

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Doctor en Derecho
Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense
Letrado de la Seguridad Social (excedente)*

Extracto:

EN la hora que nos ha tocado vivir, las «transmisiones de empresas» constituyen un fenómeno de la vida cotidiana y que puede considerarse inherente al funcionamiento de las economías de mercado. El mantenimiento de tales agentes económicos en funcionamiento interesa en términos macro y microeconómicos. Los trabajadores tienen intereses muy relevantes implicados en aquellas organizaciones productivas, se dice, sin duda con exageración, que jurídicamente se vinculan más a la empresa que al empresario, que sus derechos y deberes derivados de la prestación del trabajo han de referirse más a tales organizaciones que a sus titulares (los empresarios), por ello se ha entendido que la vigencia de los contratos de trabajo debe mantenerse con independencia de las transmisiones de aquellas organizaciones productivas, porque es necesario para que continúen en funcionamiento y porque es «de justicia» para quienes en ellas participan aportando e incorporando su trabajo. Por todo ello las consecuencias jurídico-laborales de las transmisiones de empresa han sido, de antiguo, objeto de específica regulación en los diferentes sistemas legales. Muy recientemente, mediante la Directiva 98/50/CE, se ha introducido un importante cambio en la regulación existente a nivel comunitario. Su trascendencia para nuestro Derecho interno no es discutible.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. El carácter imperativo de la normativa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en las transmisiones de empresas.
- III. Su fundamento.
- IV. El «traspaso (transmisión) de empresa»: noción. La causa de la transmisión. Los límites al traspaso (transmisión) de empresa: necesidad de una reinterpretación del artículo 44 ET.
 1. El «traspaso (transmisión) de empresa»: noción.
 2. La causa de la transmisión.
 3. Los límites al traspaso (transmisión) o sucesión de empresa: necesidad de una reinterpretación del artículo 44 ET.
- V. Los elementos del «traspaso (transmisión de empresa)».
 1. El elemento objetivo.
 2. El elemento subjetivo.
- VI. Las consecuencias jurídico-laborales de la transmisión de la empresa.
 1. En el plano individual.
 2. En el plano colectivo.
- VII. Los efectos, en materia de Seguridad Social y en los sistemas complementarios de previsión social, de la transmisión de empresas.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva regulación por el Derecho comunitario de los efectos que producen los actos de los empresarios de disposición, y algunos de administración, de las «empresas y partes de empresas», sobre las relaciones laborales existentes en tales organizaciones, obliga a efectuar un replanteamiento general en torno a las consecuencias socio-laborales de tales actuaciones empresariales.

Efectivamente, en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) de 17 de julio de 1998 (L 201/98) se publica la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica 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 traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

No se trata empero de una simple modificación, sino de una nueva regulación. Basta para ello con reparar en que la Directiva 98/50/CE da nueva redacción a los artículos 1 al 7 de la Directiva 77/187/CEE, siendo así que el contenido fundamental de esta última norma se contenía en los artículos 1 al 6, que se modifican, sustancialmente, al igual que el artículo 7, que estaba incluido entre sus disposiciones finales. La nueva regulación afecta incluso al título de la Directiva que pasa a ser el siguiente: «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 empresas o de centros de actividad».

La circunstancia de que, no obstante tratarse de una nueva regulación sustantiva, se mantenga formalmente como una modificación de la Directiva 77/187/CEE, obliga a que toda referencia sea a la «Directiva 77/187/CEE modificada por la Directiva 98/50/CE» (en adelante se aludirá a ella como «la Directiva»).

Es cierto que la obligación de adaptación de la legislación de los Estados miembros a la nueva regulación comunitaria no expira hasta el año 2001. En términos del artículo 2 de la Directiva 98/50/CE: «1. Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 17 de julio de 2001 o se asegurarán que en tal fecha los interlocutores sociales hayan introducido

las disposiciones requeridas mediante acuerdo; los Estados miembros estarán obligados a adoptar las medidas necesarias que les permitan garantizar en todo momento los resultados impuestos por la presente Directiva».

Pero no es menos cierto que otras consideraciones se pueden efectuar en torno a la eficacia inmediata de aquella norma que, no puede olvidarse, entró en vigor el mismo día de su publicación en el DOCE. Debe destacarse la aptitud de la Directiva para producir efectos directos al ser, prácticamente todo su contenido, incondicional y suficientemente preciso. Extremo en el que ha de recordarse el contenido de la STJCE de 5-4-1979 (Asunto 148/78-Ratii), de que «un órgano jurisdiccional ante el que un administrado, que se ha ajustado a las disposiciones de una Directiva, plantea una cuestión con el fin de eludir una disposición nacional incompatible con dicha Directiva, que no forme parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado infractor, debe aceptar dicha petición si la obligación de que se trata es incondicional y suficientemente precisa». No obstante, también ha de precisarse que tal aplicabilidad directa del contenido de una Directiva no se produce sino cuando habiendo transcurrido el plazo de adaptación a la misma del Derecho interno, tal no se hubiera producido ¹.

No obstante, semejante circunstancia no excluye su trascendencia, en todo caso, para la interpretación de las regulaciones establecidas por los distintos Estados miembros (todo ello sin entrar en las posibles consecuencias sancionatorias directas, e indirectas, para los Estados miembros derivadas de la tardía transposición de la Directiva ².

La primacía del Derecho comunitario sobre los Derechos nacionales de los Estados miembros está ya tan sólidamente establecida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ocioso sería efectuar referencia a resolución judicial concreta alguna de aquel Alto Tribunal. Lo mismo ocurre con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ³.

En el ámbito interpretativo es donde la nueva regulación, sin duda, manifiesta un excepcional interés. Nuestra regulación interna se limita a los artículos 44, 49.1 g), y 51.10 y 11 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), y artículos 104 y 127 de la Ley General de la Seguridad Social (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en adelante, LGSS).

Básicamente se contiene en el artículo 44 ET («aunque las regulaciones sectoriales pueden introducir medidas adicionales de protección de la estabilidad de las relaciones laborales», STSJ de Extremadura de 17-3-1992, A.L. 36), resultando parca y desajustada a la anterior regulación comu-

¹ Como indica la STJCE citada de 5-4-1979 -Ratii- es sólo «al término del período fijado, y en caso de incumplimiento del Estado miembro, cuando la Directiva...podrá producir los efectos señalados», esto es, directos.

² M. ROCELLA, «Sancioni e rimedi nel Diritto del lavoro comunitario», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, enero-marzo 1994, núm. 1, especialmente págs. 87-93.

³ Permítase, no obstante, por su rotundidad citar las STC 79/1992 de 28 de mayo, y las SSTS, Sala 3.ª, de 24 de abril de 1990 y 16 de julio de 1996 y Sala 4.ª, de 13 de junio de 1991.

nitaria, por más que se haya insistido por la doctrina en su adecuación a la misma. Regulación que, si antes era inadecuada, ahora precisa de su adaptación a la nueva regulación⁴. Entretanto, el artículo 44 ET, que como antes indicábamos condensa nuestra legislación en la materia (siendo los otros preceptos citados de acompañamiento o regulando supuestos específicos), ha de interpretarse de acuerdo con la última regulación comunitaria.

Ciertamente reducida es la regulación actual nacional en la materia. Fundamentalmente, la regulación está contenida en el artículo 44 ET, bien que el artículo 51.11 lo complementa, en cuanto que «disipa cualquier posible duda acerca de la procedencia de efecto subrogatorio cuando se trata de "venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes"»⁵. Brevedad que constituye una constante histórica en nuestro Derecho.

Efectivamente, en la Ley de Contrato de Trabajo un solo artículo, el 79, disponía que no se extinguirían las relaciones de trabajo vigentes por cesión, traspaso o venta de la industria, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, habiéndose excedido el legislador, al decir de cierta jurisprudencia menor⁶, en las expresiones utilizadas, pues «cesión», a su parecer, abarcaba la transmisión, el traspaso, la enajenación, la transferencia, el endoso, el envío, la entrega, la donación, el préstamo, la herencia, la compraventa y la adquisición, por lo que se insiste en aquella sentencia, bien pudo haberse limitado el legislador a utilizar el término «cesión» y concretar que la misma puede tener lugar por medio de acto *inter vivos* o *mortis causa*, bien a título oneroso o bien a título gratuito. El hecho de que las figuras enunciadas en el precepto legal «cesión, traspaso o venta de la industria» hubieran sido «consideradas como meramente enunciativas, y, por tanto, comprensivas de otros cambios de titularidad del negocio»⁷, no obstaba a que en aquel precepto se dispusiese que no se terminaría el contrato de trabajo en tales supuestos, a no ser que en aquel contrato se hubiere pactado expresamente lo contrario.

Posteriormente, la Ley de Relaciones Laborales, de 8 de abril de 1976, al decir de la jurisprudencia, supuso una importante evolución al haber establecido en su artículo 18.2 que el cambio de titularidad de la empresa o de un centro autónomo de la misma no extinguiría, por sí mismo, las relaciones laborales, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, procurándose mediante tal locución comprender todas las posibles formas de sustitución del empresario. Efectivamente, como se indicaba en la STS de 27-3-1980 (R.A. 1543):

⁴ J. PEDROSA GONZÁLEZ, «La Directiva 77/187 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa: Estudio jurisprudencial», en esta Revista núm.177, diciembre 1997, páginas 3 y 38 y sigts., en pág. 38, indica: «es mi opinión que, tal como está regulada la transmisión de empresas en la Directiva, y tal como la está interpretando el Tribunal de Justicia, hay mucha diferencia entre la regulación española (y su interpretación jurisprudencial) y la regulación comunitaria, y la comparación perjudica a la española».

⁵ STSJ de Cantabria de 28-7-1992, R.A. 3654.

⁶ STCT de 3-6-1982, R.A. 3395.

⁷ STS de 27-3-1980, R.A. 1543.

«Esta nueva disposición no hace expresa mención a las figuras jurídicas recogidas en la precedente norma, sino que incorpora el sentido y alcance imperante en la interpretación de aquélla, al hacer específica mención a "el cambio de titularidad en la empresa" o de centro autónomo, originándose una sustitución de empresario, que continúa en el mismo tráfico industrial o comercial, todo como consecuencia de la consideración de la empresa como ente unitario económico de producción, por lo que al operarse tal cambio no se produce alteración fundamental y trascendente en ella, la que en realidad sigue desarrollando su actividad independientemente de la persona o personas que continúen al frente de la misma; de aquí, que el nuevo titular absorba los derechos y obligaciones contraídos por la empresa en el aspecto social y que continúen las relaciones laborales con los trabajadores que en ella prestan sus servicios al hacerse cargo aquél de la empresa».

Con la Ley del ET, de 10 de marzo de 1980, se regula de nuevo el fenómeno, en el artículo 44, que se mantiene incólume hasta su redacción actual, siendo «la expresión legal (...) mucho más genérica que la utilizada en el artículo 79 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo», según la STSJ de Cantabria de 26-7-1992 (R.A. 3645), y a la cual la STSJ de Baleares de 25-4-1991 (R.A. 2825) atribuye «una mayor precisión técnica», al mismo tiempo que considera que «se ha ido ampliando el concepto desde el traspaso total de la empresa exigido inicialmente, al de una simple unidad productiva autónoma».

Si se toma en consideración que aquella limitada regulación (art. 44 ET) ha tenido una constancia histórica que llega casi al nivel lógico de la identidad y que ha sido objeto de una amplísima interpretación jurisprudencial, se pone de manifiesto la urgencia de la revisión de la doctrina legal o jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como la jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales inferiores, singularmente de los Tribunales Superiores de Justicia, cuyo protagonismo en la materia y discrepancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo es notable.

En este punto conviene efectuar una referencia a la aplicación en el tiempo de la Directiva, pues no puede olvidarse, de una parte, que la Directiva data de 1977 y que la incorporación de España a la Unión Europea se produjo en el año 1986, y de otra, que los derechos de los trabajadores, o su cuantificación (por ejemplo en materia de despido), en muchos supuestos dependen de su «vida laboral» en la empresa y que, en ocasiones, por pacto individual o mediante norma convencional, se establece que se tomen en consideración, para esa carrera laboral en la empresa, períodos de trabajo anteriores a su vinculación a la misma. Incluso que determinados derechos podrían considerarse adquiridos si se aplicase retroactivamente la Directiva.

En orden a la aplicación en el tiempo de la Directiva, establece el punto 2 de su artículo 1: «La presente Directiva se aplicará cuando y en la medida en que la empresa, el centro de actividad o la parte de éstos que haya de traspasarse se encuentre dentro del ámbito territorial del Tratado». La adhesión de España en el año 1986 planteó la cuestión de la toma en consideración, en virtud de la aplicación de la Directiva, de períodos de «carrera laboral» anteriores a aquella fecha, esto es, una

aplicación retroactiva de la Directiva. La cuestión ha sido resuelta por la STJCE de 17-4-1997 (Asunto C-336/95 -Burdalo Trevejo y otros), cuyo fallo fue del siguiente tenor: «Las disposiciones de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa que se produjo en una fecha en que la Directiva no había comenzado aún a producir efectos jurídicos en el Estado miembro de que se trate».

La trascendencia para la interpretación del artículo 44 ET de la normativa comunitaria y de la jurisprudencia que la interpreta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido puesta, sin ambages, de manifiesto por las SSTS, Sala 4.^a (en adelante sólo se indicará la Sala si no es la 4.^a, respecto del Tribunal Supremo, o no es la de lo Social, con relación a los Tribunales Superiores de Justicia), de 30-12-1993 (R.A. 10078) y 23-9-1997 (R.A. 736). La segunda de las sentencias citadas desestima el recurso:

«Partiendo no sólo de la reiterada jurisprudencia de esta Sala en la interpretación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sino también de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en interpretación de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 febrero de 1977, ..., en cuyo contexto debe ser interpretado el artículo 44 ET».

Criterio que reitera la STS de 6-2-1997 (R.A. 999) al indicar «norma esta (refiriéndose a la Directiva) que en último extremo debe presidir la interpretación judicial del bloque normativo interno aplicable y la de la sentencia de contraste». Pues «el referido artículo 44 ET constituye la transposición al Derecho español de la Directiva 77/187 CEE» (STSJ de Murcia de 22-12-1995, R.A. 4852 y STSJ de Galicia de 13-3-1997, A.L. 26).

La normativa comunitaria, con el transcurso del tiempo, mostró sus limitaciones e insuficiencias, provocando una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en ocasiones, insegura, fluctuante e incluso contradictoria. Tal fue el supuesto de algunos procedimientos concursales.

Efectivamente, si aquella jurisprudencia resultó pacífica en lo que hace a los procedimientos de quiebra, no lo fue, en absoluto, en lo que respecta a otros procedimientos concursales, como la suspensión de pagos o el concurso de acreedores ⁸, por ello, la Directiva 98/50/CE modifica la Directiva 77/187/CEE:

⁸ Así, en las SSTJCE de 7-2-1985, Asunto 135/83 - Abels, de 11-7-1985, Asunto 105/85 - Mikkelson, y de 7-12-1995, Asunto C-472/93 - Spano.

1. «considerando...las repercusiones en el mercado interior, de las tendencias legislativas de los Estados miembros en lo que se refiere al rescate de las empresas en dificultades económicas, de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, ..., y de las normas legislativas ya en vigor en la mayoría de los Estados miembros» (Considerando 3 de la Directiva 98/50/CE).
2. «Considerando que para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes debe permitirse expresamente que los Estados miembros no apliquen...la Directiva...a los trasposos efectuados en el marco de procedimientos de liquidación, y que deben permitirse algunas excepciones a las disposiciones generales de la Directiva en caso de trasposos efectuados en el contexto de procedimientos de insolvencia» (Considerando 7 de la Directiva 98/50/CE), y
3. «Considerando que dichas excepciones deben permitirse también a un Estado miembro que tiene procedimientos especiales para promover la supervivencia de empresas que han sido declaradas en situación de crisis económica» (Considerando 8 de la Directiva 98/50/CE).

Las obligaciones de los empresarios en materia de información y consulta a los trabajadores no se consideraron garantizadas, en todo caso, tal como resultaban de la Directiva 77/187/CEE, especialmente cuando se trataba de grupos de empresas, en las que la decisión de transmitir era adoptada por la empresa matriz o cabecera del grupo, por ello se modifica la Directiva:

1. Porque «para asegurar la igualdad de trato de situaciones similares es necesario garantizar que se cumplan las obligaciones de información y de consulta establecidas en la Directiva..., con independencia de que sea el empresario o una empresa bajo cuyo control se halle éste quien tome la decisión de traspaso» (Considerando 10 de la Directiva 98/50/CE).
2. Porque «es necesario aclarar las circunstancias en las que debe informarse a los trabajadores, cuando no haya representante de éstos» (Considerando 11 de la Directiva 98/50/CE).
3. Porque «la información y consulta y la participación deben llevarse a cabo en el momento oportuno, y en particular cuando se produzcan reestructuraciones o fusiones de empresas que afecten al empleo de los trabajadores» (Considerando 2 de la Directiva 98/50/CE).

La idea misma de «traspaso» ha sido fuente de una inagotable jurisprudencia comunitaria, estimando el Tribunal de Justicia de las Comunidades como tal no sólo aquel que era consecuencia de un contrato, sino también el que resultaba de un acto legislativo, administrativo o judicial, situación además que mantenía una extraordinaria virtualidad expansiva. A tal situación pretende poner fin la nueva regulación, pues «la seguridad y transparencia jurídicas requieren que se aclare el concepto de traspaso» (Considerando 4 de la Directiva 98/50/CE).

La presencia creciente del Estado en la vida social y en la economía, incluso como agente económico, la complejidad de las estructuras administrativas, los rápidos cambios introducidos en aquellas estructuras, por motivos políticos o de eficacia de gestión, con los consiguientes traspasos de funciones y competencias, justifica «que se disponga expresamente, ..., que la Directiva... deberá de aplicarse a las empresas privadas y públicas que lleven a cabo actividades económicas con o sin ánimo de lucro» (Considerando 5 de la Directiva 98/50/CE).

La falta de definición de concepto de trabajador en la Directiva generó una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, si bien se centró, inicialmente, para considerar si una persona «trabajaba por cuenta ajena» en la existencia o no de un contrato de trabajo en el momento del traspaso, a la postre, y prudentemente, consideró que tal apreciación correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales⁹. Por ello, la Directiva entiende que «es necesario aclarar el concepto de "trabajador"» (Considerando 6 de la Directiva 98/50/CE).

Aclarar «las circunstancias en las que se protegen la función y la situación de los representantes de los trabajadores» (Considerando 9 de la Directiva 98/50/CE) así como la «lucha contra toda forma de discriminación, en particular las basadas en el sexo, el color, la raza, las opiniones y las creencias» (Considerando 13 de la Directiva 98/50/CE) constituyen otras de las motivaciones de la reforma.

Una cuestión puntual, pero que provocó una importante polémica en algunos de los Estados miembros (especialmente en Gran Bretaña), vinculada al carácter de Derecho necesario de la normativa en materia de traspasos, fue la relativa a qué sucedía si el cedente no facilitaba al cesionario toda la información en relación con los trabajadores o ésta era incompleta, por ello la Directiva considera que «conviene aclarar que cuando un Estado miembro toma medidas para que el cesionario esté informado de todos los derechos y obligaciones que se transfieren, el no facilitar esta información no afecta a la transferencia de los derechos y obligaciones considerados» (Considerando 11 de la Directiva 98/50/CE).

II. EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA NORMATIVA SOBRE EL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN LAS TRANSMISIONES DE EMPRESAS

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en sus Sentencias de 10-2-1988 (Asunto 324/86 - Daddy 'Dance Hall) y 5-5-1988 (Asuntos acumulados 144/87 y 145/87 - Berg y Busschers) estableció que los preceptos de la Directiva tenían carácter imperativo y, en particular, los relativos a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de la transmisión, de tal manera que un trabajador no podía renunciar a los beneficios que aquella le confería, ni tan siquiera mediante el otorgamiento de beneficios que comparativamente le colocasen en mejor situación.

⁹ Así, en la Sentencia de 11-7-1985, Asunto 105/85 - A/S Danmals Inventar.

Los preceptos de la Directiva no son susceptibles de ser alterados por pactos entre los empresarios, cedente y cesionario, desfavorables a los intereses de los trabajadores, aun cuando contasen con el consentimiento favorable de los propios trabajadores o de sus representantes sindicales, según indica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 25-7-1991 (Asunto C-362/98 - D'Urso y otros), estableciendo en la misma sentencia que los contratos de trabajo o relaciones laborales que vinculan al personal de la empresa transmitida dejan de vincular al cedente y continúan con el cesionario, al que son transferidos de pleno derecho por el solo hecho de la transmisión de la empresa.

Aquel mismo Alto Tribunal insiste en sus Sentencias de 15-10-1996 (Asunto C-298/94 - Henke y Schierke) y de 14-11-1996 (Asunto C-305/94 - Rtsart, Benoidt e IGC Housing) que «los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión, de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones».

En la Sentencia de 15-10-1996, que se acaba de citar, el Tribunal rotundamente establece que «la transferencia de los contratos de trabajo no puede quedar supeditada a la voluntad del cedente o del cesionario y que, en particular, el cesionario no puede oponerse a la Directiva negándose a cumplir sus obligaciones».

Afirmaciones sobre la naturaleza de Derecho necesario del contenido de la Directiva que son compatibles con la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario. Efectivamente, en la Sentencia del mismo Tribunal comunitario de 5-5-1988 (Asuntos acumulados 144/87 y 145/87 - Berg y Busschers) se indica que la transferencia de pleno derecho de las relaciones laborales al cesionario no impide que los Estados miembros establezcan la responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario.

Es de destacar que no se opone a ese carácter imperativo o de Derecho necesario de la normativa comunitaria su carácter de regulación mínima. Aquella norma en su redacción actual, en lo esencial y a los efectos que ahora interesan, coincidente con la anterior, establece en su artículo 7:

«La presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores».

Manifestaciones explícitas en la nueva regulación de su naturaleza imperativa pueden considerarse los artículos 3.2, *in fine*, y 6.4 de la Directiva, los cuales establecen:

Artículo 3.2: «Los estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que ... se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones. En caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación».

Artículo 6.4: «Las obligaciones previstas en el presente artículo son aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle».

En nuestro Derecho interno se afirma, respecto del artículo 44 ET, en relación con las normas sobre el particular contenidas en convenios colectivos, que «su incondicionada imperatividad sería prevalente en todo caso..., sin posible selectividad de condicionamientos obstativos a los derechos dimanantes de la subrogación empresarial garantizados a los trabajadores por el repetido precepto legal de Derecho necesario»¹⁰. La responsabilidad empresarial derivada del artículo 44 ET «es obligación de derecho necesario, no disponible por los trabajadores, en conformidad al artículo 3.5 ET que tiene la extensión de "derechos", no limitada a diferencias salariales»¹¹.

«La sucesión laboral es ...necesaria»¹². El artículo 44 ET es norma de carácter imperativo, de «incondicionada imperatividad»¹³, de tal manera que sus efectos se producen *ope legis*, por ministerio de la ley, tanto para los empresarios intervinientes en el traspaso como para sus trabajadores»¹⁴, «puesto que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de lo previsto en la ley a tenor de lo previsto en el artículo 1.089 del Código Civil»¹⁵, resolución jurisdiccional que además considera «el carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución»¹⁶.

Como se indica en la STSJ de Baleares de 25-4-1991 (R.A. 2825), no son relevantes en la operatividad del artículo 44 ET «la voluntad del empresario cedente, del empresario cesionario y del trabajador cedido. El pacto entre aquéllos se limita a la transmisión de la empresa y la Ley adicional, sin necesidad de consentimiento alguno de los interesados, la consecuencia de la sucesión (...)

¹⁰ STSJ de Madrid de 13-4-1992, A.L. 83; en el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 13-5-1991, A.L. 1022.

¹¹ STSJ de Murcia de 18-4-1996, A.L. 39; indica la STSJ de Madrid de 19-4-1991, R.A. 2634, que «la sucesión empresarial tiene como nota caracterizadora el que se practica sin la voluntad de los trabajadores, pues sólo hay que notificarla a los representantes de la empresa cedida».

¹² G. DIEGUEZ, *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 501.

¹³ STSJ de Madrid de 13-4-1992, R.A. 831.

¹⁴ STSJ de Madrid de 9-1-1996, R.A. 93.

¹⁵ STSJ de La Rioja de 24-2-1992, A.L. 862.

¹⁶ En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 13-5-1991, A.L. 1022.

e igualmente (que) el consentimiento del trabajador no es necesario para la validez y eficacia de la transmisión de la que sólo se deriva su derecho al mantenimiento del contrato de trabajo, sin perjuicio de que pueda impugnarse si la considera inválida por otras razones».

Acorde con la previsión contenida en el artículo 3.2, *in fine*, de la Directiva, ya destacaba la STS de 30-9-1997 (R.A. 7185) que, «en todo caso, parece evidente que el alegado desconocimiento por el empleador recurrido de la contratación anterior a la de fomento de empleo, tampoco puede desvirtuar la subrogación *ope legis* establecida en el artículo 44 ET, y, en otro ámbito, por la Directiva 77/187/CEE».

La STSJ de la Rioja de 24-2-1992 (A.L. 30) indica: «el carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ..., impide la eficacia de cualquier pacto -individual o colectivo- que pretendiera una modificación *in peius* de la norma, conforme a lo previsto en el artículo 9.1 en relación con el artículo 3.1 del mismo Estatuto de los Trabajadores». Resolución judicial que pone de manifiesto el carácter de norma mínima del artículo 44 ET. Por otra parte, y en tesis general, es preciso recordar la vigencia de los principios de norma mínima y de condición más beneficiosa en nuestro ordenamiento jurídico (arts. 3 y 9 ET).

Una última cuestión debe plantearse en relación con el carácter imperativo de la norma. Efectivamente, se trata de saber hasta qué punto puede ser admisible un pacto individual, inserto en el propio contrato de trabajo, que establezca la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de una transmisión de la empresa. En el ámbito de la relación laboral del personal de alta dirección constituye un derecho del alto directivo, previsto en la normativa reguladora de su especial régimen laboral. Tal pacto en este régimen no parece que resultara prohibido dadas sus especiales características que lo convierten en un sistema laboral específico alternativo al del Estatuto de los Trabajadores.

No obstante, extramuros de aquel régimen especial, la licitud de tal cláusula es más que dudosa. Discrepando de esta afirmación, alguna doctrina considera su validez, salvo que exista abuso de Derecho, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) ET, «lo que ocurrirá si el empresario persigue con ello eludir los efectos subrogatorios ordenados» por el artículo 44 ET¹⁷.

III. SU FUNDAMENTO

La estabilidad en el empleo¹⁸ aparece en la jurisprudencia -en sentido estricto, de la Sala 4.^a del Tribunal Supremo, y, en sentido impropio, como resoluciones de los Juzgados y Tribunales inferiores, señaladamente de los Tribunales Superiores de Justicia- como el principal fundamento del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisiones de empresas.

¹⁷ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 662.

¹⁸ A la estabilidad en el empleo como estabilidad en la empresa aluden L. E. DE LA VILLA y C. PALOMEQUE, *Introducción a la Economía del Trabajo*, V. I, Madrid 1980, pág. 768.

Así se indica que «el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores manifiesta claramente la voluntad legislativa de proteger la estabilidad en el empleo, al expresar que el cambio de la titularidad de la empresa no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Ello quiere decir que el nuevo titular viene obligado a situarse en la posición jurídica del anterior empleador, y, por ello, consecuentemente, debe asumir los contratos de trabajo otorgados por aquél en su verdadero alcance y naturaleza»¹⁹.

La STS de La Rioja de 24-2-1992 (A.L. 862), como ya se indicó, afirma «el carácter de Derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», tal circunstancia la considera «vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución».

Fundamento que alguna jurisprudencia²⁰ encuentra también en los precedentes históricos, pues al decir de aquellas resoluciones jurisdiccionales el artículo 44 ET, «como sus antecedentes artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo y artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, constituyen una firme garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo».

Con un fundamento más amplio, la STS de 6-2-1997, R.A. 999, indica: «esta Sala está obligada a acomodar su interpretación a la finalidad tuitiva del artículo 44 ET y Directiva». Además, resaltando la tutela constitucional, se alude a los «requerimientos de justicia» exigibles en la relación laboral como razón última de aquella regulación normativa.

En el sentido expuesto en el apartado anterior se ha manifestado que «el cambio de titularidad prevenía el efecto de una sucesión cuyo concepto -generalizado e indistinto- se busca en el contexto extravagante de la norma laboral específica, como era el ámbito del Derecho común integrador. Ahora, al contrario, la idea de sucesión se atempera al dinamismo de las relaciones de trabajo y a sus requerimientos de justicia, deduciéndose a partir de un concepto -el de cambio de titularidad- que, esta vez, no pertenece a un contexto distante, sino situado en el interior del cuerpo normativo previsto en el artículo 35.2 de la Constitución»²¹.

En ocasiones, la jurisprudencia se acerca al verdadero fundamento de la institución. Esto ocurre cuando manifiesta que «sobre el artículo 44 se proyectan dos grandes principios que han de ser debidamente respetados, por una parte el derecho al trabajo en una política que ha de tender al pleno

¹⁹ STS de 30-9-1997, R.A. 7185, reiterada por la del mismo Alto Tribunal de 15-12-1997, R.A. 9180 y que recoge la tradicional doctrina de la Sala sentada en las SSTs de 7-7-1978, R.A. 2743; 27-3 y 19-12-1980, RR.AA. 1543 y 4956; 15-5-1981, R.A. 2252; 15-3 y 17-6-1983, RR.AA. 1155 y 3017; 18-7-1986, R.A. 4238; 26-1, 3 y 9-3, 9-7 y 6-10-1987, RR.AA. 292, 1321, 1355, 5123 y 6834; 25-2 y 12-7-1988, RR.AA. 948 y 5098, etc.; también STSJ de La Rioja de 24-2-1992, A.L. 862; STSJ de Canarias de 18-3-1983, R.A. 1182.

²⁰ STSJ de Baleares de 25-4-1991, R.A. 2825; STSJ de La Rioja de 23-3-1992, R.A. 1179 y STSJ de Canarias de 18-3-1993, R.A. 1182.

²¹ STSJ del País Vasco de 28-2-1991, R.A. 1072.

empleo -art. 35 y 40 CE- y por otro, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (arts. 33 y 38 CE), y por lo que se reconoce el derecho del titular de la empresa a disponer en ciertas condiciones de esta titularidad, en todo o en parte, concediéndola a un nuevo titular que queda subrogado en sus obligaciones»²². Doctrina que recoge la STSJ de Baleares de 15-4-1991 (R.A. 2825) que, además, establece la vinculación de tal argumentación con el de la estabilidad en el empleo, al añadir a tal doctrina «sin olvidar por supuesto que tal precepto se halla bajo el título genérico de "garantías por cambio de empresario" de la Sección Segunda del Capítulo II del Título I del Estatuto de los Trabajadores y por tanto, la *ratio* interna del mismo estriba en asegurar la permanencia de la relación».

Desde otro punto de vista, propio de la dogmática jurídica, del conceptualismo jurídico más estricto, esto es, desde el rigor de las categorías jurídicas generales, el fenómeno de la sucesión del cesionario en las obligaciones y derechos del cedente, en las transmisiones de empresas, se ha reconducido a la figura, de por sí polémica, de la novación subjetiva (si bien la STCT de 2-2-1979, R.A. 646, alude a la novación objetiva). Así, la STSJ del País Vasco de 29-4-1997, A.L. 31, indica: «el artículo 44 ET contempla como presupuesto básico un cambio de titularidad o novación subjetiva de la persona del empresario, apareciendo así una empresa cedente que se extingue, y otra cesionaria que a partir de dicho momento comienza a ser titular del negocio de la actividad que permanece»²³.

Sin embargo, la cuestión no es pacífica tal como manifiesta la STSJ de Baleares de 25-4-1881 (R.A. 2825), que destaca cómo, desde un principio, ha venido «manteniéndose discusión sobre si se trata de una novación auténtica, ya que no existe pacto normativo entre el primer empresario y sus trabajadores sobre la sustitución del empresario, o por el contrario existe una verdadera cesión de créditos o asunción de deuda, ya que el alcance del artículo 44 es más amplio pues dicho precepto opera al margen del acuerdo o convenio tripartito característico de la cesión (pacto entre cedente, cesionario y cedido) y son irrelevantes en ella en ciertos aspectos la voluntad del empresario cedente, cesionario y del trabajador cedido».

Indica A. MONTOYA²⁴ que «el principio de conservación del negocio, tan intenso en el Derecho del Trabajo y el de estabilidad en el empleo, abogan por la solución novatoria meramente modificativa», y que la institución regulada en el artículo 44 ET se caracteriza, positivamente, por encajar en la figura de la subrogación legal, al producirse aquella en la entera posición del empresario y no sólo de derechos y, más adelante, negativamente, porque es más amplia que la transmisión de un débito y además porque no requiere el consentimiento liberatorio del trabajador.

²² STS de 24-4-1988, R.A. 3021.

²³ Aluden también a la novación subjetiva la Sentencia del mismo Tribunal de 28-2-1991, R.A. 1072, y las SSTSJ de Galicia de 5-2 y 20-5-1993, RR.AA. 744 y 2407. También las SSTS de 26-1-1987, R.A. 292; 3 y 16-2-1987, RR.AA. 767 y 863; 7 y 9-3-1987, RR.AA. 1351 y 1355, 30-6-1988, R.A. 5497, etc.

²⁴ *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, págs. 418 y 429.

Pero la estabilidad en el empleo no puede ser el único ni tan siquiera el más importante de los fundamentos de tan importante institución en un sistema productivo que tiene como principales agentes a las empresas y, en el momento actual, a las grandes empresas o corporaciones.

Ha de repararse, de una parte, en que «la utilidad patrimonial del servicio u obra prometidos y realizados por el trabajador no pertenece a éste en ningún momento. El trabajador resulta así siempre un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo»²⁵, que «la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo»²⁶ y que el «contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de consagración de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciendo a éste titular de la utilidad patrimonial y de disposición del trabajo»²⁷.

Aun admitiendo que «lo característico del contrato de trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina»²⁸, y que «característica de la legislación laboral ha sido la progresiva restricción de la facultad empresarial de poner fin a la relación de trabajo, para garantizar la estabilidad en el empleo»²⁹, la independencia de los efectos derivados de la institución establecida en el artículo 44 ET de la voluntad de cualesquiera de los sujetos afectados, señaladamente de la voluntad del trabajador así como el mantenimiento de las condiciones de trabajo y empleo, hace aparecer junto al aspecto beneficioso de la estabilidad en el empleo el sentido negativo de la perpetuación de la situación de desigualdad socioeconómica.

La jurisprudencia, con una cierta ingenuidad, ha pretendido igualar «el derecho al trabajo en una política que ha de tender al pleno empleo -arts. 35 y 40 CE-, y..., el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado -arts. 35 y 38 CE-», sin reparar en que el trabajo forma parte de la empresa (establecimiento) sobre la que recae la titularidad del empresario y, que es esencial, en el sistema liberal-capitalista, mantener a las empresas, por lo que las relaciones entre trabajo y propiedad privada de la empresa no son contrarias ni hay identidad sino que son subalternas. Lo que no se opone a la afirmación de que la institución regulada en el artículo 44 ET beneficia tanto al empresario como al trabajador³⁰.

²⁵ A. MONTOYA, *Derecho y Trabajo*, Madrid 1997, pág. 23.

²⁶ A. MONTOYA, *opus cit.* -*Derecho y Trabajo*-, pág. 29.

²⁷ A. MONTOYA, *opus cit.* -*Derecho y Trabajo*-, pág. 41.

²⁸ M. ALONSO OLEA, «Las raíces del contrato de trabajo», *AnRAJL* núm. 21, pág. 415.

²⁹ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *opus cit.*, pág. 701.

³⁰ J.A. SAGARDOY, J.M. DEL VALLE y J.L. GIL, *Prontuario de Derecho del Trabajo*, Madrid 1996, pág. 342, los cuales también afirman, en pág. 346, que la amplitud de la fórmula contenida en el artículo 44 ET no parece compatible con la libertad de empresa, ex art. 38 CE.

Precisamente, la nueva regulación comunitaria constituye un exponente de que en el sistema económico liberal-capitalista postindustrial, basado en las unidades productivas que son las empresas, y especialmente las grandes empresas, grupos de empresas o grandes corporaciones, el mantenimiento de aquéllas, y su óptimo rendimiento, es fundamental, constituyendo la única alternativa razonable al grado de civilización que hemos alcanzado³¹.

Como indica M. ALONSO OLEA³², «La realidad de esta institución a la que denominamos empresa es innegable, innegable en su generalización e innegable...el papel esencial que juega en la civilización industrial contemporánea, de cuyo sistema económico y social es fundamento y base».

El mantenimiento de las relaciones laborales, se indica en la STSJ del País Vasco de 28-2-1991 (R.A. 1072), «es debido a que, para proveer a la integridad de la empresa como realidad unitaria e impedir su dislocación, la novación por cambio de empresario adhiere los contratos de trabajo al complejo productivo que radica en la misma base física o establecimiento».

No puede perderse de vista que el traspaso de una empresa rentable en muchas ocasiones no deja de ser un premio que el mercado ofrece a los empresarios más eficientes o a las grandes unidades que actualmente dominan el sistema económico, constituyendo siempre un modo de organizar el mercado y la competencia³³, y que el traspaso de empresas en crisis contribuye al mantenimiento de tales unidades económicas. Desde este último punto de vista, el traspaso de la empresa ha de incluirse entre las múltiples medidas de salvamento de empresas en crisis económica que están adoptando todos los países económicamente desarrollados.

Esta fundamentación de la Directiva, si bien fue siempre patente habida cuenta de las competencias de la Unión Europea cuando era Comunidad Económica (tal como sucedía a la altura de 1977), habiendo resultado tal circunstancia explicitada en la STJC de 29-9-1987 (Asunto 126/86 - Giménez Zaera), y por más que en otras resoluciones como en la Sentencia de 7-2-1985 -Abelsaluda a la finalidad de «promover y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores» con alusión al artículo 117 del Tratado, se acentúa con la nueva redacción dada por la Directiva 98/50/CE³⁴.

La referencia contenida en el primer Considerando de la Directiva 98/50/CE a «que la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, aprobada el 9 de diciembre de 1989, ..., dispone en sus puntos 7, 17 y 18, en particular que: "La realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores..."» no altera en absoluto la afirmación anterior.

³¹ Al decir de J. KENNETH GALBRAITH, *Historia de la Economía*, Barcelona 1991, pág. 323, «el socialismo en nuestros días no es un producto de la acción de los socialistas; en realidad, el socialismo moderno es el hijo fracasado del capitalismo. Y seguirá siéndolo en los años venideros».

³² *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, pág. 93.

³³ En ese sentido *vid.* J. KENNETH GALBRAITH, *opus cit.*, pág. 320.

³⁴ Sobre la habilitación de la Comunidad Europea, exclusivamente económica, para la adopción inicialmente de la Directiva 77/187/CEE, *vid.* J. PEDROSA GONZÁLEZ, *opus cit.*, págs. 6 y 7.

IV. EL «TRASPASO (TRANSMISIÓN) DE EMPRESA»: NOCIÓN. LA CAUSA DE LA TRANSMISIÓN. LOS LÍMITES AL TRASPASO (TRANSMISIÓN) DE EMPRESA: NECESIDAD DE UNA REINTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 44 ET

Establece la Directiva en su artículo 1 su ámbito de aplicación delimitándolo tanto positiva como negativamente. En el mismo precepto delimita los elementos que integran la noción de traspaso. La Directiva alude continuamente a «traspaso» sin precisar qué entiende por tal. Únicamente en el artículo 1.1 a) señala que la Directiva «se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión». En este precepto el traspaso se vincula al contrato o a la fusión. Mucho más amplio es el concepto que se maneja en el artículo 44 ET que alude a «cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma».

1. El «traspaso (transmisión) de empresa»: noción.

El sentido gramatical o semántico del término «traspaso», en cuanto alude a «traslado de una cosa de un lugar a otro», «paso adelante, hacia otra parte u otro lado», «pasar a la otra parte o a la otra cara», poca o ninguna utilidad ofrece. Más útil es el significado de «cesión a favor de otro del dominio de una cosa». Ciertamente, la referencia al dominio, en sentido jurídico estricto, puede considerarse excesivamente limitada, pero no cuando se utiliza en sentido vulgar, pues en tal caso la idea de dominio no alude a la propiedad sino al poder, esto es, al sometimiento de un bien a la voluntad de una persona. La doctrina se ha cuidado de señalar, con referencia a la, equivalente, «sucesión de empresa» del artículo 44 ET, que «en realidad, más que de sucesión de empresas se trata de sucesión de dos titulares, anterior y posterior, de la misma empresa»³⁵.

La Directiva no establece qué deba de entender por traspaso (transmisión) de empresa, limitándose a señalar, en su artículo 1.1 b), que «se considerará traspaso en el sentido de la presente Directiva el de una entidad...». Pero semejante imprecisión normativa no impidió que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien que incidentalmente, se pronunciase sobre tal extremo. Según aquel Alto Tribunal, la Directiva resulta aplicable a todos aquellos supuestos en que se produzca el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa (STJCE de 19-9-1995, Asunto C-48/94 - Rijgaard). De tal manera que en la medida en que la entidad continúe su actividad, dice el Tribunal, basta con que se produzca el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación para que se aplique la Directiva (STJE de 10-2-1987, Asunto 324/86 - Daddy Dance Hall).

³⁵ J.M. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ (Director), *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia 1997, pág. 307.

La inexistencia de vínculo contractual directo entre el empresario cedente y el cesionario no es obstáculo a la existencia de traspaso (transmisión) siempre que intermedie un tercero, ahora bien, tal circunstancia «puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión de empresa», según manifiesta el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 11-3-1997 (Asunto C-13/95 - Süzen).

En la misma sentencia, aquel Tribunal intenta precisar qué deba entenderse por «traspaso (transmisión) de empresa», y por ello se ve abocado tanto a remitirse al objeto de la transmisión como a una gran vaguedad conceptual, indicando que «para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades».

En nuestro Derecho interno cabe indicar que el término traspaso se utilizaba en la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) (señaladamente art. 32), manteniéndose en la disposición transitoria tercera, punto 3, apartados cuarto, quinto, sexto y séptimo, de la Ley actual 29/1994, de 24 de noviembre, que, sin embargo, con más propiedad, se limita en su artículo 32 a referirse a la cesión del contrato de arrendamiento del local en el que se ejerza una actividad empresarial o profesional. Para considerar que el término «traspaso» de la Directiva no se limita al que históricamente venía utilizándose en la legislación arrendaticia urbana, bien que sí lo comprenda, basta con advertir que según la LAU vigente «no se reputará cesión el cambio producido en la persona del arrendatario por consecuencia de la fusión...».

Las Sentencias de 28-2-1991 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (R.A. 1072) y de 27-1-1997 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (A.L. 22), que, a su vez, recoge una sólida doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ de Canarias de 18-3-1993, R.A. 1182; TSJ de La Rioja de 23-3-1992, R.A. 1179, etc.) y del Tribunal Supremo (STS de 16-5-1990, R.A. 4343) ofrecen una noción de traspaso con trascendencia socio-laboral adecuada. La primera de ellas procura una definición acentuadamente descriptiva del fenómeno y la segunda más sustancial, que se complementan, procurando de consuno una idea precisa del instituto jurídico laboral de la transmisión o sucesión de empresa.

Efectivamente, la STSJ del País Vasco de 28-2-1991 (R.A. 1072) ofrece un concepto más adecuado a la noción de traspaso que se utiliza en la Directiva, bien que tal lo formule el Tribunal a la vista de nuestro Derecho interno (art. 44 ET). El Tribunal utiliza una locución, de tal plasticidad, que sugiere con intensidad el núcleo de la noción aludida, se trata de la expresión «derechos ambulatorios».

Aquella sentencia parte de la idea de sucesión que, en su sentido jurídico típico, «expresaba el resultado de un mecanismo sucesorio consistente en la sustitución de una persona por otra que, a título derivativo ocupa la misma posición jurídica que el causante, se está en presencia de una operación hermenéutica tradicional que, sin complejidad especial, combina ciertos elementos -el sistemático y el contextual- de interpretación. Ahora bien, una exigencia razonable y progresiva de justicia material -obediente al designio de no erosionar más allá de lo aconsejable el ya muy devaluado contenido esencial del derecho al trabajo (arts. 1.1 y 35.1 del texto constitucional)- sugiere otra opción interpretativa en virtud de la cual la sucesión de empresa no se atendería al signo clásico de su definición ni se vería rígidamente identificada con el fenómeno caracterizado por la entrada -sin ruptura de continuidad- del causahabiente en el espacio delimitado por el derecho del causante de dicha transmisión». La resolución judicial a la que acabamos de aludir llega a la conclusión de que la noción de sucesión, en este contexto, se identificaba con la más genérica de «transmisión» de empresa, término más que frecuente en las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para referirse a la Directiva. Así, en el fallo de la STJCE de 15-10-1996, Asunto C-298/94 -Henke-, el Tribunal dice que «El apartado 1 del artículo de la Directiva...sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de trasposos (léase "transmisiones") de empresas...».

La STSJ del País Vasco de 28-2-1991 a la que nos estamos refiriendo da una noción precisa de sucesión o transmisión de empresa. Según la misma, «sucesión (o transmisión)» de empresa:

«Debe reputarse existente cuantas veces el ciclo productivo o la generación de servicios públicos se sometan al poder de organización y dirección de un titular que, sin sustituir necesariamente al anterior en la acepción técnico jurídica de la sucesión, le reemplaza para reiniciar o proseguir, aun mediando un discreto intervalo de inactividad, la dedicación que el precedente explotador dejó de realizar en su momento».

La STSJ de Navarra, fijándose en la «razón fundamental» de la toma en consideración por la rama social del Derecho de ciertas perspectivas del hecho genérico de la circulación de bienes, que aquel sector del Derecho parcialmente delimita y restringe a la empresa, en su dimensión jurídico objetiva, o a una parte de ella, considera que, para definir el fenómeno:

«Lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan sucesivamente cargo de la actividad empresarial, pues lo que se pretende es que no haya solución de continuidad de la misma, y ello aunque la sustitución se hubiera operado a través de tercera persona interpuesta, pública o privada, entendido el requisito de la no solución de continuidad en el sentido de que no se haya producido con anterioridad al cambio de titularidad una previa extinción o cesación de la empresa».

La sucesión de contratas constituye un supuesto peculiar de traspaso (transmisión) de empresa, que ha sido objeto de atención por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual, en su Sentencia de 11-3-1997 (Asunto C-13/95 - Süzen), destacó que «la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario o, ..., entre los dos empresarios a los que se ha encomendado sucesivamente los trabajos de limpieza de un establecimiento de enseñanza no puede revestir una importancia decisiva... Por tanto, para que la Directiva se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como propietario o arrendador».

Precisando aquel Tribunal en la misma sentencia que «la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa... En consecuencia, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva. En esta situación, aunque pierda un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no deja de existir íntegramente, sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata».

La doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo, desde antiguo, reconoce la existencia de sucesión de empresa cuando se interpone un tercero, incluso si ese tercero es una Administración Pública³⁶, y ha venido manteniendo³⁷, en términos de la Sentencia de 6-2-1997, que «en los casos de sucesión de contratas no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, que al ser aceptado vinculará al nuevo concesionario, o se derive de normas sectoriales, si no se transmiten "los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", pues, en caso contrario, lo que hay es una mera sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el artículo 44 ET».

Añadiendo en la STS de 6-2-1997 (R.A. 999) citada, «por la misma razón tampoco puede existir la subrogación de trabajadores aplicando este artículo (refiriéndose al artículo 44 ET) en casos, ..., en que la empresa al finalizar la contrata asume la actividad de limpieza objeto de la contrata finalizada por la misma, pues igualmente aquí no ha habido reversión de los elementos patrimoniales en el sentido antes dicho; de la vigente redacción del artículo 51, regla 11.^a, ..., se llega a la misma

³⁶ SSTS de 19-11-1968, R.A. 65; 28-12-1978, R.A. 4596; 16-7-1983, R.A. 3017, etc.

³⁷ Especialmente en las SSTS de 22-1 y 13-3-1990, RR.AA. 180 y 2609; 9-7-1991, R.A. 5879; 21-3-1992, R.A. 1860; 5-4-1993, R.A. 2906; 23-2-1994, R.A. 1227; 12-3-1997, R.A. 3445 y 6-2-1997, R.A. 999; 10-12-1997, R.A. 736.

conclusión al excluir la aplicación del artículo 44.1 ET, en los casos de ventas judiciales de empresas, cuando lo vendido no comprende los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial».

En la sentencia que se acaba de citar se alude a la Directiva comunitaria, y se dice que aquella «se está refiriendo a empresas en el sentido de explotación o actividad con identidad económica propia y...en el objeto de una contrata no concurre dicha circunstancia».

En ocasiones se ha dulcificado la exigencia de amplitud o importancia en el soporte material transferido. «La simple atención de servicios en que varias empresas se suceden, sin la menor transferencia de una mínima base patrimonial, no está comprendida en el presupuesto del artículo 44 ET»³⁸, bien que se haya significado que «facilitar los elementos enumerados, no es una transmisión patrimonial de los mismos, sino... "una puesta a disposición" limitada y circunscrita la ejecución del servicio»³⁹.

«Es útil el criterio doctrinal que distingue entre las concesiones que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la explotación del servicio, en las que la transmisión de la concesión o su asunción por la Administración podría determinar, en su caso, la subrogación por aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y aquellas otras, en las que al no concurrir esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, faltan los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresa regulada por el mencionado precepto»⁴⁰.

La inexistencia de la aportación de ese, al menos mínimo, soporte material para la actividad de concesionario por parte del concedente determina que a la extinción de la contrata no se produzcan los efectos prevenidos en la Directiva comunitaria y artículo 44 ET⁴¹.

³⁸ STSJ de Asturias de 26-4-1996, A.L. 34.

³⁹ STS de 25-10-1996, R.A. 7793.

⁴⁰ STSJ de Extremadura de 17-3-1992, A.L. 36.

⁴¹ SSTs de 9-3-1987, R.A. 1355; 10-6-1991, R.A. 5141 y 9-7-1991, R.A. 5879, referidas a la extinción de las concesiones de recaudación de tributos, pues, en tales supuestos «como esta gestión fue realizada con medios y organización propia de los recaudadores, que no retornan a la Administración» no se da el supuesto prevenido en el artículo 44 ET: en contra a la STSJ de Castilla y León de 5-5-1991, R.A. 3016, resolvió que «es claro que nos encontramos en un supuesto de sucesión de empresa, al estimar oportuno el Ayuntamiento llevar a cabo las funciones de recaudación por sí mismo, asumiendo éste la Gestión Recaudatoria que venía realizando la empresa..., dándose así un cambio de empresario, que queda subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior». Bien entendido que la «caducidad de la concesión de ninguna manera puede implicar que las relaciones jurídico-laborales se extingan, siendo por consiguiente de cuenta de la empresa concesionaria la correcta y legal acomodación de los trabajadores adscritos a la concesión a otros puestos de trabajo» (STSJ de Madrid de 17-7-1989, R.A. 939, también STS de 30-11-1992, R.A. 9292), o seguir el expediente de regulación de empleo oportuno (STSJ de Madrid de 29-11-1989, R.A. 2545).

La falta de operatividad inmediata del artículo 44 ET no impide necesariamente la existencia de la sucesión, aun sin que exista la entrega de infraestructura alguna al nuevo concesionario, en tal caso, parece que la sucesión habría de operarse en los términos del propio Pliego de Condiciones, y si no se precisa más, habría de acudirse a los criterios establecidos con carácter general ex artículo 44 ET y Directiva comunitaria ⁴², en otro caso no existe subrogación ⁴³. Señala la STS de 29-4-1998 (R.A. 3879) «el Tribunal Constitucional en su Sentencia 66/1987 de 21 mayo, ya había declarado que "los supuestos contemplados en el artículo 44 del Estatuto, nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros", y aunque a esta manifestación, tomada aisladamente no puede otorgársele un valor absoluto, por cuanto se trata de la interpretación de la legalidad ordinaria, esta Sala en unificación de doctrina, . . . , ha estimado la no aplicación del artículo 44 que comentamos en cuanto no se da la transferencia del antiguo empresario al nuevo de la titularidad de la empresa o del centro de trabajo, elemento subjetivo, o de los de carácter patrimonial de la empresa o del conjunto operante de ella que permita la continuidad de la actividad empresarial».

La razón aducida por la STS de 26-1-1988 (R.A. 56) y recogida en las SSTJ de Madrid de 17-7-1989 (R.A. 938) y 18-7-1989 (R.A. 946) de que «si se sostuviera cosa distinta se llegaría a la absoluta inoperancia de las sucesivas licitaciones, dado que el nuevo concesionario al tener que prever la subrogación indeterminada en las relaciones laborales previamente constituidas, le supondría un claro obstáculo a participar en la licitación, al verse imposibilitado en la generalidad de los casos a efectuar una previsión mínimamente fiable, acerca de los costes laborales ajenos al contrato», no deja de ser estimable desde el punto de vista económico pero intrascendente desde el jurídico, y sin que resulte muy convincente la afirmación que se hace de seguido, acerca de que tal imposibilidad de prevenir costes «produciría una abierta ventaja para el anterior concesionario, vulnerando el artículo 14 de la Constitución».

Además de en el Pliego de Condiciones, con reflejo necesario en el contrato administrativo (del que forma parte el Pliego), también, según la misma jurisprudencia ⁴⁴, se producen los efectos asociados al traspaso (transmisión) de empresa en los supuestos en que tal aparezca así dispuesto en las normas convencionales aplicables. Disposiciones convencionales que no afectarán a los supuestos en que no se opere una sucesión de contratos ⁴⁵.

Tal circunstancia es tradicional en el sector de la seguridad privada y en los servicios de limpieza; en esos supuestos, la subrogación se opera en los términos del propio Convenio Colectivo, lo que plantea la duda de si es aplicable el artículo 44 ET cuando no se dan los requisitos establecidos en la norma convencional o cambia el contenido de la contrata.

⁴² SSTS de 6-2-1997, R.A. 999, y 10-12-1997, R.A. 736.

⁴³ STS de 19-10-1992, R.A. 7652; STSJ de Madrid de 28-2-1991, R.A. 1417.

⁴⁴ SSTS de 6-2-1997 y 10-12-1997 y de 9-2-1998, R.A. 1644.

⁴⁵ SSTSJ de Galicia de 3-5-1991, R.A. 3071 y STSJ de la Comunidad Valenciana de 12-3-1992, R.A. 1354.

Con referencia a la primera de las cuestiones antes planteadas, la STSJ de Madrid de 13-4-1992 (A.L. 29) señala que «tal exclusión del convenio determina la sola aplicación del artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, que no establece tal requisito (que se refería a una determinada antigüedad); pero además su incondicionada imperatividad sería prevalente en todo caso», a lo que debe añadirse siempre que se dé el supuesto de hecho, tal como aparece configurado por la jurisprudencia, que el citado artículo 44 exige.

El último de los supuestos problemáticos antes indicado es analizado en la STSJ de Asturias de 7-2-1992 (R.A. 507) que entiende que «cuando el nuevo arrendamiento tenga distinto contenido objetivo por la extensión o la índole de los servicios pactados que el anterior, la empresa adjudicataria no lo es ya del mismo contrato que la otra pierde, como el Convenio Colectivo exige, fallando al menos el presupuesto de hecho de la estipulación que únicamente establece, así considerada, la obligación en tal caso de incorporar a los trabajadores antiguos dedicados a los servicios comprendidos en el último arrendamiento, no sólo por imposibilidad de una prestación más extensa, ..., sino por necesidad jurídica derivada del concepto mismo de subrogación, que así lo impone y que, definido en el artículo 1.203 del Código Civil, exige la permanencia objetiva del vínculo, cuya continuidad es este elemento del contrato, si falla, impide ya la sustitución subjetiva en que este género de novación consiste, estándose entonces ante otra clase o modalidad de sucesión en las deudas que no es la subrogatoria».

La existencia de traspaso (transmisión) o sucesión de empresa por disponer así el Pliego de Condiciones o las normas paccionadas tiene su amparo en el artículo 7 de la Directiva que permite la aplicación por los Estados miembros, teniendo en cuenta el necesario respeto a los ahora fines plurales de la Directiva, de «disposiciones administrativas», o el favorecimiento o la tolerancia de «convenios colectivos» más favorables a los intereses de los trabajadores.

2. La causa de la transmisión.

A) Consideraciones generales y algunos supuestos específicos.

La Directiva alude al concepto anterior siempre que se produzca «como resultado de una cesión contractual o de una fusión». No quedan, en una interpretación gramatical de la Directiva, incluidos en su campo de aplicación los supuestos en que el traslado se hubiera producido *mortis causa* (sea por testamento o sucesión intestada), mediante negocios jurídicos no calificables de contrato, por disposición legal o por actos o disposiciones administrativas.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en un esfuerzo imaginativo y apoyándose en la teoría del efecto útil del Derecho comunitario⁴⁶, establece en su Sentencia de 15-10-1996 (Asunto C-298/94 -Henke) que:

⁴⁶ La finalidad de la Directiva, no su tenor literal, es lo relevante, según la STJCE de 18-3-1986 - Asunto 24/85 - Spijkers.

«Como resulta de su exposición de motivos y en especial de su primer considerando, el objetivo de la Directiva es proteger a los trabajadores contra las consecuencias desfavorables resultantes de modificaciones en la estructura de las empresas inherentes a la evolución económica en el ámbito nacional y comunitario y que se efectúan, entre otras vías, mediante transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otros empresarios derivadas de cesiones o de fusiones».

Un criterio menos general pero más preciso del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas enlaza con una constante jurisprudencia de aquel Tribunal de la que es representativa la STJCE de 5-5-1988 (Asuntos acumulados 144/87 y 145/87 -Berg y Busschers) en la que manifiesta que «la Directiva tiende a garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente».

Efectivamente, la STJCE de 11-3-1997 (Asunto C-13/95 -Süzen) desvela el efecto pretendido por la Directiva en los siguientes términos: «La Directiva tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario», bien entendido que, como indica en la misma sentencia (apartado 11), «la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario...no puede revestir una importancia decisiva..., a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva». Indicando el mismo Tribunal en su Sentencia de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Christel Schmidt) que «la Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que por ello, contrae las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de la empresa».

La amplitud con la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas interpretó la Directiva le llevó a considerar como «traspaso» las transmisiones de empresas efectuadas como consecuencia de un contrato, de otros negocios jurídicos no calificables estrictamente de contratos, de acuerdos de Derecho público, de normas y actos legislativos, de normas y actos administrativos e incluso por virtud de una decisión judicial. Afirmándose también que «para que la Directiva se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador»⁴⁷.

Las figuras vinculadas al arrendamiento han constituido supuestos a los que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dedicado especial atención. En la STJCE de 10-2-1988 (Asunto 324/86 -Daddy's Dance Hall) afirmó que la operación mediante la cual un arrendatario de

⁴⁷ STJCE de 11-3-1997 (Asunto C-13/95 - Süzen).

industria que transmite el contrato, aun cuando éste fuera intransferible, y por ello hubiera tenido que intervenir el propietario que fue quien realmente efectuó un nuevo arrendamiento, quedaba incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva. También en la STJCE de 5-5-1988 (Asuntos acumulados 144/87 y 145/87 -Berg y Busschers) se afirma que la restitución al propietario del establecimiento que había sido objeto de un contrato de *leasing* entra en el ámbito de aplicación de la Directiva. La reversión del arrendamiento de industria ha sido considerada incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva por la STJCE de 17-12-1987 (Asunto 287/86 -Ny Molle), aun cuando fuera debida a incumplimiento del arrendatario y por virtud de una decisión judicial.

Supuesto singular y especialmente llamativo es el de la STJCE de 19-5-1992 (Asunto C-29/91 -Redmond). En aquel asunto el Tribunal consideró que el concepto de «cesión contractual», y por lo tanto el efecto de la Directiva, se aplicaba a una situación en la que una autoridad pública decidió poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica provocando, con ello, el cese definitivo y completo de las actividades de ésta, transfiriendo aquellas subvenciones a otra persona jurídica que perseguía un fin análogo.

Otro supuesto también peculiar, y que debe ser traído a colación ahora, es el de la STJCE de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Christel Schmidt), bien entendido que aquí se maneja por el Tribunal un concepto singular de empresa. En el caso, el Tribunal entendió que se aplicaba la Directiva a una situación en la que un empresario encomendó a otro, mediante contrato, la responsabilidad de efectuar trabajos de limpieza realizados anteriormente de modo directo, aun cuando, antes de la transmisión, tales trabajos fueran efectuados por una sola empleada.

Nuestra doctrina ⁴⁸ y nuestros Tribunales contemplan el fenómeno con análoga amplitud que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación que efectúan del Derecho nacional y del Derecho comunitario (el art. 44 ET se aplica «en todos los casos de transmisión de empresa cualquiera que sea el título a través del cual opera ésta», STS de 30-10-1986, R.A. 5940), bien que la redacción del artículo 44 ET facilitase semejante amplia interpretación, «abarcando con su amplia expresión "cambio de titularidad" cualquier tipo de transmisión (ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, venta, cesión, traspaso, transformación y fusión de sociedades, etc.) incluida la venta judicial» ⁴⁹.

Se insiste en que «la expresión legal no es requirente de un negocio jurídico directo entre el antiguo y el nuevo empresario, ya que es mucho más genérica que la utilizada en el artículo 79 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo» ⁵⁰. «Abarcando con la amplia expresión "cambio de titula-

⁴⁸ Vid., por toda, G. DIEGUEZ CUERVO, «Comentario al artículo 44 ET-sucesión de empresa», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. VIII, 1988, págs. 357 a 405.

⁴⁹ STSJ de Galicia de 20-5-1993, R.A. 2406; en el mismo sentido se pronuncian las SSTS, Sala 3.ª, de 17-7-1995, R.A. 5622 y 3-3-1997, R. 1626.

⁵⁰ STSJ de Cantabria de 28-7-1992, R.A. 3645.

ridad" cualquier tipo de transmisión, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, bien se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o por el contrario se hagan hincapié en la sucesión de la actividad»⁵¹.

La simple continuidad de hecho en la explotación del negocio es suficiente para entenderse producida la transmisión de la empresa (STCT de 2-12-1983, R.A. 10440; STS, Sala 3.ª, de 28-10-1997, R.A. 7085; STSJ de Castilla-La Mancha de 29-2-1992, R.A. 1535). Sin embargo, no lo considera así la STSJ de Andalucía de 5-3-1991, R.A. 2281, en la continuación de un médico (la hija) el ejercicio profesional en la clínica de otro médico (su padre), debido al «carácter personalísimo, de confianza entre paciente y Médico, en el que en consecuencia no se transmite la clientela». Se clasifican, por la doctrina, los tipos de transmisión⁵² en cambios de carácter negocial, cambios desprovistos de carácter negocial, cambios no transparentes y cambios *mortis causa*.

Como indica la STS de 23-9-1997 (R.A. 6582), «la consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa - art. 44 del ET, artículos 49.1.g y 51.11 de la propia Ley, y disposiciones concordantes de la Directiva comunitaria 77/187, de 14 de febrero -permiten afirmar que el supuesto de hecho de la misma está integrado por dos requisitos constitutivos. El primero de ellos es el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del artículo 44 ET). Este cambio de titularidad puede haberse producido en virtud de un acto "inter vivos" de cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesionario), o puede haberse también producido por la transmisión "mortis causa" de la empresa o de una parte significativa de la misma. Así se deduce de los términos del artículo 44 ET, y de la cláusula "sin perjuicio" del artículo 49.1, g Estatuto de los Trabajadores».

La transmisión de empresa y sus efectos subrogatorios han sido objeto de especial atención cuando se opera *mortis causa*. Indica G. DIEGUEZ⁵³, que el artículo 44 ET alude «implícitamente» a la transmisión *mortis causa*, y que la sucesión laboral, como la hereditaria, es «total y a la vez necesaria». Como indica la STS de 16-5-1990 (R.A. 4340):

«El artículo 49.7 del Estatuto de los Trabajadores expresa, en efecto, que el contrato de trabajo se extingue por la muerte del empresario, pero inmediatamente se cuida de señalar que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, que regula la sucesión de empresa. Quiere ello decir que el contrato no se extingue si existe un continuador por cualquier título en la actividad empresarial, pues en tal caso subsiste, operándose la subrogación en la persona del nuevo titular».

⁵¹ SSTSJ de Galicia de 10-3-1994, R.A. 903; 29-6-1995, R.A. 2326 y 13-3-1997, A.L. 26.

⁵² T. SALA FRANCO (Director), *Derecho del Trabajo*, Valencia 1997, págs. 291-293, 294-295, 295-296 y 296-297.

⁵³ *Opus cit.* -*Lecciones de Derecho del Trabajo*, pág. 501.

Se ha destacado, en relación con el artículo 49.1 g) ET, que «la explicación, tan oscura en el Estatuto, como clara en sus precedentes, es ésta: los contratos de trabajo no se extinguen si alguien, normalmente un heredero "continúa la industria o trabajo", como decía el artículo 76. 4.ª LCT»⁵⁴.

«Acreditada la continuidad real de la actividad empresarial cuya titularidad pasa del empresario fallecido a su cónyuge y de ésta a la sociedad constituida por sus hijos, es correcta la solución adoptada de... aplicar... la norma contenida en el artículo 44 del ET» (STS de 27-6-1988, R.A. 5474). «La extinción de la relación laboral por muerte del empresario no se resuelve mediante la aplicación del derecho hereditario» (STS de 28-6-1984, R.A. 3372) «resultando indiferente que exista aceptación pura de la herencia o a beneficio de inventario, pues no hay posibilidad legal de imponer a los herederos la continuación en el negocio» (STS de 18-12-1990, R.A. 9807) «por consiguiente lo importante no es que la comunicación de no continuar provenga de una u otra interesada -...- sino si se produjo o no verdadera y real continuación de la actividad empresarial, y, en su caso, en la cabeza de quién» (STSJ de Galicia de 30-11-1991, R.A. 6085), «pues el ... artículo 44 atiende a que exista persona continuadora de la explotación, pero no distingue respecto de quién sea esa persona ni el título jurídico en virtud del cual la asume, pudiendo ser un sucesor sin el carácter de heredero» (STSJ de Galicia de 30-11-1991, R.A. 6085 y STS de 23-5-1988, R.A. 4278). Con el artículo 44 ET «se está sancionando la libertad del sucesor el título de herencia, legado, etc., para continuar la actividad de empresa o, lo que es igual, para devenir empresario»⁵⁵.

La transmisión de empresa en el supuesto de jubilación del empresario también ha sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia⁵⁶. La invalidez tampoco supone, necesariamente, la extinción de los contratos de trabajo del empresario porque «para que la incapacidad del empresario opere como causa extintiva de la relación laboral se ha de entender sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 ET, de tal modo que si existiese alguna persona que le suceda en sus actividades, dándose por tanto el supuesto de sucesión en la empresa o cambio de titularidad en la misma, no se produciría la extinción de la relación laboral»⁵⁷.

«Cuando el precitado artículo 49 ET dispone que el "contrato de trabajo se extinguirá... por muerte, jubilación... o incapacidad del empresario", es claro que se refiere exclusivamente a que tales eventos "pueden ser causas extintivas de la relación laboral", y a la par tiene el obvio presupuesto de que "tan sólo operan" tales causas si no media continuador en la actividad empresarial, pues ello es elemental consecuencia que expresa el inciso -del propio art. 49.1.g ET -; de otra forma, si -...-

⁵⁴ M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, pág. 383.

⁵⁵ G. DIEGUEZ, *opus cit.*, pág. 510.

⁵⁶ La niega la STSJ de Galicia de 19-2-1992, R.A. 725, porque «no consta la existencia de persona alguna que haya asumido la continuación de la empresa». Pero la afirma la STS de 16-1-1990, R.A.129, porque las circunstancias concurrentes permiten «apreciar otra continuidad personal vinculada a un control económico unitario por el grupo familiar del empresario jubilado».

⁵⁷ STSJ de Galicia de 22-4-1991, R.A. 2449.

se extingue un contrato de trabajo invocando una causa en principio ciertamente legítima, pero en la que no concurre el presupuesto de cese definitivo en la actividad de la empresa (porque posteriormente se reanuda), consideramos que la citada decisión extintiva se acredita *-a posteriori-* ilegal y objetivamente defraudatoria de los derechos que al trabajador confiere el artículo 14 ET, a la par que contraria a los propios términos del artículo 49.1.g ET, siquiera en el ánimo del empresario jubilado o declarado en incapacidad permanente, o sus herederos, no estuviese inicialmente contemplada la posibilidad de reanudación empresarial y ella surgiese tan sólo con el transcurrir del tiempo»⁵⁸.

La jurisprudencia de los Tribunales inferiores, si bien mantiene análoga amplitud interpretativa del artículo 44 ET, sin embargo ha sido más precisa efectuando una interpretación estricta del supuesto de hecho del artículo 44 ET, diferenciándolo de cualesquiera otros supuestos en los que también ha de entenderse producido el fenómeno sucesorio, sin que aquella jurisprudencia explicita la causa o razón de tal acontecer, y que, en puridad, ha de considerarse una interpretación del artículo 44 ET, mejor que extensiva, singular, y paralela a la que hace el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de la Directiva.

De la amplitud interpretativa del artículo 44 ET es ejemplo la STSJ de Cataluña de 13-3-1992 (R.A. 1709), «el cambio de empresario puede tener lugar por actos *inter vivos* conforme al mismo precepto, pero esa mención no excluye por supuesto otras modalidades de sucesión de titulares, y con frecuencia se ha hecho aplicación del precepto a la sucesión de organismos en la titularidad de la relación laboral hacia sus empleados en la modalidad de empleo público. Incluso para modalidades de reversión al Estado de la concesión administrativa, que por sí misma no produce una subrogación empresarial, la opción establecida en la Administración para continuar la labor de cesión del servicio, una vez ejercida, da lugar a la aplicación de las consecuencias establecidas para tal supuesto».

Precisan en la delimitación estricta del supuesto de hecho previsto en el artículo 44 ET, respecto de otros supuestos de transmisión, a los que, sin embargo, aplican las consecuencias que el precepto citado asocia al supuesto estricto en el contemplado, las SSTS de 24-2-1992 del TSJ de La Rioja (A.L. 30), del mismo Tribunal de 23-3-1992 (R.A. 1179); 18-3-1993 del TSJ de Canarias (R.A. 1182), de 27-1-1997 del TSJ de Navarra (A.L. 22), del mismo Tribunal de 21-7-1997 (R.A. 2539), etc., indican, con dicción prácticamente idéntica en todas ellas, lo siguiente:

«La norma que se estudia sólo hace referencia para integrar el supuesto de hecho previsto por ella, al cambio de titularidad de la empresa como hecho, por encima de la causa o forma en que éste tenga lugar, de modo que para la aplicación de aquélla no es *conditio sine qua non* el que se opere una verdadera transmisión o circulación de empresas en sentido técnico de uno a otro titular protagonista de la sucesión en la titularidad del ejercicio de la empresa.

⁵⁸ SSTSJ de Galicia de 13-3-1997, A.L. 26.

Así, la transmisión de un titular a otro, en la medida en que podrían quedar afectadas las relaciones laborales, caso de no entrar en juego el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse referida, tanto a la que sea en virtud de sucesión *mortis causa*, como por actos o negocios *inter vivos*, comprendiendo la transmisión directa o indirecta, incluso cuando entre el anterior titular y el posterior se interpone un tercero.

La razón fundamental de esta tesis es la consideración de que lo determinante es que el empresario anterior y el nuevo se hagan cargo de la actividad empresarial, pues lo que se pretende es que no haya solución de continuidad en la misma, y ello aunque la sustitución se hubiere operado a través de tercera persona interpuesta pública o privada; entendido el requisito de la no solución de continuidad en el sentido de que no se haya producido con anterioridad al cambio de titularidad una previa extinción o cesación de empresa».

La virtualidad sucesoria de un acto administrativo o disposición reglamentaria es reconocida jurisprudencialmente (así, la STSJ de Cataluña de 13-3-1992, R.A. 1709). En el supuesto de venta judicial está previsto el fenómeno sucesorio en el artículo 51.11 ET (SSTS de 28-5-1986, R.A. 2736 y 12-7-1990, R.A. 6105), «no cabe la menor duda de que el mecanismo de la subrogación es aplicable a las adquisiciones que hayan tenido lugar a través de venta judicial» (STSJ de Galicia de 6-11-1992, R.A. 5321), y aquel precepto «disipa cualquier posible duda acerca de la procedencia del efecto subrogatorio cuando se trata de "venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes", dado que entonces se estará a lo dispuesto en el artículo 44... siempre que, en el caso de venta parcial, los bienes permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa» (STSJ de Cantabria de 28-7-1992, R.A. 3645). Indica la STSJ de Galicia de 5-2-1993, que «si bien la jurisprudencia hubo de separar nítidamente este fenómeno de venta judicial del de cesión, traspaso o venta, al no existir en la subasta tracto directo del anterior empresario con el entrante ni, normalmente, la entrega completa y efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la industria, ..., sin embargo sí entrará en la órbita de aplicación del artículo 44 ET cuando el conjunto de bienes y derechos transmitidos permite continuar total o parcialmente la actividad de la empresa».

Cuando se trata de arrendamiento de industria (que no de local, en cuyo caso no hay sucesión como indica la STSJ de Madrid de 4-7-1989, R.A. 882, ni de transmisión del derecho de «traspaso» en términos de la STSJ de Madrid de 15-1-1996, R.A. 103, aun mediando adjudicación judicial, STSJ de Andalucía de 2-6-1992, R.A. 1389, o siendo los propios arrendadores los adjudicatarios, STSJ de Galicia de 15-5-1992, R.A. 2764), no hay duda en cuanto a la existencia de traspaso o sucesión de empresa (como indica la STS de 30-10-1986, R.A. 5940, «la continuidad de los contratos de trabajo se garantiza... en todos los casos de transmisión de empresa cualquiera que sea el título a través de la cual se opera ésta, incluido el denominado arrendamiento de industria o negocio»). La razón se encuentra en la esencia misma de la idea de traspaso, «pues lo fundamental -...- a los fines del precepto (con referencia al art. 44 ET) es la sustitución en la posición jurídica del empresario, para

lo que no resulta decisiva la propiedad de los medios materiales fundamentales que constituyen la empresa, sino la capacidad de dirección y gestión (...), por lo que es apreciable la indicada sucesión de empresa en los arrendamientos de industria, figura que... no cabe negar cuando no se halla expresa o claramente excluida y el arriendo va referido a lo que ya por definición legal constituye un centro de trabajo».

En los supuestos de reversión del arrendamiento, la posición de nuestra jurisprudencia es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Incluso en STS de 11-12-1986 (R.A. 7337) se llega a afirmar que «el caso más claro de reversión del arrendamiento de empresa se da cuando esta última venía explotándose por el arrendador con personal a su servicio, pues en este supuesto es cuando el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores despliega toda su eficacia».

El fenómeno de la reversión (STSJ de Extremadura de 1996, A.L. 20) es complejo y, por lo tanto, la operatividad del artículo 44 ET no puede ser automática. Así lo aprecia la STSJ de Baleares de 25-3-1991 (A.L. 40), según la cual «el mero acto de ejercicio de la facultad de resolver el contrato no causa, por su sola virtud, el cambio en la titularidad de la empresa al que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores anuda la subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales preexistentes. Toda ineficacia del vínculo contractual, sea por causa de nulidad (art. 1.303 del C.C.), sea por causa de rescisión (art. 1.295 del CC), sea por resolución (SSTS de 5 de mayo y 5 de julio de 1980, 31 de mayo y 28 de noviembre de 1985, 17 de junio de 1986, etc.), obliga a las partes contratantes a restituirse recíprocamente las prestaciones que hubiesen hecho en contemplación del contrato; y es en el instante en que la restitución de la empresa se consuma, cuando se produce el efectivo cambio de titular empresarial y, por tanto, cuando la subrogación en las relaciones de trabajo opera».

Por ello, afirma la sentencia que se acaba de citar y la STSJ de Castilla -La Mancha de 13-5-1991 (R.A. 3387) que la sigue en todo, «si consta... que el arrendador se negó a reconocer la procedencia de la resolución del contrato de arrendamiento instado por la sociedad arrendataria; si ésta tampoco ha promovido pleito alguno tendente a obtener la actividad de esa resolución o de la nulidad del contrato, ...; si el arrendador no ha recuperado la posesión material de la industria, que permanece siendo poseída por la arrendataria», no se produce sucesión alguna.

En el supuesto de concesiones administrativas «ante la reversión al ente administrativo dueño de la actividad del servicio, así como la transmisión de todo soporte patrimonial necesario para su realización, ...se produce la subrogación empresarial que contempla el artículo 44 ET» (STSJ del País Vasco de 29-4-1997, A.L. 31). En sentido distinto se pronunciaba el TCT (SSTCT de 20-7-1983, R.A. 7175; 3-6-1985, A.L. 46), así en su Sentencia de 18-12-1982 (R.A. 7450), según la cual los trabajadores de la concesionaria ninguna vinculación tenían con la Administración concedente, vigente la concesión, «pero en el instante en que por conclusión de la concesión sin extinción del servicio se produjo la subrogación empresarial prevista en el artículo 44.1 ET».

B) Fusión, escisión, transformación y aportación de rama de actividad.

El artículo 1 de la Directiva alude, junto a la transmisión que es causada por una cesión «contractual», a la que trae causa en una «fusión». Con valor general para los fenómenos de integración o de reorganización económica, es importante la precisión que efectúa la STS de 27-10-1994 (R.A. 8531) de que «los efectos laborales de la transmisión son inseparables del acuerdo social correspondiente y de la creación de la nueva sociedad, cuya impugnación debería hacerse ante el orden jurisdiccional civil en los términos y con las limitaciones que establece la legislación mercantil (...) sin que mientras tanto pueda desconocerse la creación de la nueva sociedad».

No es el caso de entrar ahora en lo que sea una fusión, baste aquí por dejar señalado la indiferencia del tipo de fusión de que se trate para que produzca efectos la Directiva. Debe destacarse que, a tenor de lo establecido en el artículo 238 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), se ha de poner a disposición de los representantes legales de los trabajadores y para su examen la amplia documentación a la que allí se alude en torno al proyecto de fusión, así como que los derechos de los trabajadores tienen la protección adicional a la Directiva y artículo 44 ET que les proporciona el fenómeno sucesorio que acontece en la fusión ex artículo 233 LSA.

Se trate de una fusión por creación de nueva sociedad o de una fusión por absorción, los trabajadores de las sociedades que desaparecen o los de la sociedad absorbida son protegidos por la Directiva y, consiguientemente, por el artículo 44 ET. «La situación sociolaboral a que ha dado lugar el acto de disolución por fusión..., es la de sucesión en la titularidad de los contratos de trabajo de que eran sujetos las ...fusionadas, a tenor del artículo 44 ET» (SAN de 4-9-1992, A.L. 5). Sorprendentemente, la STS de 22-3-1991, R.A. 1891, dice: «si lo que ha habido en el caso que se contempla es una mera fusión y no una sucesión de empresas, ello tiene unas consecuencias decisivas en orden a las obligaciones de la empresa recurrente, que no serán las que por subrogación le impone el artículo 44 ET».

La Directiva alude únicamente a «fusión», concepto preciso pero que deberá extenderse a la escisión de sociedades en tanto se aplica el mismo procedimiento, y siempre que en el supuesto de escisión total la parte traspasada constituya una entidad económica tal y como se define en la Directiva.

En el supuesto de escisión parcial parece que siempre se producirá el fenómeno subrogatorio. Efectivamente, como indica la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado (RDGRN) de 10-6-1994 (R.A. 4915), la escisión «se caracteriza por el efecto de causar el paso de una parte de los socios de la sociedad escindida a la sociedad beneficiaria, lo que conlleva el correlativo traspaso del bloque patrimonial correspondiente a la cuota de tales socios. En la escisión parcial -no así en la total- dicho bloque patrimonial debe constituir, además, una "unidad económica"» (RDGRN de 10-6-1994, R.A. 4915).

Diferente es el supuesto (analizado en la RDGRN de 10-6-1994, R.A. 4915) de «aportación de rama de actividad», que acontece (limitándonos a las sociedades anónimas, en donde el supuesto es frecuente) cuando «una sociedad anónima amplía su capital social mediante la emisión de nuevas acciones concretándose el contravalor en la aportación por otra sociedad anónima de un conjunto de bienes- que resulta caracterizado como "rama de actividad ...que constituye una unidad económica autónoma».

En ese caso «la sociedad destinataria de la aportación, aunque amplía su capital social, no incorpora a su esquema orgánico a los accionistas de la sociedad aportante, que siguen perteneciendo a la misma sociedad, sino que las nuevas acciones son entregadas a la sociedad aportante que pasa así a ser a su vez socio de la sociedad que aumenta el capital. Estructuralmente la operación realizada se sintetiza, para una sociedad, en la ampliación de capital con las consecuentes alteraciones de la base accionarial y patrimonial y, para la otra, en una modificación de la composición cualitativa de su patrimonio, que pasa a quedar constituido parcialmente por acciones de la primera sociedad, sin que su organigrama resulte, por lo demás alterado».

Operación que, como indica la resolución citada, «carece de regulación sustantiva expresa en nuestro ordenamiento», pero cuya trascendencia sobre la relaciones laborales existentes encuentra acomodo en la regulación jurídico-positiva existente.

Efectivamente, como señala la RDGRN citada (de 10-6-1994): «la posición de los trabajadores queda, por su parte, suficientemente garantizada con la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores que impone para todo supuesto de cambio de titularidad de la empresa, la subrogación del nuevo titular en los derechos y obligaciones del anterior, con la obligación de comunicar el cambio de titularidad a los representantes de los trabajadores».

La transformación de sociedades no queda incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva ni del artículo 44 ET, precisamente porque no altera la personalidad jurídica de la sociedad que se transforma, artículo 228 LSA. No obstante, la evidencia de lo que se acaba de indicar, su cita parece oportuna por cuanto, posiblemente por un uso inadecuado de terminología, en ocasiones se ha generado confusión al respecto. Tal fue el caso de la STS de 26-1-1987 (R.A. 292), que consideró que «cuando se trata de una transformación empresarial que puede afectar a los trabajadores, ha de darse la continuidad en el mismo tráfico industrial o comercial». En el mismo orden de cosas, la STSJ de Castilla y León de 28-2-1992 (R.A. 1535) incurre en una evidente confusión cuando indica: «este concepto de "cambio de titularidad" es de una amplitud tal que comprende cualquier tipo de transmisión, incluso aquellos en que habiéndose extinguido la personalidad..., por lo que los supuestos de transformación, absorción, segregación o fusión de sociedades están incluidos en el concepto».

3. Los límites al traspaso (transmisión) o sucesión de empresa: necesidad de una reinterpretación del artículo 44 ET.

No obstante la amplitud de la interpretación dada, tampoco aquella fue absoluta; no todos los supuestos de transmisión de actividad y bienes (empresas) quedaban incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. Dos son los supuestos contemplados por el Alto Tribunal: el de las transmisiones entre Municipios de funciones administrativas y el de algunos procedimientos concursales.

A) Traspaso de competencias o funciones y reorganizaciones administrativas.

En la STJCE de 15-10-1996 (Asunto C-298/94 - Henke) el Tribunal afirma que «no constituye una "transmisión de empresa", en el sentido de la Directiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas». Sin embargo, se pone también de manifiesto que dicha excepción al ámbito de aplicación de la Directiva se produce en función de que el Tribunal no considera la actividad administrativa como el ejercicio de una empresa y, en tales circunstancias, tampoco a una Administración empresario.

Efectivamente, afirma el Alto Tribunal que «esta interpretación se confirma, además por los términos empleados en la mayoría de las versiones lingüísticas de la Directiva para designar el objeto de la transmisión (virksomhed, Unternehmen, enterprise, impresa, ...) o a su beneficiario (inderhaver, Inhaber, chef d'entreprise, imprenditore, ...), y no se ve contradicha por ninguna de las demás versiones lingüísticas de este texto». Bien que el mismo Tribunal en aquella sentencia, y en respuesta a la segunda cuestión que le fue planteada sobre si un «acuerdo público» era «transmisión», indica: «el concepto de "cesión contractual" se aplica a una transmisión de empresa que, como la descrita en la primera cuestión, se realiza mediante un acuerdo de Derecho público».

Realizadas las anteriores precisiones, es de destacar que el Tribunal en aquella sentencia dictó el siguiente fallo:

«El apartado 1 del artículo 1 de 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 (léase "transmisiones") de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que el concepto "transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad" no se aplica a una cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios como la que es objeto del litigio principal».

Atendiendo a esa posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la nueva versión de la Directiva establece en el artículo 1.1 c), *in fine*:

«La reorganización administrativa de las entidades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas no constituirán un traspaso en el sentido de la presente Directiva».

En nuestro Derecho, sin embargo, se ha reconocido la existencia del fenómeno sucesorio en relación con el traspaso de competencias administrativas. Así, la STS de 29-6-1994 (R.A. 5502) establece: «la transferencia o traspaso de competencias por virtud del cual pasaron del Ministerio de Obras Públicas a la Comunidad de Canarias, ..., constituye un supuesto de sucesión de empresa o cambio de titularidad empresarial regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores». En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 17-3-1992 (A.L.34), en relación con las transferencias a la Comunidad Autónoma, establece que «la obligación que impone de regularizar la situación económica y administrativa del personal transferido por la Administración Central, antes de proceder a su traspaso, es cuestión que debe ventilarse, ..., entre las partes afectadas por la transmisión, ..., y sin que ello pueda perjudicar la situación laboral de los trabajadores afectados que, en todo caso, podrán ejercitar sus derechos de tal carácter en la forma y con la extensión que el citado artículo 44 les conceda».

Jurisprudencia que habrá de revisarse a la vista de la nueva normativa comunitaria. Sin embargo, otros supuestos resultan mucho más confusos, si se toma en consideración la doctrina anterior sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y dudosamente ha de considerarse que, a la vista de la nueva regulación, tal jurisprudencia o doctrina legal haya de modificarse. Así, en el supuesto contemplado en la STS de 3-4-1996 (R.A. 2981) se llega a la conclusión de que hay sucesión de empresa en la integración de escuelas privadas en el sector público educativo de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En el supuesto de extinción de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana se cuestionó la integración de su personal en la Administración Pública por aplicación del artículo 44 ET, pero la STS de 23-9-1997 (R.A. 6582) desestimó tal pretensión por entender que no se daban los requisitos exigidos en el citado precepto legal, entre los que resultaba sobresaliente «la propia falta de continuidad, por ministerio de la ley de la actividad administrativa de las suprimidas Cámaras de la Propiedad Urbana».

La misma problemática se plantea cuando la Administración «en su gestión institucional para hacerse cargo de ella, transforma una empresa privada en Centro público», supuesto en el que según la STSJ de Madrid de 24-5-1991 (R.A. 2981) entiende que «ello no afecta a los derechos de los trabajadores. Es cierto que existió un concurso, pero no lo es menos que ello fue sin extinguir previamente el contrato de las actoras...hay que concluir que, efectivamente, existió una sucesión de empresa por cambio de la persona del empresario, que mantiene en su integridad los derechos de los trabajadores».

Cuando se trata de servicios municipales y, con más fundamento, cuando se trata de actividades empresariales que revierten al ente local, la jurisprudencia viene apreciando la operatividad del artículo 44 ET y, por lo tanto, la subrogación de la entidad local ⁵⁹. También el Tribunal Central de Trabajo en numerosas sentencias ⁶⁰ vino estableciendo que existía sucesión de empresa cuando se producía la caducidad de una concesión y los servicios se seguían prestando por la Administración competente. El TSJ de Cantabria en Sentencia de 21-6-1991, R.A. 3803, enjuiciando el tema indica que «el principio general que ha de tomarse como punto de partida es el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento laboral cuando concierne relaciones de trabajo, en los mismos términos que las empresas privadas, sin privilegio alguno, ..., porque así lo demanda el protegible interés de los trabajadores y los principios de igualdad y no discriminación con que ha de ser tutelado. En consonancia con tales premisas, el artículo 2 del Convenio 94 de la Organización Internacional del Trabajo, de 29 de junio de 1949, ratificado por España..., impone a las entidades públicas el deber de garantizar en los contratos de trabajo condiciones de empleo no menos favorables a los trabajadores que las que rijan en la empresa privada para la misma actividad y región... Son innumerables las sentencias... que han impuesto a los organismos de la Administración estatal, municipal o institucional la subrogación en los contratos de trabajo cuando se extingue el del concesionario de un servicio público y la prestación de éste es asumida directamente por el órgano concedente titular del mismo con arreglo a lo establecido en el artículo 44.1 del Estatuto de los Trabajadores y normas de homólogo contenido».

En el supuesto de un servicio de atención a la mujer que un Ayuntamiento creó, que después decide extinguir sin volver a prestar dicha entidad tales servicios, la Sala entiende que hay sucesión de empresa porque «el Ayuntamiento tenía la posibilidad de continuar la prestación del servicio», porque «la decisión unilateral de no continuar prestándolo, ..., de ningún modo puede afectar a los derechos laborales». Otra solución «supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla, sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el *substratum* objetivo de la empresa. Iría por ello en contra del fin perseguido por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores» (STS de 5-2-1991, R.A. 801).

En sentido diferente se pronuncia el TSJ de Madrid en su Sentencia de 29-11-1989 (R.A. 2545), a cuyo tenor cuando la Administración local se limita a extinguir una concesión, «unido a que el Ayuntamiento no ha desarrollado actividad alguna en el susodicho quiosco desde que fue desalojado y que se ha limitado a anunciar nueva concesión, hace inaplicable... la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, sin que consecuentemente venga obligada la Corporación demandada a subrogarse en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral mantenida por el antiguo concesionario con el personal a su servicio».

⁵⁹ SSTs de 16-5-1990, R.A. 4340 y 21-3-1992, R.A. 1860.

⁶⁰ Entre las que se pueden citar las de 12-9-1986, R.A. 7709; 6-10 y 5-12-1987, RR.AA. 20801 y 27399; 20-4, 27-5, 7 y 15-12-1988, RR.AA. 2998, 3578, 8181 y 8236; 12-1-1989, R.A. 326, etc.

En relación con el personal de Notarías señala la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, de 4-11-1996, que «el cambio de titular en la plaza ostentada por un determinado notario no constituye un supuesto incardinable en el artículo 44 ET, La razón de esta exclusión radica de una parte en que la actividad del notario como fedatario público no es objeto de transmisión ni *inter vivos* ni *mortis causa*, sino que deriva de una decisión del poder público ajustada a un sistema reglado tanto para el cese como para el acceso a la plaza por razón del carácter funcional de este servicio, y de otra en que entre un notario y otro no existe transmisión de la actividad por cuanto su protocolo no es asimilable a la cartera comercial de una empresa entre otras razones por no ser propiedad del notario».

Con referencia al rescate *ope legis* de los servicios de recaudación, una determinada jurisprudencia entiende que «no debe configurarse como cambio de titularidad de empresa, a efectos de lo que previene el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores» (SSTS de 13-3 y 24-7-1990, RR.AA. 2609 y 6468; 10-6-1991, R.A. 4141 y 9-7-1991, R.A. 5879), sin embargo, la STS de 9-3-1987, R.A. 1355, en relación con la asunción por un Ayuntamiento de los servicios de recaudación, entiende que sí existe subrogación empresarial, basando tal decisión en el artículo 44 ET y en la Ordenanza a la sazón aplicable (O.M. de 7-2-1975, art. 59), en el mismo sentido se pronuncia el TSJ de Castilla y León en su Sentencia de 5-5-1991 (R.A. 3016), en la que indica que en tal caso se da «un cambio de empresario, que queda subrogado en los derechos y obligaciones del anterior y que por sí mismo no produce la extinción de la relación laboral, como declara el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores» (en el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 21-6-1991, R.A. 3803).

B) Transmisiones en procedimientos concursales y en situaciones de crisis empresariales.

Los procedimientos concursales fueron objeto de especial atención por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, generando una importante jurisprudencia que no es fácil de seguir. En su Sentencia de 12-3-1998 (Asunto C-319/94 - Jules Dethier Equipement) el Tribunal, a la vista de toda su anterior doctrina, alcanza una conclusión general. Antes de indicar cuál sea esta conclusión, conviene efectuar un breve comentario a la doctrina anterior. Para ello nada mejor que acudir al efectuado por el propio Tribunal en la Sentencia que se acaba de citar, de 12-3-1998. En ella, indica el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

«Debe señalarse también que, como declaró el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (...), la Directiva no se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad efectuadas en el marco de un procedimiento de quiebra».

En cambio, de la misma sentencia, ..., resulta que la Directiva es aplicable a un procedimiento como el de la *surséance van betaling* (suspensión de pagos), a pesar de que tiene ciertas características comunes con el procedimiento de quiebra. En efecto, el Tribunal estimó que las razones que justificaban la inaplicabilidad de la Directiva en el caso de los procedimientos de quiebra no eran

válidas cuando el procedimiento en cuestión implicaba un control, por parte del Juez, de alcance más restringido que en caso de quiebra y cuando su finalidad era, en primer lugar, la salvaguarda de la masa y, en su caso, la continuación de la actividad de la empresa por medio de una suspensión de pagos colectiva, a efectos de encontrar una solución que permitiera asegurar la actividad de la empresa en el futuro.

Asimismo, en la Sentencia de 25-7-1991, D'Urso y otros (...), el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva no era aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad efectuadas en el marco de un procedimiento de concurso de acreedores del tipo previsto en la legislación italiana sobre liquidación forzosa administrativa, cuyos efectos son equiparables a los de la quiebra (...). En cambio, es aplicable cuando, en el marco de una legislación como la relativa a la administración extraordinaria de grandes empresas en crisis, se haya decidido que la empresa continúe sus actividades mientras que esta última decisión permanezca en vigor. En tal supuesto, el objeto del procedimiento de administración extraordinaria es, en primer lugar, proporcionar a la empresa un equilibrio que haga posible garantizar su actividad en el futuro. El objetivo económico y social así perseguido no puede explicar ni justificar que, cuando la empresa de que se trate sea objeto de una transmisión total o parcial, sus trabajadores se vean privados de los derechos que les reconoce la Directiva en las condiciones que ésta especifica (...).

Más recientemente, en la Sentencia de 7-12-1995, Spano y otros (...), el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva se aplica a la transmisión de una empresa cuya situación de crisis haya sido declarada de conformidad con la Ley italiana n.º 675 de 12 de agosto de 1977. Señaló especialmente que el acto por el que una empresa se declara en situación de crisis está destinado a permitir la recuperación de la situación económica y financiera de la empresa, pero sobre todo el mantenimiento del empleo; que el procedimiento en cuestión tiende, por tanto, a favorecer el mantenimiento de la actividad con vistas a su reanudación posterior, y que, en contra de lo que ocurre con los procedimientos concursales, no implica ningún control judicial ni ninguna medida de administración del patrimonio de la empresa y no contempla ninguna suspensión de pagos (...).

La conclusión general a la que aludíamos anteriormente y que se alcanza por el Tribunal a la vista de toda su anterior jurisprudencia en la STSJCE de 12-3-1998 [cuya doctrina reitera la STJCE de 12-11-1998 (Asunto C-399/96)], a la que venimos aludiendo, es la siguiente:

«De esta jurisprudencia resulta que, para apreciar si la Directiva se aplica a la transmisión de una empresa que es objeto de un procedimiento administrativo o judicial, el criterio determinante que debe tenerse en cuenta es el del objetivo que persiga el procedimiento de que se trate (...). No obstante, ..., hay que tener en cuenta las características del respectivo procedimiento, especialmente en la medida en que impliquen que la actividad de la empresa continúe o cese, así como las finalidades de la Directiva».

A la vista de tal conclusión, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas analiza el procedimiento belga de liquidación judicial y lo contrapone al de quiebra, señalando que «aun cuando las finalidades de la liquidación judicial pueden a veces parecerse a la de la quiebra, no ocurre así necesariamente, ya que dicho procedimiento puede utilizarse en todos los casos en que se desee poner fin a la actividad de una sociedad y cualesquiera que sean las razones de tal decisión», y más adelante «la situación de una empresa en liquidación judicial presenta diferencias considerables con respecto a la de una empresa en quiebra y (que) las razones que indujeron al Tribunal de Justicia a estimar que la Directiva no se aplica a este último supuesto pueden no existir en el caso de una empresa en liquidación judicial», para estimar que, como en el procedimiento de liquidación judicial concreto que se examinaba, «se garantiza la continuidad de la explotación cuando la empresa es transmitida. Por consiguiente, nada justifica que se prive a los trabajadores de los derechos que les garantiza la Directiva en las condiciones que ésta especifica».

En nuestro Derecho interno ha de partirse de la regulación establecida en el apartado 10 del artículo 51 ET en relación con la contenida en el apartado 11 del mismo precepto y con el artículo 49.1 g) de aquel cuerpo legal, y a cuyo tenor el expediente de regulación de empleo se exige para los supuestos de declaración de quiebra, cuando los síndicos hubieran acordado la no continuidad de la actividad empresarial.

En una interpretación arriesgada, *a sensu contrario*, puede concluirse que si los síndicos deciden continuar la actividad de la empresa continúan vigentes los contratos de trabajo, manteniéndose pues las relaciones laborales ⁶¹. El contenido de los artículos 221.3.^a y 878.1 del Código de Comercio, 260.2 LSA y 104.2 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada no se opone a la continuidad de las relaciones laborales durante la tramitación de la quiebra si los síndicos continúan la actividad de empresa.

En otro lugar señalé: «Cuestión de singular relevancia es el de la posible sucesión de empresa, con el consiguiente mantenimiento de la vigencia de los contratos de trabajo en los supuestos de quiebra o suspensión de pagos, en los que se produce una enajenación o, por el efecto del mismo convenio, una *datio pro soluto* o una *datio pro solvendo*, (...). La rigurosidad de nuestro sistema, en base al contenido del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, y la importante jurisprudencia que lo ha desenvuelto, parece que obligaría a una respuesta afirmativa» ⁶². Afirmación que, a la vista de la nueva normativa comunitaria y de la última jurisprudencia que la interpreta, de obligado acatamiento, debo revisar.

⁶¹ «La declaración de quiebra no afectará a la vigencia del contrato de trabajo si se acordase por los síndicos continuar la actividad de la empresa», F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho Mercantil*, T. II, Madrid 1997, pág. 425.

⁶² A. TAPIA, «El crédito laboral y la empresa en crisis», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 132, marzo 1994, pág. 144.

Nuestra jurisprudencia aborda el tema de la sucesión cuando se produce en el contexto de una suspensión de pagos desde la óptica usual (STS de 3-10-1984, R.A. 5224). Sin embargo, lo hace desde una perspectiva singular cuando se trata de una transmisión operada en el contexto de una quiebra. Así, en la STS, Sala 3.ª, de 17-2-1998 (R.A. 1556) entiende que existe sucesión al haberse hecho cargo el adquirente voluntariamente de la plantilla de trabajadores:

«Resulta que la entidad actora formalizó un contrato de arrendamiento de industria, previa autorización del Juzgado que conocía de la quiebra, en cuya virtud aquella continuó desarrollando las mismas actividades empresariales que habían constituido el objeto de la quebrada. Por otra parte, se reconoce el hecho de que la recurrente asumió la relación laboral con los trabajadores que prestaban servicios por cuenta de la empresa anterior, o al menos con parte de los mismos. De todo ello debe deducirse que se trata en este caso de una auténtica sucesión de empresa, por concurrir todos los requisitos de continuación de la actividad, asunción de trabajadores y utilización de las mismas instalaciones, sin que a ello se oponga el hecho de que la disposición de estas últimas se efectúe en virtud de contrato de arrendamiento y no como titular dominical de las mismas».

La Directiva en su nueva versión toma en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero no la sigue estrictamente, sino que la plantea desde una perspectiva más acorde con la fundamentación misma, y en su momento aludida, de los traspasos de empresas. Dejando, en definitiva, a los Estados miembros la decisión sobre la inclusión o exclusión de los efectos típicos impuestos por la Directiva a los traspasos de empresas en quiebra o sometidas a un procedimiento de insolvencia. Incluso permitiéndoles incluir determinadas medidas excepcionales de cambio de condiciones de trabajo en las situaciones más benignas, que la propia Directiva denomina de crisis económica. Efectivamente establece la nueva redacción de la Directiva:

«Artículo 4 bis

1. Salvo en los casos en los que los Estados miembros dispongan otra cosa, los artículos... (que definen los efectos esenciales de los traspasos de empresas)...no serán aplicables a los traspasos de empresas, centros de actividad, o partes de empresas o centros de actividad, cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que puede ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente).
2. En el supuesto de que los artículos... (que definen los efectos esenciales de los traspasos de empresas)...se apliquen a un traspaso durante un procedimiento de insolvencia abierto respecto de un cedente (independientemente de que dicho procedi-

miento se haya abierto para liquidar los activos del cedente) y a condición de que dicho procedimiento esté bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que puede ser un interventor de empresas determinado por la normativa nacional), un Estado miembro podrá disponer que:

- a) No obstante lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 (que establece la sucesión de empresa), no se transfieran al cesionario las obligaciones del cedente derivadas de los contratos o de las relaciones laborales que puedan existir antes de la fecha del traspaso o antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, siempre y cuando dicho procedimiento dé lugar, en virtud de la legislación del Estado miembro, a una protección como mínimo equivalente a la que se establece para las situaciones cubiertas por la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.
 - b) El cesionario, el cedente, o la persona o personas que ejerzan las funciones del cedente, por un lado, y los representantes de los trabajadores, por otro lado, puedan pactar, en la medida en que la normativa o la práctica en vigor lo permitan, cambios en las condiciones contractuales de empleo de los trabajadores con la finalidad de mantener las oportunidades de empleo al garantizar la supervivencia de la empresa o del centro de actividad o de la parte de la empresa o del centro de actividad.
3. Un Estado miembro podrá aplicar la letra b) del apartado 2 a los traspasos cuando el cesionario se encuentre en una situación de crisis económica grave, según la defina el Derecho nacional vigente en el momento de adopción de la presente Directiva, siempre que la situación sea declarada por una autoridad pública competente y esté abierta a supervisión judicial, siempre que dicha disposición ya existiese en su ordenamiento jurídico el 17 de julio de 1998.
- (...)
4. Los Estados miembros tomarán las medidas oportunas para evitar que se abuse de los procedimientos de insolvencia para privar a los trabajadores de los derechos que en virtud de la presente Directiva les asisten».

La inexistencia de una declaración taxativa en nuestro ordenamiento jurídico sobre la existencia de subrogación del cesionario en los derechos y las obligaciones del cedente en las transmisiones de empresas que se produzcan en un «procedimiento de quiebra o de un procedimiento de

insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que puede ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente)», (concurso de acreedores), así como la consideración de que el procedimiento de suspensión de pagos pretende la continuidad de la empresa, aun cuando si es de liquidación tenga algunas características comunes con el procedimiento de quiebra, hace que deba considerarse inexistente el instituto de la sucesión de empresa o subrogación cuando se efectúe una transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de parte de una empresa o de centro de actividad que constituyan una entidad económica, en el marco de un procedimiento de quiebra o de concurso de acreedores. Por el contrario, deberá entenderse existente si se produce en un procedimiento de suspensión de pagos o de administración judicial de empresas embargadas, del establecido en la Ley de 12-11-1869, en el Real Decreto de 16-6-1885, en la Ley de 12-9-1986, en la Ley de 10-6-1897, en la Ley de 9-4-1904 y 2-4-1915 y Decreto de 5-11-1934, en los artículos 28, 31.2 y 59 y demás de la Ley 30/1995 y en el artículo 6 del Real Decreto-Ley de 24-9-1982 e, hipotéticamente, en el de quita y espera.

La conclusión anterior es válida aun en el período de adaptación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros a la Directiva, y se basa en los criterios expuestos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 12-3-1998, que con amplitud antes hemos tomado en consideración. Posiblemente, el punto más conflictivo sea el de la transmisión efectuada en un procedimiento de suspensión de pagos con convenios liquidativos, pero si atendemos al criterio sentado en la STJCE de 12-3-1998, que se acaba de citar, de que «el criterio determinante que debe tenerse en cuenta es el del objetivo que persiga el procedimiento de que se trate», y considerando aceptable un cierto paralelismo entre el procedimiento belga de liquidación judicial y el español de suspensión de pagos, «resulta, por tanto, que la situación de una empresa en liquidación judicial (léase en suspensión de pagos con convenio liquidativo) presenta diferencias considerables con respecto a la de una empresa en quiebra y que las razones que indujeron al Tribunal de Justicia a estimar que la Directiva no se aplica en este último supuesto pueden no existir en un procedimiento de liquidación judicial (suspensión de pagos con convenio liquidativo)». Además, al continuar la actividad de la empresa durante el procedimiento de suspensión de pagos, antes de llegar al convenio liquidativo, «se garantiza la continuidad de la explotación cuando la empresa es transmitida. Por consiguiente nada justifica que se prive a los trabajadores de los derechos que les garantiza la Directiva en las condiciones que ésta especifica» y con la más amplia protección que establece nuestra legislación nacional (art. 44 ET).

Todo ello lo afirmamos con la cautela de que por el legislador nacional puedan adoptarse medidas legislativas acordes con lo establecido en el precepto transcrito, en cuyo caso al Derecho legislado habrá de estarse. Pero, por lo de ahora, no puede mantenerse un criterio diferente ni en los supuestos de reestructuraciones administrativas ni en el de procedimientos concursales y de liquidación antes señalados sobre la base del carácter mínimo de la normativa comunitaria, pues ha de distinguirse entre «mejorar» y «contradecir».

C) *Transmisión de cuotas, acciones o participaciones sociales.*

La transmisión de las participaciones sociales (como noción comprensiva de cualesquiera cuotas, acciones o participaciones *stricto sensu*) sin embargo no supone traspaso (transmisión) de empresa a efectos laborales, pues hay transmisión formal de la titularidad empresarial, por más que pueda venir a constituir una real transmisión de la empresa ⁶³.

Ejemplo paradigmático es el denominado caso RUMASA, grupo de empresas que fue expropiado por el singular Decreto-ley 2/1983, de 23 de febrero, después Ley 7/1983, de 29 de junio (y que fue objeto de la polémica STC 111/1983 de 2 de diciembre, BJC núm. 32). Como dice la STS de 12-12-1994, Sala 3.ª, (R.A. 687), con referencia a la «reversión» de la expropiación de RUMASA, antes citada, «la enajenación de acciones o participaciones en el capital social de dichas sociedades (...), esto es cuando se transmiten las empresas mismas». Equipara «venta de una empresa o transmisión de unas acciones» la STS, Sala 1.ª, de 24-2-1998, R.A. 991.

No obstante, aquella transmisión real y efectiva de las «empresas mismas» carece de trascendencia a los efectos que estamos tratando (STS de 9-10-1984, R.A. 5263), pues «la transmisión de acciones no implica una sucesión o cambio de titularidad empresarial (STSJ de Madrid de 26-11-1989, R.A. 2517; en el mismo sentido la STSJ de Cataluña de 31-10-1991, R.A. 5685). Como indica la STS de 29-11-1994 (R.A. 9245):

«La empresa en la que primeramente prestaron sus servicios los trabajadores... mantuvo y conserva su propia personalidad, No fue absorbida por..., pues lo que hizo ésta fue adquirir la totalidad de sus acciones. No cabe entender, por tanto, que concurre en el caso la premisa fáctica sobre la que descansaban las previsiones del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo y sobre la que ahora lo hace el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no ha habido transmisión del conjunto organizado para fines productivos, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa».

Incluso si quien ha adquirido la totalidad de las acciones vacía literalmente de actividad, total o parcialmente, a aquella empresa de la que ha adquirido la totalidad de sus acciones. Como indica la STS citada de 29-11-1994, «cierto es que...dejó de realizar actividades que antes desarrollaba, así como que... (el empresario adquirente de las acciones) obtuvo concesión de determinados servicios antes atendidos por aquélla. Pero ni los trabajadores afectados..., ni en cualquier caso la sucesión en la actividad, cuando se produce sin transmisión de los elementos materiales que configuran la unidad de producción, resulta incardinable en el fenómeno de sucesión de empresa».

⁶³ Entiende que la respuesta negativa a la aplicación del artículo 44 ET es la correcta en estos supuestos T. SALA FRANCO (Director), *opus cit.*, pág. 290.

El mismo parece ser el criterio comunitario, si bien no aborda el supuesto de la transmisión de la totalidad de las participaciones. Así, en el «Memorándum de la Comisión sobre derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas», de 4-3-1997 [COM (97) 85 final] se dice que «el traspaso de la propiedad de la mayor parte de las acciones de una sociedad, o el cambio de la mayoría de las acciones, no implica que se produzca un traspaso de empresa, puesto que la persona jurídica del empresario sigue siendo la misma».

V. LOS ELEMENTOS DEL «TRASPASO (TRANSMISIÓN DE EMPRESA)»

La Directiva al delimitar su ámbito, en el artículo 1, establece que aquella norma se aplicará a los traspasos de «empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o centros de actividad a otro empresario» como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión.

En semejante delimitación del campo de aplicación de la Directiva se desvela la concurrencia de un elemento causal de la transmisión, al que ya se aludió en el apartado IV.2 que antecede, y de otros dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. Puede hacer referencia a un tercer elemento de carácter temporal, el de la continuidad en la actividad empresarial, pero este elemento, en pureza, queda incluido en el concepto mismo de empresario (pues sin actividad empresarial no hay empresario o, dicho en otras palabras, empresario es la persona, física o jurídica, que ejerce una empresa económica, una actividad de empresa).

En el artículo 44 y concordantes del ET también se aprecia la necesaria concurrencia de tales elementos, bien que en la redacción del precepto nuclear de la transmisión, el artículo 44 ET, el elemento causal y el elemento subjetivo aparezcan confundidos, o el elemento causal aparezca ubicado incorrectamente y la jurisprudencia lo haya englobado en el elemento subjetivo⁶⁴. En la jurisprudencia deben destacarse las SSTs de 29-6-1994 (R.A. 5502), 3-4-1996 (R.A. 2981) y 23-9-1997 (R.A. 6582), estableciendo esta última lo siguiente:

«La consideración conjunta o armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa -...- permite afirmar que el supuesto de hecho de la misma está integrado por dos requisitos constitutivos. El primero de ellos es el cambio de titularidad de la empresa o al menos de elementos significativos del activo de la misma (un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma, en la dicción del art. 44 ET). Este cambio de titularidad puede haberse producido en virtud de un acto *inter vivos* de "cesión o transmisión entre el empresario anterior (cedente) y el empresario nuevo (cesiona-

⁶⁴ Sobre los elementos de la «sucesión de empresa» vid. A. TAPIA, «La sucesión de empresas», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social* núm. 119, febrero 1993, págs. 103 a 106.

rio)", o puede también haberse producido por la transmisión *mortis causa* de la empresa o de una parte significativa de la misma. Así se deduce de los términos del propio artículo 44 ET, y de la cláusula sin perjuicio del artículo 49.1, g) Estatuto de los Trabajadores».

El segundo requisito constitutivo del supuesto legal de sucesión de empresa es el de los elementos cedidos o transmitidos del activo de la empresa que constituyen una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada. No basta la simple transmisión de bienes o elementos patrimoniales, sino que éstos han de constituir un soporte económico bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente. El artículo 51.11 ET habla al respecto de elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial».

La referencia a los elementos subjetivo y objetivo y a la doctrina legal que los afirma es constante en la jurisprudencia de los Juzgados y Tribunales inferiores. Así, SSTSJ de La Rioja de 24-2-1992 (A.L. 30); del mismo Tribunal de 23-3-1992 (R.A. 1179); de Canarias de 18-3-1993 (R.A. 1183); de Navarra de 27-1-1997 (A.L. 22), del mismo Tribunal de 21-7-1997 (R.A. 2539), etc., que con referencia precisa al precepto básico o central del sistema, el artículo 44 ET, indican (en términos prácticamente idénticos en todas las sentencias citadas), lo siguiente:

«Ha de destacarse que la transmisión o sucesión empresarial requiere, según la jurisprudencia, la concurrencia de dos elementos: uno subjetivo, representado por el cambio de titularidad o transferencia del antiguo al nuevo empresario, y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante o de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial.

La doctrina y la jurisprudencia han desarrollado los siguientes criterios que resultan útiles a efectos decisorios:

- a) En cuanto al elemento subjetivo: la norma que se estudia sólo hace referencia para integrar el supuesto de hecho previsto por ella, al cambio de titularidad de la empresa como hecho, por encima de la causa o forma en que éste tenga lugar, de modo que para la aplicación de aquella no es *conditio sine qua non* el que se opere una verdadera transmisión o circulación de empresas en sentido técnico de uno a otro titular protagonista de la sucesión en la titularidad del ejercicio de la empresa....
- b) Por lo que se refiere al elemento objetivo, el precepto de referencia se extiende a tres supuestos de sucesión empresarial: el cambio de titularidad de la empresa en su integridad o totalidad, al cambio de titularidad de un centro de trabajo y el cambio de una unidad productiva autónoma de la empresa, conceptos que han sido delimitados por la jurisprudencia partiendo de la idea básica de que las relaciones empresariales son para el Derecho del Trabajo, ante todo, el soporte o marco de las relaciones de trabajo, no asimilables a otras categorías jurídicas».

Aquella misma jurisprudencia se cuida de señalar que la operatividad del fenómeno socio-laboral de la subrogación empresarial también se produce más allá del supuesto de hecho del artículo 44 ET.

Cuando nos referimos al elemento objetivo, la problemática es relativa en cuanto que no existe una pluralidad posible de objetos, sino que, por muchos objetos materiales que se transmitan, todos ellos se reconducen conceptualmente a la unidad, pues la referencia es la empresa, en su dimensión jurídico-objetiva, o una parte de ella. Sin embargo, cuando se trata del elemento subjetivo, la referencia solamente a la figura del empresario (de los empresarios intervinientes) no es suficiente.

Efectivamente, como se ha visto, y dado que se admite la transmisión indirecta además de la directa, se integra en el mismo supuesto de hecho de la «transmisión de empresa» la figura del tercero que intermedia en condición de arrendatario de obra o servicio, principal o adjudicante, entre los «empresarios» que sucesivamente se encargan de efectuar tal obra o servicio, y que es titular de un interés relevante para la actividad empresarial que se toma en consideración a los efectos de la «transmisión de empresa».

Por otra parte, si además de describirse el supuesto de hecho de la «transmisión» se pretenden conocer sus efectos, sin los cuales el supuesto de hecho no tiene sentido, se torna relevante la figura del «trabajador» así como la de los «representantes de los trabajadores».

No puede olvidarse que «implícitamente en toda esta regulación está la obligación del trabajador de aceptar la cesión, de la que no deriva para él derecho alguno, salvo el mantenimiento del contrato de trabajo sin variación de condiciones»⁶⁵.

1. El elemento objetivo.

La Directiva en la delimitación de su campo de aplicación alude a «empresas», a «centros de actividad» y a «partes de empresas o de centros de actividad», dicción que se contrapone con la del artículo 44 ET que continúa aludiendo a «empresa», a «centro de trabajo» y a «unidad productiva autónoma». Se requiere pues una adaptación interpretativa del artículo 44 ET a la Directiva, lo cual no representa especial complejidad. En todo caso, es preciso resaltar que el artículo 44 ET «exige» la exacta delimitación de las nociones de empresa, centro de trabajo y unidad productiva autónoma⁶⁶.

⁶⁵ M. ALONSO OLEA y M. E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 388.

⁶⁶ Como indica T. SALA FRANCO (Director), *opus cit.*, pág. 256.

Es conveniente indicar que aquella delimitación del campo de aplicación de la Directiva no sólo se efectúa positivamente, sino también negativamente, en cuanto dispone en el punto 3 de su artículo 1: «La presente Directiva no se aplicará a los buques marítimos».

Sin embargo, en nuestro Derecho interno se aplica el artículo 44 ET a los traspasos de buques. Así, la STSJ de Galicia de 14-3-1992 (A.L. 953) dice «...se produjo un cambio de titularidad de los centros de trabajo en donde aquéllos prestaban sus servicios, que son los buques de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 1 del ET (...), lo que determina de conformidad con lo dispuesto en el artículo 44 ET... que los cesionarios...queden subrogados en los derechos y obligaciones» (también la Sentencia del mismo Tribunal de 9-3-1992, R.A. 232).

Ciertamente, el artículo 1.5, segundo párrafo, establece que: «En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque». Por lo que resulta inexorable la aplicación del artículo 44 ET, lo que contradice, de plano, la exclusión que efectúa la norma comunitaria. Semejante contradicción ha pretendido salvarse por la vía del artículo 7 de la Directiva que permite la aplicación de normas legales o convencionales más favorables para los trabajadores, pero semejante argumentación no resiste la más leve crítica por cuanto los supuestos más favorables tienen como límite la contradicción, que es lo que acontece en el presente supuesto.

La presencia de empresas públicas o con participación pública en el mercado, así como la constatación de la existencia de empresarios que no tienen ánimo de lucro, determinó que en la Directiva se precisase: «La presente Directiva será aplicable a empresas tanto públicas como privadas, con o sin ánimo de lucro». Referencia a empresas que en este punto han de considerarse en sentido subjetivo, esto es, como equivalentes a empresarios.

Baste aquí con precisar que la importancia de tal referencia, incluso en nuestro Derecho, no es del todo intrascendente por las diferentes nociones de empresario que usualmente se manejan dentro de un mismo ordenamiento jurídico. Como se ha afirmado, con respecto a la empresa, noción básica para el concepto de empresario, «dados los diferentes fines que presiden las diversas ordenaciones normativas que concurren en la regulación de este fenómeno económico-social, carece de sentido la construcción de un concepto jurídico "unitario" de empresa. En este sentido no debe extrañar que se opere con diferentes conceptos jurídicos de Empresa»⁶⁷; en la doctrina laboralista se ha subrayado que «la empresa aparece como unidad organizada, y organizadora a la vez, de un conjunto de medios materiales y humanos, dirigida por el empresario y tendente a la obtención de un fin»⁶⁸.

⁶⁷ J.M. GONDRA, *Bases para una teoría jurídica de la empresa*, Madrid 1989, pág. 3.

⁶⁸ T. SALA FRANCO (Director), *opus cit.*, pág. 255.

No obstante, constatar la inexistencia de una «fórmula áurea», sí puede aludirse a la empresa como «categoría lógica» que remite a «un modelo organizativo típico» y que se corresponde con el «derecho de la empresa como derecho abierto y dinámico»⁶⁹.

Además, y en relación con aquella previsión de la Directiva, no puede olvidarse el espaldarazo jurídico-positivo a la posición jurisprudencial que venía admitiendo la posibilidad de que las Fundaciones realizaran actividades empresariales por la Ley (estatal) 30/1994, de 24 de noviembre, (y últimamente por la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de la Comunidad de Madrid), así como que ya el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 8-6-1994 (Asunto C-94/94 - Reino Unido) estableció que aunque la actividad de una empresa no tenga carácter lucrativo no por ello se excluye del ámbito de aplicación de la Directiva.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha entretenido en precisar qué debía entenderse por «empresa», «centro de actividad» y «parte de centro de actividad». Aquel Tribunal en sus Sentencias de 19-9-1995 (Asunto C-48/94 - Rygaard) y 11-3-1997 (Asunto C-13/95 - Süzen) estableció que «para que la Directiva sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada» (...). Así, el concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio».

En una jurisprudencia anterior⁷⁰, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas había llegado a reconducir la empresa a la mera actividad. Así, en la Sentencia de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Schmidt) afirmó, frente a las alegaciones de los Gobiernos de la República Federal de Alemania y del Reino Unido que negaban la existencia de traspaso de empresa por no haberse transferido elementos de activo, que «la circunstancia de que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia cite la transmisión de dichos elementos entre los distintos criterios que ha de tener en cuenta el Juez nacional para apreciar, en el marco de una evaluación de conjunto de una operación compleja, la realidad de una transmisión de empresa no permite concluir que la falta de dichos elementos excluya la existencia de una transmisión». En ese caso, y como manifestación explícita de dicha posibilidad, afirmó que en «una situación... en la que un empresario encomienda, mediante contrato, a otro empresario la responsabilidad de efectuar los trabajos de limpieza realizados anteriormente de un modo directo, incluso si, antes de la transmisión, dichos trabajos eran efectuados por una sola empleada», existía sucesión (subrogación) de empresa.

⁶⁹ C. MELIADO, «La teoría dell'impresa nell' Diritto del Lavoro (itinerari interpretativi e usi giurisprudenziali)», *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, núms. 5-6, mayo-junio 1985, págs. 76, 83 y 91.

⁷⁰ SSTJCE de 17-12-1987, Asunto 287/87 - Ny Molle Kro; de 10-2-1987, Asunto 324/86 - Dady Dance Hall; de 12-11-1992, Asunto C-209/91 - Watson.

Pero posiblemente haya sido en su Sentencia de 19-5-1992 (Asunto C-29/91 - Redmond Stichting) donde el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas haya llegado a su punto culminante en identificar «empresa» con la «actividad de empresa». En aquel caso lo único que se transfirió fue parte de la actividad de una fundación, circunstancia que el Tribunal consideró suficiente para considerar existente la transmisión, traspaso o sucesión de empresa.

Sin embargo, cuando se trató de actividades administrativas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 15-10-1996 (Asunto C-298/94 - Henke), las excluyó del ámbito de aplicación de la Directiva al entender que las entidades públicas territoriales no son «empresas» «interpretación que se confirma, además, por los términos empleados en la mayoría de las versiones lingüísticas de la Directiva para designar el objeto de la transmisión (...) o a su beneficiario (...), y que no se ve contradicha por ninguna de las demás versiones lingüísticas de este texto».

En la Sentencia de 11-3-1997 - Süzen⁷¹-, aquel Tribunal de Justicia, en un discurso un tanto confuso, pues llega a afirmar que «aunque la transmisión de elementos del activo figura entre los diferentes criterios que han de tomarse en consideración para determinar si se ha producido realmente una transmisión de empresa, la falta de tales elementos no excluye necesariamente la existencia de dicha transmisión», resuelve en un sentido al menos aparentemente contradictorio con la afirmación que se acaba de citar, al indicar:

«El apartado 1 del artículo 1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que esta última no se aplica a una situación en la que un arrendatario de servicios, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve la contrata que lo vinculaba a éste y celebra, para la ejecución de trabajos similares, una nueva contrata con un segundo empresario si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata».

Esta sentencia supuso una modificación importante de la anterior doctrina y ha sido objeto de una seria crítica⁷².

⁷¹ Cuya doctrina reproducen las SSTJCE de 10-12-1998, dos sentencias, Asuntos C-127/96, C-229/96, C-74/97 y Asuntos C-173/96 y C-247/96.

⁷² Se ha llegado a afirmar por J. PEDROSA GONZÁLEZ, *opus cit.*, pág. 20, que «esta sentencia supone un paso atrás en la interpretación espiritualista de la Directiva, ya que la sola actividad no es suficiente para entender aplicable la Directiva, sino que requiere además que se transmita una parte del activo de la empresa: los trabajadores».

Ciertamente, la sentencia excluye la aplicación de la Directiva cuando sólo existe actividad, pero no merece aquella crítica por cuanto su razonamiento es correcto. Efectivamente, no puede olvidarse que aquella sentencia, además de aludir a la transmisión de elementos del activo empresarial, afirma:

«En la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en término de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea».

La actividad, como dice la sentencia, no se transmite, la actividad se continúa o no se continúa, la acción (energía) en el acto se consume (se transforma si se prefiere), los únicos que pueden transmitirse son los bienes, cosas y derechos, o una estructura organizativa, en cuanto que permanecen con identidad esencial (concentran una determinada actividad), por ello la transmisión de aquello que genera la actividad produce los efectos que se establecen en la Directiva, se transmita un conjunto de bienes materiales o inmateriales relevantes para generar una determinada energía (actividad) y por lo tanto organizados, o incluso, como admite la sentencia, se transmita la organización misma (con abstracción de cualesquiera bienes en cuanto éstos carezcan de relieve para la generación de actividad), en cuanto es susceptible de producir energía (actividad).

No deja de ser estimable la afirmación sobre que sea una «entidad económica», contenida en la sentencia antes citada. En ella se dice «en efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. Su identidad resulta también de otros elementos, 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».

Aplica, parcialmente, el criterio establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas antes referida (Süzen), la STS de 10-12-1997 (R.A. 736), que alude a la resolución comunitaria, ponderándola y transcribiéndola en buena parte.

La STS que se acaba de citar se mantiene en línea con la doctrina legal tradicional del Tribunal Supremo, cuando afirma que la subrogación puede, en las contrataciones, venir impuesta por norma pactada o por lo dispuesto en el pliego de condiciones, pero que «en otro caso sólo podrá producirse aquélla, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 del ET cuando se produzca la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, pero sin que exista aquélla cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, pues "la actividad empresarial precisa un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente"».

Sin embargo, más adelante, aquella Sentencia del Tribunal Supremo de 10-2-1997, siguiendo la jurisprudencia comunitaria de la que se ha hecho mérito, trasciende la propia doctrina legal anterior de la Sala, al rechazar la existencia de subrogación porque «el cambio o variación de la empresa a la que se encomiendan los servicios de limpieza en el centro de trabajo... (no ha) comportado la transmisión al nuevo concesionario de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación o... (no ha) ido acompañada de una cesión entre ambos empresarios de limpieza, de elementos significativos del activo material o inmaterial, ni ...el nuevo empresario se... (ha) hecho cargo por tal causa, de una parte esencial, en términos y número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata».

En nuestro Derecho interno hay que destacar la improcedencia de posiciones como la sustentada por la STS de 9-10-1988, que indica: «El cambio de titularidad, ..., debe afectar a la totalidad del centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma». Ciertamente, el artículo 44 ET no alude a «parte» de la empresa o del centro de actividad, sin embargo, la normativa comunitaria, ya antes de la última modificación, aludía a «parte» de un centro de actividad, semejante previsión se refuerza con la nueva redacción que se refiere a parte de una empresa o de un centro de actividad.

Por lo demás, la cuestión dista de ser pacífica en nuestra práctica judicial, por más que la doctrina legal del Tribunal Supremo haya sido al respecto clara. Como manifiesta la STS de 21-3-1997 (R.A. 2318):

«Esta Sala ha venido declarando que la actividad empresarial precisa de un mínimo soporte patrimonial que como unidad organizada sirva de sustrato a una actividad independiente... (y que) la realización de unos servicios no constituye pues "unidad productiva autónoma", ni como es obvio, "centro de trabajo"».

A mayor abundamiento, la STS de 6-2-1997 (R.A. 999), que rechaza la argumentación de la sentencia recurrida, según la que constituía «la actividad de limpieza, en sí misma, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma», insiste en que si no se transmiten «los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación (...) lo que hay es una nueva sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte material necesario para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el artículo 44 ET» (a lo que debe añadirse que «nada obsta para que la subrogación se produzca de modo sucesivo entre dos o más empresarios, STS de 28-7-1995, R.A. 6234).

La jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en ocasiones sigue estrictamente la doctrina legal, como ocurre en la STSJ del País Vasco de 29-4-1997 (A.L. 31) en la que se indica: «Ante la reversión al ente administrativo dueño de la actividad del servicio, así como la transmisión de todo el soporte patrimonial necesario para su realización, (...) se produce la subrogación empresarial que contempla el artículo 44 ET».

En otros supuestos aquella jurisprudencia (SSTSJ de Canarias de 18-3-1992, R.A. 1182; de La Rioja de 24-2-1992, A.L. 30 y de 23-2-1992, R.A. 1179), en una posición que puede considerarse discrepante de la doctrina legal del Tribunal Supremo, pero sí en línea con la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, mantiene que «lo que caracteriza a la empresa no es tanto los elementos materiales o patrimoniales como la existencia de una actividad organizada, de manera que cabe la existencia de una empresa que carezca de elementos materiales y tenga solamente organización».

En la misma línea puede considerarse aquella jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia que pone el acento en la persona del titular de la empresa, el empresario. Así, la STSJ del País Vasco de 29-4-1997 (A.L. 31) indica:

«En cuanto a la sucesión de empresas, el artículo 44 ET contempla como presupuesto básico un cambio de titularidad o novación subjetiva de la persona del empresario, apareciendo así una empresa cedente que se extingue, y otra cesionaria que a partir de dicho momento comienza a ser titular del negocio de la actividad que permanece, transmisión de empresa, entendida como transmisión de una unidad productiva autónoma, de modo que si no hay transmisión de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, no hay subrogación, ni transmisión de empresa, ni sucesión empresarial, ni en consecuencia es de aplicación el artículo 44 ET».

En una línea intermedia entre la posición más típica del Tribunal Supremo y la aludida de los Tribunales Superiores de Justicia, puede citarse la STS de 10-5-1991 (R.A. 3798) que indicó que en unos supuestos se pone el acento «en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa o, por el contrario... (en) la actividad, por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma... Ahora bien, en cualquier caso, siempre es necesario para que pueda configurarse la sucesión de empresas, que implica el cambio de titularidad, que no supone por sí mismo la extinción de la relación laboral..., que exista transmisión de un elemento individualizado de un titular a otro. Y es ese supuesto básico el que está ausente..., ya que ni hay transmisión de bienes, ni de derechos, ni de actividad individualizada, ya que el coincidir en una misma actividad productiva, evidentemente no es transmisión de esta actividad».

Se rechaza la transmisión, traspaso o sucesión de empresa cuando lo único que se adjudica es el derecho de «traspaso de local de negocio» (STSJ de Andalucía de 2-6-1992, A.L. 44; STSJ de Galicia de 18-5-1992, R.A. 2766; etc.), «por lo que no se ha vendido la empresa sino que se ha adjudicado el derecho al uso de un puesto como abastecedor de pescado» (STSJ de Madrid de 15-1-1996, R.A. 103), «pues en la venta del derecho de traspaso del local de negocio el objeto del mismo lo constituye el inmueble en sí desprovisto de otros elementos, mientras que en la venta de empresa lo que se transmite es el negocio o centro de trabajo autónomo en que se desarrolla comprendiendo el complejo entramado que forma la entidad socio-económica con la totalidad de los elementos personales y reales que la integran y susceptibles de ser inmediatamente explotados» (SSTS de Andalucía

de 24-3-1992, R.A. 1389 y 2-6-1992, A.L. 44), tampoco en el supuesto de venta judicial del «sólo inmueble - la fábrica» (STSJ de Madrid de 10-10-1989, R.A. 1820). «Sin que el mandato de subrogación (refiriéndose al art. 44 ET) se extienda a los supuestos de adquisición de bienes que no son otra cosa que meros componentes de la entidad organizativa que toda empresa debe comportar» (STSJ de Madrid de 21-9-1989, R.A. 1311). También se rechaza, y por las mismas razones, en los supuestos de ejecución hipotecaria, pues «un simple inmueble, no puede aisladamente considerarse una unidad productiva» (STS de 12-9-1988, R.A. 6875. Igualmente la STS 11-5-1987, R.A. 3664 y la STSJ de Castilla y León de 18-2-1992, R.A. 699).

La STS de 6-10-1989 (R.A. 7124) define a la empresa, a los efectos del artículo 44 ET, como «una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada... o pendiente para hacerlo de meras formalidades administrativas». También se ha definido por la misma Sala, STS de 26-1-1988 (R.A. 65) como «organización económica de elementos productivos, encaminada a la producción de bienes y servicios», y por la de 12-9-1988 (R.A. 6874) como el «complejo entramado que forma la entidad socio-económica constituido por la totalidad de los elementos y de las actividades junto con las relaciones de hecho». En un sentido más amplio, la STSJ de Baleares de 25-4-1991, R.A. 2825, afirma que «la entidad "empresa", instituto jurídico con vocación de permanencia que pese a no estar tipificado en nuestro ordenamiento es diferente de las personas que en ellas se integran aportando sus conocimientos, sus esfuerzos, o su capital».

El concepto de centro de trabajo y de unidad productiva autónoma es más problemático. Efectivamente, según la definición legal del artículo 1.5 ET, «se considera centro de trabajo la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta como tal ante la autoridad laboral. En la actividad de trabajo en el mar se considera como centro de trabajo el buque».

Interpretando el precepto, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27-3-1991 (R.A. 1611) indica que «no cabe discutir la naturaleza de unidades autónomas de producción a los camiones» (ha de considerarse que en el caso los camiones «constituían el total sustrato económico de la empresa y el único "centro" de trabajo del actor»). A «unidad socio-económica de producción» se refiere la STS de 6-4-1873, R.A. 1543.

También se indica que «ni la contrata ni la concesión son unidades productivas autónomas a los fines del artículo 44 ET» (STSJ de Andalucía de 7-3-1997, R.A. 1072). «Ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44, salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación» (STS de 14-12-1994, R.A. 100093).

Cuando se trata de la «simple atención de servicios en que varias empresas se suceden... (no puede) hablarse entonces de una unidad productiva autónoma» (STSJ de Asturias de 26-4-1996, A.L. 34), en la misma línea se afirma que «la realización de unos servicios no constituye "unidad productiva autónoma" ni, como es obvio, "centro de trabajo"» (STS de 30-12-1993, R.A. 10078). Estimable es la definición que ofrece la STSJ de Madrid de 9-1-1996 (R.A. 93), que concibe exis-

tente una «unidad productiva autónoma», cuando «esa actividad unitaria e independiente del resto de los cometidos laborales de la empresa viene dada en razón de unas estructuras objetivas de índole patrimonial, una organización y unos medios propios».

La Directiva, con su nueva redacción, artículo 1.1, b), tercia en la problemática planteada y establece qué deba entenderse por «empresa, centro de actividad o de parte de empresa o de centro de actividad» en los siguientes términos: «Una entidad económica que mantenga su identidad». Noción que se basa en la idea de «entidad económica» y en la del mantenimiento de la «identidad». La entidad económica se define en el mismo precepto comunitario, artículo 1.1 b), de la siguiente manera: «Conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio».

Con semejante delimitación la Directiva adopta una posición definida frente a la fluctuante jurisprudencia comunitaria anterior. La definición de entidad económica pivota sobre tres elementos, que son un «conjunto de medios», una «organización» y una predisposición a «fin de llevar a cabo una actividad económica», actividad que, con respecto a la «actividad de empresa», puede ser «esencial o accesorio».

La idea de «organización» es nuclear. Lo cual está en línea con la afirmación jurisprudencial de que «la característica esencial de la empresa está en ser organización, es decir, ordenamiento de los factores personales y reales» (STS de 18-3-1994, R.A. 2548), y doctrinal de que «la organización es una de las grandes realidades de la vida contemporánea... la futura teoría de la empresa, para que sea pertinente, deberá constituir ante todo una teoría de la estructura y de la organización burocráticas»⁷³.

La definición dada por la Directiva concuerda con la mantenida en la STJCE de 19-9-1995 (Asunto C-48/94 - Rygaard). Efectivamente, en esta sentencia se indicó que la transmisión habría de referirse a una «entidad económica organizada de forma estable», y con la explicación dada en la STJCE de 11-3-1997 (Asunto C-13/95 - Süzen) de que «el concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio».

La referencia a actividades «esenciales o accesorias», así como la circunstancia de que la entidad económica sea «una aparte» de una empresa o de un centro de actividad, obliga a tomar un referente más amplio, y a estos fines puede resultar útil la noción de establecimiento mercantil.

El establecimiento mercantil ha sido objeto de una amplia literatura jurídica que no es el caso ahora de ponderar dado el propósito de este trabajo⁷⁴.

⁷³ J. KENNETH GALBRAITH, *opus cit.*, pág. 315.

⁷⁴ En nuestra doctrina basta citar a J.M. GONDRA, *opus cit.*, pág. 1 y sigts.; R. URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid 1997, pág. 38 y sigts.; F. SÁNCHEZ CALERO, *opus cit. (Instituciones, T. I)*, pág. 171 y sigts.; J.A. DORAL GARCÍA, «Posesión y empresa», en *Estudios en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, T. I, Madrid 1996, pág. 562.

Remitiéndonos a la jurisprudencia, y precisamente en relación con la compraventa de empresa ⁷⁵, es donde podemos encontrar la noción más útil, para lo que ahora interesa, de establecimiento mercantil. Establece la STS de 13-2-1992, Sala 1.ª, (R.A. 842):

«Frente a la concepción puramente organicista de la empresa, se suele distinguir en los momentos actuales la actividad del organizador, como aspecto meramente subjetivo, de imposible transmisión, puesto que siempre que se reemplaza un empresario por otro en el ejercicio de su actividad económica, profesional y organizada, desaparece una empresa naciendo otra nueva, aunque ésta se valga de los mismos medios instrumentales de la anterior, que constituyen, como conjunto coordinado de bienes y servicios (aspecto objetivo), lo que se suele denominar establecimiento comercial, industria, negocio, explotación o en la concepción jurídica francesa *«fonds de commerce»* y en la italiana *«azienda»*, que es, por el contrario lo que realmente se puede transmitir, más el establecimiento, el fondo de comercio así entendido, está formado por innumerables elementos, cuales son el trabajo del personal asalariado, los bienes inmuebles, bienes muebles, corporales o incorporeales, fungibles o no fungibles, propiedad comercial, propiedad industrial, derechos reales o de crédito, clientela, marca, rótulos, patentes, etc., de forma que sobre cada uno de ellos puede recaer una relación jurídica distinta, cual es la propiedad, el usufructo, el arrendamiento, el préstamo, el comodato u otros diferentes, pudiendo transmitirse el total conjunto o sólo parcialmente, sin que en la realidad, cuando se excluya algún elemento pueda hablarse de que no se transmitió el establecimiento o fondo comercial».

El establecimiento, indica la STS, Sala 1.ª, de 14-10-1993 (R.A. 7320) «como base física de la empresa, como elemento más permanente de la misma, y como bien que, en nuestra vida real, es por sí solo objeto de posible transmisión y tiene un valor intrínseco y objetivo, en cierto modo independiente de la actividad del comerciante y de los demás elementos de la empresa» ⁷⁶.

En sentido coincidente con la apreciación de la doctrina legal expuesta, se manifiesta la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia ⁷⁷. Ejemplo de ello es la STSJ de Extremadura de 14-6-1996. (A.L. 42) que considera que la empresa ha de ser «entendida como realidad socio-económica consistente en una estructura organizada de medios materiales y personales destinada a producir bienes y servicios, o sea... el conjunto organizado para fines productivos, los elementos personales y materiales que configuran la identidad de la empresa y su posibilidad de desarrollo».

⁷⁵ El más claro supuesto de traspaso, transmisión o sucesión de empresa, según A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA, *opus cit.*, pág. 658.

⁷⁶ En el mismo sentido abundan las SSTs, Sala 1.ª, de 7-3-1994, R.A. 2197; 16-6-1995, R.A. 5302; 12-6-1997, R.A. 4770 y 24-2-1998, R.A. 991.

⁷⁷ Así las SSTSJ de La Rioja de 24-2-1992, citadas; de Canarias de 18-3-1993, citada, y de 23-3-1993, R.A. 11182; de Navarra de 27-1-1997, R.A. 2539, etc.

Si la noción de entidad económica alude siempre a un elemento estático, la identidad de un determinado bien refiere, en este contexto, siempre dinamismo. La idea misma de identidad de una determinada entidad económica referida a un momento histórico concreto carece de sentido, pero adquiere gran importancia cuando se refiere al devenir.

Como significó la STJCE de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Schmidt), reiterando la doctrina sostenida en la STJCE de 18-3-1986 (Asunto 24/85 - Spijkers), «el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de una empresa o de una parte de una empresa en el sentido de la Directiva es el mantenimiento de la identidad de la entidad económica».

La jurisprudencia comunitaria se cuidó de señalar, en la STJCE de 19-5-1992 (Asunto Redmond Stichting) y en la STSJE de 14-4-1994 antes citada, que «el mantenimiento de esta identidad de la entidad económica es consecuencia en particular de que el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas».

La «continuidad en la actividad empresarial»⁷⁸, la posibilidad de que lo transmitido permita continuar total o parcialmente la actividad empresarial, aparece, tempranamente, como uno de los requisitos precisos para reconocer la existencia de traspaso (transmisión) de empresa. Se exige que el empresario subrogado continúe la actividad negocial o el tráfico mercantil o industrial del cedente»⁷⁹.

Sin que obste a ello «la deliberada creación de una apariencia de discontinuidad entre dos actividades»⁸⁰.

Habida cuenta de que la continuidad en la explotación del establecimiento, especialmente cuando se produce una reversión, queda a la disponibilidad del cesionario, la jurisprudencia ha indicado que «lo decisivo no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad..., cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino que tenga la posibilidad de hacerlo... (otra solución) supondría abrir una ancha puerta al fraude»⁸¹.

La circunstancia de que «hayan transcurrido unos días entre el cese del antiguo titular y la reanudación de la actividad por el nuevo» no es óbculo para considerar existente el traspaso (transmisión) de empresa (STSJ de Madrid de 19-4-1991, R.A. 2635) a «discreto intervalo se refiere la STSJ del País Vasco de 28-2-1991 (R.A. 2825). Tampoco lo es el que esté «pendiente de meras formali-

⁷⁸ STCT de 3-6-1982, R.A. 3395 y STS 28-6-1984, R.A. 57699.

⁷⁹ STS de 3-10-1984, R.A. 5223; STSJ de Andalucía de 2 y 10-6-1991, RR.AA. 1331 y 3645.

⁸⁰ STS de 16-2-1990, R.A. 1291; STSJ de Galicia de 6-11-1992, R.A. 5321.

⁸¹ STS de 5-2-1991, R.A. 800.

des administrativas» la explotación del establecimiento (STS de 27 y 30 -10-1986, RR.AA. 5902 y 5940; 6-10-1989, R.A. 7124; STSJ de Cantabria de 25-5-1993, R.A. 2341). Rechazan los supuestos de extinción simulada de la actividad empresarial las SSTs de 16-11-1992, (R.A. 8810), 15-2-1993 (R.A. 1166), 2-7-1993 (R.A. 5683) y 22-12-1993 (R.A. 9984).

Discrepando con la mayoría de la jurisprudencia en torno a la exigencia de que la continuidad de la actividad empresarial se produzca sin interrupción, la STSJ de Galicia de 13-3-1997 (A.L.26) expone la importante argumentación siguiente:

- «1. ...si bien existe doctrina de los Tribunales exigente de ambos requisitos de tracto directo y ausencia de solución de continuidad para entender que es operativo el tan citado artículo 44 ET, no lo es menos que la propia Jurisprudencia ha devenido a admitir la doctrina contraria en todos los supuestos de venta judicial contemplados en el artículo 51.11 ET (hipótesis en la que es obvio no media tracto directo y en la que concurre casi siempre un largo período de inactividad empresarial)..., pues lo esencial a estos efectos es la real continuación de la actividad empresarial (...) o la simple posibilidad continuar la explotación (...).
2. Tampoco nos parece acertado entender que la inactividad empresarial durante un período de tiempo -más o menos largo- pueda ser considerada excluyente del juego de la subrogación en las responsabilidades empresariales, pues con tal planteamiento se daría amplia entrada a maniobras del todo calificables como fraudulentas...ha de primar la realidad jurídica de la sucesión sobre las extinciones simuladas o de mera apariencia, y -...- las fraudulentamente obtenidas e incluso las que resulten objetivamente defraudadoras de los derechos de los trabajadores... Y no se nos diga que la admisión de solución de continuidad en la sucesión empresarial -sin precisión temporal alguna- crea un cierto grado de inseguridad jurídica, pues el propio concepto de la subrogación empresarial y su presupuesto de transmisión de bienes susceptibles de explotación inmediata, son los que en su caso han de consentir perfilar -tratándose de supuestos de actividad interrumpida- la procedencia o improcedencia de que sea aplicado el mecanismo subrogatorio, cuya enervación ha de venir determinada no tanto por el transcurso del tiempo, cuanto (entre otros factores complementarios) por la inhabilidad de los bienes para su inmediata explotación».

La doctrina había manifestado, en alguna ocasión, que la interrupción de la continuidad en la explotación de la empresa tenía una importante excepción, cuando la transmisión se producía *mortis causa*, pues en tal caso la explotación no tenía que seguir sin aquella solución de continuidad, sino sólo después del tiempo indispensable para que los posibles sucesores, pudiesen valorar la decisión de aceptar la herencia, legado, manda, etc. ⁸². En el mismo sentido se pronunció en, al menos

⁸² J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Director), *opus cit.*, pág. 313.

una ocasión, la doctrina del Tribunal Central de Trabajo, así en su Sentencia de 10-10-1989, (R.A. 7555). Parece acertada aquella doctrina en la medida en que, al menos, ha de respetarse el período del ejercicio del derecho a pedir la formación de inventario y del denominado derecho a deliberar (arts. 1.010, 1.017 y 1.019 C.c.), como períodos en los que no se puede estimar relevante la solución de continuidad.

Es preciso destacar que al decir de determinada jurisprudencia «poco importa que la explotación prosiga en precario y sin expectativas...pues esta circunstancia, ..., no desnaturaliza el hecho físico del cambio de titularidad» (STSJ del País Vasco de 28-2-1991, R.A. 2825), pero sí es relevante que la primera empresa se hubiera cerrado y apareciese otra nueva que se dedicase a la misma industria, o supuestos de creación con los mismos activos de nuevas empresas, por virtud de planes de reindustrialización o de reconversión industrial (SSTS de 28-10-1989, R.A. 2001 y 16-10-1991, R.A. 6963).

La circunstancia de que sea una Sociedad Anónima Laboral o una Sociedad Cooperativa constituida por los propios trabajadores del cedente, con el objeto de salvar la situación crítica de la empresa, en absoluto influye en la existencia o inexistencia del traspaso de empresa ⁸³.

La Directiva establece la noción de entidad económica con independencia de que la actividad desarrollada por la misma tenga la consideración de «esencial o accesoria». El carácter «esencial» o «accesorio» de la actividad económica desarrollada por la entidad económica que se transmite ha de referirse a la total actividad que se desenvuelve en la empresa o «actividad de empresa».

Ha de tenerse en cuenta que la transmisión puede afectar no sólo a toda la empresa sino también a un centro de actividad o a parte de la empresa o de un centro de actividad; es en estos supuestos cuando la previsión de la Directiva alcanza toda su importancia.

Constituye una novedad introducida por la nueva redacción de la Directiva que zanja de raíz cualquier posible polémica sobre el particular. Ciertamente, ya el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se había pronunciado al respecto en sus Sentencias de 12-11-1992 (Asunto C-209/91 - -Watson Rask y Christensen) y de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Schmidt) en el sentido de que «el hecho de que, ..., la actividad traspasada sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesoria sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva».

La doctrina legal y la jurisprudencia nacionales han venido exigiendo de continuo que los elementos transmitidos permitieran al cedente desenvolver la actividad principal desarrollada por la empresa, al extremo que ante el traspaso de una actividad efectivamente accesoria en relación con la actividad de empresa, por ejemplo la limpieza, hubo de acudir al subterfugio de convertirla en esencial en cuanto que necesaria para mantener la actividad empresarial.

⁸³ STS de 22-12-1993, R.A. 9984; STSJ de Cataluña de 13-9-1991, R.A. 5540, y 5-2-1992, R.A. 771; STSJ de Madrid de 18-1-1990, R.A. 369.

La doctrina legal del Tribunal Supremo ha venido insistiendo en que la «entrega de la estructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio... es condición necesaria para la actuación de tal artículo (refiriéndose al 44 ET)»⁸⁴.

Con la nueva redacción de la Directiva se impone una revisión de aquella doctrina legal, que ya debía haberse efectuado a la vista de la jurisprudencia comunitaria.

2. El elemento subjetivo.

La Directiva alude al traspaso (transmisión) de empresas «entre empresarios», con lo cual se plantea la cuestión de qué ha de entenderse por empresario. Al movernos en el ámbito de la relación laboral, la noción de empresario parece que habría de venir de la mano de la rama social del Derecho, y por lo tanto, conforme al artículo 1 ET considerar que empresario es tanto como empleador.

No obstante si nos detenemos en la definición de cedente y de cesionario que se maneja en aquella norma comunitaria, artículo 1.1 a) y b), llegaremos a otra conclusión. Efectivamente, se considera cedente a la persona, física o jurídica, que, a causa del traspaso, pierde la condición de empresario «con respecto a la empresa», y lo contrario acontece cuando se define a la persona del cesionario.

La noción de empresario que se maneja en la normativa comunitaria se hace en base a la «empresa», tal como la define la propia Directiva, y que ya hemos visto. El empresario aparece en su acepción más típica, alejada del concepto que se maneja en la rama social del Derecho. Empresario será toda aquella persona que ejerza una empresa tal como se define en la Directiva, y por ello tampoco el concepto de empresario se identifica con el que se maneja en otras ramas del Derecho, como en la que se ocupa de la economía privada, el Derecho Mercantil, pues incluso sin hacer cuestión del «ánimo de lucro», las limitaciones que, por razones sociopolíticas, aparecen en esta rama del Derecho no pueden ser predicables del concepto que se maneja en la Directiva.

Si la definición jurisprudencial de establecimiento mercantil nos fue útil para perfilar el elemento objetivo, ahora no nos lo será tanto, y mejor debe partirse de la noción que la propia jurisprudencia comunitaria utiliza en la STJCE de 23-4-1991 (Asunto C-41/90 - Höfner y Elser), allí se afirma que una empresa es «cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación», semejante concepción está en la base de la resolución adoptada por aquel Tribunal en su STJCE de 15-10-1996 (Asunto C-298/94 - Henke) y por la cual consideró que aquella Directiva no es aplicable en el contexto de cesiones de competencias de un Municipio a una agrupación de Municipios. Excepción a la aplicabilidad de la Directiva que, como ya se ha visto, ha tenido consagración legislativa con la nueva redacción de la Directiva.

⁸⁴ STS de 27-4-1997, R.A. 3581, que reitera la doctrina contenida en las de 5-4-1993, R.A. 2906; 23-2 y 14-12-1994, RR.AA. 1227 y 10093 y 9-2-1995, R.A. 789.

La «titularidad de la explotación o negocio» (STSJ de Baleares de 25-3-1991, A.L.), tal como lo hemos considerado a la luz de la propia Directiva es lo que delimita y define al empresario, tanto cedente como cesionario. No deja de tener una importante raigambre histórica ese concepto de empresa y de empresario que no se identifica plenamente con la definición laboral ni con la noción mercantil, y que es peculiar del fenómeno que estamos tratando; ejemplo de ello es la STCT de 3-6-1982, (R.A. 3394) en la que se delimita la noción de «unidad de producción». No se trata de identificar ahora la noción de empresa y de empresario con aquella «unidad de producción» que se define en la indicada sentencia (noción que no consideramos afortunada, y que aparece teñida de elementos estrictamente ideológicos) sino simplemente de destacar cómo la transmisión de empresas ha venido sugiriendo la búsqueda de un concepto propio de empresario.

La existencia de un grupo de empresas puede incidir en la delimitación de la figura del empresario ⁸⁵. Como indican las SSTs de 24-7-1989 (R.A. 5908) y 27-10-1994 (R.A. 8531), en términos de esta última, «la decisión de crear una empresa filial que asuma, con la autonomía propia de la atribución de personalidad jurídica y de las responsabilidades de funcionamiento, una gestión especializada es un objetivo lícito que tiene amparo en el artículo 44 del ET, como ha señalado la doctrina científica, aunque los fenómenos de la sucesión empresarial dentro de los grupos de empresa deben ser examinados con cuidado y adoptarse las medidas adecuadas cuando exista la evidencia de que, a través de la sucesión, se persigue eludir la aplicación de las garantías de los trabajadores o hacer ineficaces los derechos reconocidos por éstos». (Niega la existencia de sucesión la STSJ de Asturias de 11-3-1991, R.A. 2170).

La noción de trabajador resulta mucho menos dificultosa, pues la Directiva entiende por tal «cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate».

Conviene precisar que la alusión a protección no supone referencia alguna a sistemas de protección social. Ciertamente podría tomarse aquella alusión como una reminiscencia del carácter «tuitivo» que se atribuye al Derecho del Trabajo. A la vista de lo dispuesto en el número 2 de ese artículo 2 de la Directiva, resulta que tiene un sentido muy concreto, precisamente el de permitir a los Estados miembros restringir el concepto de trabajador «protegido» para el caso de traspasos de empresas.

Tampoco es útil la referencia al concepto que se maneja en el artículo 48 del Tratado, aún cuando el mismo sea Derecho aplicable en los Estados miembros. Cuando la Directiva alude a «legislación laboral del Estado miembro de que se trate» parece que se está refiriendo al Derecho interno como noción contrapuesta a comunitario (por más que se ajuste o haya de ajustarse al mismo), en definitiva al que tiene su origen en el ejercicio de la potestad legiferante de cada Estado miembro. Por otra parte el concepto que subyace al artículo 48 del Tratado no es útil, por resultar excesiva-

⁸⁵ Vid. A. TAPIA, «Los grupos de empresas como empresarios», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 122, mayo 1993, págs. 121 a 130.

mente amplio, pues como indica la STJCE de 12-5-1998 (Asunto C-85/96 - MARTÍNEZ SALA) en el marco de aquel artículo 48 del Tratado «debe considerarse trabajador la persona que realiza, durante un cierto tiempo, a favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una retribución».

En nuestro Derecho interno es preciso acudir a la norma fundamental, la Constitución, que al prevenir, en su artículo 35.2, la aprobación de un Estatuto de los Trabajadores, nos remite a su vez a esta última norma. Posiciones, sin duda estimables, como la contenida en la STS de 29-1-1997 (R.A. 640), en la que se dice que «el administrador social, que trabaja para la sociedad, es un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de sus relación de servicios sea mercantil», no son asumibles, por cuanto en nuestro Derecho interno ha de partirse de la afirmación de que el trabajador al que se refiere la Directiva es el definido como tal en el Estatuto de los Trabajadores, pues en otro caso carecería de sentido la Directiva misma, que sólo lo tiene a la vista de las diferentes posiciones relativas de poder que tienen los trabajadores asalariados con respecto a sus empresarios.

En nuestro ordenamiento jurídico el concepto de trabajador no depende del concepto de empresario (como empleador) sino al revés, por eso no se compagina mal con la circunstancia de que el concepto de este último sí aparezca con menor extensión en la Directiva.

Trabajador en la Directiva será pues toda persona física que voluntariamente preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona física o jurídica.

La previsión contenida en el número 2 del artículo 2 de la Directiva en el que se establece: «La presente Directiva no afectará a la legislación nacional en lo que concierne a la definición de contrato de trabajo o de relación laboral», determina que los Estados miembros tienen amplia disponibilidad para determinar el concepto de trabajador «protegido» por la Directiva. Consecuentemente ha de entenderse que la noción que antes se ha dado es provisional porque el Estado nacional puede excluir a determinados trabajadores del ámbito de aplicación de la Directiva.

Únicamente se establecen las siguientes limitaciones a las facultades concedidas a los Estados miembros para no incluir a los trabajadores en el ámbito de aplicación de la Directiva, en cuanto que no pueden excluir a trabajadores únicamente por:

- a) El número de horas de trabajo.
- b) Porque se trate de relaciones laborales regidas por un contrato de trabajo de duración determinada, tal como se define en el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1991.
- c) Porque se trate de relaciones laborales temporales tal como se definen en el apartado 2 de la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1991.

Alcance más indeterminado y confuso es el que tiene la expresión «representantes de los trabajadores», pues la Directiva se remite no sólo a la legislación laboral, sino también a la «práctica» de los Estados miembros. En principio esa condición la tendrán los representantes unitarios del personal y los representantes sindicales, con independencia de su condición de delegados sindicales. Los trabajadores definidos en el artículo 4 del Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, también entran en esa categoría. Sin embargo no parece que la ostentasen quienes en situaciones especialmente conflictivas, incluso por encargo de los demás trabajadores, pudieran ostentar una especie de liderazgo o representación impropia.

La cuestión de qué trabajadores se ven afectados por la transmisión así como la intrascendencia del número de éstos, bastando con que sea uno, ha sido abordada por la jurisprudencia comunitaria. Así en la SSTJCE de 7-2-1985 (Asunto 186/83 - Botzen) y de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Schmidt) indicó que «cuando la transmisión sólo afecta a un centro de actividad, es decir una parte de la empresa, afecta entonces a los trabajadores destinados en esta parte de la empresa puesto que, ..., la relación laboral se caracteriza esencialmente por el vínculo que existe entre el trabajador y la parte de la empresa en la que está destinado para realizar su tarea». Insiste en esa precisión la STJCE de 14-11-1996 (Asunto C-305/94 - Rotsart) al señalar que la sucesión se produce respecto de los contratos o relaciones laborales que, a la fecha de la transmisión de la empresa, «existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida».

En este sentido puede traerse a colación la afirmación contenida en la STSJ del País Vasco de 28-2-1991 (R.A. 1072) acerca de que «el cambio de empresario adhiere los contratos de trabajo al complejo productivo que radica en la misma base física o establecimiento abierto al público».

Además ha de precisarse que la condición de trabajador ha de mantenerse en el momento en el que se produce el traspaso, esto es, ha de mantenerse vigente el contrato de trabajo, en cuyo caso no existe excepción alguna. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su Sentencia de 11-7-1985 (Asunto 105/84 - A/5 Danmalm Inventar), indicó que la referencia a la existencia o no de un contrato de trabajo había de realizarse precisamente en la fecha del traspaso y con arreglo a las normas de Derecho nacional, precisando en su Sentencia de 7-2-1985 (Asunto 19/83 - Wendelboe) que la Directiva no contemplaba la transferencia de derechos y obligaciones de aquellos trabajadores que trabajaban para el cedente pero que a la fecha del traspaso, por propia voluntad, no seguían trabajando para el cesionario.

Como indica la STSJ de Cataluña de 13-9-1991 (R.A. 5541) «no puede hablarse de continuidad o de subrogación en unas relaciones jurídicas que están ya extinguidas». En el mismo sentido, destaca la STSJ de Madrid de 13-2-1991 (R.A. 1377), respecto del artículo 44 ET, que «lo que no ordena es que revivan vínculos laborales fenecidos..., lo que en este precepto se dispone es que el nuevo empresario quede subrogado en la posición anterior, pero respecto a derechos y obligaciones que estén vigentes, no pudiendo existir, por propia definición, cuando ni siquiera existe relación laboral a la fecha en que hubiere de entenderse producida la presunta sucesión empresarial». Por tal razón la subrogación no se produce cuando el trabajador está afectado a los servicios centrales y no al centro concreto de actividad o a la parte de la empresa que se traspasa (STS de 30-10-1987, R.A. 7247).

Respecto de la intranscendencia del número de trabajadores afectados por el traspaso, es paradigmática la STJCE de 14-4-1994 (Asunto C-392/92 - Schmidt) en la que se dice:

«La circunstancia de que la actividad controvertida fuera efectuada antes de la transmisión por una sola empleada no es tampoco suficiente para excluir la aplicación de las disposiciones de la Directiva, que no depende del número de trabajadores por cuenta ajena destinados a la parte de la empresa que ha sido objeto de la transmisión. En efecto, es necesario recordar que la Directiva tiene especialmente por objeto, como se desprende de su segundo considerando, proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos. Dicha protección se refiere a todos los trabajadores por cuenta ajena y por tanto debe ofrecerse aún cuando la transmisión sólo afecte a un trabajador».

VI. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DE LA TRANSMISIÓN DE LA EMPRESA

Ciertamente «la sucesión viene a indicar que los trabajadores se vinculan a la empresa antes que al empresario, pues permanecen como tales pese al cambio de éste»⁸⁶. «El nuevo titular viene obligado a situarse en la posición jurídica del anterior empleador»⁸⁷. «Esto quiere decir que el nuevo titular de la empresa, a partir del momento de la sustitución, pasa a ocupar en cada una de las relaciones laborales existentes el mismo lugar que ocupaba el anterior. Ningún cambio se produce, salvo el de la persona del empleador: frente a los trabajadores de la empresa, el nuevo ostenta los mismos derechos y las mismas obligaciones que el que hasta ese momento había ocupado esa posición»⁸⁸.

«La adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de la empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el artículo 44 ET, de tal manera que mientras subsista la empresa como tal el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial; y de ello es reflejo el citado artículo 44 ET, que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador»⁸⁹.

⁸⁶ G. DIEGUEZ, *opus cit.* *Lecciones de Derecho del Trabajo*, pág. 501.

⁸⁷ SSTS de 30-9 y 15-12-1997, RR.AA. 7185 y 9180.

⁸⁸ A. MARTÍN VALVERDE, F. RODRÍGUEZ SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *opus cit.*, pág. 660.

⁸⁹ SSTSJ de Galicia de 28-9-1985, R.A. 3195, y 13-3-1997, A.L. 26.

Al tratar de la naturaleza imperativa del contenido de la Directiva ya señalábamos la intrascendencia para los efectos laborales de que el cedente omitiera efectuar la notificación al cesionario de algunas de las obligaciones que tenía contraídas con los trabajadores afectados por la transmisión (art. 3.2), ahora bien, esa falta de trascendencia en el ámbito de las relaciones laborales no supone que tal comportamiento, desleal, carezca de trascendencia en las relaciones entre empresario cedente y cesionario, máxime si se ha hecho uso, por el Estado miembro, de la habilitación establecida en la Directiva de «adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones» en los que vaya a sucederle.

Los efectos jurídico-laborales de la Directiva se manifiestan, tanto en el plano individual, esto es, en relación con los contratos de trabajo y relaciones jurídicas individuales laborales, como en el plano colectivo, o con referencia a los representantes de los trabajadores.

La subrogación del cesionario, que impone la Directiva y el artículo 44 ET, se refiere únicamente a derechos y obligaciones laborales, por ello si el empresario cedente resulta deudor por ser responsable civilmente de daños causados por sus trabajadores, ya sea a terceros o incluso a otros trabajadores a su servicio, el débito no se transmite al cesionario ⁹⁰.

Sin embargo, y por la misma razón expuesta en el párrafo que antecede, el empresario cesionario sí sucederá al cedente en los débitos por los daños y perjuicios causados a los trabajadores, derivados de incumplimientos relacionados con el contrato de trabajo, aun cuando sean atípicos en el marco de la legislación laboral, con la única condición de que el contrato de trabajo esté vigente a la fecha de la transmisión de la empresa ⁹¹.

1. En el plano individual.

La Directiva establece, en sus artículos 3 y 4, dos consecuencias fundamentales a nivel individual:

- a) «Artículo 3.1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso».

⁹⁰ Sobre tal responsabilidad del empresario *vid.* A. TAPIA, «La responsabilidad civil del empresario derivada de los daños causados por sus trabajadores», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos prácticos)*, núm. 178, enero 1998, págs. 121 a 174.

⁹¹ *Vid.* A. TAPIA, «Las indemnizaciones por daños y perjuicios, no establecidas ni reguladas en la legislación laboral, debidas a los trabajadores y derivadas de incumplimientos empresariales relativos al contrato de trabajo», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Recursos Humanos (Comentarios y Casos prácticos)*, núm. 182, mayo 1998, págs. 21 a 68.

- b) «Artículo 4.1. El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo».

La parte transcrita de los artículos 3 y 4 de la Directiva se mantiene con idéntica redacción que antes de la modificación. La jurisprudencia comunitaria se ha cuidado de destacar que «todos los contratos de trabajo o relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores de la empresa transmitida serán transferidos de pleno derecho al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa»⁹². La transmisión de los contratos del cedente al cesionario se produce «de pleno derecho... por el mero hecho de la transmisión de la empresa»⁹³.

El cesionario resulta, de esa manera, responsable de todas las obligaciones resultantes para el cedente del contrato de trabajo, se trate o no de obligaciones nacidas con anterioridad a la fecha del traspaso. No existen limitaciones o reservas respecto de las obligaciones laborales del cedente que asume el cesionario⁹⁴. «La subrogación opera, en principio, sobre cualesquiera condiciones de trabajo integrantes del estatuto del personal afectado»⁹⁵.

La transferencia de los contratos y de las relaciones laborales «tiene lugar en la misma fecha que de la transmisión de la empresa», según la STJCE de 14-11-1996, (Asunto C-305/94 - Rotsart), sentencia cuyo fallo no deja lugar a dudas sobre la imperatividad de la transmisión y su fecha de efectos, siendo del siguiente tenor:

- «1. ...los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello, y no obstante la negativa de este último a cumplir con sus obligaciones.
2. ...la transferencia de los contratos de trabajo y de las relaciones laborales tiene lugar necesariamente en la fecha de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha distinta a elección del cedente o del cesionario».

⁹² STJCE de 25-7-1991, Asunto C-362/89 - D'Urso.

⁹³ STJCE de 14-11-1996, Asunto C-305/94 - Rotsart.

⁹⁴ STJCE de 7-2-1985, Asunto 135/83 - Abels.

⁹⁵ T. SALA FRANCO (Director), *opus cit.*, pág. 98.

Sin embargo, ha de precisarse, los trabajadores pueden decidir no continuar con el nuevo empresario ⁹⁶, admitiéndose que en tal hipótesis los Estados miembros establezcan qué sucede con tales contratos, pudiendo preverse su extinción a iniciativa de cualquiera de las partes o el mantenimiento de su vigencia con el cedente ⁹⁷.

El artículo 44 ET se pronuncia en términos similares a la normativa comunitaria al indicar que el cambio de titularidad de la empresa «no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior» ⁹⁸.

En principio «después de la fecha de la transmisión, se extingue la responsabilidad del cedente frente a las obligaciones que resultan del contrato o de la relación laboral por el mero hecho de la transmisión» ⁹⁹.

No obstante la propia Directiva admite la posibilidad de que respondan solidariamente cedente y cesionario, en el segundo apartado del punto 1 del artículo 3. Esa posibilidad ya existía antes de la modificación de la Directiva y tenía el siguiente tenor «los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha del traspaso, ..., y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato o de una relación laboral».

De semejante posibilidad hizo uso el legislador español que añade en el apartado 1 *in fine* del artículo 44 ET «respondiendo ambos solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas». Cuando el cambio tenga lugar por actos *inter vivos*. Para rematar la mayor precisión de la normativa nacional que la normativa comunitaria, se añade un punto 2 al artículo 44 ET en el que se dice que «el cedente y el cesionario responderán también de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuere declarada delito». Como indica la STSJ de Madrid de 27-4-1990 (R.A. 1559):

«La Ley completa la disciplina de la subrogación empresarial estableciendo la responsabilidad solidaria del cedente y cesionario, claro está que la responsabilidad solidaria declarada, recae estrictamente en el campo del negocio *inter vivos*...puntualizándose...en cuanto al lado pasivo u obligacional, que la sustitución del nuevo empresario en esta faceta no obsta para que además de que éste responda por estas obligaciones también lo esté el primero solidariamente. La subrogación, por consiguiente, sanciona la res-

⁹⁶ STJCE de 25-7-1991, Asunto 362/89 - D'Urso.

⁹⁷ STJCE de 16-12-1992 - Asunto C-132/91 - Katsikas.

⁹⁸ «Así como el cambio o sustitución de la persona del trabajador es incompatible con la pervivencia del contrato de trabajo, ...sí es admitida respecto de la persona del empresario», A. MONTOYA, *opus cit. Derecho del Trabajo*, pág. 428.

⁹⁹ STJCE de 14-11-1996 (Asunto C-305/94 - Rotsart), argumento que la sentencia utiliza también para justificar la fecha de efectos de la subrogación del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente, pues «dicho efecto sólo puede producirse si las obligaciones de que se trata se transfieren al cesionario desde la fecha de la transmisión de la empresa».

ponsabilidad del nuevo empresario, y esta responsabilidad adicional atrae también en la afección patrimonial resultante al primero o cedente, con lo que se cierra el marco de cobertura a favor de los trabajadores. Ahí radica la especificidad de esta responsabilidad solidaria en el cambio y en la subrogación empresarial; por ésta se responsabiliza sólo al nuevo empresario; por aquélla, y en el ámbito delineado, se responsabiliza solidariamente a los dos».

Quedaba claro en la normativa interna, nacional, que las obligaciones de las que repondería el cedente solidariamente con el cesionario, con el límite temporal de los tres años, sería de las nacidas con anterioridad a la transmisión, salvo que aquélla fuera constitutiva de un delito. Esto es, de las contraídas por el mismo, de las originadas cuando el cedente era empresario de esos trabajadores, respecto de los cuales por el hecho de la transmisión perdió aquella cualidad.

Pero en el artículo 44 ET no quedaba igualmente claro si se refería sólo a obligaciones respecto de trabajadores que mantuvieran vigente la relación laboral en el momento del traspaso o si podía referirse a trabajadores cuya relación laboral se hubiere extinguido con anterioridad, siempre dentro del límite de los tres años, por más que alguna jurisprudencia sostuviera que «conforme al artículo 1.137 del Código Civil, la solidaridad no se presume, y como en el caso de autos la subrogación es anterior a la fecha del despido, es evidente que ninguna reponsabilidad alcanza al anterior titular de la empresa, porque para que le alcanzara sería necesario, bien que la deuda fuera anterior al cambio de titularidad, bien que la transmisión fuera constitutiva de delito»¹⁰⁰. Además se añadía una norma de responsabilidad solidaria del cedente y cesionario para obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, si tal era declarada delictual.

Con todo, la normativa nacional resultaba más clara que la comunitaria, cuya ambigüedad dio origen a diferentes interpretaciones. Con la nueva redacción se suprime el carácter difuso o ambiguo de la norma anterior, y además se resuelven las cuestiones que se planteaban a la luz de nuestra norma interna. La nueva redacción es la siguiente:

«Los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, de un contrato de trabajo de una relación laboral existentes en la fecha del traspaso».

Efectivamente la interpretación del artículo 44 ET adecuada a la norma comunitaria elimina toda posibilidad de que se pretenda hacer responsable solidario al cedente por obligaciones originadas antes de la transmisión, obviamente que no estuvieran cumplidas (satisfechas, en términos del artículo 44 ET), respecto de trabajadores que no mantengan el vínculo jurídico laboral con la

¹⁰⁰ STSJ de Extremadura de 27-2-1991, R.A. 1281.

empresa en el momento de la transmisión. No puede seguirse manteniendo, a la vista de la norma comunitaria, que el artículo 44 ET incluya en su ámbito de aplicación a quienes teniendo derechos pendientes, hayan sido pero ya no sean, a la fecha del traspaso, trabajadores de la empresa transmitida ¹⁰¹.

La responsabilidad solidaria tiene, a tenor del artículo 44 ET, una duración delimitada en el tiempo, tres años. Se ha discutido si este plazo es de responsabilidad o de prescripción para el ejercicio de las acciones correspondientes al tipo de derecho que se reclama. De manera acertada la STS, Sala 3.ª, de 28-11-1997 (R.A. 8558) indica que aquel plazo «no es de prescripción sino delimitador del ámbito temporal de la responsabilidad solidaria que se extiende durante tres años a las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieren sido satisfechas». Contrariamente, y con un criterio criticable, la STS de 13-11-1992 (R.A. 8802) estableció que este precepto (refiriéndose al art. 59 ET) «sólo es aplicable para aquellos supuestos en que no se establezca un plazo especial como prevé el propio apartado primero del precepto invocado, y así fijado en el artículo 44 aplicable un plazo de tres años...». La doctrina ha señalado que aquel plazo juega respecto de obligaciones no prescritas ¹⁰².

La responsabilidad solidaria del cedente y del cesionario por las obligaciones posteriores a la transmisión, no se opone a lo establecido en la Directiva, pues la norma nacional la establece para el solo supuesto de que la transmisión fuera declarada delito. Se trata materialmente de una norma de responsabilidad civil derivada de delito que, contrariando una sólida tradición jurídica española (justamente criticada), se ubica fuera del Código Penal (arts. 109 y sgts.).

Supuesto singular era el de la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario del arrendamiento de industria ante la insolvencia de éste último, con anterioridad a la LAU, y que no encontraba apoyo normativo en el artículo 79 LCT ni en la legislación laboral posterior. La jurisprudencia (SSTS de 3-3-1987, R.A. 1321, y 17-12-1991, R.A. 9077) se ha pronunciado sobre el particular. Así la última de las citadas recogiendo el razonamiento de la sentencia impugnada indica que «el segundo y decisivo razonamiento apela a un criterio de interpretación teleológica en la atribución de responsabilidades laborales a arrendador y arrendatario de industria en supuestos de insolvencia de éste último, ...De llegarse a solución distinta de la responsabilidad solidaria -...- los trabajadores despedidos se verían afectados en sus derechos económicos, al no resultar éstos "garantizados con los bienes de la empresa, que no son propiedad del arrendatario y sí del arrendador", el cual "conforme al Código Civil ha de considerarse poseedor mediato no ya de las cosas arrendadas sino del propio negocio o empresa"».

¹⁰¹ Afirmativamente se pronunciaban J. A. SAGARDOY, J.M. DEL VALLE y J.L. GIL, *opus cit.*, pág. 344. También M. CARLOS PALOMEQUE y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 912, entienden que el artículo 44 ET «comprende todas las obligaciones de origen laboral vivas y exigibles a la hora de la transmisión... las obligaciones pueden venir referidas o no a los trabajadores con contrato en vigor en el momento de la transmisión y son reclamables indistintamente a uno u otro empresario».

¹⁰² M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *opus cit.*, pág. 390; en el mismo sentido J. M. RAMÍREZ MARTÍNEZ (Director), *opus cit.*, pág. 312.

Según indican las SSTS de 30-9 y 15-12-1997 (RR.AA. 7185 y 9180) lo establecido en el artículo 44 ET «quiere decir que el nuevo titular viene obligado a situarse en la posición jurídica del anterior empleador, y, por ello, consecuentemente, debe asumir los contratos de trabajo otorgados por aquél en su verdadero alcance y naturaleza cualesquiera que fuera la denominación que le hayan dado las partes contratantes. La falta de un requisito esencial o causal en la contratación temporal del primitivo empresario, determinante de la indefinición de la relación laboral, apreciada con motivo del control judicial del acto de cese realizado por el "cesionario", no debe constituir obstáculo a la "subrogación", y, por ello, independientemente -...- y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la empresa sucesora frente a la causante».

Declarado fraudulento el contrato temporal, la cláusula de temporalidad es nula «sin solución de continuidad a efectos de antigüedad con el vínculo contractual anterior» (STSJ de Aragón de 22-5-1991, R.A. 3055).

Pero el empresario cesionario no sólo asume las obligaciones del empresario cedente, pues tanto la Directiva como el artículo 44 ET aluden a «derechos y obligaciones». Efectivamente, como indica la STSJ de Madrid de 1-4-1991 (A.L. 40):

«La subrogación atribuye en principio un contenido a la posición jurídica del empleador cesionario, que lejos de resultar indisponible, ..., se somete al régimen legal ordinario, atributivo de bien distinto carácter, pues, una vez ocupada en la relación jurídica laboral la posición del anterior, el nuevo empresario asume, un estatuto de tal, dotado sin restricción alguna de todas las facultades y posibilidades que la Ley reconoce, es decir, que el límite a su actuación organizativa y rectora está sólo en la Ley, ..., una vez que el empresario adquirente ocupa el lugar del transmitente, adquiere no sólo las obligaciones del mismo, sino también sus derechos, entre los cuales se encuentran los que le facultan para ejercer el llamado *ius variandi*».

La responsabilidad que asume el cesionario «es obligación de derecho necesario, no disponible por los trabajadores, en conformidad al artículo 3.5 ET, que tiene la extensión de "derechos", por tanto, no limitada a diferencias salariales» (STSJ de Murcia de 18-4-1996, A.L. 39). Dándose «una clara sucesión *inter vivos* de la titularidad de la empresa, los trabajadores deben ver respetados todos sus derechos laborales, especialmente la categoría profesional y la antigüedad; por consiguiente, tales derechos no nacen y se reconocen al amparo del artículo 3.5 ET, sino que son consecuencia del artículo 44 del mismo texto legal» (SAN de 24-7-1991).

En relación con el mantenimiento de las condiciones de trabajo, dispone el artículo 3.3 de la Directiva:

«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 la extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

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

De esta última posibilidad, que se mantiene con redacción idéntica a la existente antes de la Directiva 98/50/CE, no ha hecho uso España, por lo que nos limitamos a la primera parte del apartado transcrito.

Al respecto ha de destacarse que la redacción anterior no era idéntica a la actual y de semejante diferencia se pueden sacar consecuencias. En aquel apartado se establecía: «Después del traspaso..., el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el 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». La única variación, en apariencia intrascendente, es la sustitución de la alusión a «en la misma medida que éste las previó para el cedente», por «en los mismos términos aplicables al cedente». Resulta más precisa y contundente la nueva redacción en cuanto que la anterior, en puridad, únicamente cuantificaba pero no obligaba a respetar el principio de identidad.

Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria, haciendo caso omiso de tal posible precisión obligó al cesionario a mantener las mismas condiciones de trabajo que regían para la relación laboral cuando era parte el cedente, siempre que aquellas estuvieran vigentes a la fecha del traspaso y afectando sólo a los trabajadores afectados por la transmisión no a los contratos posteriormente concluidos [STJCE de 17-12-1987 (Asunto 287/86 - Ny Melle Kro), insistiendo en la STJCE de 11-12-1992 (Asunto C-209/91 - Rask y Christensen)] que las condiciones de trabajo han de mantenerse con el mismo sentido.

De tal manera que «no pueden modificarse los derechos salariales que se derivan para los trabajadores de su contrato o relación laboral, incluso si la cuantía global del salario no varía. Sin embargo, en la medida en que el Derecho nacional permita modificar la relación laboral en sentido desfavorable para los trabajadores, no queda excluida tal modificación por el mero hecho de que, mientras tanto, se haya traspasado la empresa. Así pues, los derechos y obligaciones pueden modificarse por lo que respecta al cesionario dentro de los mismos límites que cabría aplicar si se tratase del cedente, debiendo quedar claro que el traspaso de la empresa en ningún caso puede constituir por sí mismo el motivo de dicha modificación»¹⁰³.

¹⁰³ «Memorándum de la Comisión sobre los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas», *cit.*, pág. 8, y STJCE de 11-12-1992, Asunto C-209/91 - Rask y Christensen.

La doctrina legal de nuestro Tribunal Supremo ha venido afirmando con carácter general que «al haberse producido una sucesión de empresas y dado que la empresa cesionaria se subroga en los derechos y obligaciones de la empresa cedente..., no se puede modificar en perjuicio del trabajador el convenio colectivo aplicable» (SSTS de 18-12-1990, R.A. 9808, y 20-1-1997, La Ley 13-3-1997), admitiéndose, empero, en la primera de las sentencias citadas la aplicación del principio de norma más favorable para dirimir cualquier eventual conflicto normativo. Deber del empresario cesionario que «no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad» (STS de 12-11-1993, R.A. 8688) o, en otros términos, no es incompatible con «las modificaciones de las respectivas y anteriores estructuras salariales, actuadas por el Pacto laboral de fusión, (que) están legitimadas a tenor del artículo 41 del mismo Estatuto, puesto que ha sido utilizada una de las fórmulas o cauces de actuación previsto por este precepto» (SAN de 4-9-1992, A.L. 5).

La referencia a «convenio colectivo», contenida en la Directiva, plantea, en nuestro sistema, el problema de determinar si abarca a los extraestatutarios o solamente a los estatutarios. Como es conocido en nuestro ordenamiento jurídico junto a los convenios colectivos estatutarios existen los denominados convenios colectivos extraestatutarios, que son «los celebrados al margen de la específica regulación del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a sus requisitos sustantivos, formales y procedimentales, al amparo precisamente del invocado precepto constitucional (art. 37.1 de la Constitución); su característica esencial es que carecen de eficacia general o *erga omnes* -típica de los Convenios Colectivos estatutarios- teniendo sólo una eficacia personal limitada a los trabajadores y empresarios afiliados y asociados, respectivamente a las Organizaciones Sindicales y Patronales pactantes o, en su caso, a los trabajadores representados por las Candidaturas pertenecientes a determinados Sindicatos integrados en el órgano unitario de representación y la empresa. Igualmente -según la posición dominante- carecen de valor normativo, teniéndolo solamente convencional, no integrándose en el sistema de fuentes del Derecho laboral..., regulándose por la normativa general del Derecho común en el campo de las obligaciones»¹⁰⁴.

La validez de aquellos convenios colectivos extraestatutarios no parece dudosa¹⁰⁵ en nuestro sistema, máxime si se compara con la negociación colectiva en el marco de la Unión Europea¹⁰⁶, por ello ha de concluirse que quedan incluidos en la referencia que a convenios colectivos efectúa la Directiva.

El convenio colectivo estatutario, que «es una norma y como tal se ha de aceptar y aplicar en su integridad»¹⁰⁷, con más razón, ha de considerarse incluido en la alusión de la Directiva a «convenio colectivo»: no obstante en los mismos ha de distinguirse el contenido normativo y el

¹⁰⁴ STS de 14-10-1994, R.A. 8052.

¹⁰⁵ STC de 8-6-1989, RTC 108; SSTS de 17-10-1994, R.A. 8052; 7-7-1991, R.A. 5863; STSJ de Navarra de 20-3-1992, R.A. 1273.

¹⁰⁶ Sobre la negociación colectiva en Europa, E. BORRAJO, «Modelos normativos de negociación colectiva en Europa; cuadro general», A.L. 43/1991, págs. 549 a 561.

¹⁰⁷ STS de 21-11-1995, R.A. 8574.

obligacional, precisándose que «el contenido normativo trasciende a la pura relación entre las partes negociadoras, el obligacional restringe sus efectos a éstas, generando sólo derechos y deberes entre ellas» ¹⁰⁸. Es únicamente al contenido normativo al que debe entenderse efectuada la alusión contenida en la Directiva, no a la parte obligacional por cuanto ésta no afecta a los contratos de trabajo y relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión.

«El contenido sustancial y típico del convenio colectivo es la normación de la relación de trabajo existente entre empresarios y trabajadores» ¹⁰⁹. «Obligan a todos los trabajadores y empresarios comprendidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia» ¹¹⁰. Ahora bien, no cabe desconocer que se admiten en nuestro ordenamiento, con generosidad, los denominados convenios regresivos, consecuencia del «principio de modernidad del convenio y de la facultad que tiene el convenio posterior de disponer de los derechos reconocidos en el precedente,... no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema anterior a la Constitución» ¹¹¹, de los que puede hacer uso el cesionario.

Los «convenios colectivos y también los pactos de esta naturaleza limitan su vigencia al ámbito temporal pactado, sin que vencido y sustituido por otros posteriores, puedan mantener su eficacia cláusulas contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula comparada con la precedente, pueda ser considerada menos favorable, pues lo contrario supondría consagrar como principio informador del ordenamiento laboral el llamado de irreversibilidad» ¹¹². Además, si el convenio contiene una «cláusula de descuelgue», el cesionario podrá hacer uso de ella sin que se vulnere el contenido de la Directiva, ni del artículo 44 ET.

Cuestión más dificultosa es la referente al deber del cesionario de mantener las condiciones más beneficiosas disfrutadas por algunos trabajadores, e incluso si aquél ha de respetar las expectativas de derechos. Afirma J.M. RAMÍREZ ¹¹³ que «se mantienen, por tanto, las condiciones de trabajo que venían disfrutando los trabajadores de la empresa transmitida, ya fueran de origen convencional, individualmente pactadas o mejoras unilateralmente introducidas por el anterior titular». En sentido parcialmente diferente J.A. SAGARDOY, J.M. DEL VALLE y J.L. GIL ¹¹⁴, afirman que «el mantenimiento de la relación laboral entre el trabajador y el nuevo empresario incluye el de sus fuentes reguladoras, pero no, seguramente, las concesiones graciabiles otorgadas por el cedente de la empresa».

¹⁰⁸ STS de 21-12-1994, R.A. 10346.

¹⁰⁹ STS de 25-11-1997, R.A. 8624.

¹¹⁰ STS de 23-11-1992, R.A. 8828.

¹¹¹ SSTS de 16-12-1994, R.A. 10098; 26-2 y 20-12-1996, RR.AA. 1507 y 9811.

¹¹² STS de 18-9-1997, R.A. 6487.

¹¹³ (Director), *opus cit.*, pág. 311.

¹¹⁴ *Opus cit.*, pág. 343.

Según una determinada interpretación de la jurisprudencia «sólo los derechos consolidados en el momento de la sucesión traspasan el ámbito de responsabilidad de la empresa sucedida para incorporarse a la sucesora»¹¹⁵, bien entendido que el empresario cesionario podrá aplicar las reglas de absorción y compensación, en su caso¹¹⁶.

Para que pueda sostenerse la existencia de condición más beneficiosa, es necesario que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama por obra de una voluntad inequívoca de su concesión¹¹⁷, de manera que tal ventaja se haya incorporado al nexo contractual, «en virtud de acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho»¹¹⁸. Y además, se pruebe «la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo»¹¹⁹. Siendo la incorporación del beneficio al nexo contractual el que impide que el empresario pueda unilateralmente extinguirlo, por lo que se mantiene el principio de intangibilidad unilateral de las condiciones más beneficiosas adquiridas¹²⁰. «La condición más beneficiosa así configurada, tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior -legal o pactada colectivamente- más favorable que modifique el estatus anterior de manera homogénea»¹²¹.

Tomando en cuenta las anteriores consideraciones se ha afirmado que el «principio de continuidad de la relación de trabajo en la sucesión de la empresa no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos, ..., de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores. Por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa se puede proceder a tal regulación homogénea de condiciones de trabajo, mediante, en su caso, las compensaciones oportunas de las condiciones más beneficiosas precedentes de carácter colectivo, no adquiridas a título exclusivamente personal»¹²².

Pudiéndose añadir que también las de carácter individual pueden compensarse, debiéndose mantener en el supuesto de que el convenio posterior fuera regresivo. La normativa comunitaria no autoriza a concluir en sentido diferente. De su alusión exclusiva a los convenios colectivos no

¹¹⁵ STSJ de Madrid de 6-3-1997, R.A. 675.

¹¹⁶ STS 10-2-1995, R.A. 1148.

¹¹⁷ SSTS de 16-9-1992, R.A. 6789; 20-12-1993, R.A. 9974; 21-2-1994, R.A. 1216; 31-5-1995, R.A. 4012; 8-7-1996, R.A. 5758).

¹¹⁸ SSTS de 25-1-1994, R.A. 1216; 31-5-1995, R.A. 4012, y 8-7-1996, R.A. 5758.

¹¹⁹ Véase nota anterior.

¹²⁰ STS de 16-9-1992, R.A. 6789.

¹²¹ STS de 11-3-1998, R.A. 2562.

¹²² STS de 23-2-1997, R.A. 1265.

puede inferirse que no hayan de respetarse las condiciones más beneficiosas, al igual que aquellas otras condiciones de trabajo de origen legal. Cuestión diferente es el tratamiento que hayan de tener las expectativas de derechos y demás intereses legítimos de los trabajadores. No parece que tales tengan que ser respetadas por el empresario cesionario, habida cuenta de que tanto la Directiva como el artículo 44 ET se refieren solamente a «derechos»¹²³.

No puede pretenderse el desconocimiento de las condiciones más beneficiosas que pudieran tener los trabajadores del empresario cedente, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, al menos con carácter general y por el solo hecho del traspaso de la empresa, habida cuenta del marcado carácter restrictivo con que se admite la aplicación de dicha cláusula en nuestro ordenamiento.

Como indica la STS de 11-3-1998, R.A. 2562: «La jurisprudencia, tanto de la Sala de lo Civil como de la Sala de lo Social, ha sido marcadamente reactiva en la aceptación de la referida cláusula en cuanto que como excepción al principio *pacta sunt servanda* autoriza excepcionalmente la revisión de alguna cláusula del contrato o resolución en aquellos casos en que por virtud de acontecimientos posteriores e imprevisibles resulta extremadamente oneroso para una de las partes mantener el contrato en su inicial contexto».

Cuestión singular es el supuesto en que exista salario en especie que se concrete en el disfrute de un determinado bien, en tal caso ese salario en especie ha de ser mantenido, pero en el supuesto en que el bien no haya sido objeto de transmisión (lo que es posible dada la noción misma de transmisión y el elemento objetivo, antes referidos) habrá de ser compensada por salario en dinero o con el disfrute de un bien equivalente¹²⁴. Tratamiento diferente debe tener aquella problemática si el disfrute del bien es objeto de condición más beneficiosa y ese bien no se transmite al empresario cesionario, en tal caso parece que el trabajador deberá ser indemnizado por el empresario cedente sin que ninguna responsabilidad pueda alcanzar al cesionario, ni siquiera por vía de la responsabilidad solidaria.

La protección contra el despido se mantiene en la nueva redacción de la Directiva con análogo contenido que en su anterior redacción. Efectivamente en el artículo 4 de la Directiva se establece:

- «1. El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo.

¹²³ Así la STSJ de Madrid de 14-1-1991, R.A. 766.

¹²⁴ STSJ de Cataluña de 15-11-1991, A.L. 25, se inclina por la extinción del derecho.

Los Estados miembros podrán establecer que no se aplique el párrafo primero a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o por la práctica de los Estados miembros en materia de protección contra el despido.

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

«Así pues la Directiva se limita a prohibir los despidos como consecuencia del traspaso»¹²⁵. Y además la protección contra el despido, sea más o menos amplia, puede eliminarse como consecuencia de la aplicación de la Directiva¹²⁶.

Ciertamente la jurisprudencia comunitaria se mueve en la misma contradicción que la Directiva, si se toma en consideración que el despido por causas económicas, técnicas o de organización constituye una modalidad de despido que, aún cuando formalmente basada en aquellas causas (organizativas, técnicas o económicas), admitida en el contexto de la Directiva, resulta que su causa real es la transmisión de la empresa.

La contradicción a la que aludimos se pone de manifiesto en la STJCE de 12-3-1998 (Asunto C-319/94 - Dethier Equipement), en la que se dice:

«A este respecto, debe señalarse que el apartado 1 del artículo 4 garantiza la protección de los derechos de los trabajadores contra el despido motivado únicamente por la transmisión de la empresa, tanto frente a la cedente como al cesionario.

De ello se deduce que el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, en la medida en que se opone a que se produzca el despido por el mero hecho de la transmisión, no limita más la facultad del cedente de efectuar despidos por las causas admitidas que la del cesionario.

Procede, pues, responder a la primera parte de la segunda cuestión prejudicial, que el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que tanto el cedente como el cesionario tiene la facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización».

¹²⁵ *Memorandum de la Comisión sobre los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas*, cit., pág. 10.

¹²⁶ STJCE de 15-4-1986, Asunto 237/84 - Comisión contra el Reino de Bélgica.

El planteamiento anterior no excluye que pueda afirmarse el rigor extraordinario de la Directiva cuando se produce un despido por causa, inmediata, del traspaso, al extremo de que si el contrato de trabajo se hubiere extinguido con anterioridad a la transmisión, con desconocimiento de lo ordenado por la Directiva, los trabajadores continúan siendo empleados de la empresa, con la consecuencia de que las obligaciones del empresario en relación con ellos se transmiten de pleno derecho del cedente al cesionario ¹²⁷.

Asimismo, es doctrina del mismo Alto Tribunal (STJCE de 12-3-1998, Asunto C-319/94 - Dethier Equipement) que:

«Por consiguiente, debe considerarse que el contrato de trabajo de la persona despedida ilegalmente poco tiempo antes de la transmisión aún existe con respecto al cesionario, incluso si después de la transmisión de empresa éste no se ha hecho cargo del trabajador despedido.

Procede responder...que los trabajadores ilegalmente despedidos por el cedente poco tiempo antes de la transmisión de empresa y de los que no se haya hecho cargo el cesionario pueden invocar frente a éste la ilegalidad de dicho despido».

La parte transcrita de la sentencia pudiera generar equívocos si no se advirtiera el fundamento de la decisión adoptada, que no fue otro que: «Es jurisprudencia reiterada (...) que las disposiciones de la Directiva, especialmente las relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de la transmisión de empresa, deben considerarse imperativas, en el sentido de que no pueden permitirse excepciones, en perjuicio de los trabajadores, a lo previsto en ellas».

La Directiva en realidad excluye únicamente que el traspaso pudiera servir de causa al despido disciplinario (?), o al objetivo por razones diferentes a las económicas, técnicas o de organización (?) dadas las categorías existentes de despido en nuestro sistema jurídico. La cuestión está pues en saber si producido el despido utilizando las categorías que acabamos de citar, el despido deba calificarse de improcedente o nulo, y si se concluyera que es nulo cuáles son sus consecuencias.

La respuesta parece que ha de ser que el despido es nulo, no obstante lo dispuesto en nuestro ordenamiento interno (*vid.* art. 55 ET), y por aplicación de la normativa y jurisprudencia comunitaria. El carácter imperativo de la normativa comunitaria sobre estabilidad en el empleo y su carácter nuclear, a la hora actual, en la construcción europea apoyan tal conclusión.

La continuidad de la relación laboral, con la ineludible obligación del empresario de reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo, en su caso, se proclama de manera nítida por la jurisprudencia comunitaria.

¹²⁷ STJCE de 15-6-1988, Asunto 101/87 - Bork International.

Cuando el despido lo hace el cedente, el cesionario se subroga en sus consecuencias. Ciertamente pendiente un proceso por despido, en cualquiera de sus fases, «el cesionario tendrá que pasar por las consecuencias de éste»¹²⁸, a lo que ha de añadirse que si bien la solidaridad excluye la necesidad de litisconsorcio, provoca efectos de cosa juzgada la sentencia obtenida frente a cualquiera de los empresarios¹²⁹. Señala la STSJ de Madrid de 25-4-1990 (R.A. 1551) que, «cuando se produce un cambio de titularidad empresarial por acto *inter vivos*, en la que ha de quedar subrogado el nuevo empresario, a resultas del pleito y asumiendo sus consecuencias como corresponde a un derecho litigioso, con arreglo a la literalidad del artículo 44.1 ET, y también conforme a su finalidad, ...no es óbice al resultado al que así debe llegarse la falta de intervención del adquirente de la empresa como parte del proceso por despido si, ..., no pudo ser llamado ya en la fase de recurso en que la cesión tuvo lugar»¹³⁰. Se añade a ello la generosidad con que está admitido jurisprudencialmente el cambio de partes o sucesión procesal en fase de ejecución¹³¹.

El tema adquiere un cariz muy distinto cuando el despido lo lleva a cabo el cesionario, en tal caso, como indican las SSTS de 30-9 y 15-12-1997 (RR.AA. 7185 y 9180): «El nuevo titular viene obligado a situarse en la posición jurídica del anterior empleador y, por ello, consecuentemente, debe asumir los contratos de trabajo otorgados por aquél en su verdadero alcance y naturaleza, cualquiera que fuera la denominación que le hayan dado las partes contratantes la falta de un requisito esencial en la contratación temporal del primitivo empresario, determinante de la indefinición de la relación laboral, apreciada con motivo del control judicial del acto de cese realizado por el "cesionario", no debe de constituir obstáculo a la subrogación, y ello independientemente -...- y sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar la empresa sucesora frente a la causante».

Debiendo añadirse que «no existe responsabilidad solidaria cuando el despido lo efectúa el cesionario después de la cesión»¹³². En términos de la STSJ de Andalucía (R.A. 1382), «la declaración de improcedencia del despido y la consiguiente condena sólo debe afectar a..., debiendo mantenerse el pronunciamiento absolutorio respecto de la codemandada..., pues del relato fáctico... se desprende que el cese fue acordado por..., empresa para la que prestaba servicios en dicho momento, pues aunque el contrato lo suscribió con la otra codemandada, con fecha... la misma cedió en arrendamiento el negocio de... donde prestaba servicios la trabajadora...habiéndose producido por tanto una sucesión de empresa y no debiendo responder el cedente de las consecuencias del cese acordado por el cesionario, pues a tenor del artículo 44.2 ET el cedente sólo responderá solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuese declarada delito».

¹²⁸ T. SALA FRANCO (Director), *opus cit.*, pág. 298.

¹²⁹ STSJ de Cantabria de 29-6-1989, R.A. 1575.

¹³⁰ También estiman la existencia de responsabilidad del cesionario las SSTS de Murcia de 11-3-1991, R.A. 1993 y de Madrid de 9-3-1992, A.L. 29.

¹³¹ SSTS 24-2 y 10-12-1997, RR.AA.1887 y 9046.

¹³² STCT de 9-7-1985, R.A. 4872; STSJ de Madrid de 22-1-1990, R.A. 395; STSJ de Extremadura de 13-12-1996, A.L. 26.

Los despidos objetivos por la causa c) del artículo 52 ET, están permitidos por la normativa comunitaria, y avalada tal posibilidad por la más reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De la diferencia de redacción entre el artículo 4.1 de la Directiva y el artículo 51 ET, al que se remite el artículo 52 c) ET, en cuanto a las causas justificantes del despido, no deben sacarse mayores consecuencias. Efectivamente, a las causas económicas, técnicas y de organización aludidas en la Directiva, añade el artículo 51 las de producción, que en definitiva queda englobada en las tres primeras.

Sobre la determinación de la concurrencia de causas económicas, técnicas o de organización, nos remitimos a la abundante producción doctrinal y jurisprudencia existente sobre el particular ¹³³.

Debe precisarse que, por su naturaleza imperativa, han de respetarse escrupulosamente las normas de nuestro ordenamiento jurídico atinentes al despido objetivo, singularmente en lo referente a los aspectos formales.

Ha de tomarse en consideración que «existen despidos colectivos comunitarios que no son en el derecho nacional quedando abierta al empresario la posibilidad de extinción de los contratos de trabajo, conforme al artículo 52.c». (STSJ de Cantabria de 5-5-1997, R.A. 1550) ¹³⁴.

La STJCE de 12-3-1998 (Asunto C-319/94 - Dethier Equipement) establece que «el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, en la medida en que se opone a que se produzca el despido por el mero hecho de la transmisión, no limita más la facultad del cedente de efectuar despidos por las causas admitidas que la del cesionario» y que «tanto el cedente como el cesionario tienen facultad de despedir por razones económicas, técnicas o de organización».

La concurrencia de las causas económicas, técnicas u organizativas han de apreciarse en los términos establecidos en el artículo 52 c) ET. Extremo en el que su nueva redacción, dada por el artículo tercero de la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, despliega toda su virtualidad, resultando especialmente importante en relación con las transmisiones de empresas, al facilitar de manera muy importante la resolución de los contratos de trabajo. Ha de tomarse en consideración que la diferenciación entre causas económicas y las demás invocadas en el artículo 51, es trascendente en el despido objetivo ¹³⁵.

En la mayoría de las transmisiones de empresas es donde esta modalidad de despido despliega toda su virtualidad extintiva del contrato de trabajo, tanto por la nueva redacción dada al precepto citado y aludida en el apartado anterior, como por la posición adoptada por la jurisprudencia a

¹³³ Una definición concreta y precisa de las causas aludidas puede verse en J. RIVERO LAMAS y A.L. DEL VAL TENA, «Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales», *A.L.* 26/1997, pág. 605.

¹³⁴ Sobre las últimas posiciones de la jurisprudencia en materia de despidos objetivos por la causa c) del artículo 52 ET, *vid.* F. NAVARRO NIETO, «Los despidos individuales por causas económicas en la reciente doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo», *A.L.* 43/1996, págs. 819-843.

¹³⁵ *Vid.* J. RIVERO LAMAS y A.L. DEL VAL TENA, «Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales», *A.L.* 26/1997, pág. 606.

partir de la STS de 24-4-1996 (R.A. 5297), en la que se señaló que «no es preciso, ..., que el despido objetivo adoptado sea por sí solo medida suficiente e ineludible para la superación de la crisis, pues basta a tal fin que esa rescisión contractual "contribuya" a la mejoría de la empresa, es decir, que ayude o favorezca la consecución de esa mejoría; si bien tal contribución ha de ser directa y adecuada al objetivo que se persigue, no debiendo tomarse en consideración la contribución meramente ocasional, tangencial o remota».

Los representantes legales de los trabajadores mantienen la prioridad para «permanecer en la empresa» si el empresario hace uso de esta posibilidad resolutoria del contrato de trabajo, circunstancia que aun cuando afectante a los representantes de los trabajadores debe ser traída a colación en cuanto goza de una doble protección, la que le ofrece el artículo 52 c) párrafo segundo ET y la que se deriva del artículo 5 de la Directiva.

2. En el plano colectivo.

A) Los despidos colectivos (remisión).

La posibilidad de que el cedente o el cesionario procedan a llevar a cabo despidos colectivos, ex artículo 51 ET, por causa de la transmisión, está avalada por la normativa comunitaria, por más que la Directiva no aluda a despidos colectivos, sino únicamente a los despidos «por razones económicas, técnicas o de organización», basta con comparar aquella redacción con la noción de despido colectivo que se contiene en el artículo 1.1 a) de la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, (que deroga la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975 y la Directiva 92/56/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992) (en adelante la Directiva sobre despidos colectivos).

La extinción de los contratos permitida por la Directiva se puede básicamente reconducir al que se fundamenta en causas económicas, pues cuando aquella norma alude a causas técnicas u organizativas «se advierte que la finalidad perseguida por los despidos que pueden encontrar apoyo en esta última es, en buena medida, coincidente con la de causas económicas, porque se trata de adoptar medidas para garantizar la viabilidad de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, con la única variante de que se trata de medidas para afrontar una situación de futuro y no actual»¹³⁶.

Si el despido debe calificarse de despido colectivo (extremo en que ha de tomarse en cuenta la discrepancia entre la regulación nacional española y la contenida en la Directiva sobre despidos colectivos) el empresario ha de observar el procedimiento exigido en el artículo 51 ET, sin que la ausencia de tal alusión en la Directiva pueda llevar a otra conclusión.

¹³⁶ J. RIVERO LAMAS y A.L. DEL VAL TENA, «Los despidos por causas económicas: aspectos procedimentales y procesales», A.L. 26/1997, pág. 606.

Por lo demás, nos remitimos a lo expuesto en torno al artículo 4 de la Directiva, en epígrafe 1 inmediatamente anterior.

B) En relación con los representantes de los trabajadores.

Los efectos del traspaso en relación con los representantes de los trabajadores se concretan en el artículo 5 de la Directiva con una nueva redacción que es más detallada y completa que la anterior.

Como principio general se establece en el núm. 1, párrafo primero del referido precepto que:

«1. En la medida en que la empresa, el centro de actividad o una parte del centro de actividad conserve su autonomía, el estatuto y la función de los representantes o de la representación de los trabajadores afectados por un traspaso tal como se define en el apartado 1 del artículo 1 subsistirán en los términos de las condiciones existentes antes de la fecha del traspaso según lo previsto en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o por un acuerdo, siempre que se reúnan las condiciones necesarias para la formación de la representación de los trabajadores».

«Estatuto» y «funciones» son objeto de protección por parte de la Directiva, bien que el alcance concreto de la protección se remita a la legislación interna de cada Estado miembro al igual que sucede con la noción misma de representante de los trabajadores, extremo en el que el artículo 2.1 c) de la Directiva alude a «los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros».

El mantenimiento de aquel estatuto jurídico peculiar y diferente de los demás trabajadores y de las funciones que la ley les atribuye (y que en puridad forman parte del «estatuto» antes aludido) depende de la concurrencia de una doble circunstancia:

- a) Que la entidad económica transmitida «conservase su autonomía».
- b) Que no se reúnan las condiciones necesarias para la nueva designación de los representantes de los trabajadores o para la nueva formación de la representación de éstos, de acuerdo con las normas legales, reglamentarias y administrativas o la práctica de los Estados miembros, o en virtud de un acuerdo celebrado con los representantes de los trabajadores.

La contundencia del mandato contenido en la Directiva impone que no pueda excusarse su cumplimiento sobre la base de la inadecuación de la entidad transmitida a la realidad de la representación existente en la empresa, teniendo que, incluso, procurarse un cambio de denominación y de estructura de los representantes u órgano de representación, sobre el fundamento de que la forma de la representación no afecta sustancialmente a aquélla (esto es, si son afectados por la transmisión sólo algún o algunos miembros del Comité de empresa, éstos pasarán, en su caso, a ser delegados de personal).

Del resto del apartado 1, así como del apartado 2 del artículo 5, parece que puede deducirse que los representantes mantienen su estatuto y funciones en la medida en que ellos mismos sean afectados por el traspaso, en otro caso y con relación a la entidad transmitida, los representantes no afectados personalmente por el traspaso, pierden la representatividad en relación con los trabajadores que sí han sido afectados por aquel traspaso.

Que la entidad económica transmitida conserve su autonomía no supone necesariamente ni que existan representantes de los trabajadores entre los afectados por la transmisión, ni que hayan de designarse nuevos representantes por los trabajadores, en tal caso parece que la representatividad se asume por la representación de los trabajadores existente en la empresa o entidad económica superior en la que se integre, aun manteniendo su autonomía (relatividad de la nota de autonomía), la transmitida.

La Directiva prevé expresamente el supuesto en que la entidad económica transmitida no conserve su autonomía y en tal caso ordena: «Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados que estaban representados antes del traspaso se hallen debidamente representados, de conformidad con la normativa o prácticas nacionales vigentes durante el período necesario para la constitución de una nueva formación o designación de la representación de los trabajadores».

Se ha mantenido que «la representación de los trabajadores se verá disminuida en la misma medida en que proporcionalmente sea disminuido el volumen de la plantilla de la empresa matriz que transmite un centro de actividad o una parte del mismo. Y ambas empresas, principal y centro transmitido, acomodarán el volumen de los representantes de los trabajadores al volumen de los trabajadores que permanecen en cada una»¹³⁷. Y que la sucesión no altera, de suyo, los mecanismos de representación de los trabajadores si la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma mantienen su propia identidad¹³⁸.

El apartado 2 del artículo 5 de la Directiva que fundamenta, en parte, la interpretación postulada, señala que: «Si el mandato de los representantes de los trabajadores afectados por un traspaso expirase a causa de ese traspaso, los representantes continuarán beneficiándose de las medidas de protección previstas por las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o por la práctica de los Estados miembros». Precisión de la norma que no es baladí y que prolonga en el tiempo la eficacia de la protección.

En los supuestos de procedimientos concursales el artículo 4 bis de la Directiva establece la inaplicabilidad, salvo que la legislación nacional respectiva establezca otra cosa, de los artículos 3 y 4 de la Directiva, pero no se exceptiona la aplicabilidad del artículo 5. Ahora bien, la excepcionalidad del supuesto, en el que no se produciría el mantenimiento de los derechos de los trabajadores ni la prohibición de despido por el hecho mismo del traslado determina que parezca al menos conveniente posibilitar a los Estados miembros el establecimiento de una regulación específica para tal supuesto. Indica el apartado tercero del punto 1 del artículo 5:

¹³⁷ J. PEDROSA GONZÁLEZ, *opus cit.*, pág. 33.

¹³⁸ T. SALA FRANCO (Director), *opus cit.*, pág. 299.

«Cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o de un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente (que puede ser un interventor de empresas autorizado por una autoridad pública competente), los Estados miembros podrán tomar las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores traspasados estén representados adecuadamente hasta que tenga lugar una nueva elección o designación de los representantes de los trabajadores».

C) Los deberes de los empresarios de información y consulta a los trabajadores.

La Directiva dedica su Sección III, comprensiva de su artículo 6, a los deberes empresariales de información y consulta. Con una redacción más precisa que en la anterior versión, establece aquel artículo 6, como principio general, bien que tales deberes de información y consulta pueden limitarse por la legislación de los Estados miembros a los supuestos en los que la representación de los trabajadores deba asumir la forma de órgano colegiado (art. 6.5), lo siguiente:

- «1. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes de sus trabajadores respectivos afectados por un traspaso de los puntos siguientes:
 - La fecha o la fecha prevista del traspaso.
 - motivos de traspaso.
 - Consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores.
 - medidas previstas respecto de los trabajadores.
2. Si el cedente o el cesionario previeren la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, están obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de los trabajadores respectivos, con el fin de llegar a un acuerdo.
4. Las obligaciones previstas en el presente artículo son aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle.
6. Los Estados miembros dispondrán que, en caso de que en una empresa o en un centro de actividad, por motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores, no hubiere representantes de éstos, los trabajadores afectados sean informados previamente:
 - La fecha o la fecha prevista de traspaso.
 - motivos de traspaso.
 - consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores.
 - medidas previstas respecto de los trabajadores.»

Son, en principio, los trabajadores los sujetos receptores del deber empresarial de información, y sólo traslativamente se acude a sus representantes, por más que los empresarios cumplan con comunicar aquellos extremos a éstos. Efectivamente, el apartado 6, antes transcrito, ha de ser interpretado en el sentido que basta con que no haya representación de los trabajadores para que surja el deber con relación a todos y cada uno de los trabajadores afectados. La alusión a los «motivos ajenos a la voluntad de los trabajadores», carece de sentido en otra interpretación habida cuenta del carácter imperativo del contenido de la Directiva. Efectivamente en la STJCE de 25-7-1991 (Asunto C-362/98 - D'Urso) se insiste en que «la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede depender de la voluntad del cedente, ni del cesionario ni de los representantes de los trabajadores, ni siquiera de los propios trabajadores».

No sucede lo mismo con el deber empresarial de consulta, pues el mismo se refiere a los representantes de los trabajadores, sin que existan términos hábiles, a tenor de la Directiva, para que puedan referirse a todos y cada uno de los trabajadores.

En este orden de ideas se ha destacado que «la Directiva no pretende una armonización general de los sistemas nacionales de representación de los trabajadores en la empresa. No obstante, el carácter limitado de esta armonización no debería impedir que las disposiciones del artículo 6 de la Directiva fueran de utilidad. En concreto, no debería ser óbice a la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas pertinentes para que se designen representantes de los trabajadores a fin de llevar a cabo la información y la consulta previstas en dicho artículo»¹³⁹.

Los deberes se establecen específicamente para el cedente y para el cesionario con el siguiente tenor:

«El cedente estará obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con suficiente antelación antes de la realización de la transmisión.

El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones a los representantes de sus trabajadores con suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados directamente en sus condiciones de empleo y trabajo por el traspaso».

El artículo 44 ET dista de ser tan preciso aludiendo a que «cuando el cambio tenga lugar por actos *inter vivos*, el cedente y, en su defecto, el cesionario está obligado a notificar dicho cambio a los representantes legales de los trabajadores de la empresa cedida».

Cedente y cesionario son sujetos de deberes legales diferentes que habrán de cumplimentar sin que quepa sustitución alguna. En este sentido habrá de interpretarse el artículo 44 ET. El tiempo en que se ha de efectuar la comunicación ahora resulta nítido sin que sea posible que el cedente deje de informar a sus trabajadores afectados por el traspaso «con suficiente antelación».

¹³⁹ *Memorandum de la Comisión sobre los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, cit.*, pág. 11.

La posición de nuestra jurisprudencia en torno a la eficacia de la comunicación a los trabajadores, no parece que pueda tildarse de desacertada, en la medida en que entiende que la comunicación a los trabajadores no condiciona la sucesión del cesionario en los derechos y obligaciones del cedente (con las notables excepciones de la STCT de 3-12-1985, R.A. 6731, y la STSJ de Cataluña de 4-4-1995, R.A. 1564).

Tampo lo hace expresamente la Directiva de la que puede inducirse un apoyo a la posición jurisprudencial. Efectivamente, la Directiva en su artículo 6.4 párrafo segundo, únicamente señala «En lo que se refiere a las presuntas infracciones de las obligaciones de información y consulta previstas en la presente Directiva, no podrá aducirse como justificación que una empresa bajo cuyo control se halle el empresario no facilitó la información necesaria».

El deber de consulta aparece cuando el cedente o el cesionario pretenden establecer medidas específicas que afecten a sus trabajadores, como ya se dejó señalado. Y tal deber de consulta lleva implícito el deber de negociar conforme a las reglas de la buena fe, de tal manera que pueda llegar a un acuerdo. Cuando las «disposiciones legales, reglamentarias o administrativas prevean la posibilidad de que los representantes de los trabajadores recurran a un arbitraje para la obtención de una decisión sobre las medidas que deban adoptarse...podrán limitar (los Estados miembros) las obligaciones previstas... a los casos en que el traspaso realizado provoque una modificación en el centro de actividad que pueda ocasionar perjuicios esenciales para una parte de los trabajadores», establece el apartado 3 del artículo 6 antes citado.

En el supuesto de que se recurra a arbitraje los deberes de información y las consultas abarcarán, al menos, a todas las medidas previstas en relación con los trabajadores, y habrán de efectuarse con la suficiente antelación «antes de que se lleve a efecto en el centro de actividad el cambio que afecte a los trabajadores».

El desconocimiento por los empresarios de esos derechos de los trabajadores y de sus representantes constituye una infracción grave en materia laboral (art. 95.7 ET), susceptible de ser sancionada (el art. 14 del R.D. 928/1998 de 14 de mayo, previene expresamente supuestos de responsabilidad solidaria).

VII. LOS EFECTOS, EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN LOS SISTEMAS COMPLEMENTARIOS DE PREVISIÓN SOCIAL, DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

La Directiva establece, con la misma redacción anterior, en su artículo 3.4, lo siguiente:

- «a) Salvo que los Estados miembros establezcan otra cosa, los apartados 1 y 3 no serán aplicables a los derechos de los trabajadores en materia de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de seguridad social de los Estados miembros.

- b) Aun cuando los Estados miembros no establezcan, de conformidad con la letra a), que los apartados 1 y 3 serán aplicables a tales derechos, adoptarán, no obstante, las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso, en lo que se refiere a sus derechos adquiridos, o en curso de adquisición, a prestaciones de jubilación, comprendidas las prestaciones para los supervivientes, con arreglo a los regímenes contemplados en la letra a)».

Aquella disposición comunitaria se ha interpretado afirmando que «la transferencia de los derechos y obligaciones del contrato o de la relación laboral no se aplica a los derechos de los trabajadores a prestaciones de jubilación, de invalidez o para los supervivientes, con arreglo a los regímenes complementarios de previsión profesionales o interprofesionales, que existan con independencia de los regímenes legales de seguridad social de los estados miembros (...). Así pues no se transfieren las obligaciones del cedente basadas en los regímenes extralegales. No obstante, a fin de evitar las consecuencias desfavorables que podría implicar esta exclusión para los trabajadores, los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores, así como de las personas que hayan dejado ya el centro de actividad del cedente en el momento del traspaso»¹⁴⁰.

En relación con los efectos que tienen las transmisiones de empresas en materia de protección social, con carácter general puede afirmarse que el «principio general, que vemos hoy en el artículo 44 ET según el cual el cambio de titularidad de una empresa no extingue la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior, entre ellos los de cotizar por el trabajador y las de responder de las prestaciones que le sean debidas y consistiendo gramaticamente la subrogación en la acción y efecto de sustituir o poner a una persona o cosa en lugar de otra, ello sienta el deber que tiene el cesionario de responder, frente al trabajador, no sólo de las obligaciones nacidas de los servicios prestados por cuenta y orden sino también de aquellas en cuya generación intervienen los trabajos realizados antes del momento de la cesión de empresa y, por tanto, bajo las órdenes del cedente; sin que ello vulnere ningún principio constitucional de inocencia por resultar solidariamente responsable de unos débitos o descubiertos cuando aún no había sucedido la explotación del negocio» (STSJ de Andalucía de 25-3-1991, R.A. 2263).

Lo indicado en el apartado anterior no impide que deban analizarse las consecuencias en el ámbito de la protección social de manera separada, esto es, en relación con el Sistema de Seguridad Social, en su nivel contributivo, y en relación con los sistemas o medios complementarios o no públicos de protección social (en toda su variada gama).

En relación con nuestro Sistema de Seguridad Social establece la STS, Sala 3.ª, de 3-3-1997 (R.A. 1626), reiterando la doctrina contenida en la STS, Sala 3.ª, de 7-3-1988 (R.A. 1860), que: «Acreditada la sucesión empresarial, la consecuencia es la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior, en los términos del citado artículo 44 ET, así como en las

¹⁴⁰ *Memorandum de la Comisión sobre derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, cit., págs. 9-10.*

eventuales responsabilidades pendientes del anterior titular en orden a las cotizaciones o prestaciones de la Seguridad Social: responsabilidad que es de carácter solidario, de conformidad con el artículo 97.2, en relación con el 68, ambos de la Ley General de Seguridad Social»¹⁴¹.

Abarca también la sucesión a deberes, concebidos bien como técnicas instrumentales respecto de las relaciones de cotización y de protección, según una importante doctrina¹⁴², o bien como integrados en la única relación de Seguridad Social, según otra no menos importante doctrina¹⁴³, del empresario, tales como los de afiliación y alta de los trabajadores a su servicio. Como indica la STS, Sala 3.ª, de 18-7-1995, (R.A. 7805), «acreditada la continuidad empresarial por sucesión, la consecuencia inmediata es la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior, así lo proclama el artículo 44.1 ET, siendo congruente con tales declaraciones el artículo 49.7 del mismo al establecer las causas de extinción de la relación laboral, sin perjuicio -dice- de lo dispuesto en el artículo 44 y entre las obligaciones que dicha norma impone, se halla la de dar de alta en la Seguridad Social a los trabajadores, artículo 15 de la Ley General de la Seguridad Social, y satisfacer las cuotas correspondientes, responsabilidad que en caso de incumplimiento..., es de carácter solidario con el cedente, artículo 97 en relación con el 68 ambos de la LGSS»¹⁴⁴.

En nuestro sistema, al margen del artículo 44 ET, que establece el principio general de sucesión en la transmisión de empresas, ha de tomarse en consideración el artículo 127.2 LGSS, que establece: «En los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión». En el párrafo primero del apartado 3 del mismo artículo se establece la concurrencia de responsabilidad criminal del empresario o de un tercero, así como la independencia de la responsabilidad del cesionario y cedente por las prestaciones, de las indemnizaciones por daños, derivadas del delito, y en el párrafo segundo el derecho al reintegro por las prestaciones sanitarias otorgadas. En todo caso ha de tenerse en cuenta que subsisten, si bien con valor de norma reglamentaria, las previsiones contenidas en los artículos 94 y 95 de la LGSS de 1966, especialmente el artículo 95 que establece la procedencia del reintegro en todos los supuestos de automaticidad del derecho a las prestaciones¹⁴⁵.

En relación con la obligación de cotizar, en el Régimen General de la Seguridad Social, establece el artículo 104 que el empresario es el sujeto responsable del cumplimiento de la obligación de cotizar con respecto a su cuota y a la de los trabajadores y que «asimismo, responderán, en su caso, del cumplimiento de esta obligación las personas señaladas en los apartados 1 y 2 del artículo 127». El artículo 10 del Reglamento de Recaudación, aprobado por Real Decreto 1637/1995 de

¹⁴¹ En el mismo sentido la STS, Sala 3.ª, de 28-10-1997, R.A. 7085.

¹⁴² L.E. DE LA VILLA y A. DESDENTADO, *Manual de Seguridad Social*, Pamplona 1979, especialmente pág. 263 y sigts.

¹⁴³ M. ALONSO OLEA y J.L. TORTUERO, *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid 1995, especialmente págs. 385 y sigts.

¹⁴⁴ En el mismo sentido las SSTs, Sala 3.ª, de 29-2 y 4-10-1996, RR.AA. 1661 y 7321; 17-2-1998, R.A. 1556; STSJ de Navarra de 9-4-1991, R.A. 2718, etc.

¹⁴⁵ Sobre el particular STSJ de Andalucía de 25-3-1991, R.A. 2263.

6 de octubre, reproduce aquella responsabilidad solidaria, que, según establece en su apartado 6, «alcanzará tanto a la cuota como, en su caso, a los recargos, intereses y a las costas del procedimiento de apremio impagados»¹⁴⁶.

La extensión de la responsabilidad solidaria a los recargos, ha sido confirmada por la STS, Sala 3.ª, de 28-11-1997 (R.A. 8558), que establece: «En cuanto a la alegación de que la responsabilidad solidaria no puede comprender sanciones, ya que los recargos por mora son aplicables únicamente a los deudores, ha de tenerse en cuenta el carácter indemnizatorio de éstos y que conforme al indicado artículo 10.2 del RD 716/1986...» (ahora art. 10.6 del RD 1637/95).

La extensión en el tiempo de la responsabilidad solidaria a la que se está aludiendo, bien pudiera pensarse que la fijación del plazo de tres años en el artículo 44 ET, pudiera influir al respecto. No obstante la jurisprudencia se ha cuidado de distinguir responsabilidad y prescripción, así la STS, Sala 3.ª, de 23-11-1997 (R.A. 8558), indica: «En cuanto a la alegación de prescripción de dicha responsabilidad (en referencia a la solidaria por impago de cuotas) que según el apelante concreta el artículo 44 ET, ha de tenerse en cuenta que el plazo que señala este precepto no es de prescripción sino delimitador del ámbito temporal de la responsabilidad solidaria». Efectivamente, de acuerdo con dicha apreciación, el plazo de prescripción en orden a las prestaciones y cuotas de seguridad es específico y a él ha de estarse, siendo de 5 años (arts. 21 y 43 LGSS).

La doctrina ha venido afirmando que la subrogación opera también respecto de eventuales responsabilidades pendientes del anterior empresario, en orden a las cotizaciones o prestaciones de la Seguridad Social, incluidas las mejoras voluntarias¹⁴⁷, y con más amplitud se llega a afirmar que incluye la Seguridad Social complementaria¹⁴⁸.

Ciertamente no puede olvidarse que las mejoras voluntarias forman parte del Sistema de Seguridad Social (art. 39 LGSS, estando específicamente previstas para el Régimen General en los arts. 191 a 194 LGSS). Por lo que la referencia de la Directiva a los «régimenes complementarios profesionales o interprofesionales» a los régimenes de previsión voluntaria, (Régimenes de Previsión voluntaria en sentido estricto, Mutualidades Libres, Fundaciones Laborales y Fondos y Planes de Pensiones), todo ello sin perjuicio de que el régimen específico de algunos impida la subrogación, *stricto sensu*, (así respecto de Planes de Pensiones en el sistema de empleo).

Diferente a la sucesión es la obligación que se impone en la letra b) del apartado 4 del artículo 3, de establecer un sistema que proteja no sólo los derechos adquiridos sino también aquellos que están en curso de adquisición a prestaciones de jubilación, incluidas las prestaciones a supervivientes en los medios establecidos de previsión voluntaria autónoma y libre tanto de los trabajadores afectados por la transmisión como de aquellos que hubieren dejado la empresa antes de la fecha de la transmisión.

¹⁴⁶ En cuanto al procedimiento de recaudación administrativa deben tomarse en cuenta el artículo 32 del Real Decreto 928/1998 de 14 de mayo, para las Actas de liquidación, y las Circulares de la TGSS 2-026 de 9-7-1993 y 5-045 de 7-10-1997.

¹⁴⁷ T. SALA FRANCO, *opus cit.*, pág. 298.

¹⁴⁸ M. CARLOS PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *opus cit.*, pág. 912.