pago de las aportaciones.

83. En suma, los Estados miembros conservan un amplio margen discrecional con respecto al modo en que desean dar cumplimiento a la obligación que les incumbe en virtud del artículo 8. Ahora bien, una vez que eligen una vía, el mecanismo debe observarse y aplicarse de forma efectiva. Esta aplicación debe comprender una supervisión periódica que impida supuestos de financiación insuficiente grave y prolongada.

84. En conclusión, el artículo 8 de la Directiva 2008/94 no obliga a que los créditos salariales devengados que se dejaron en custodia al empresario para que los abonase a un fondo de pensiones en una fecha determinada, pero que no fueron ingresados por éste en una cuenta separada, sean excluidos del procedimiento concursal sobre el patrimonio de tal empresario. Ahora bien, al mismo tiempo, el objetivo del artículo 8 debe alcanzarse de forma adecuada y efectiva por otros medios.

V. Conclusión

85. A la luz de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial planteada por el Hessisches Landesarbeitsgericht (Tribunal Regional de Trabajo de Hessen, Alemania) del modo siguiente:

«El artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, no obliga a que los créditos salariales devengados que se dejaron en custodia al empresario para que los abonase a un fondo de pensiones en una fecha determinada, pero que no fueron ingresados por éste en una cuenta separada, sean excluidos del procedimiento concursal sobre el patrimonio de tal empresario. Ahora bien, al mismo tiempo, el objetivo del artículo 8 debe alcanzarse de forma adecuada y efectiva por otros medios.»

45 — En virtud del artículo 16 de la Directiva 2003/41 se permite una situación temporal de insuficiente financiación, pero la Comisión ha declarado que, si un Estado miembro permite una insuficiencia temporal de financiación de los fondos de pensiones, debe adoptar medidas adicionales para satisfacer los derechos de pensión adquiridos o en curso de adquisición a prestaciones de vejez de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: documento de trabajo de los servicios de la Comisión sobre la aplicación del artículo 8 y las disposiciones relacionadas de la Directiva 80/987 en relación con los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales que existan independientemente de los regímenes legales de seguridad social (SEC/2008/0475 final).