

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 4 de septiembre de 2008¹

I. Introducción

1. Mirja Juuri trabajó durante nueve años en el comedor de una empresa del sector metalúrgico en Finlandia. Cuando su empleador traspasó el negocio de restauración a otro empresario, las condiciones laborales de la Sra. Juuri empeoraron. El derecho comunitario propone una solución para la situación de esta trabajadora, pero el órgano jurisdiccional nacional alberga dudas sobre la interpretación de sus normas. En concreto, la Directiva 2001/23/CE, relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los traspasos de empresas,² atribuye la responsabilidad de un caso como el de la Sra. Juuri a su nuevo patrón. El Tribunal de Justicia debe aclarar el alcance de esta imputación y los efectos económicos que acarrea.

2. La Directiva 2001/23 se integra en el denominado «derecho social comunitario». Este segmento del ordenamiento otorga una tutela de mínimos a los trabajadores, sin perjuicio de que los Estados miembros incrementen el nivel de protección. La complejidad inherente a la regulación de los mercados laborales nacionales ha contribuido a que esta normativa se adopte tras amplios consensos, por lo que sus disposiciones, abiertas y ambiguas, exigen con frecuencia la intervención prejudicial del Tribunal de Justicia.

3. Además, el derecho social comunitario se define por su estructura fragmentada. Se compone de ciertas reglas para resolver problemas específicos que emergen en el transcurso de la relación laboral. Representa metafóricamente un sector archipelágico³

1 — Lengua original: español.

2 — Directiva del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad (DO L 82, p. 16), que confiere otra redacción a la Directiva 77/187/CEE 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 traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad (DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122), en su versión modificada por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (DO L 201, p. 88).

3 — Tomo la expresión de Rodríguez-Piñero Royo, M.C., «Transmisión de empresas y derecho europeo», en *La transmisión de empresas en Europa*, Cacucci Editore, Bari, 1999, p. 1, donde defiende que, a pesar de su importancia, el derecho social comunitario acomete una intervención ciertamente limitada, en la medida en que sólo trata aspectos de esta regulación, dejando el resto sin armonización alguna. Esto produce lo que se denomina una «estructura insular» o «archipelágica» del derecho comunitario del trabajo, en el que sólo se presta atención a ciertos extremos de la legislación nacional; en contraste con el derecho del trabajo interno, más «continental» y omnicompreensivo de todas las facetas de la relación de trabajo.

cuyos islotes no aparecen siempre unidos entre sí por puentes. En este asunto, el Tribunal de Justicia está llamado a abordar las cuestiones que se suscitan en una de estas islas.⁴ Se corre el riesgo, por tanto, de dar satisfacción a la Directiva interpretada, pero no a las restantes con las que hay alguna conexión. Conviene, por tanto, extremar el rigor y no descuidar la interrelación de un terreno disperso, como el social, más cohesionado de lo que en principio parece.

II. Los hechos

4. El 5 de abril de 1994 Mirja Juuri se incorporó a la plantilla de Rautaruukki Oyj (en adelante, «cedente»), en Hämeenlinna (Finlandia), desempeñando su actividad en el comedor de la empresa. A partir del 10 de diciembre de 1999, el contrato de la Sra. Juuri se transformó en una relación por cuenta ajena de duración indefinida.

4 — Recuerdo a Don Quijote aconsejando a Sancho Panza, poco antes de que asumiera el gobierno de la ínsula de Barataria. Consciente de que sus enseñanzas sólo poseen la fuerza de sus argumentos, Don Quijote finaliza sus palabras con la siguiente afirmación: «Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y dádivas del rico como por entre los sollozos e importunidades del pobre. Cuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente, que no es mejor la fama del juez riguroso que la del compasivo [...]». Cervantes, M. de, *El ingenioso caballero Don Quijote de la Mancha*, segunda parte, capítulo XLII, edición, introducción y notas de Martín de Riquer, Ed. RBA, Barcelona, 1994, p. 935.

5. Aunque sus cometidos se ceñían al comedor, la Sra. Juuri se regía por el convenio colectivo de la industria metalúrgica, cuya vigencia llegaba a su fin el 31 de enero de 2003, prorrogándose automáticamente, con periodicidad anual, salvo que se instara su denuncia por alguna de las partes en el plazo de dos meses antes de su vencimiento. No fue necesaria ninguna denuncia, pues el 12 de diciembre de 2002 se firmó otro convenio para el sector, con efectos desde el 1 de febrero de 2003.

6. Ese día, una vez extinguido el convenio anterior, la cedente transmitió la gestión de la unidad de comedor a Amica Ravintolat Oy (en adelante, «cesionaria»). Producido el traspaso, los trabajadores comenzaron a prestar su actividad laboral en favor de la cesionaria, pero sometidos a un nuevo convenio colectivo, en este caso el relativo al sector de la hostelería y la restauración.

7. La Sra. Juuri, disconforme con la aplicación del convenio de la hostelería y la restauración a su relación por cuenta ajena, se consideró sujeta al convenio de la metalurgia. Según la trabajadora, el cambio de normativa le ha supuesto una disminución salarial de 300 euros mensuales, así como el traslado a otros centros de trabajo. A su vez, la cesionaria ha reconocido que el reciente convenio exigió a la Sra. Juuri una serie de alteraciones, entre las

que figuraban la ejecución de actividades en otros centros de trabajo, si bien con carácter temporal, y la reducción de sueldo en 100 euros mensuales a raíz de una minoración proporcional de la jornada laboral.

de empresas, de centros de actividad o partes de empresas o de centros. En el contexto del litigio que concierne a la Sra. Juuri y a la empresa cesionaria, resultan pertinentes los artículos 3, apartado 3, y 4, apartado 2.

8. Tras esas modificaciones en el sistema convencional de su relación laboral, la Sra Juuri decidió rescindir su contrato de trabajo el 19 de febrero de 2003. Invocando la legislación laboral finlandesa, reclamó judicialmente a la cesionaria una indemnización por el periodo de vacaciones correspondiente al plazo de preaviso y otra indemnización equivalente a catorce meses de salario por despido improcedente. El 11 de febrero de 2005 el Helsingin käräjäoikeus (tribunal de primera instancia de Helsinki) desestimó la demanda de la Sra. Juuri. Un año después, el 28 de febrero de 2006, el Helsingin hovioikeus (tribunal de apelación de Helsinki) confirmó la sentencia de instancia, pero la Sra. Juuri acudió al Korkein oikeus (tribunal supremo), órgano jurisdiccional que interroga al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva 2001/23.

«Artículo 3

[...]

3. Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

III. Marco jurídico

A. La normativa comunitaria

9. La Directiva 2001/23 contempla un régimen de mínimos para conservar los derechos de los trabajadores en los traspasos

Los Estados miembros podrán limitar el periodo de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.

[...]

Artículo 4

«cuando el contrato laboral haya acabado por el empeoramiento sustancial de las condiciones del trabajo por la cesión de la empresa, la terminación del acuerdo será imputable a la empresa».

[...]

2. Si el contrato de trabajo o la relación laboral se rescinde como consecuencia de que el traspaso ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, la rescisión del contrato de trabajo se considerará imputable al empresario.»

12. En el capítulo 8, el artículo 1, apartado 2, de la Työsopimuslaki permite al trabajador cancelar el contrato de trabajo, cuando la empresa viole gravemente obligaciones de importancia esencial para la relación laboral, al menos hasta la fecha de vencimiento del periodo de preaviso.

B. La normativa nacional

10. Según el auto de remisión del Korkein oikeus, la Työsopimuslaki (ley de desempleo), en su capítulo 6, en el artículo 2, prevé que «un contrato laboral celebrado por tiempo indefinido o de duración indeterminada por otros motivos puede expirar mediante rescisión notificada por una de las partes».

13. Para el artículo 5 de la Työehtosopimuslaki (ley de convenios colectivos), si el empresario es parte de un convenio colectivo o está vinculado de otra forma por dicho convenio, su sucesor asume la totalidad de los derechos y obligaciones que le imponga el convenio colectivo. Por tanto, el cesionario ha de cumplir las disposiciones del convenio colectivo que, en virtud del artículo 4 de la Työehtosopimuslaki, sean vinculantes para el cedente hasta que expire el convenio y con posterioridad a ese momento.

11. En el capítulo 7, el artículo 6 transpone el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23 al ordenamiento finlandés, al prescribir que,

14. En el capítulo 12, el artículo 2 de la Työehtosopimuslaki contempla el derecho del empleado a una indemnización a cargo

de la empresa por despido improcedente, exigiendo al empresario: abonar una compensación, si despide a un trabajador sin que concurra alguna de las causas que la Työsopimuslaki estima procedentes, y resarcir al operario que haya rescindido el contrato por voluntad propia.

derivadas del contrato de trabajo o de la Työsopimuslaki, a reparar los daños que hubiera ocasionado al trabajador.

15. En el capítulo 12, el propio artículo 2 de la Työsopimuslaki señala los límites de la indemnización del trabajador, haciéndola oscilar entre tres y veinticuatro meses de salario.

16. Si el empresario pone fin al contrato de trabajo por causas objetivas e importantes, el asalariado no tiene derecho a recibir una compensación a tenor del capítulo 12, artículo 2, de la Työsopimuslaki, pero, incluso en este supuesto, puede reclamar el cobro del salario y de las demás prestaciones correspondientes al periodo de preaviso. Si se prueba que el empresario tenía motivos de extraordinario interés para rescindir con efectos inmediatos el contrato de trabajo, no cabe al operario cobrar el sueldo ni percibir las demás prestaciones por razón de la relación laboral.

17. También en el capítulo 12, el artículo 1 de la Työsopimuslaki construye al empresario, cuando haya incumplido o haya descuidado, mediando culpa o dolo, las obligaciones

IV. Las cuestiones prejudiciales

18. En resolución de 24 de agosto de 2007, el Korkein oikeus, al hilo de la contienda instada por la Sra. Juuri contra la empresa cesionaria, ha planteado:

«1) Cuando un contrato de trabajo se extingue por voluntad del trabajador, fundamentada en un empeoramiento esencial de las condiciones de trabajo a consecuencia de una transmisión de empresa, y habida cuenta de que, conforme al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23, el cesionario ha mantenido, después de la transmisión, las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo que confería al trabajador mejores condiciones laborales solamente hasta la fecha de expiración del convenio colectivo, provocando así el deterioro de tales condiciones laborales, ¿debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, en el sentido de que el Estado miembro está obligado a garantizar legalmente al trabajador el derecho a

obtener de su empresario una indemnización económica igual que si se tratara de un despido improcedente?

- 2) Si la responsabilidad del empresario con arreglo a la Directiva 2001/23 no fuera tan amplia como la descrita en la primera cuestión, ¿debe configurarse, no obstante, de forma que, por ejemplo, comprenda los salarios y las demás prestaciones correspondientes al periodo de preaviso que ha de respetar el empresario?»

19. Han depositado observaciones, dentro del plazo señalado por el artículo 23 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia, los Gobiernos de Finlandia y Hungría, así como la Comisión.

20. En su reunión general del 29 de abril de 2008, el Tribunal de Justicia ordenó la remisión de dos preguntas escritas al Gobierno finlandés, cuyas respuestas llegaron al Registro de esta institución el 23 de mayo del mismo año.

V. Reformulación de las cuestiones prejudiciales

21. Las dos cuestiones suscitadas por el alto tribunal finlandés giran alrededor de un

mismo fenómeno: el cambio de régimen jurídico-laboral tras el vencimiento del convenio colectivo del sector de la metalurgia. Este punto de partida no es tan pacífico como podría parecer, pues los dos Gobiernos que han presentado observaciones en este trámite prejudicial, así como la Comisión, han abordado este extremo en sus escritos. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23 se aplica una vez confirmada la licitud del cambio normativo que afecta al contrato de trabajo. Si la modificación resultara ilícita por conculcar el artículo 3, apartado 3, de la mencionada Directiva, se generarían otros efectos. Por tanto, conviene aclarar las circunstancias de hecho del proceso principal para determinar si concurren tachas de ilegalidad, pues el vencimiento del convenio colectivo que inicialmente ligaba a la Sra. Juuri se produjo en la misma fecha del traspaso del centro. Esta coincidencia ha suscitado dudas en el Tribunal de Justicia, que le llevaron a remitir unas preguntas⁵ al Gobierno finlandés, y me inclina a reformular las cuestiones del Korkein oikeus.⁶

5 — Las preguntas dirigidas por escrito al Gobierno finlandés se circunscribían al régimen de entrada en vigor y terminación del convenio colectivo de la metalurgia.

6 — La reformulación es una práctica muy arraigada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde el asunto *Schwarze* (sentencia de 1 de diciembre de 1965, 16/65, Rec. p. 1081). Más recientemente, las sentencias de 17 de julio de 1997, *Krüger* (C-334/95, Rec. p. I-4517), apartado 22; de 22 de abril de 1997, *Sutton* (C-66/95, Rec. p. I-2163) apartado 35; de 18 de diciembre de 1997, *Tabouillot* (C-284/96, Rec. p. I-7471), apartados 20 a 21; de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys* (C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253), apartado 28; de 28 de noviembre de 2000, *Roquette Frères* (C-88/99, Rec. p. I-10465), apartado 18; de 20 de mayo de 2003, *Ravil* (C-469/00, Rec. p. I-5053), apartado 27; de 4 de mayo de 2006, *Haug* (C-286/05, Rec. p. I-4121), apartado 17; y de 4 de octubre de 2007, *Rampion y Godard* (C-429/05, Rec. p. I-8017), apartado 27. En un artículo publicado en 1998, «La cooperación entre el Tribunal de Justicia y los jueces nacionales. Límites del procedimiento prejudicial», en *Scritti in onore di G. F. Mancini*, Milán, 1998, pp. 481 y 482, he ensalzado esta técnica del Tribunal de Justicia. Al respecto, también Adinolfi, A., *Laccertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milán, 1997, pp. 129 a 137, y Jimeno Bulnes, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 CEE*, Barcelona, 1996, pp. 365 y 366. En la conocida obra de Rasmussen, H., *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht, 1986, pp. 481 a 482, puede encontrarse una dura crítica a la técnica reformulatoria.

22. En este asunto, estimo oportuno acumular las dos cuestiones del órgano jurisdiccional nacional, para, tras analizar todo lo atinente a la sucesión de convenios colectivos, dilucidar, a continuación, las repercusiones indemnizatorias del artículo 4, apartado 2, de la Directiva citada.

23. Por tanto, propongo al Tribunal de Justicia reformular ambas cuestiones prejudiciales de la siguiente manera:

- 1) ¿Es conforme al artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 el mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo hasta su fecha de expiración, cuando la transmisión de la empresa coincide temporalmente con tal vencimiento?
- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23 en el sentido de que el Estado miembro está obligado a garantizar, legalmente, al trabajador el derecho a obtener de su empresario una indemnización económica o debe interpretarse, exclusivamente, como una disposición atributiva de responsabilidad?

VI. La primera cuestión prejudicial

24. El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 ha creado un instrumento de protección para el trabajador, que ofrece seguridad jurídica a los asalariados cuando el empleador acomete una transmisión. Si hay un convenio colectivo anterior al traspaso, pueden invocarlo los trabajadores hasta su fecha de expiración o hasta «la entrada en vigor [...] de otro convenio colectivo». Cabe que los Estados miembros limiten en el tiempo esta prerrogativa, siempre que no lo hagan por un periodo inferior a un año.⁷

25. La Directiva 2001/23 persigue un equilibrio entre la estabilidad de la relación jurídico-laboral y la flexibilidad de actuación del empleador. Los derechos del trabajador perduran después de la transmisión durante un periodo tasado. Llegado el umbral de la vigencia de los citados derechos, el trabajador está habilitado para tomar una decisión al respecto, ocasionando la aplicación del artículo 4, apartado 2. Este precepto imputa al empleador la terminación de la relación laboral, cuando el traspaso haya engendrado «una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador».⁸ Además, la jurisprudencia ha admitido estas alteraciones, a pesar del carácter

7 — Artículo 3, apartado 3, párrafo segundo de la Directiva 2001/23.

8 — La génesis de la Directiva 2001/23, así como sus reformas, demuestran que los consensos políticos logrados justifican el carácter flexible de sus disposiciones. En este sentido, Hardy, S., y Painter, R., «Revising the Acquired Rights Directive», *Industrial Law Journal*, vol. 25, nº 2, 1996.

imperativo de las normas de la Directiva 2001/23, si el ordenamiento nacional las autoriza en el transcurso normal de la relación laboral, con independencia de que haya acontecido el traspaso.⁹

trabajador puede conservar, al menos en el plano económico, sus derechos.¹²

26. Los artículos 3, apartado 3, y 4, apartado 2, no actúan como compartimentos estancos.¹⁰ El hecho de que el legislador comunitario otorgue al trabajador la facultad de resolver su contrato laboral deriva de un empeoramiento de la relación con su empleador, provocado, a su vez, por una mutación normativa. Parece evidente que el artículo 3, aunque salvaguarde los derechos originarios del trabajador, permite, en su caso, una variación en el régimen laboral. Precisamente porque se prevé tal variación, la ruptura del contrato tiene un responsable a los ojos de la Directiva 2001/23: el empleador.¹¹ Se compensa de esta manera el que una norma, que prohíbe alterar las condiciones laborales, sufra excepciones. Al atribuir la responsabilidad al cesionario, el

27. En la segunda cuestión prejudicial procede examinar las consecuencias indemnizatorias de la rescisión que anuncia el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23, pero en este momento se adelanta parte del razonamiento para apoyar la siguiente reflexión.

28. El mantenimiento de los derechos del trabajador que proclama el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 impone una obligación positiva a los Estados miembros, que eventualmente recae en los empleadores. Si se reúnen las condiciones del precepto, el trabajador conserva sus condiciones laborales después del traspaso, indefinidamente o, dentro de ciertos márgenes, por un periodo determinado.¹³ Sin embargo, la violación del

9 — Recogiendo la doctrina sentada en la sentencia de 10 de febrero de 1988, *Daddy's Dance Hall* (324/86, Rec. p. 739), el Tribunal de Justicia ha confirmado que «[...] una modificación de este tipo no se excluye sólo porque, entre tanto, la empresa haya acometido una transmisión y, por consiguiente, el contrato haya sido celebrado con el nuevo empresario. En efecto, cuando el cesionario se subroga en la situación del cedente, en virtud del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva, en los derechos y las obligaciones derivados de la relación laboral, ésta puede alterarse para el cesionario dentro de los límites que se aplicarían si se tratase del cedente, debiendo quedar claro que la transmisión de empresa en ningún caso constituiría por sí misma el motivo de dicha alteración» (sentencia de 12 de noviembre de 1992, *Watson Rask y Christensen*, C-209/91, Rec. p. I-5755, apartado 28).

10 — Así lo entiende *Barnard, C., EC Employment Law*, 3ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 663 y 664.

11 — Incide en la flexibilidad de las condiciones de trabajo *Arrigo, G., Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, tomo II, Guiffré, Milán, 2001, pp. 97 a 103.

12 — Esta flexibilidad no está exenta de problemas interpretativos, tal como pone de relieve *Barnard, C., op. cit.*, pp. 657 y 658.

13 — El carácter imperativo de los derechos que reconoce la Directiva 2001/23 ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia en diversas ocasiones. La primera vez, en el citado asunto *Daddy's Dance Hall*, al constatar que «los trabajadores afectados no pueden renunciar a los derechos que la Directiva les confiere y que no cabe una disminución de estos derechos, aun con el propio consentimiento de los trabajadores. Esta interpretación no se resiente porque, como en el caso de autos, y en contrapartida de los inconvenientes de una modificación de su relación de trabajo, el trabajador obtenga otro tipo de ventajas, de tal manera que su situación definitiva no sea globalmente menos favorable que la anterior». Han reiterado esta doctrina las sentencias de 25 de julio de 1991, *D'Urso y otros* (C-362/89, Rec. p. I-4105), apartado 9; *Watson Rask y Christensen*, antes citada, apartado 28; de 6 de noviembre de 2003, *Martin y otros* (C-4/01, Rec. p. I-12859), apartados 42 y 43; de 14 de noviembre de 1996, *Rotsart de Hertaing* (C-305/94, Rec. p. I-5927), apartado 18; y de 9 de marzo de 2006, *Werhof* (C-499/04, Rec. p. I-2397), apartado 26.

artículo otorga al trabajador la potestad de exigir, incluso judicialmente, el estatuto laboral anterior al traspaso o una compensación económicamente equivalente.¹⁴ Esta última circunstancia se ejecuta de conformidad con las normas sustantivas y procesales del ordenamiento laboral nacional, pero sin olvidar el destino de la Directiva 2001/23, que señala la finalidad que han de alcanzar las normas estatales.

29. En esta tesitura, resulta obvio que la disposición controvertida instaura, indirectamente y como requisito de mínimos, un doble régimen indemnizatorio a la hora de extinguir la relación laboral. En un primer supuesto, el trabajador rescinde un contrato laboral, pero habiéndose cumplido los pormenores del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23. En un segundo supuesto, la rescisión del contrato a instancias del trabajador opera tras la infracción del citado artículo. La gravedad de ambas hipótesis varía, pues el segundo caso deja al trabajador en un desamparo superior, por lo que el ordenamiento laboral nacional ha de reaccionar más severamente con el empleador. Una solución que se aplicaría también cuando, respetándose formalmente el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23, se comete un fraude, escenario que podría concurrir en el presente asunto, pero que, ante el carácter prejudicial

de este proceso, corresponde al juez nacional dilucidar.

30. La apreciación del fraude de ley precisa elementos de hecho que no siempre conoce el Tribunal de Justicia.¹⁵ Sin embargo, la jurisprudencia¹⁶ presta una especial atención a

15 — El «fraude de ley» acontece cuando «los actos realizados al abrigo de una norma persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico [...], sin impedir la debida aplicación de la norma que se hubiere querido eludir». Así lo define el Código Civil español, en su artículo 6, apartado 4, de manera parecida al artículo 1344 del Código Civil italiano, aunque restringido al ámbito contractual: «si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa» (la causa será también ilícita cuando el contrato constituya el medio para esquivar la aplicación de una norma imperativa). Sin mencionar el fraude, el artículo 39 del Código Civil checo lo describe en términos análogos: «Neplatný je právní úkon, který svým obsahem nebo účelem odporuje zákonu nebo jej obchází anebo se přiči dobrým mravům.» (será nulo todo acto jurídico cuyo contenido o cuyo propósito sean incompatibles con la ley, la eviten o vulneren las buenas costumbres). En el derecho francés el fraude de ley se ha construido por vía más jurisprudencial que legislativa, pero el artículo 336 del Código Civil expresamente alude a esta institución. En los ordenamientos nacionales hay cierta confusión conceptual entre el «fraude de ley» y el «abuso de derecho», así como con otras nociones jurídicas, como la buena fe. Tal como reconoce Miquel González, J.M., «Comentario al artículo 7», *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 45, «las diferencias entre ambas figuras no son claras. Los intentos doctrinales de delimitación no han alcanzado su objetivo. Tampoco la jurisprudencia lo ha logrado satisfactoriamente [...]». No creo imprescindible profundizar en las divergencias entre todas estas instituciones, pues el Tribunal de Justicia no lo ha hecho.

16 — El Tribunal de Justicia ha delegado en los órganos jurisdiccionales nacionales el estudio de los elementos fácticos en aquellos casos en los que se alegaba un fraude de ley (concretamente, las sentencias de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen, 33/74, Rec. p. 1299, apartado 13; de 7 de febrero de 1979, Knoors, 115/78, Rec. p. 399; de 4 de diciembre de 1986, Comisión/Alemania, 205/84, Rec. p. 3755, apartado 22; 7 de julio de 1992, Singh, C-370/90, Rec. p. I-4265, apartado 24; de 3 de febrero de 1993, Verónica Omroep Organisatie, C-148/91, Rec. p. I-487, apartado 12; y 5 de octubre de 1994, TV10, C-23/93, Rec. p. I-4795, apartado 21). El abogado general Tesauro expone el estado actual de la jurisprudencia en sus conclusiones del asunto Kefalas y otros (sentencia de 12 de mayo de 1998, C-367/96, Rec. p. I-2843), en el punto 24: «todo ordenamiento jurídico que aspire a una mínima exhaustividad debe prever medidas [...] de autoprotección para evitar que los derechos que confiere sean ejercitados de forma abusiva, excesiva o distorsionada. Semejante exigencia no es ajena al derecho comunitario ni a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, a cuyo tenor [...] "las facilidades creadas por el Tratado no pueden dar lugar a que las personas que las disfrutan sorteen abusivamente las legislaciones nacionales o a que los Estados miembros se vean en la imposibilidad de adoptar las medidas necesarias para impedir tales abusos". Desarrollan esta idea las conclusiones del abogado general Poiares Maduro en el asunto Halifax (sentencia de 21 de febrero de 2006, Halifax y otros, C-255/02, Rec. p. I-1609, puntos 80 y 81).

14 — Los efectos jurídicos del incumplimiento incumben al ordenamiento nacional, según ha resaltado el Tribunal de Justicia en sus sentencias de 5 de mayo de 1988, Berg y Busschers (144/87 y 145/87, Rec. p. 2559); de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639), apartados 26 a 28; de 16 de diciembre de 1992, Katsikas y otros (C-132/91, C-138/91 y C-139/91, Rec. p. I-6577), apartado 21; y de 12 de noviembre de 1998, Europièces (C-399/96, Rec. p. I-6965), apartado 37.

aquellos litigios en los que una de las partes se comporta de manera abusiva.¹⁷ Esta sensibilidad también ha aflorado en asuntos ligados al ordenamiento social comunitario, concretamente al aplicar la Directiva 2001/23. Así, en el asunto *Bork International*¹⁸ el Tribunal de Justicia se enfrentó al despido de la totalidad de una plantilla, al que inmediatamente siguió la transmisión de la empresa y la nueva contratación de una parte sustancial del antiguo personal, pero en términos menos favorables. Con una metodología habitual, el Tribunal de Justicia destacó que compete al juez nacional la calificación de los hechos y la posterior aplicación de las normas comunitarias, trazando los criterios que han de regir la actuación del órgano jurisdiccional remitente, obligado a sopesar «las circunstancias objetivas en las que se ha generado el despido y, sobre todo, en un supuesto como el presente, si ha tenido lugar en una fecha próxima a la de la transmisión, así como si los trabajadores fueron empleados otra vez por el cesionario». ¹⁹ La tasación de estos motivos desembocó en un fallo que confirma la aplicación de la Directiva 2001/23 a una situación como la de autos.²⁰

31. Como se deduce de la sentencia *Bork International*, el Tribunal de Justicia confiere al órgano jurisdiccional nacional un amplio margen de maniobra, para arrebatárselo más tarde. Al imponer criterios específicos y al ratificar la calificación de las normas comunitarias relevantes para resolver el caso, se reduce el análisis de los elementos de hecho, relegando al juez nacional a una tesitura comprometida. No comparto este proceder del Tribunal de Justicia. Cuando menos, se trata de una técnica artificiosa que coloca en mal lugar a los participantes en el proceso prejudicial, poniendo de manifiesto una sed insaciable de protagonismo, pero también una visión poco respetuosa con la autonomía institucional que ha de reconocerse a la instancia nacional.²¹ En el asunto ahora en liza se puede evitar este tipo de discursos, sin que se resienta la autoridad del Tribunal de Justicia ni las prerrogativas del *Korkein oikeus*.

17 — No encuentro oportuno polemizar aquí sobre si el fraude de ley (o, asimismo, el abuso de derecho) es un principio general del derecho comunitario. En el asunto *EMU Tabac* y otros (sentencia de 2 de abril de 1998, C-296/95, Rec. p. I-1605), en el punto 89 de mis conclusiones, invito al Tribunal de Justicia a «recurrir al principio general de derecho que proscribe el fraude de ley», pero este extremo reclama, todavía hoy, un estudio más detallado. Aunque la sentencia *Halifax*, antes citada, parece haber confirmado esta tendencia, el debate está aún abierto. Al respecto, de la *Feria, R.*, «Prohibition of abuse of (Community) Law: the creation of a new general principle of EC Law through tax», *CMLRev*, 2008, 45.

18 — Sentencia de 15 de junio de 1988 (101/87, Rec. p. 3057).

19 — *Ibid.*

20 — El Tribunal de Justicia indicó que el artículo 1, apartado 1, de la Directiva debía ser interpretado «en el sentido de que la Directiva se aplica en una situación en la que, después de la denuncia de la terminación o de la resolución de un contrato de arrendamiento, el propietario de una empresa se hace cargo de ella de nuevo, para venderla ulteriormente a un tercero, quien prosigue su explotación, interrumpida desde la terminación del contrato de arrendamiento, al poco tiempo, con algo más de la mitad del personal que estaba empleado en la empresa por el arrendatario anterior, a condición de que la empresa en cuestión conserve su identidad».

32. Aceptando que incumbe al órgano jurisdiccional nacional detectar si ha habido fraude de ley al sincronizar la fecha de la transmisión de una empresa con la de vencimiento del convenio colectivo, el Gobierno finlandés ha proporcionado al Tribunal de Justicia elementos adicionales de interés. Se ha constatado que el convenio que ligaba inicialmente a la Sra. Juuri y a su empleador caducó el día del traspaso. No

21 — Sobre los límites de la respuesta prejudicial y el respeto a la autonomía institucional del órgano jurisdiccional remitente, tomo posición en mis conclusiones del asunto *Recheio* — *Cash & Carry* (sentencia de 17 de junio de 2004, C-30/02, Rec. p. I-6051), punto 35.

hubo reconducción tácita, pues varios meses antes se había firmado un nuevo convenio colectivo para el sector, sustituyendo al precedente en todo su contenido. El plazo entre la ratificación del nuevo convenio y su entrada en vigor es muy breve, apenas un mes y medio. Asimismo, la conducta del cedente en el periodo previo al traspaso, principalmente la atención que prestó a los asalariados y a sus representantes, aporta luz sobre la forma en la que se desarrolló la operación. Compete al tribunal nacional apreciar si esta sucesión de convenios, así como el tiempo transcurrido y los datos suministrados a los empleados, permiten aventurar que la cedente y la cesionaria incurrieron en fraude de ley y, por tanto, en la infracción de las normas que prohíben la modificación de las condiciones de trabajo en caso de transmisión de empresas.

33. Una vez empezado el análisis fáctico, el órgano jurisdiccional remitente ha de contar con pautas nítidas del Tribunal de Justicia para adoptar la solución jurídicamente correcta. La instancia comunitaria no debe regatear su colaboración y, a tal fin, reitero los argumentos detallados en los puntos 29 a 32 de estas conclusiones: si, a tenor de los elementos de hecho y de derecho que obren en su poder, el *Korkein oikeus* corroborara que ha acontecido un fraude de ley, se habría conculcado el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23. La inobservancia de ese precepto conlleva una lectura más restrictiva del artículo 4, apartado 2, del citado texto legal. En tales circunstancias, el empleador habría perpetrado conscientemente la infracción, justificándose la agravación de su responsabilidad.

34. Como corolario, y en respuesta a la primera cuestión prejudicial, considero que el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 se opone a que las condiciones de trabajo pactadas mediante un convenio colectivo se extingan en el momento de su expiración, cuando la transmisión de la empresa coincide temporalmente con el vencimiento y cuando el cedente y el cesionario han actuado en fraude de ley. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional determinar si concurre un comportamiento fraudulento al sincronizar la fecha de la transmisión con la de vencimiento del convenio colectivo.

35. Procede ahora dilucidar el alcance y los límites de esta responsabilidad, lo que demanda la exégesis del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23.

VII. La segunda cuestión prejudicial

36. Los Gobiernos de Finlandia y Hungría, así como la Comisión, concuerdan en que el referido artículo 4, apartado 2, únicamente reparte responsabilidades tras la alteración significativa de la relación laboral. Así pues, la Directiva 2001/23 no busca un beneficio concreto al decidir el estatus jurídico del

trabajador que ha vivido el traspaso. Esta posición se sustenta en la concepción de que la directiva es un instrumento de armonización mínima, cuya interpretación requiere un amplio margen de maniobra para el legislador nacional.²² Aunque comparto lo esencial de esta tesis, hay que ahondar en la hermenéutica de la disposición. El que la Comunidad haya comenzado una armonización mínima no implica descartar *a priori* alguna forma de protección económica en favor del trabajador. Sólo a través del examen detallado del texto se logra una explicación certera, para lo que conviene desglosar los distintos segmentos que componen la norma.

A. La modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador

37. La premisa que habilita al empleado a rescindir su contrato e imputar la terminación al empleador se encuentra en el primer inciso del mencionado artículo 4, apartado 2, al exigir que el traspaso «ocasion[e] una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador».

22 — Sentencias antes citadas *Daddy's Dance Hall*, apartado 16; *Watson Rask y Christensen*, apartado 27; *Martin y otros*, apartado 41. Sobre los límites y el margen de discrecionalidad de los Estados en los sectores en los que se acomete una armonización mínima, *Curtin, D.*, «Emerging Institutional Parameters and Organised Difference in the European Union», en de *Witte, B., Hanf, D., y Vos, E.* (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Intersentia, Amberes, 2001, pp. 348 a 354, y *Marciali, S.*, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruylant, Bruselas, 2007, pp. 61 a 65.

38. El órgano jurisdiccional nacional constituye la instancia más apropiada para enjuiciar si, en el presente asunto ha habido una variación significativa en detrimento de la Sra. Juuri. Aunque el ordenamiento finlandés sin duda incluye medidas para que el *Korkein Oikeus* se decante de un lado u otro, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aporta pautas para diagnosticar si ha habido una modificación *in pejus*.²³ En el asunto *Merckx y Neuhuys*,²⁴ dos trabajadores denunciaron su contrato conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23, cuando su nuevo empleador se negó a garantizarles el salario anterior, que se calculaba en función del volumen de negocio. El Tribunal de Justicia optó por calificar directamente los hechos, declarando que «cambiar el nivel de la retribución pactada con el trabajador figura entre las modificaciones esenciales de las condiciones de trabajo con arreglo a dicha disposición, aun cuando la retribución dependa en particular del volumen de negocios realizado».²⁵

39. Años después, la sentencia recaída en el asunto *Delahaye*²⁶ permitió al Tribunal de Justicia pronunciarse otra vez sobre las «modificaciones sustanciales» del contrato de trabajo, pero con otro enfoque que el esgrimido en *Merckx y Neuhuys*. En un litigio que enfrentaba a una empleada con su nuevo patrón a causa de una rebaja salarial del 37 %, la sentencia no dio una réplica concreta al órgano jurisdiccional nacional, ciñéndose a constatar que «la aplicación de las normas nacionales reguladoras de la situación de los

23 — Con carácter general, estudia esta jurisprudencia *Barnard, C.*, *op. cit.*, pp. 656 a 664.

24 — Sentencia antes citada.

25 — *Ibid.*, apartado 38.

26 — Sentencia de 11 de noviembre de 2004 (C-425/02, Rec. p. I-10823).

empleados del Estado implica una reducción de la remuneración de los trabajadores afectados por la transmisión. Cuando esta reducción es importante, se presume que hay una modificación sustancial del contrato de trabajo en perjuicio de los trabajadores de que se trate, en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva». ²⁷

para tener en cuenta el contexto global de la trabajadora. ²⁸ La sentencia *Merckx y Neuhuys*, aunque no se refería, en su apartado 38, a otros factores relevantes, dejó en evidencia que el estado de los recurrentes no resultaba perjudicado únicamente en el plano salarial, pues la transmisión de la empresa había ocasionado también un traslado del lugar de trabajo. ²⁹

40. La sentencia *Delahaye*, a diferencia de lo sucedido en *Merckx y Neuhuys*, reiteró con mayor firmeza la necesidad de que la alteración tuviera carácter «sustancial», negándose a calificar los hechos del asunto principal. Sin embargo, ambas resoluciones se dictaron en un contexto semejante, singularizado por una disminución salarial que mueve al operario a rescindir unilateralmente su contrato. Para descifrar lo que la Directiva 2001/23 entiende por un cambio «sustancial», hay que adoptar una orientación subjetiva de la expresión, atendiendo al obrero, en su dimensión jurídica y económica. Si se eligiera una orientación objetiva de la expresión, ponderando factores ajenos a la posición individual del empleado, se correría el riesgo de provocar desenlaces incompatibles con la finalidad de la Directiva 2001/23. En los dos asuntos antes estudiados, el Tribunal de Justicia mostró al juez nacional otros elementos, también relevantes, que inclinaban el fiel de la balanza en favor de la rescisión unilateral del contrato laboral. En el caso *Delahaye*, la antigüedad de la recurrente fue mencionada en la sentencia,

41. Parece, pues, que el Tribunal de Justicia se ha decantado, sin proclamarlo expresamente, por una definición subjetiva de la locución «modificación sustancial», sopesando las circunstancias de hecho y de derecho que rodean al trabajador al rescindir su contrato al amparo del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23. Incumbe al órgano jurisdiccional nacional calificar esas circunstancias con las pautas marcadas en las sentencias *Merckx y Neuhuys* y *Delahaye*. Al aplicarlas al asunto de la Sra. Juuri, se comprueba que sus emolumentos se han recortado de forma proporcional a su horario laboral. Además, el cambio de convenio colectivo puede haber introducido otras variaciones normativas que sería pertinente aportar al proceso principal, pues servirían como elementos adicionales para sopesar la auténtica índole de las alteraciones sufridas. A lo que se añadiría el traslado ocasional y esporádico del lugar de trabajo de la Sra. Juuri. El órgano jurisdic-

27 — *Ibid.*, apartado 33.

28 — *Ibid.*, apartado 34.

29 — Sentencia *Merckx y Neuhuys*, citada, apartado 9.

cional nacional tiene la obligación de valorar si, en el contexto jurídico y económico que rodea a la Sra. Juuri, todos estos factores constituyen una modificación sustancial del contrato de trabajo.

quisiera fijar la repercusión monetaria de la rescisión, el legislador comunitario lo habría expresado con claridad. El objetivo del artículo 4, apartado 2, reside en distribuir la responsabilidad de la rescisión y no en precisar sus consecuencias jurídicas. Esta tesis se basa en un análisis gramatical, pero también teleológico, de la Directiva 2001/23, así como en otros textos armonizadores del derecho social comunitario.³⁰

B. *La imputación de la responsabilidad al empleador: ¿punto de partida o final del trayecto?*

42. Según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23, una vez verificada una alteración sustancial de la relación laboral, la rescisión «se considerará imputable al empresario». La recurrente en el proceso principal alega que estas palabras no sólo incorporan una regla de atribución de responsabilidad, sino también un mandato respecto del importe de la rescisión. En el proceso que ha suscitado la presente cuestión prejudicial, el Korkein oikeus se interesa por el alcance de la indemnización de la Sra. Juuri si la Directiva 2001/23 fuera más allá de la mera imputación, fluctuando sus dudas entre el resarcimiento que corresponde en derecho finlandés por un despido improcedente o el relativo al periodo de preaviso que ha de respetar el empleador.

1. *Taking words seriously*

44. La interpretación filológica a menudo no representa la mejor herramienta al servicio del jurista, pero se revela siempre como el primer paso en el camino por recorrer. El derecho comunitario, un ordenamiento redactado en un amplio abanico de lenguas, todas oficiales, encuentra poderosos argumentos en el tenor literal de sus preceptos.³¹ Una ventaja que, a

43. Coincido con los Gobiernos finlandés y húngaro, así como con la Comisión, en que la Directiva 2001/23 establece única y exclusivamente un reparto de la responsabilidad. Si

30 — Una metodología que, en contra de lo que defiende el reconocido Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977, no conduce a la *única* respuesta correcta, aunque sí, al menos, a la solución *más* acertada.

31 — Lo reconoció el Tribunal de Justicia en la sentencia de 23 de marzo de 2000, Met-Trans y Saggol (C-310/98 y C-406/98, Rec. p. I-1797), apartado 32: «cualesquiera que sean las razones que puedan invocarse [...] no corresponde al Tribunal de Justicia sustituir al legislador comunitario e interpretar una disposición en un sentido contrario a su tenor literal.» A veces, una simple coma resulta determinante, como ocurrió en la sentencia de 17 de septiembre de 1997, Dega (C-83/96, Rec. p. I-5001), apartados 13 y 14.

veces, se convierte en una lacra, agregando cierta confusión a la hora de decidir las normas aplicables en un litigio concreto.³² El pleito ahora controvertido pertenece a esta segunda categoría, donde la pluralidad idiomática crea más turbación que transparencia. Así se pone de relieve al estudiar los términos empleados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23.

45. El inciso final del precepto señala exactamente que la rescisión del contrato de trabajo «se considerará imputable al empresario». La versión española, así como la francesa, la checa y la alemana, se refieren a *la imputación* de responsabilidad.³³ Otras traducciones del artículo sientan la *responsabilidad* del empresario, sin aludir a la imputación. Así sucede en la versión italiana, en la portuguesa, en la polaca, en la búlgara o en la inglesa, en las que, por ejemplo, la rescisión «è considerata come

32 — En la sentencia *Bulmer v. Bollinger*, de 22 de mayo de 1974, de la Court of Appeal del Reino Unido, más conocida como la del *champagne* francés, Lord Denning destacó la importancia relativa del componente gramatical en el derecho comunitario: «Seeing these differences, what are the English courts to do when they are faced with a problem of interpretation? They must follow the European pattern. No longer must they examine the words in meticulous detail. No longer must they argue about the precise grammatical sense. They must look to the purpose or intent. [...]»

They must not confine themselves to the English text. They must consider, if need be, all the authentic texts [...]. They must divine the spirit of the treaty and gain inspiration from it. If they find a gap, they must fill it as best they can. They must do what the framers of the instrument would have done if they had thought about it. So we must do the same. Those are the principles, as I understand it, on which the European Court acts.»

33 — En la versión francesa, «la résiliation du contrat de travail ou de la relation de travail est considérée comme intervenue du fait de l'employeur»; en la versión checa, «je zaměstnavatel považován za osobu, z jejíž strany byly pracovní smlouva nebo pracovní poměr ukončeny»; y en la versión alemana, «dass die Beendigung des Arbeitsvertrags oder Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber erfolgt ist».

dovuta alla responsabilità del datore di lavoro».³⁴ Por tanto, unas versiones ponen el acento en la *imputación* y otras en la *responsabilidad*.³⁵ En una acepción amplia, los textos que se orientan hacia la «responsabilidad» reflejan una voluntad del legislador comunitario que excede de la mera imputación, para defender una acepción autónoma del vocablo, con un contenido económico trazado por el ordenamiento europeo y no por el nacional.

46. Reitero las palabras con las que iniciaba este apartado, constatando que la interpretación gramatical, en ocasiones, engendra más desconcierto que claro consenso. La literalidad de las normas escritas adquiere singular relieve cuando su análisis desemboque en una apreciación fácilmente discernible, pero no en asuntos como el presente, donde las palabras y sus traducciones provocan desenlaces tan dispares como contrapuestos. No creo que los matices de redacción en algunas versiones entrañen consecuencias jurídicas destacables, por lo que, por este sendero, sólo se penetra en un terreno inseguro.

34 — En la versión portuguesa, «a rescisão do contrato ou da relação de trabalho considera-se como sendo da responsabilidade da entidade patronal»; en la versión polaca, «pracodawcę uważa się za odpowiedzialnego za rozwiązanie umowy o pracę lub stosunku pracy»; en la versión búlgara, «работодателят се счита за отговорен за прекратяването на трудовия договор или трудовото правоотношение»; y en la versión inglesa, «the employer shall be regarded as having been responsible for termination of the contract of employment or of the employment relationship».

35 — La versión eslovaca ofrece una postura intermedia, al comprender tanto la imputación como la responsabilidad: «zodpovednosť za skončenie pracovnej zmluvy alebo pracovnoprávneho vzťahu sa bude pripisovať zamestnávateľovi».

47. La aparente arbitrariedad con la que se utilizan «imputación» y «responsabilidad» en las distintas traducciones oficiales me hace pensar que la clave no reside en la literalidad, sino en la *finalidad* de la norma.

2. *Taking goals seriously*

48. La Directiva 2001/23, al igual que otros textos normativos del derecho social comunitario, persigue la protección de los trabajadores en el mercado interior europeo. Su dinámica tuitiva de la parte más débil de la relación laboral hay que estudiarla en su contexto, el que pretende un nivel armonizado de tutela en la Comunidad, donde las divergencias normativas no deben obstaculizar la libre circulación de los factores de producción.³⁶ Las disposiciones sociales

representan, por tanto, normas complejas según sus fines, pero también por su naturaleza y por sus efectos. No es casual que se haya recurrido a la directiva en este ámbito ni, incluso, a unas directivas de mínimos, cuyos mandatos dejan margen para una mayor protección a escala nacional.³⁷

49. La actitud de amparo se refleja en la exposición de motivos de la Directiva 2001/23, que se aprobó «para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos».³⁸ Con este propósito, el legislador decidió acabar con las diferencias que subsistían en los Estados miembros «en lo que se refiere al alcance de la protección de los trabajadores».³⁹ El Tribunal de Justicia y sus abogados generales

36 — Sobre la búsqueda de un punto de equilibrio entre la protección laboral y el fomento de la actividad económica, Ball, C.A., «The Making of a transnational capitalist society: The European Court of Justice, social policy and individual rights under the European Community's legal order», *Harvard International Law Journal*, n° 37, 1996, pp. 307 y ss. El Tribunal de Justicia también se ha mostrado muy sensible a esta amalgama de intereses, al interpretar las normas sociales comunitarias, como destaca O'Leary, S., *Employment Law and the European Court of Justice. Judicial Structures, Policies and Processes*, Hart Publishing, Oxford-Portland-Oregón, 2002, pp. 119 a 128.

37 — El uso de la directiva se ha multiplicado en este sector, pero el carácter delicado de toda intervención en esta materia ha promovido que se acuda con frecuencia a instrumentos de *soft law*, tal como ponen de manifiesto Kenner, J., «EC Labour Law: The Softly, Softly Approach», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, n° 14, 1995; Goetschy, J., «The European Employment Strategy: Genesis and Development», *European Journal of Industrial Relations*, n° 5, 1999; Santana, M., «La Internalización de la Estrategia Europea de Empleo en España», *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 21, 2007; y Zeitlin, J., y Trubek, D. (eds.), *Governing Work and Welfare in a New Economy*, Oxford University Press, Oxford, 2003. La amplia presencia del *soft law* tiene implicaciones jurídicas, pero también institucionales, como destacan Senden, L., *Soft law in European Community Law*, Hart Publishers, Oxford, 2004; Alonso García, R., «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, n° 154, 2001; Sarmiento, D., *El soft law administrativo*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2008; Cini, M., «The Soft Law Approach: Commission Rule-Making in the EU's State Aid Regime», *Journal of European Public Policy*, n° 8, 2001; Hillgenberg, H., «A Fresh Look at Soft Law», *European Journal of International Law*, n° 10, 1999; y Klabbbers, J., «The Undesirability of Soft Law», *Nordic Journal of International Law*, n° 36, 1998.

38 — Tercer considerando.

39 — Cuarto considerando.

han interpretado la Directiva 2001/23, destacando la importancia de sus aspectos sociales. El abogado general Cosmas, en sus conclusiones del asunto Spano, reconoce que «se trata de una legislación que persigue claramente un objetivo social»,⁴⁰ afirmación que ha encontrado eco en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁴¹

50. Este objetivo social aparece acompañado, no obstante, de otras iniciativas. La Directiva 2001/23, así como su antecesora, la Directiva 77/187, han buscado abiertamente un equilibrio entre la salvaguarda de los trabajadores y el fomento de la flexibilidad organizativa de las empresas.⁴² Con este afán, las disposiciones europeas han intentado mitigar la rigidez de algunas normativas nacionales, cuya aplicación contribuyó no sólo a dificultar la reestructuración en ciertos sectores, sino

también a instaurar obstáculos a la libre circulación y a la competencia leal en el mercado interior. El consenso de intereses se pone de manifiesto si se compara la redacción originaria de la Comisión⁴³ con la que emanó del Consejo. El texto definitivo muestra gran preocupación por conciliar la protección del trabajador con el fomento de las medidas de reorganización empresarial, algo que queda patente en los artículos discutidos en el presente asunto. En los puntos 25 a 29 de estas conclusiones describo que los derechos del trabajador, después de la transmisión, pueden subsistir por un periodo, indeterminado o determinado. La Directiva 2001/23 otorga al cesionario un margen notable de actuación a la hora de modificar las condiciones laborales de su personal, pero compensa esta maleabilidad con un conjunto de medidas a favor del trabajador, entre las que destaca la posibilidad de rescisión unilateral. Este resultado termina de conciliar los intereses de ambas partes, pues la Directiva 2001/23 añade que la rescisión es imputable al empresario si, a raíz de la transmisión, se deteriora la situación laboral del trabajador. La propia Comisión, en su proyecto de directiva, ya en 1974, confirmaba que el artículo 4, por efecto de esta ponderación, se ceñía a distribuir culpas, dejando su delimitación en manos de los ordenamientos nacionales.⁴⁴

40 — Conclusiones del abogado general Cosmas en el asunto Spano y otros (sentencia de 7 de diciembre de 1995, C-472/93, Rec. p. I-4321), leídas el 17 de octubre de 1995, punto 15.

41 — Sentencias de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Rec. p. 5465), apartado 12; Daddy's Dance Hall, citada, apartado 9; y Berg y Busschers, antes citada, apartado 13.

42 — Según O'Leary, S., *op. cit.*, pp. 242 y 243, «[t]he purpose of the Directive was to ensure that the rights of employees, in the event of a change of employer, were safeguarded. However, the Preamble also made clear that one of the principal reasons for the introduction of a minimum level of employment protection at EC level was the fear that disparities in employment protection legislation between Member States might have a deleterious effect on the transfers and mergers which it was the common market's aim to bring about as a result of greater economic integration. Thus, the Directive reflected the dual economic and social aims that characterised much of the Community's Social Action Programme. Like Article 141 EC [...], Directive 77/187 [hoy Directiva 2001/23] reflected both the Community's attempts to ameliorate "the unacceptable by-products of growth" and its intention to eliminate distortions of competition».

43 — COM(74) 351 final, de 29 de mayo de 1974.

44 — En los comentarios a su proyecto, la Comisión (p. 8) anunciaba que, «if the worker does not wish to continue the employment relationship with the transferee because a merger or takeover has led to some essential change in his terms of employment, it seems only fair, as provided for in article 3, that the worker should be treated as if his dismissal was due to the action of his employer. *The legal consequences involved, such as severance payment, compensation, etc., should again be prescribed by the laws, regulations and administrative provisions of the Member States.*»

51. El punto intermedio entre la tutela al operario y la flexibilidad empresarial se obtiene depositando en el ordenamiento nacional el régimen de resarcimiento. La Directiva 2001/23, norma de mínimos que permite potenciar sus reglas en el ámbito nacional, formula una solución razonable. Por un lado, brinda al trabajador la certeza de que el empeoramiento de sus condiciones de trabajo será compensado por el cesionario. Por otro lado, atribuye al ordenamiento nacional la tarea de pormenorizar el contenido económico de la indemnización. Atendiendo a la finalidad de la Directiva 2001/23, estoy convencido de que su artículo 4, apartado 2, prescribe una *imputación* y no una caracterización de la responsabilidad en la que incurre el empleador.

3. *Taking directives seriously*

52. Todavía hay otros motivos en favor de una interpretación restrictiva del citado artículo 4, apartado 2; son de índole sistemática. La normativa social comunitaria en su conjunto manifiesta la intención de las Instituciones al aprobar la Directiva 2001/23, pues, cuando han querido condicionar el régimen indemnizatorio que le correspondería a la ahora demandante, lo han hecho sin ambages. *A contrario sensu*, hay que deducir, por consiguiente, que el artículo 4, apartado 2,

sólo asigna la responsabilidad al empleador, pero no la define.

53. La Directiva 2006/54/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación,⁴⁵ cuyos cánones refunden el grueso de las normas antidiscriminatorias comunitarias, obliga, en su artículo 18, a los Estados miembros a prever mecanismos compensatorios para quienes hayan sufrido discriminación. En principio, fomenta la introducción de medidas «necesarias para garantizar la indemnización o la reparación», siempre y cuando sean «real[es] y efectiva[s]», así como «disuasoria[s] y proporcional[es]». El cariz del precepto incorpora un elemento de evidente alcance comunitario en los ordenamientos nacionales, especialmente en su entorno laboral y en su derecho de daños.⁴⁶ De la misma manera, la Directiva 2006/54 no sólo atribuye la responsabilidad al empresario, sino que además prohíbe las cotas máximas, al

45 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 (DO L 204, p. 23).

46 — Este precepto sistematiza el anterior artículo 1, apartado 5, de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002 (DO L 269, p. 15), que modifica el artículo 2, apartado 6, de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. Conviene destacar que la redacción final de dicho precepto resulta aún más proteccionista con quien padece la discriminación. En la propuesta de la Comisión no había referencia alguna al carácter real, efectivo y disuasorio de la indemnización, simplemente excluía restringir su importe y garantizaba intereses de demora. No obstante, en los comentarios de la Comisión a su proyecto, la intención de condicionar el contenido de la responsabilidad parece claro: «en lo relativo al derecho de la víctima de una discriminación a una compensación para asegurar una protección judicial real y eficaz, que tenga un verdadero efecto disuasivo para el empleador y que, en toda circunstancia, sea proporcionada al daño sufrido». [COM (2000) 334 final, p. 12].

objeto de preservar los derechos de las víctimas de la discriminación.⁴⁷ Algo muy distinto de lo sucedido con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23.

54. La Directiva 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro,⁴⁸ propone una solución semejante, ya que, en términos similares a los utilizados por la Directiva 2006/54, su artículo 8 incide en que los Estados miembros deben adoptar «medidas necesarias para que cualquier persona perjudicada por una discriminación [...] reciba una indemnización o una compensación reales y efectivas del Estado miembro, de manera disuasiva y proporcional al daño sufrido». La norma no sólo constriñe al ordenamiento nacional en positivo, sino también en negativo, al acabar señalando que «la fijación de un tope máximo predeterminado no limitará dicha compensación o indemnización».

47 — Disposición que otorga forma legislativa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en concreto a las sentencias de 10 de abril de 1984, von Colson y Kamann (14/83, Rec. p. 1891), apartado 23; de 10 de abril de 1984, Harz (79/83, Rec. p. 1921), apartado 26; de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367), apartado 34; y de 22 de abril de 1997, Draehmpaehl (C-180/95, Rec. p. I-2195), apartado 40. Sobre esta técnica indemnizatoria en materia de igualdad, McCrudden, C., «The Effectiveness of European Equality Law: National Mechanisms for Enforcing Gender Equality Law in the Light of European Requirements», en Hepple, B., y Szyzszak, E., *Discrimination: Limits of Law*, Mansell, Londres, 1992.

48 — Directiva del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 (DO L 373, p. 37).

55. El resto de disposiciones sociales armonizadoras guardan silencio sobre el deber de resarcir inherente a los incumplimientos del empleador. La Directiva 2001/23 es expresiva, pero no tan clara como las Directivas 2004/113 y 2006/54, lo que me inclina a pensar que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23 logra un justo equilibrio, al implementar un criterio de atribución de la responsabilidad, pero no un régimen autónomo sobre tal responsabilidad. Sólo cabe agregar, a expensas de lo relatado en los puntos 25 a 29 de estas conclusiones, que, según expongo allí, los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23 operan en una relación de complementariedad, motivando, en mi opinión, modulaciones interpretativas, cuando proceda aplicarlos.

4. La excepción a la regla general de imputación: un elemento de graduación

56. He defendido que una rescisión del contrato de trabajo basada en el *cumplimiento* del artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23 no merece igual consideración que la derivada de un *incumplimiento* de dicho precepto. Hay una diferencia en la conducta del empleador que forzaría, en función de las circunstancias, una exégesis matizada del artículo 4, apartado 2, de la Directiva

2001/23. Esta consecuencia deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que exige a los tribunales nacionales un grado de protección procesal y sustantivo conforme con los principios de efectividad y equivalencia, incluso en sectores objeto de armonización mínima.⁴⁹ Así, cuando el artículo 3 ha sido respetado por el cesionario al consumir la transmisión, pero el contrato laboral se rescinde en virtud del artículo 4, apartado 2, la responsabilidad queda sometida a las normas generales del ordenamiento nacional laboral. Cuando suceda lo contrario, entiendo que el artículo 4, apartado 2, a pesar de no definir un régimen indemnizatorio particular, impone al Estado miembro, también desde su derecho interno, un tratamiento singularizado.

57. El Tribunal de Justicia no debería indicar al Korkein oikeus el régimen reparador más apropiado para abordar las demandas de la Sra. Juuri. Pero sí debería orientarlo y mostrarle que la Directiva 2001/23 instaura dos niveles de responsabilidad. El ordenamiento comunitario se desentiende del resul-

tado económico concreto, pero le preocupa que se originen efectos jurídicos idénticos en situaciones netamente distintas.⁵⁰ Incumbe al órgano jurisdiccional diseñar la solución más adecuada para la responsabilidad, siempre y cuando utilice un criterio modulador, basado en el mencionado artículo 3, en relación con el también mencionado artículo 4, apartado 2.

58. En suma, conviene resolver la segunda cuestión prejudicial, declarando que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23 ha de interpretarse como una disposición atributiva de responsabilidad. El ordenamiento comunitario exige, no obstante, la graduación de dicha responsabilidad, dependiendo de la observancia del artículo 3 de la Directiva 2001/23. A tal fin, el órgano jurisdiccional nacional aplica los criterios atenuantes o agravantes de la responsabilidad previstos en su ordenamiento nacional.

49 — Desde la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651), apartados 18 a 21, el derecho comunitario incorpora un rasero de protección procesal en el ámbito nacional, como fruto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

50 — Sentencias de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, Rec. p. I-225), apartado 30; de 17 de julio de 1997, National Farmers' Union y otros (C-354/95, Rec. p. I-4559), apartado 61; y de 2 de octubre de 2003, García Avello (C-148/02, Rec. p. I-11613), apartado 31.

VIII. Conclusión

59. De acuerdo con las explicaciones precedentes, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Korkein oikeus, declarando que:

- «1) El artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, se opone a que las condiciones de trabajo pactadas mediante un convenio colectivo se extingan en el momento de su expiración, cuando la transmisión de la empresa coincide temporalmente con el citado vencimiento y el cedente y el cesionario actúan en fraude de ley. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar si concurre una conducta fraudulenta al sincronizar la fecha de la transmisión con la del vencimiento del convenio colectivo.

- 2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 2001/23, debe interpretarse exclusivamente como una disposición atributiva de responsabilidad. El ordenamiento comunitario exige, no obstante, la graduación de la responsabilidad, dependiendo de la observancia del artículo 3 de la Directiva 2001/23. A tal fin, el órgano jurisdiccional nacional aplica los criterios atenuantes o agravantes de la responsabilidad previstos en su ordenamiento nacional.»