

**De nuevo sobre el alcance del concepto de transmisión de empresas a la luz de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001**

**STJUE (Sala Tercera) de 13 de junio de 2019 (asunto C-664/17)**

**María Arántzazu Vicente Palacio**

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Jaime I*

**Resumen:** La STJUE de 13 de junio de 2019 (Caso *Ellinika Nafpigeia*) aborda de nuevo el alcance que quepa conferir al concepto de “transmisión de empresas” a los efectos de la aplicación de la Directiva 2001/23/CE. El TJUE matiza su doctrina anterior en relación a la futura continuidad por el cesionario de la actividad empresarial transmitida; también aborda los efectos que se derivan de la falta de transferencia al cesionario de la posesión de los medios de producción necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial. La transmisión se lleva a cabo en el marco de un grupo de empresas, siendo la cesionaria una empresa filial creada *exprofeso* para dicha transmisión.

**Palabras clave:** Concepto de transmisión; concepto de entidad económica; transmisión parcial de actividad desde una empresa matriz a una filial de nueva creación; titularidad y posesión de los medios de producción.

**Abstract:** STJUE 13 June 2019 (Case *Ellinika Nafpigeia*) addresses the scope of the concept of “business transfer” for the application of Directive 2001/23/EC. The Court clarifies its previous doctrine in relation to the future continuity by the assignee of the transmitted business activity. It also addresses the effects that arise from the lack of transfer to the assignee of possession of the means of production necessary for the exercise of business activity. The transfer takes place within a group of companies: the assignee being a subsidiary company created *exprofeso* for the transmission.

**Keywords:** Concept of ‘transfer’; Concept of ‘economic entity’; Transfer of part of the economic activity of a parent company to a newly created; ownership and possession of the means of production.

---

## **I. Introducción**

La Sentencia seleccionada da respuesta a la cuestión prejudicial presentada por el Tribunal Supremo griego (*Areios Pagos*) ante las discrepancias de sus magistrados en relación al alcance del concepto de transmisión de empresa en el marco de un procedimiento judicial entablado por un amplio colectivo de trabajadores. En esencia, las cuestiones controvertidas son dos: a) en primer lugar, si resulta aplicable la Directiva 2001/23/CE en aquellos casos en los que el cedente, el cesionario o ambos conjuntamente contemplan, no solo la continuación de la actividad transmitida, sino también su futura liquidación por el cesionario; b) y en segundo lugar, el alcance de la autonomía exigible a la entidad de producción transmitida, es decir, si la aplicación de la citada Directiva exige que la entidad transmitida tenga capacidad para alcanzar su

objeto económico sin necesidad de recurrir a factores de producción procedentes de terceros, y en este caso, procedentes precisamente de la entidad cedente. En este caso, la empresa cesionaria es una filial de la cedente, creada exprofeso para ser receptora de parte de la actividad que desarrollaba esta última.

## **II. Identificación de la resolución judicial comentada**

**Tipo de resolución judicial:** sentencia

**Órgano judicial:** Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

**Número y fecha de a resolución judicial:** STJUE de 13 de junio de 2019 (asunto C-664/17. Caso Ellinika Nafpigeia)

**Número recurso o procedimiento:** cuestión prejudicial

**ECLI:EU:C:2019:496**

**Abogado General:** Sr. M. Szpunar

## **III. Problema Suscitado: Hechos y Antecedentes**

### *1. Hechos relevantes*

Los trabajadores afectados (90) fueron contratados mediante contratos indefinidos por la, entonces, empresa pública Ellinika Nafpigeia, ostentando todos ellos una antigüedad de casi 30 años. Esta sociedad, pública desde 1985, fue privatizada el año 2002 quedando sujeta a una prohibición de reducción de personal hasta el 30-9-2008. La empresa realizaba cuatro actividades bien diferenciadas (construcción de buques de guerra y mercantes; reparación de buques; construcción y reparación de submarinos; y reparación de vehículos ferroviarios) para lo cual contaba con cuatro “direcciones”, encargadas de cada una de dichas actividades. La estructura organizativa empresarial comprendía cuatro “divisiones” de producción (tren de laminación; unidad de producción de tubos; una carpintería; y un taller mecánico); la participación de estas divisiones era indispensable para realizar las actividades encomendadas a cada una de las direcciones.

Tras su privatización, Ellinika creó una sociedad filial (ETYE) para la actividad de material rodante a la que se le transfirieron (2006) los contratos vigentes en la primera referidos a la construcción y entrega de vehículos ferroviarios. En el marco de este proceso, ambas empresas celebraron otros contratos para, por un lado, hacer posible que la “dirección de material rodante” funcionara como una “entidad autónoma” bajo la denominación de ETYE y, por otro, permitirle el acceso a algunos medios de producción de Ellinika, y concretamente, el alquiler de unos terrenos para el desarrollo de la actividad empresarial, la venta de algunos bienes muebles, se concertó la prestación de servicios administrativos por parte de Ellinika y se le adjudicó la ejecución de obras suspendidas que debían efectuarse en virtud de tres acuerdos de programa. Con posterioridad (2007) se suscribieron otros contratos con el objeto de llevar a cabo un préstamo de personal de ETYE a Ellinika, así como la prestación de servicios de ETYE a Ellinika y la atribución por esta última de la ejecución de obras suspendidas en virtud de un acuerdo de programa.

En septiembre de 2007 se suscribió un Acuerdo Marco entre ambas empresas en el que se acordó la futura liquidación de ETYE (para el 30-9-2008) asumiendo Ellinika los costes de liquidación de los 160 trabajadores de ETYE.

El 1 de octubre de 2007 la totalidad de las acciones de ETYE fueron adquiridas por un grupo de sociedades alemán de responsabilidad limitada. En mayo de 2008 se pactó un convenio colectivo de empresa fijando las condiciones laborales y retributivas.

El 1 de junio de 2009, noventa trabajadores de ETYE presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia de Atenas (*Monomeles Protodikeio Athinon*) una

demanda para que se declarara que seguían vinculados a Ellinika mediante contratos de trabajo indefinidos, la obligación de la empresa de abonarles las retribuciones legalmente establecidas durante todo el periodo de vigencia de sus contratos y, para el caso de que procediera a su resolución, la obligación de Ellinika de abonar a todos los trabajadores las indemnizaciones por despido previstas en la ley.

En 2010, el Tribunal de Primera Instancia de Atenas (*Polymeles Protodikeio Athinon*) declaró la quiebra de ETYE.

## 2. Sentencia del Juzgado

El Juzgado de Primera Instancia de Atenas (*Monomeles Protodikeio Athinon*) estimó la demanda de los trabajadores. Frente a esta sentencia, Ellinika interpuso recurso de apelación ante el Tribunal de Apelación de Atenas (*Efeteio Athinon*).

## 3. Sentencia del Tribunal de Apelación de Atenas (*Efeteio Athinon*)

El Tribunal de Apelación desestimó el recurso de apelación y ratificó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia por considerar que ETYE nunca existió como unidad orgánica autónoma por lo que nunca se había producido una transmisión de empresa, centro de actividad o de partes de un centro de actividad; en consecuencia, Ellinika continuaba siendo el empleador de los trabajadores afectados.

Esta conclusión se basaba en las siguientes consideraciones:

- ETYE no constituía una unidad de producción autónoma porque para la producción y reparación del material rodante le era indispensable la aportación de las cuatro divisiones de producción pues si Ellinika hubiera cesado toda su actividad, le hubiera resultado imposible a ETYE llevar a cabo su actividad.
- ETYE tampoco tenía estructura administrativa propia, que le era proporcionada por Ellinika.
- ETYE tampoco disponía de autonomía financiera siendo garantizada su gestión financiera por Ellinika.

Contra esta sentencia, Ellinika interpuso recurso de casación ante el Tribunal Supremo (*Areios Pagos*)

## 4. Sentencia del Tribunal Supremo (*Areios Pagos*): las discrepancias en relación al alcance del término “entidad económica” (art. 1 Dir. 2001/23)

La cuestión a la que da respuesta la STJUE de 13-6-2019 ahora comentada tiene su origen en las discrepancias entre los Magistrados de la Sala que conoce del recurso de casación interpuesto por Ellinika en el marco del conflicto detallado y que determinan la presentación de la cuestión prejudicial.

La opinión mayoritaria (3 de 5) considera que no era posible que ETYE continuara con la actividad empresarial que asumió al carecer de la infraestructura material y técnica necesaria dado que la “dirección de material rodante” que le fue transmitida, al parecer, no podía funcionar sin la estructura organizativa de las “divisiones de producción” y de los servicios administrativos y financieros, todos ellos pertenecientes a Ellinika. Para estos magistrados, la escasa actividad realizada por ETYE -que condujo a su quiebra- apoya las alegaciones de los trabajadores afectados para quienes la finalidad de la transmisión era la supresión de la actividad de construcción y reparación de vehículos ferroviarios de Ellinika y suprimir los empleos vinculados a dicha actividad sin asumir las consecuencias financieras negativas.

Por su parte, la corriente minoritaria (2 de 5) considera que sí concurre la autonomía de la entidad transmitida, de lo que se infiere la subrogación de ETYE en los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos a la actividad de la dirección de material rodante transmitida. A su parecer, en caso de transmisión de una entidad de menor importancia, el concepto de “entidad económica” se puede entender de forma

menos restrictiva, sin que el apoyo por el cedente que recibe el cesionario, entidad filial, excluya la existencia de la transmisión, pues para interpretar este último concepto es preciso tener en cuenta las formas actuales que puede revestir la “actuación empresarial”, recurriendo en particular a bienes y servicios de terceros. Tampoco considera excluyente de la transmisión la intención del cedente y/o cesionario de liquidar la empresa, sino que, en su caso sería un mero elemento para, en su caso, y de conformidad con el Derecho nacional, llevar a cabo una modificación unilateral de las condiciones del contrato y su ruptura por parte del cedente.

#### **IV. Las Cuestiones Prejudiciales**

El Tribunal Supremo suspendió el procedimiento y presentó las dos cuestiones prejudiciales siguientes al Tribunal de Justicia:

1º) A efectos de determinar si existe o no transmisión de empresa, de centro de actividad o de partes de empresa o centro de actividad (art. 1 Dir. 2001/23/CE) ¿debe entenderse que constituye “entidad económica” toda unidad de producción completamente autónoma con una capacidad de funcionamiento que le permita cumplir con su finalidad económica sin necesidad de recurrir (a través de cualquier negocio jurídico) a factores de producción facilitados por terceros? O por el contrario, es suficiente para la calificación de “entidad económica” la diversificación del objeto de la actividad o la posibilidad real de que ese objeto pueda constituir la finalidad de una actividad económica autónoma y la viabilidad de una organización eficaz de los factores de producción para cumplir esa finalidad concreta, sin que sea relevante que el nuevo operador recurra a factores de producción incluso fuera de su propio ámbito o que no cumpla su finalidad en un caso concreto?

2º) ¿Se excluye o no la existencia de transmisión (art. 1 Dir. 2001/23/CE) en caso de que el cedente, el cesionario o ambos prevean no solo la continuidad exitosa por parte del cedente de la actividad sino también su futuro cese, con vistas a la liquidación de la empresa?

#### **V. Posición del Abogado General**

El Abogado General presentó sus Conclusiones el 7 de febrero de 2019. Su conclusión coincide sólo parcialmente con la sentencia.

#### **VI. Regulación Aplicable**

Las cuestiones prejudiciales versan sobre la interpretación de varios preceptos de la Directiva 2001/23/CE de 12 de mayo:

a) Art. 1.1.a), que define su ámbito de aplicación: “(...) se aplicará a [las transmisiones] de empresas, de centros de actividad, o de partes de empresas o de centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión”.

b) Art. 1.1b), que define el objeto de la transmisión: “(...) se considerará transmisión (...) el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria.

También son relevantes, porque determinan el alcance de la protección de los trabajadores afectados por la transmisión, los siguientes preceptos: el art. 3.1 (que dispone la subrogación del cesionario en los derechos y obligación del cedente); el art. 4.1 (que dispone que la transmisión no constituye causa lícita de despido, aunque sí habilita para los despidos por causas técnicas, organizativas o de producción); el art. 4.2 (que califica por causa empresarial la extinción adoptada por el trabajador si de la transmisión se deriva una modificación sustancial de las condiciones de trabajo);y , finalmente, el art. 5.1 (que, salvo disposición en contrario del Derecho nacional, excluye del ámbito de aplicación de los arts. 3 y 4 las transmisiones cuando el cedente

sea objeto de un procedimiento de quiebra o de liquidación supervisados por autoridad pública.

La transposición de la Directiva 2001/23/CE al Derecho griego se recoge en el Decreto Presidencial 178/2002/CE sin que presente ninguna singularidad relevante en sus previsiones. No estamos, pues, ante una discrepancia entre la transposición operada por el Derecho nacional y la Directiva, sino ante dudas interpretativas de las normas aplicables.

## **VII. Doctrina Básica**

A partir de cuanto queda expuesto, lo procedente ahora es resumir los contenidos doctrinales de la sentencia comentada, en la que, como no podía ser de otra forma, el Tribunal de Justicia se apoya de forma reiterada en su propia jurisprudencia, muy abundante en esta temática.

### *1. La intención (de continuar o no la actividad transmitida) no excluye la aplicación de la Directiva 2001/23/CE (con matices)*

La continuación por parte del cesionario de la actividad transmitida no constituye un requisito imprescindible para la aplicación de la Directiva controvertida, por lo que también resulta aplicable cuando se prevé la posterior liquidación de la empresa cesionaria. No obstante, atendiendo al principio general del Derecho de la Unión de interdicción del abuso y fraude de Ley, compete al Tribunal nacional valorar si la transmisión persigue exclusivamente beneficiarse de las ventajas derivadas de la aplicación de la Directiva, facilitando la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores adscritos a la entidad transferida para eludir las repercusiones económicas negativas.

Es en este punto en el que discrepa el Abogado General para quien la Directiva 2001/23 no está llamada a aplicarse si se acredita que la finalidad perseguida con la transmisión no es dar continuidad a la actividad económica en cuestión sino eludir las obligaciones relativas a la protección de los trabajadores.

### *2. Sobre el alcance de la autonomía exigible a la entidad transmitida: la autonomía funcional “parcial”*

La Directiva exige que lo transmitido constituya una entidad económica entendida como un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica, con un objetivo propio y suficientemente estructurada y autónoma<sup>[1]</sup>. Además, la entidad transmitida debe mantener su identidad con posterioridad a la transmisión. Esta identidad se define por el personal que la integra, su organización de trabajo, y sus métodos de explotación, lo que se reconduce a la necesidad de que la entidad transmitida posea “autonomía funcional” sin que sea preciso que esta autonomía sea total. La autonomía funcional “parcial” no excluye la aplicación de la Directiva cuando el cesionario no es el titular de los medios de producción siempre que disponga, con posterioridad a la transmisión, de garantías suficientes que le permitan el acceso a los factores de producción de un tercero, incluso del cedente, eliminando la dependencia del cesionario de las decisiones económicas unilaterales tomadas por aquél. Estas garantías pueden adoptar la forma de convenios o contratos entre la unidad transmitida y el tercero afectado, que establezcan las condiciones precisas e imperativas en las que quedará asegurado el acceso a los factores de producción de este último.

## **VIII. Parte dispositiva**

Los arts. 1.1 a) y b) de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, deben interpretarse en el sentido de que la Directiva se aplica a la transmisión de una unidad de producción tanto cuando se actúa (cedente, cesionario o conjuntamente) con vistas a la continuidad por el cesionario de la actividad transmitida como cuando está prevista la posterior desaparición del cesionario, en el marco de una liquidación. Por otro lado, tampoco excluye su aplicación el hecho de que la unidad transmitida no



sea completamente autónoma porque no tenga capacidad para alcanzar su objeto económico sin recurrir a factores de producción procedentes de terceros siempre que se respete el principio general del Derecho de la Unión que impone que cedente y cesionario no pretendan beneficiarse de forma abusiva y fraudulenta de las ventajas que podrían obtener de la Directiva -lo que compete comprobar al órgano jurisdiccional nacional-, y que la unidad de producción transmitida disponga de garantías suficientes que le permitan el acceso a factores de producción de un tercero, para no depender de las decisiones económicas unilaterales de éste.

## IX. Pasajes decisivos

- “Si bien es cierto que la Directiva 2001/23/CE [art. 1.1.b)] establece que la transmisión debe realizarse ‘a fin de llevar a cabo una actividad económica’, no se deduce de dicho texto que la continuación de la actividad deba ser ilimitada en el tiempo ni que el cedente, el cesionario o ambos conjuntamente no puedan tener también la intención de hacer desaparecer, *posteriormente tras haber desarrollado la actividad*, al propio cesionario (la cursiva es mía).

- “De ninguna disposición de la Directiva 2001/23/CE resulta que el legislador de la Unión haya pretendido supeditar la aplicabilidad de dicha Directiva a la perennidad del cesionario más allá de un término concreto”.

- “La Directiva tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el seno de una unidad económica con independencia del cambio de propietario [...] por lo que una interpretación que llevaría a excluir de su ámbito de aplicación una transmisión como la controvertida (...) iría en contra del principal objetivo perseguido (...)”.

- “La Directiva puede aplicarse, en principio, en una situación en la que el cedente, el cesionario o ambos conjuntamente, prevén no solo la continuación por el cesionario de la actividad de la entidad transmitida sino también la futura liquidación del propio cesionario”

- “Ahora bien, el órgano jurisdiccional remitente parece albergar dudas acerca de si (...) la transmisión no es objeto de una desviación (...) a fin de disimular su verdadera intención consistente en facilitar la liquidación de la entidad transmitida sin tener que asumir sus repercusiones financieras. (...) Es preciso recordar el principio general del Derecho de la Unión en cuya virtud la aplicación de la normativa de la Unión no puede extenderse hasta llegar a cubrir operaciones que se realicen para beneficiarse fraudulenta o abusivamente de (sus) ventajas (...).

- “Debe denegarse la aplicación de las disposiciones del Derecho de la Unión cuando se invoquen, no para alcanzar los objetivos de las disposiciones en cuestión sino con el fin de disfrutar de una ventaja del Derecho de la Unión aunque los requisitos establecidos al respecto se cumplan sólo formalmente [STJUE de 26-2019, N. Luxemburgo 1 y otros, C-115/16; C-118/16; C-119/16 y c-229/16; EU:C:2019:134; apartado 98]. (...)

- “Corresponde al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional remitente criterios útiles para poder verificar si cedente o cesionario respetan o no [dicho] principio general (...). En este sentido, si bien la Directiva (art. 1.1.b)] supedita su aplicación al requisito de que la actividad económica transmitida continúe con posterioridad a la transmisión, la mera continuidad de esta actividad no puede, por sí misma, llevar a declarar que se cumple dicho requisito. (...) La transmisión debe permitir al cesionario la continuación de las actividades o de determinadas actividades del cedente de forma estable [STJUE de 2-12-1999, Allen y otros, C-234/98, EU:C:1999:594, apartado 7].

- “El requisito de estabilidad (...) remite a un conjunto coherente de factores de producción diferentes, en concreto, de elemento materiales o inmateriales, así como los efectivos necesarios, que permitan a la entidad transferida continuar una actividad económica [STJUE de 19-9-1995, Rygaard, C-48/94, EU:C:1995:290, apartado 21].

- “(...) Un conjunto de factores de producción que tiende, desde el momento en que se produjo la transmisión, a generar un desequilibrio entre los materiales de entrada y de salida en la producción, que puede por tanto, llevar a su asfixia y provocar, progresiva pero inevitablemente, la desaparición de la actividad transferida, no sólo no puede considerarse conforme con la exigencia de estabilidad sino que podría, además, poner de manifiesto una intención abusiva de los operadores en cuestión, destinada a eludir las repercusiones económicas negativas de la futura liquidación de la entidad transmitida que normalmente hubieran debido incumbir al cedente y que el cesionario no se halla en condiciones de asumir”.

- “Ese podría ser también el caso si la actividad de la entidad transferida se limitase a finalizar determinados contratos o programas determinados, sin crear en la empresa un conjunto organizado de elementos como los mencionados (...)” [STJUE de 19-9-1995, Rygaard, C-48/94, EU:C:1995:290, apartados 20 a 22].

- “Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar a la luz de los criterios anteriores, si en la situación controvertida cedente y cesionario han respetado el principio general (...) y por tanto, pueden acogerse a las ventajas que la Directiva 2001/23/CE prevé en los supuestos de transmisión de empresas”.

- “[Para que la transmisión esté comprendida en el ámbito de aplicación del art. 1.1.a) Dir. 2001/23/CE] debe referirse a una parte de la empresa cedente que constituya una entidad económica entendida como un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio y suficientemente estructurada y autónoma [STJUE de 13-9-2007, Jouini y otros, C-458/05, EU:C:2007:512, apartado 31]. (...) La entidad en cuestión debe mantener su identidad con posterioridad a la transmisión [STJUE de 12-2-2009, Klarenberg, C-466/07, EU:C:2009:85, apartado 39].

- “(...) La identidad de una entidad económica está pues, constituida por varios elementos indisociables como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone [STJUE de 20-7-2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, apartado 43] [y] tal identidad exige una autonomía funcional (...) que debe mantenerse después de la transmisión [aunque] no es necesario que dicha autonomía sea total”.

- “No puede excluirse, de entrada, del ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE una unidad de producción de una empresa (...) cuya actividad se ejercía antes de la transmisión dentro de dicha empresa y cuya autonomía era en ella, limitada. (...) Si las partes de una misma empresa disfrutaban de la autonomía de conjunto de esta, se corre el riesgo de que no exista la autonomía que necesitan dichas partes en sus propias relaciones con el exterior”.

- “Una interpretación que excluyera del ámbito de aplicación de la Directiva [art. 1.1.b)] una situación en la que los elementos materiales indispensables para el desarrollo de la actividad no hayan dejado en ningún momento de pertenecer al empresario cedente privaría a la Directiva de parte de su efectividad [STJUE de 7-8-2018, Colino-Sigüenza C-472/2016; EU: C: 2018:646; apartado 39).

- “Una unidad de producción (...) constituida por la “dirección de material rodante” fue transferida por Ellinika Nafpigeia a ETYE, filial de la primera, no puede considerarse que disponga de la autonomía de la sociedad matriz (...). El mantenimiento de la autonomía de la unidad separada supone (...) que disponga, con posterioridad a la transmisión, de garantías suficientes que le permitan el acceso a los factores de producción de un tercero a fin de no depender de las decisiones económicas tomadas por este de forma unilateral”.

- “Estas garantías pueden adoptar la forma de convenios o contratos entre la unidad transmitida y el tercero afectado, que establezcan las condiciones precisas e imperativas en las que quedará asegurado el acceso a los factores de producción de este último”.

- “Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar (...) que la unidad de producción transferida dispone de garantías suficientes que le permitan acceder a los factores de producción de terceros”.

## X. Comentario

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la Directiva 2001/23/CE, tanto sobre el alcance de las garantías previstas como sobre su ámbito de aplicación y, en concreto, sobre el objeto de la transmisión (empresa, centro de actividad o partes de éstas), lo que se explica en buena parte por las nuevas formas de organización empresarial surgidas en los últimos años, en el contexto de la fragmentación o deconstrucción de la anterior empresa fordista. En general, esta jurisprudencia ha optado, siempre partiendo de la finalidad tuitiva de la Directiva, por una interpretación flexible de sus preceptos e incluso de sus propias interpretaciones anteriores; concretamente, el concepto de transmisión de empresa determinante de la aplicación de la Directiva ha ido enriqueciéndose con cada pronunciamiento del Tribunal de Justicia, que ha dado así cabida a supuestos fácticos antes residuales o inexistentes.

El interés de la STJUE de 13-6-2019 (Ellinika N.) radica tanto en lo que dice como en lo que omite:

a) En primer lugar, y en el marco de la ampliación del concepto del objeto de la transmisión, viene a matizar su doctrina previa (aunque no lo dice) al rebajar su anterior exigencia de la continuidad efectiva de la actividad transmitida por parte del cesionario para considerar existente la transmisión. Según esta doctrina previa<sup>[2]</sup> (ya antigua, y edificada sobre la predecesora de la Directiva 2001/23/CE) la falta de continuidad de la actividad por parte del cesionario implicaba la desaparición de la identidad de la unidad empresarial transmitida como un conjunto de medios organizados, excluyendo la existencia de la transmisión. La sentencia ahora comentada acepta que la concurrencia de una intención última liquidatoria de la actividad transmitida por parte de cedente, cesionario o de ambos, no excluye la existencia de la transmisión salvo que exista fraude o abuso de ley, es decir, salvo que la transmisión se lleve a cabo con la finalidad de burlar las garantías establecidas a favor de los trabajadores y concretamente, la elusión de las consecuencias económicas negativas derivadas de la extinción de los contratos. En estos términos tajantes se pronuncia el Tribunal en su fallo si bien es cierto que en su argumentación jurídica exige que se haya desarrollado la actividad durante un determinado espacio de tiempo (*“posteriormente tras haber desarrollado la actividad”*), periodo que la sentencia no concreta.

b) En segundo lugar, da un paso más en la definición del requisito de la posterior autonomía funcional de la actividad transmitida al admitir, no ya que esta autonomía puede ser parcial -lo que ya había aceptado en el Asunto Colino Sigüenza, en relación al mantenimiento por parte del cedente de la propiedad de los medios materiales imprescindibles para el ejercicio de la actividad transferida-, sino que esta autonomía parcial concurre incluso cuando la *posesión* de los medios de producción queda en manos de la empresa cedente, siempre y cuando la cesionaria disponga de las garantías suficientes -entre ellas, convenios o contratos imperativos- que le permitan el acceso a esos factores de producción del cedente o de un tercero, para dotarle de la necesaria independencia en relación a las decisiones económicas unilaterales que pueda adoptar ésta, extremo que compete valorar al órgano jurisdiccional nacional.

Por tanto, para entender que ha existido la transmisión ya ni siquiera es imprescindible que el cesionario posea los medios de producción necesarios para el desarrollo de la actividad objeto de la transmisión, sino que basta con que tenga acceso a dichos medios de producción, siempre que ese acceso esté reglamentado jurídicamente en términos imperativos y el cesionario no dependa de las decisiones que pueda tomar el cedente o en su caso, un tercero. Mientras en el asunto Colina Sigüenza el cedente (Ayuntamiento) retenía la propiedad de los medios materiales necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial pero no la posesión, en



Ellinika el cedente mantiene la propiedad y la posesión de toda la infraestructura empresarial (medios materiales, servicios administrativos, servicios financieros) aunque el acceso del cesionario a los mismos queda garantizado por los convenios y contratos suscritos entre cedente y cesionario.

c) Se echa en falta, sin embargo, que la argumentación jurídica de la STJUE no atribuya especial relevancia al hecho de que, en el caso enjuiciado, la transmisión tiene lugar en el contexto de dos sociedades vinculadas accionarialmente, y específicamente, habiendo sido la filial creada con la específica finalidad de transferirle una parte de su actividad empresarial. Aunque cita la doctrina de la STJUE de 2-12-1999 (Asunto Allen; C-234/98) que versaba sobre la transmisión de una actividad entre empresas del mismo grupo, no se refiere expresamente en ningún momento a esta circunstancia como un indicio de una estrategia empresarial dudosa en las circunstancias concurrentes. De la misma manera que ha adaptado su jurisprudencia tras tomar nota de la existencia de nuevas formas de actuación empresarial en determinadas actividades en aras a incrementar la tutela de los trabajadores (contratos inmatrimoniales), hubiera sido interesante tomar en consideración esta circunstancia en la construcción de una doctrina específicamente referida a estos supuestos. No hay que olvidar que, en este caso, concluir en la aplicación de la Directiva 2001/23/CE en el supuesto contemplado perjudica a los trabajadores de Ellinika que fueron “transmitidos” a ETYE con la actividad adscrita a la “dirección de material rodante” pues la quiebra -situación en la que llega ETYE- se contempla por la Directiva como supuesto que permite al Derecho nacional excluir la aplicación de las garantías contempladas y así se contempla por el Derecho griego.

---

## Referencias:

1. <sup>^</sup> Sobre esta jurisprudencia, vid. recientemente GÁRATE CASTRO, J., “El impacto sobre el Derecho del Trabajo español de las decisiones del Tribunal de Justicia resolviendo peticiones de decisiones prejudiciales planteadas por nuestros Tribunales en cuestiones afectadas por la regulación de la Unión sobre política social: tres ejemplos destacados”, en *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018. BOGONI, M., “Transmisión de empresa, subrogación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente del TJUE”, en MIRANDA BOTO, J.M. (ed.) *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, Cinca, Madrid, 2018.
2. <sup>^</sup> STJUE de 14-4-1995 (Christel Schmidt, Asunto C-392/92, ECLI:EU:C:1994:134)