

Transmisión de empresas en el derecho de la Unión. Sobre la identidad de la entidad transmitida

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. La continuidad de la identidad de la entidad que se transmite

1.1. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido declarando que la Directiva 2001\23 sobre protección de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas o de centros de actividad es aplicable a todos los supuestos de cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa. Y, así, el criterio determinante para decidir si la entidad traspasada mantiene o no su identidad reside principalmente en que la explotación se mantenga o se reanude.

Pero, para considerar si concurre este requisito, han de analizarse todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. No obstante, se estima que estos elementos son aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe

hacerse y no pueden apreciarse aisladamente. En particular, el tribunal ha señalado que la importancia decisiva debe atribuirse a los distintos criterios según la actividad ejercida e incluso según los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate (entre otras muchas, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 6 de marzo del 2014, C-458/12, as. *Amatori y otros*; de 15 de diciembre del 2015, C-232/04, as. *Güney-Göres y Demir*, y de 20 de noviembre del 2003, C-340/01, as. *Abler y otros*).

1.2. Recientemente, el citado tribunal ha recordado su jurisprudencia en la Sentencia de 9 de septiembre del 2015 (C-160/2014, as. *Ferreira da Silva*). En Portugal, la empresa *Air Atlantis, S. A. (AIA)*, constituida en 1985 y activa en el sector del transporte aéreo no regular (vuelos chárter), fue disuelta años más tarde. Por medio de un despido colectivo se extinguió el contrato de sus trabajadores. Con posterioridad, *TAP*, principal accionista de *AIA* y sociedad matriz, comenzó a efectuar algunos de los vuelos que *AIA* se había comprometido a operar, iniciándose asimismo en los vuelos chárter, mercado en el que hasta entonces no se había introducido por constituir rutas tradicionales de *AIA*. Para ello, *TAP* utilizó parte de los equipos de *AIA* —en particular algunos aviones—, asumió el pago de las

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

rentas de los contratos de *leasing* de dichos aviones, comenzó a usar los equipos de oficina de AIA, así como otros bienes inmuebles, y procedió a la contratación de algunos de los antiguos trabajadores de AIA. Ante la reclamación de readmisión del resto de los trabajadores, los tribunales del orden social portugués estimaron que se había producido una transmisión empresarial, al menos parcial, al haberse mantenido la identidad del centro de actividad por continuarse con la misma actividad, de modo que TAP se habría subrogado en la posición del antiguo empresario en los contratos de trabajo.

Sin embargo, el Tribunal Supremo portugués rechazó tal solución por entender que para que pueda producirse la transmisión de un centro de actividad no basta con la «mera continuidad» de la actividad comercial, sino que es necesario que se conserve la identidad de dicho centro. Al efectuar los vuelos, TAP no hizo uso de una «entidad» con la misma identidad que la «entidad» que antes pertenecía a AIA y, al no haber identidad entre ambas, no procedía declarar la sucesión empresarial. No se había producido transmisión alguna de clientela de una a otra empresa. Y, además, AIA poseía un centro de actividad vinculado a un bien concreto, como es la licencia de transporte, no susceptible de transmisión, por lo que no cabría aludir a la transmisión de un centro de actividad, pues sólo los bienes individuales y no el propio centro habrían podido ser objeto de venta.

Conviene precisar que, durante la tramitación del recurso, los demandantes habían solicitado al Tribunal Supremo la presentación de una cuestión prejudicial. Este último entendió, sin embargo, que «la obligación de remisión prejudicial que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de recurso judicial ulterior sólo existe cuando dichos órganos consideren que es necesario acudir al derecho de la Unión para la resolución del litigio del que conocen y cuando, además, se hubiera suscitado una cuestión de interpretación de dicho derecho». En su opinión, y habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la

interpretación de las normas de la Unión sobre la transmisión de centros de actividad, no se suscita ninguna duda relevante que requiera el planteamiento de la citada cuestión prejudicial. Esta respuesta originó la presentación de los demandantes de una demanda de responsabilidad civil extracontractual contra el Estado portugués en la que se solicitaba que se condenara a éste a abonar los daños patrimoniales soportados. El Estado portugués negó su responsabilidad porque, ateniéndose al derecho interno, la pretensión de la indemnización formulada debía haberse fundado en la previa revocación de la resolución lesiva por el órgano jurisdiccional competente, algo que no se había producido en este caso.

- 1.3. A partir de aquí, fueron los tribunales del orden civil los que suscitaron sus dudas al Tribunal de Justicia, dudas resueltas en esta Sentencia de 9 de septiembre del 2015 que ahora se analiza.

En primer lugar, se reconoce que la empresa matriz (TAP) asumió, pues, la posición de la empresa transmitida (AIA) en los contratos de arrendamiento de aviones y utilizó éstos de manera efectiva, lo que acredita la utilización de elementos indispensables para proseguir la actividad anteriormente ejercida por AIA. Existen, por lo demás, una serie de elementos que ponen de manifiesto que se ha producido la transmisión del centro de actividad, a saber: la subrogación de TAP en la posición de AIA en los contratos de vuelos chárter vigentes —lo que refleja la captación de la clientela de AIA—, la realización por parte de TAP de vuelos chárter en rutas tradicionales de AIA —lo que supone que TAP continuó con las actividades anteriormente ejercidas por AIA—, la readmisión en TAP de trabajadores de AIA para desempeñar funciones idénticas a las ejercidas en esta última —lo que implica la utilización por TAP de una parte del personal que trabajaba para AIA— y, en fin, la reanudación por TAP de una parte de las actividades de AIA sin suspensión alguna, pese a la disolución de esta última.

En tales circunstancias, carece de trascendencia, en aplicación del artículo 1.1 de

la Directiva 2001\23, que la entidad de la que se han asumido los materiales y una parte del personal haya sido integrada, sin conservar su estructura organizativa autónoma, en la estructura de TAP por cuanto se ha mantenido un vínculo entre, por una parte, los materiales y el personal transferidos a esa última sociedad y, por otra, la continuación de las actividades ejercidas anteriormente por la sociedad disuelta. En tal contexto, la sentencia analizada entiende irrelevante que los materiales en cuestión hayan sido utilizados tanto para la realización de vuelos regulares como para la de vuelos chárter, puesto que se trata, en cualquier caso, de operaciones de transporte aéreo y TAP ha cumplido las obligaciones contractuales de AIA relativas a esos vuelos chárter. Como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de febrero del 2009 (C-466/07, as. Klarenberg), no es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diversos factores de producción transmitidos, sino el vínculo funcional de interdependencia y complementariedad de estos factores, lo que constituye el elemento pertinente para determinar la pervivencia de la identidad de la entidad transmitida. Por lo tanto, la vigencia de dicho vínculo funcional entre los diversos factores transmitidos permite al cesionario utilizar estos últimos para desarrollar una actividad económica idéntica o análoga aun cuando, con posterioridad a la transmisión, estén integrados en una nueva estructura organizativa diferente.

2. Responsabilidad patrimonial del Estado por el incumplimiento de la obligación de los órganos jurisdiccionales de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

2.1. En cuanto a la obligación de que un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial en derecho interno someta el asunto al Tribunal de Justicia para que éste interprete el concepto, la sentencia resulta clara. En principio, de no existir recurso judicial alguno en el ámbito interno contra la decisión de un órgano jurisdiccional, éste tiene la

obligación de plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión de interpretación del derecho de la Unión (Sentencia de 18 de julio del 2013, C-136/12, as. Consiglio Nazionale dei Geologi). Eso es así salvo que compruebe que la cuestión suscitada no es pertinente o que la disposición del derecho de la Unión de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia o que la correcta aplicación del derecho de la Unión Europea se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna. A tal fin, deberán tenerse en cuenta las características propias del derecho de la Unión, las dificultades concretas de su interpretación y el riesgo de divergencias jurisprudenciales dentro de ella (Sentencia de 15 de septiembre del 2005, C-495/03, as. Intermodal Transports).

Pues bien, entendiendo que, en el supuesto objeto de litigio, la existencia de corrientes jurisprudenciales contradictorias a escala nacional y las dificultades de interpretación recurrentes del concepto de transmisión de empresas en los distintos Estados miembros aconsejaban el cumplimiento de la obligación antedicha, el órgano jurisdiccional incumplió su deber de interposición de la cuestión prejudicial.

2.2. Siendo así, y atendiendo a los principios desarrollados por el Tribunal de Justicia en materia de responsabilidad del Estado por los daños causados a los particulares, la vulneración del derecho de la Unión Europea cometida por un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno se produce cuando se exige como requisito previo la revocación de la resolución lesiva.

Se reconoce que se mermaría la plena eficacia de las normas del derecho de la Unión y se reduciría la protección de los derechos conferidos a los particulares si éstos no pudieran obtener una indemnización, en determinadas condiciones, cuando sus derechos resulten lesionados por una violación del derecho de la Unión imputable a una resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que resuelva en última instancia (Sentencia

de 20 de septiembre del 2003, C-224/01, as. Köbler). En opinión del tribunal, procede recordar que, cuando se cumplen los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado —extremo que deben determinar los órganos jurisdiccionales nacionales—, incumbe al Estado, con arreglo al derecho nacional, reparar las consecuencias del perjuicio causado, entendiéndose que los requisitos establecidos por las legislaciones nacionales en materia de indemnización de daños ni pueden ser menos favorables que los que se aplican a reclamaciones semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni pueden articularse de manera que haga en la práctica imposible o excesivamente difícil obtener la indemnización (principio de efectividad) [Sentencia de 25 de noviembre del 2010, C-429/09, as. Günter Fuß]. Una norma, como la que contiene el derecho portugués, que exige la revocación de la resolución por parte de un órgano jurisdiccional para obtener la satisfacción del daño producido por la responsabilidad del Estado puede hacer excesivamente difícil la obtención de la indemnización del daño causado.

En su defensa, el Gobierno portugués señala que son dos principios los que obligan a mantener tal cautela: el principio de fuerza de cosa juzgada y el principio de seguridad jurídica. En cuanto al primero, el Tribunal de Justicia recuerda que la responsabilidad del Estado derivada de la resolución de un órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia no tiene como consecuencia en sí cuestionar la fuerza del principio de cosa juzgada de tal resolución. De este modo, en caso de obtener la responsabilidad pretendida, la parte en cuestión no consigue necesariamente la anulación de la fuerza de

cosa juzgada de la resolución (Sentencia de 30 de septiembre del 2003, C-224/01, as. Köbler). En cuanto al principio de seguridad jurídica, aclara el tribunal que, cuando una resolución dictada por un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia se base en una interpretación manifiestamente errónea del derecho de la Unión Europea, la toma en consideración del principio de seguridad jurídica tendría como consecuencia impedir al particular hacer valer los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la Unión y, en especial, los que se derivan de dicho principio de responsabilidad del Estado. En conclusión, una legislación nacional como la descrita resulta contraria al derecho de la Unión Europea.

- 2.3. El concepto de transmisión de empresa y las obligaciones de subrogación en los derechos y obligaciones laborales no resultan cuestiones pacíficas ni en el derecho europeo ni en el derecho nacional. Sin embargo, exigir el planteamiento de una cuestión prejudicial cuando, ante tribunales del mismo Estado, surgen discrepancias interpretativas supone alterar la naturaleza de este procedimiento, previsto no como recurso, sino como consulta, cuando existen dudas aplicativas. Se trata de algo distinto a la solución alcanzada en el supuesto analizado: la responsabilidad patrimonial del Estado ante la imposibilidad de actuar frente a un órgano judicial sin que se revoque previamente la decisión de este último, irrecurrible. Una decisión en principio no extrapolable al derecho español que, en sus artículos 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, reconoce la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia con carácter general, salvo la derivada de fuerza mayor.