

JUAN PEDROSA GONZÁLEZ

*Abogado
Asesoría Jurídica CC.OO.*

Extracto:

EL presente estudio pretende analizar la interpretación jurisprudencial de la Directiva 77/187 realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Del análisis de esta copiosa jurisprudencia se puede constatar que la Directiva establece una protección a los trabajadores que es superior a la protección que otorga la legislación estatal española. Y así:

1. La Directiva protege a un conjunto de trabajadores más amplio que el amparado por la legislación estatal. Y ello porque la Directiva no exige como requisito para su aplicación el hecho de que la transmisión empresarial conlleve necesariamente traspaso de elementos patrimoniales. Así, los trabajadores de empresas descapitalizadas (como las de servicios de limpieza, vigilancia, jardinería, etc.) no están protegidos por la legislación estatal, pero sí por la Directiva.
2. Los Tribunales españoles mantienen el criterio anterior en clara contradicción con el Tribunal de Luxemburgo.
3. La Directiva protege a los representantes de los trabajadores al mantenerlos en su representación, y la legislación estatal no.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Ubicación de la Directiva 77/187 en el ordenamiento comunitario.
- III. Concepto de empresa a transmitir.
- IV. Los traspasos regulados por la Directiva. Concepto de cesión convencional.
- V. Los representantes de los trabajadores en la Directiva.
- VI. Adecuación del Derecho español a la Directiva.

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 77/187 es una de las escasas normas de la hoy Unión Europea que se encuadran en lo que tradicionalmente hemos llamado Derecho del Trabajo.

Esta Directiva regula una parte de las relaciones laborales existentes entre empresas y trabajadores, de manera que aunque como toda Directiva, va dirigida a los Estados miembros, resulta ser Derecho invocable por las partes privadas involucradas en un conflicto planteado ante la jurisdicción, si el Estado correspondiente no hubiese traspuesto correctamente la Directiva (como entendemos que ha ocurrido en España) y respecto de las partes de la Directiva que fueran suficientemente claras y precisas a la vez que reconocieran derechos a los particulares.

Las tres Directivas que durante muchos años han sido las únicas reguladoras de algún aspecto de la relación laboral o del contrato de trabajo (la relativa a la insolvencia del empleador, la relativa a los despidos colectivos y la que ahora estudiamos) curiosamente se han dedicado a armonizar a nivel comunitario sólo aspectos de la crisis de las empresas, la solución a situaciones nacidas en estados patológicos de las empresas. Así, lo hasta hace poco único legislado en la materia se refería al Derecho del Trabajo de la crisis, sólo recientemente se han emitido Directivas sobre aspectos de la relación de trabajo no relacionados con la crisis de empresa (como la Directiva de jornada, las Directivas en materia de seguridad en el trabajo o la Directiva sobre derechos de información de los trabajadores en empresas y grupos de dimensión comunitaria). Las primeras normas comunitarias relativas al Derecho del Trabajo se referían a la crisis de empresa, porque al carecer de política social a la fecha de su promulgación, la Comunidad no pretendía crear el germen del Derecho del Trabajo europeo, sino dar una regulación común que evite las distorsiones que en el mercado común pudieran generar las diferencias de las regulaciones nacionales sobre aspectos que podrían poner a unas empresas en posición privilegiada en la competencia con otras. Sólo después del Acta Única Europea se ha empezado a armonizar la legislación laboral en aspectos que no necesariamente influyen en la competencia entre empresas.

II. UBICACIÓN DE LA DIRECTIVA 77/187 EN EL ORDENAMIENTO COMUNITARIO

Según recuerda el preludio de la misma Directiva 77/187, ésta encuentra su basamento y habilitación legal en el artículo 100 del Tratado CEE. Por tanto, se trata de una Directiva aprobada por unanimidad del Consejo, a propuesta de la Comisión, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social.

El artículo del Tratado CEE en el que se basa esta Directiva (el art. 100) es la norma residual, la válvula de cierre que prevé que cuando el mercado común tenga alguna dificultad para instaurarse, que no se pueda resolver mediante las políticas concretas que establece el Tratado (entre ellas, la política social), la Comunidad la resolverá mediante Directivas aprobadas por unanimidad en el Consejo.

Es de hacer notar que si entendemos, con la unanimidad de la doctrina, que la Comunidad Europea es una organización internacional supranacional de integración, esa integración tiene dos características importantes:

1. Los Estados ceden una parte de su soberanía a la Comunidad.
2. La normativa emitida por la Comunidad en las parcelas de soberanía cedidas resulta de aplicación preferente a la normativa del Estado.

Los Estados firmantes del Tratado de Roma sabían qué parte de soberanía cedían: la necesaria para alcanzar las políticas comunes previstas en el Tratado de Roma, y sólo en la cuantía prevista por el Tratado. El artículo 100 del Tratado CEE es el que permite a la Comunidad legislar sobre materias no expresamente atribuidas a la Comunidad por el Tratado, pero que sean necesarias para llegar al fin perseguido primordialmente por la firma del Tratado: el establecimiento y funcionamiento del mercado común; como consecuencia de ello, en virtud del artículo 100, los Estados pueden verse en una situación tal que determinadas materias o competencias que eran privativas del Estado, y que en principio no se previó que tenían que cederse a la Comunidad, pasan a ser competencia de ésta mediante el procedimiento previsto en este artículo.

Claro que para ello se establecieron en el Tratado todas las cautelas posibles: la Directiva tendría que ser aprobada en el Consejo (formado por ministros de cada Estado, ya que es el órgano que recoge la legitimidad de los Estados miembros), por unanimidad y no por la regla general de la mayoría cualificada (es decir, con la existencia del derecho de veto), y en todo caso, la norma resultante es una Directiva, en principio no de aplicación directa a los particulares, y necesitada, en principio, de una trasposición al Derecho interno por parte del Estado.

Dada la ausencia de una atribución concreta de la competencia sobre esta materia a la Comunidad, y la necesidad de armonizar las situaciones de crisis de empresas en la Comunidad, que debido a la crisis energética de los años 70 se hacía ver en Europa, la Comunidad adoptó esta Directiva junto con algunas otras, también referidas a crisis de empresas (que tratan de las garantías de los trabajadores en caso de insolvencia del empleador y en caso de cierre económico).

La razón de ser de la Directiva es básicamente económica y no social. No se integra dentro de la política social de la Comunidad, porque el articulado sobre la misma recogido en el Tratado nada dice o habilita para ella. Además, al momento de adoptarse esta Directiva, la Comunidad no tenía competencia en materia de Derecho del Trabajo o de protección a los trabajadores. Es más: los aspectos sociales de la construcción europea serán el resultado, según el Tratado fundacional, del funcionamiento del mercado común. Serán la consecuencia de los objetivos que se propone el Tratado, pero no son un objetivo del Tratado. Así lo ha reconocido el Tribunal de Justicia de la Comunidad, que en su Sentencia de 29-9-1987, asunto 126/86, *Giménez Zaera v. INSS y TGSS*.

Así, la Directiva no se dictó con intención proteccionista de los derechos de los trabajadores, sino con la intención de que la diferencia de regulación en los Estados miembros no distorsionase el mercado común, «considerando que tales diferencias pueden tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común» como dice el preludio de la norma aquí glosada.

Por tanto, se trata de una norma excepcional, no ubicada en un conjunto superior de normas sobre la misma materia que puedan integrarse unas a otras, y servir para una interpretación conjunta de toda esa rama del ordenamiento. Los problemas de interpretación de esta Directiva, que más abajo se detallarán, no pueden ser resueltos acudiendo a un acervo común, unos principios generales elaborados por el Derecho comunitario del trabajo, de los cuales la Directiva sea la concreción de los mismos al caso concreto de la transmisión de empresa. En el estudio de la Directiva no se puede obviar el problema consistente en no tener una elaboración comunitaria asentada de conceptos tales como trabajador, empresa o cesión convencional, agravada por el hecho de que las diferentes legislaciones nacionales ofrecen soluciones muy distintas a problemas comunes, como la fuerza vinculante de los convenios, o el tipo de representantes de los trabajadores.

La Directiva no pretende contener en sí misma todo el Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores en caso de transmisión de empresa. En principio, porque, como toda Directiva, sólo señala objetivos y tiene que ser desarrollada por el Estado. Y en segundo lugar, porque la Directiva sólo pretende armonizar parcialmente el asunto, sólo en aquello que afecte a la unidad del mercado común y al falseamiento de la competencia si esta regulación se deja completamente en manos de los Estados miembros. El resto de circunstancias regulables en caso de transmisión de empresa lo deja en manos de los Estados, ya que a la Directiva no le interesa.

En cuanto a la forma jurídica de la norma a estudiar, se trata de una Directiva, norma que, en principio no tiene efecto directo sobre las relaciones de los particulares, sino que el Estado debe trasponerla a su Derecho interno mediante una norma interna, que será la invocable por los parti-

culares ante las jurisdicciones nacionales. Así, el artículo 189, párrafo tercero, del Tratado de Roma establece: «La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios».

Uno de los temas clásicos en la elaboración jurisprudencial del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCEE) ha sido el del efecto directo de las Directivas, entendiendo por tal que la norma comunitaria pueda atribuir derechos ejercitables por los particulares ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, estando el juez nacional obligado a aplicar las disposiciones con dicho efecto en una Directiva, en supuestos de incumplimiento de la obligación del Estado destinatario de trasponerlas correctamente. En las Directivas se produce una escisión ante la solución política de las soluciones a adoptar, que corresponde a las instituciones de la Comunidad, y la adopción de las medidas que realicen la elección comunitaria, que corresponde a los Estados; por ello se dice que las Directivas son una fuente indirecta de normativa comunitaria. Los Estados son los únicos sujetos obligados por la Directiva, que en todo caso y al margen de sus peculiaridades de aplicación, tiene carácter obligatorio, como lo tienen todas las reglas del Derecho comunitario. Es por ello que la efectividad del Derecho comunitario depende de la acción normativa del Estado destinatario, que goza de autonomía institucional y procedimental para trasponer mediante un instrumento normativo adecuado el contenido de la Directiva y que, según un viejo principio del Derecho Internacional, no podría invocar disposiciones nacionales para defender una incorrecta trasposición de la Directiva o su propia pasividad legislativa. Por tanto, la colaboración de los Estados en el plano normativo es esencial.

La declaración de efecto directo de las Directivas comunitarias viene a romper con este esquema teórico; como consecuencia de la falta de sensibilidad comunitaria de los Estados que no respetaron sus compromisos como miembros de la CEE, desconociendo el carácter obligatorio de las Directivas, el TJCEE estableció este carácter de las Directivas, separándose del Derecho Internacional Público en esta materia. Si el efecto directo del propio Tratado se consagró en la conocida Sentencia *Van Gend and Loos*, de 5-2-1963, asunto 26/62, será en el asunto *Grad*, 9/70, cuando el TJCEE, desvinculándose de una posición formalista y basándose en consideraciones relativas al efecto útil del Derecho comunitario, indicará que otras categorías de actos contemplados en el artículo 189 del Tratado de Roma también pueden producir efectos análogos. Posición que el Tribunal va a ir perfilando jurisprudencialmente, en el sentido de que las disposiciones de las Directivas que otorgan derechos subjetivos a los interesados podrán hacerse valer ante los Tribunales nacionales.

El fundamento de dicho efecto directo, como se indica en la Sentencia *Ratti*, de 5-4-1979, asunto 148/78, es que «sería incompatible con el efecto obligatorio que el artículo 189 reconoce a la Directiva excluir, en principio, que la obligación que impone pueda ser invocada por personas afectadas»; «que el efecto útil de tal acto se encontraría debilitado si los administrados se vieran impedidos de alegarla en vía judicial y los órganos jurisdiccionales nacionales impedidos de tomarla en consideración en cuanto elemento de Derecho comunitario»; «que, en consecuencia, el Estado miembro que no ha adoptado, en los plazos previstos, las medidas de ejecución impuestas por la Directiva, no puede oponer a los particulares el incumplimiento, por él mismo, de las obligaciones

que establece»; «que de ello se deriva que un órgano jurisdiccional nacional 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 es sino al término del período fijado, y en caso de incumplimiento del Estado miembro, cuando la Directiva... podrá producir los efectos señalados».

El TJCEE señala ya en esta decisión que no toda Directiva tiene *per se* este efecto directo, sino que tiene que cumplir determinados requisitos que han sido después perfilados en pronunciamientos posteriores. Básicamente, que haya transcurrido el término fijado por la Directiva para su transposición al Derecho interno sin que el Estado haya adoptado las medidas necesarias para ello, de un lado; de otro, que las disposiciones de la Directiva, desde el punto de vista de su contenido, sean incondicionales y suficientemente precisas. La noción clave en este respecto, como señala J.V. LOUIS es la existencia de la facultad de apreciación atribuida a los Estados miembros; el efecto directo sólo existe en aquello en que tal facultad no existe. O, en las palabras de SORIANO, en aquellos casos en que la voluntad contemplada en la Directiva es sólo germinal, pendiente de ulterior concreción, determinable a voluntad del Estado destinatario, tal Directiva no sería susceptible de generar efecto directo (1).

A consecuencia de los incumplimientos estatales respecto de las obligaciones impuestas por las Directivas, apareció la jurisprudencia citada que otorgaba efecto directo a las Directivas. Pero también apareció una práctica de la Comisión en el sentido de hacer los proyectos de Directivas cada vez más detallados, de manera que se limita de esta forma el poder de decisión del Estado. Las Directivas empiezan a ser casi tan detalladas y extensas como los Reglamentos, lo que por un lado evita el peligro de que los ciudadanos se perjudiquen por el hecho de que los Estados incumplan sus obligaciones respecto de la Directiva, ya que en todo caso ésta pasará a tener efecto directo. Pero de otro lado, esta práctica, junto con la jurisprudencia del Tribunal, han modificado el equilibrio de poderes previsto en el Tratado fundacional. La Comunidad Europea es un ente vivo, que aporta soluciones nuevas a los problemas que se le van creando cada día.

La Directiva de que tratamos está influida por esta práctica (se aprobó 14 años después de la Sentencia *Van Gend and Loos*), y por ello es suficientemente clara, detallada y precisa en las materias que quiere armonizar, tal vez previendo la necesidad de esta precisión ante el posible incumplimiento de los Estados. Debido a ello, el Tribunal no ha llegado siquiera a plantearse el problema del efecto directo de esta Directiva (en las materias detalladas, por supuesto), dando por supuesto en todas sus sentencias que lo tiene.

(1) Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias y su posible incidencia en el Derecho laboral español, Carlos R. FERNÁNDEZ y Miguel C. RODRÍGUEZ-PIÑERO. *Relaciones Laborales*.

III. CONCEPTO DE EMPRESA A TRANSMITIR

Aunque la Directiva se refiere a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, resulta que no contiene en todo su articulado una definición de empresa ni de centro de actividad.

Su artículo 2, dedicado a las definiciones, no contiene definición alguna de empresa ni de centro de actividad, por lo que nos encontramos, desde el principio, con un problema de interpretación que, dada la inexistencia del concepto de empresa, ni en esta Directiva ni en ninguna otra norma comunitaria, habrá de ser resuelto mediante la interpretación que de esta norma venga a consolidar la jurisprudencia. Por tanto, parece ser que nos encontramos en un principio con un concepto jurídico indeterminado, con los problemas de interpretación que tales conceptos plantean.

Bien es cierto que en nuestro Derecho interno los operadores jurídicos se encuentran con un problema parecido: tampoco existe una definición de empresa con carácter de generalidad. El artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores define a la empresa como toda persona física o jurídica, incluso las comunidades de bienes, que reciban la prestación de servicios del trabajador. Pero esta definición tampoco es clara y rotunda, y suscita los problemas de interpretación que la doctrina se ha encargado de plantear.

En cuanto a la normativa comunitaria, hay que reconocerle que no plantea la confusión que en Derecho interno español existe entre empresa y empresario. Así, en las definiciones del artículo 2 se separa el concepto de empresa del concepto de empresario: parece ser que empresario es la persona física o jurídica titular de la empresa; la persona es el empresario, mientras que la empresa es la cosa sobre la que se tienen derechos. En la versión francesa incluso está más clara la separación de conceptos, ya que al empresario se le llama *chef d'entreprise*: el que ejerce el poder sobre la empresa.

Inexistente, por tanto en Derecho comunitario, el problema de deslindar al empresario de la empresa, queda como único problema el de deslindar la empresa de figuras afines o parecidas. Esta labor la está realizando el TJCEE a lo largo de sus sentencias, caso por caso, resolviendo las dudas que le plantean los jueces nacionales cuando hay que decidir si en un supuesto concreto estamos ante una empresa o no. En todo caso, hay que hacer notar que la preocupación del TJCEE no es la de definir el concepto de empresa, sino la de valorar o no si estamos ante el traspaso de una empresa, de manera que cualquier norma general que podamos inferir de la jurisprudencia comunitaria habrá de ser vista, siempre, con el recelo normal consistente en que esa definición o argumentación está dirigida a la transmisión de la empresa, sin la cual, el asunto de la definición no tiene interés para el Tribunal.

No obstante, en la reciente Sentencia de 7-12-1995, asunto C-449/93, *Rockfon A/S*, el Tribunal ha intentado definir el concepto de centro de trabajo, si bien en una sentencia destinada a interpretar la Directiva 75/129 CEE, dedicada a los despidos colectivos, por lo que esta definición no necesariamente tiene que ser trasladada a la interpretación de la Directiva 77/187. En el párrafo 32, esta sentencia dice:

«Procede, pues, interpretar el concepto de centro de trabajo, que figura en la letra a) del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva (75/129), en el sentido de que designa, según las circunstancias, aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido. A efectos de la definición del concepto de centro de trabajo no resulta esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos colectivos.»

Esta definición que ofrece el Tribunal adolece de cierta vaguedad, si bien es cierto que, a lo que nos interesa, no establece como elemento definitorio del centro de trabajo los elementos materiales del mismo, sino «aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores», unidad que bien puede entenderse, en un sentido inmaterial, como la actividad que presta la entidad productiva en la que trabajan.

En un análisis casuístico de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en principio, interesa hacer constar que el Tribunal no considera como un obstáculo para la consideración de un ente como empresa, el hecho de que la misma se encuentre incurso en un procedimiento de administración judicial, o suspensión de pagos. Una empresa que, debido a una crisis económica, se encuentra en una posición tal que es dirigida por un órgano jurisdiccional o administrativo, despojando por tanto a su anterior titular de la facultad de dirigir la empresa, sigue siendo una empresa a todos los efectos de la Directiva, sin que por ello pueda esgrimir ningún privilegio o solicitar ninguna exención de la aplicación de esta normativa. Esto es lo que mantiene el Tribunal en sus tres Sentencias de 7-2-1985 (asuntos 135/83, 179/83 y 186/83), y en la de fecha 11-7-1985 (asunto 105/84).

Tampoco es obstáculo para la consideración del TJCEE el hecho de que la empresa esté cerrada al momento de la transmisión. En el asunto *Ny Molle Kro*, número 287/86, Sentencia de 17-12-1987, el Tribunal tiene ocasión de ocuparse de esta cuestión en la respuesta a la segunda y tercera preguntas formuladas por el Tribunal estatal. En el asunto planteado al Tribunal, había que decidir si en la transmisión de una empresa con actividad estacional, cedida durante la época en que estaba cerrada, se debe respetar la continuidad de la relación con los trabajadores de la misma, que en la fecha de la transmisión no estaban trabajando, por estar cerrada. Ante la postura favorable a la transmisión, propugnada por el demandante en el asunto principal, y la negativa a la misma, formulada por el demandado en el asunto principal, el Tribunal se inclina

por la postura intermedia, propugnada por la Comisión y por el gobierno británico. Según esta tesis intermedia, el hecho del cierre temporal no es suficiente para excluir la aplicación de la Directiva, ya que de lo que se trata es de descubrir si una entidad económica ha sido transmitida de manera que conserva su identidad. En el supuesto de que la identidad sea conservada, no afectará para nada el hecho de que esté cerrada:

«... el artículo 1-1 de la Directiva 77/187 contempla la hipótesis en que la empresa guarda su identidad, en el sentido de que una entidad económica aún existente es transferida, lo que resulta, especialmente, del hecho de que su explotación es efectivamente continuada por el nuevo empresario, con las mismas actividades económicas o actividades análogas. Para determinar si estas condiciones son reunidas, hay que tomar en consideración el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión. El hecho de que la empresa en cuestión esté, en el momento del traspaso, temporalmente cerrada y, en consecuencia, sin tener empleados a su servicio, constituye ciertamente un elemento a tener en consideración para considerar que una entidad económica aún existente ha sido transferida. De todas maneras, el cierre temporal de la empresa y la consiguiente ausencia de personal en el momento del traspaso no son, por sí solos, algo que naturalmente excluya la existencia de una transmisión de empresa en el sentido del artículo 1-1 de la Directiva. Esta conclusión se impone en la hipótesis de una empresa de carácter estacional y, más particularmente, cuando, como en este caso, la transmisión opera durante el período de interrupción estacional de las actividades de la empresa. En efecto, un tal cierre no es por regla general suficiente para poner fin a la existencia de la empresa en tanto que entidad económica.» (párrafos 18, 19 y 20). (Traducción no oficial).

Este listado de circunstancias a tener en cuenta para saber si una empresa guarda su identidad, al momento de ser transmitida, se ve más explicitada en la Sentencia de 12-11-1992, *Anne Watson Rask*, asunto C-209/91, que dice:

«... para determinar si esas circunstancias se reúnen, hay que tomar en consideración el conjunto de circunstancias de hecho que caracterizan la operación en causa, entre las cuales figuran especialmente el tipo de empresa o establecimiento del que se trate, la transmisión o no de los elementos corporales, tales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos incorporeales en el momento de la transmisión, la toma o no de lo esencial de los efectivos por el nuevo empresario, la transmisión o no de la clientela así como el grado de similitud de las actividades ejercidas antes y después de la duración de una eventual suspensión de esas actividades. Conviene, en todo caso, precisar que todos esos elementos no son más que aspectos parciales de la evaluación del conjunto que se impone y no pueden, por ello, ser apreciados aisladamente.» (párrafo 20). (Traducción no oficial).

Tampoco estima el TJCEE un obstáculo para considerar de aplicación la Directiva el hecho de que lo que se transmita no sea la propiedad de la empresa, sino un derecho arrendaticio sobre la misma. O dicho de otra manera: el TJCEE considera que una empresa puede estar formada por un conjunto de bienes o derechos sobre los que el titular no tiene necesariamente que ser el propietario, sino que basta con que tenga las facultades de disposición sobre los mismos, aunque sea a título de arrendamiento. Así, en la Sentencia de 17-12-1987, asunto 287/86, *Ny Molle Kro* dice:

«... La Directiva es, pues, aplicable cuando existe un cambio, derivado de una cesión convencional o de una fusión, de la persona física o moral responsable de la explotación de la empresa, y que, por ese hecho, contrae las obligaciones de empleador frente a los asalariados que trabajan en la empresa, sin que importe saber si la propiedad de la empresa ha sido transferida. En efecto, los empleados de una empresa que cambia de empresario, sin que haya traspaso de la propiedad, se encuentran en una situación comparable a la de los empleados de una empresa enajenada y tienen, pues, necesidad de una protección equivalente. En consecuencia, en la medida en que el arrendatario, en virtud del contrato de arrendamiento, adquiere la cualidad de empresario en el sentido indicado más arriba, el traspaso debe ser considerado como un traspaso de empresa, a otro empresario, resultando de una cesión convencional, en el sentido del artículo 1-1 de la Directiva» (párrafo 12). (Traducción no oficial).

En el mismo sentido que la anterior, la Sentencia de 10-2-1988 también considera que estamos ante una transmisión de empresa en el supuesto de que un empresario ceda a otro mediante arrendamiento la explotación de bares y restaurantes, sin transmitir la propiedad:

«... la Directiva es aplicable a partir del momento en que, como consecuencia de una cesión convencional o de una fusión, cambia la persona física o moral responsable de la explotación de la empresa, que, por este hecho, contrae obligaciones en tanto que empleador con los asalariados que trabajan en la empresa, independientemente del hecho de que se transfiera la propiedad de la empresa.» (párrafo 9).

En igual sentido, la Sentencia de 12-11-1992, asunto C-209/91, *Anne Watson Rask* considera aplicable la Directiva a un supuesto en que lo que se transmite es la actividad consistente en el servicio de bares y cantinas para el personal de una empresa que cuenta con un centro de trabajo en que prestan sus servicios gran número de trabajadores.

En los últimos supuestos que hemos visto, el Tribunal considera que existe una empresa pese a que el titular de la misma no ostente la propiedad. No obstante, se trata en todo caso de una unidad productiva con sustrato material: lo que se arrienda es el local y toda la maquinaria necesaria

para desarrollar la actividad, de manera que la empresa en bloque constituida por bienes materiales, personas y organización, pasa de un titular a otro, aunque no se traspase el dominio sobre los bienes materiales, sino sólo el derecho arrendaticio.

Esta doctrina es ratificada por la Sentencia de 8-6-1994, asunto C-382/92, *Comisión contra Reino Unido*, sentencia que resuelve una demanda de incumplimiento de Estado interpuesta por la Comisión, entre otras cosas, porque la ley nacional británica que traspone al Derecho interno la Directiva de referencia excluía de su ámbito de aplicación los traspasos de empresas en que no se transmite la propiedad; no obstante, la sentencia desestima la demanda de la Comisión a este respecto, ya que aunque la ley interna excluyera estos supuestos, se ha ido creando un cuerpo de jurisprudencia de la Cámara de los Lores en el sentido de que la ley interna debe interpretarse a la luz de la Directiva y de la interpretación que de ella hace el TJCEE, el ámbito de aplicación de la ley interna es igual al de la Directiva (solución al segundo motivo de la demanda). El Tribunal recuerda que el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales (2).

Sin embargo, en la Sentencia de 19-5-1992, asunto C-29/91, *Dr. Sophie Redmond*, entendemos que el TJCEE ha venido a ampliar el concepto de empresa que hasta ahora había utilizado. No es que el TJCEE haya cambiado de parecer, o haya rectificado jurisprudencia anterior, (ya que antes no se había pronunciado sobre la materia) sino que viene a dar una interpretación de empresa muy distinta (e incluso contraria) a la que se viene aceptando por los Tribunales españoles. Según la sentencia que comentamos, (recordando en esto a la Sentencia *Spijkers*, de 18-3-1986) para ver si estamos ante una empresa objeto de transmisión en el sentido de la Directiva, hay que tener en cuenta el conjunto de una serie de circunstancias:

«... el tipo de empresa o de establecimiento del que se trata, la transmisión o no de los elementos corporales, tales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos incorporeales en el momento del traspaso, la reubicación o no de la parte esencial de los efectivos por el nuevo empresario, el traspaso o no de la clientela, así como el grado de similitud de las actividades ejercidas antes y después de una eventual suspensión de estas actividades. Conviene, en todo caso, precisar que todos estos elementos no son más que aspectos parciales de la evaluación del conjunto que se impone, y que no pueden ser apreciados aisladamente... En lo que concierne a los bienes muebles, de cuya ausencia de traspaso no parece derivarse obstáculo alguno a la aplicación de la Directiva, corresponde al juez nacional apreciar su importancia en la evaluación que se impone del conjunto...» (párrafos 24 y 29). (Traducción no oficial).

(2) La desestimación de la demanda de la Comisión se basa en que las decisiones de los Tribunales británicos invocadas por la Comisión en apoyo de sus motivos son anteriores a la sentencia de la Cámara de los Lores a la que se refiere la defensa del Gobierno del Reino Unido, que fue dictada el 16-3-1989 (en todo caso, anterior a la fecha de ingreso del asunto en el Tribunal).

En este análisis del conjunto, la sentencia llega a decir que el hecho de traspasar sólo una actividad que se convierte en independiente no es suficiente para rechazar la aplicación de la Directiva, que está prevista para el traspaso no sólo de empresas, sino también de centros de actividad y de partes de centros de actividad, a las cuales pueden ser asimiladas las actividades de naturaleza particular. De esta manera, la sentencia referida equipara la empresa (o el centro de actividad) en el sentido de la Directiva a la actividad, sin necesidad de sustrato físico, cuando es la actividad lo que otorga importancia a la empresa, de manera que todas las demás circunstancias no llegan a tener suficiente importancia como para contrarrestar la importancia de la actividad. Por tanto, y en resumen: la actividad desarrollada por una empresa puede llegar a ser tan esencial, en el conjunto de circunstancias que integran una empresa, que no se necesite la transmisión de ninguna otra cosa distinta a la actividad en sí para que se deba aplicar la Directiva. Compete al Tribunal nacional apreciar ese conjunto de circunstancias y su peso específico.

Esta sentencia ha merecido diversos comentarios entre la doctrina, no tan acertados como debieran:

Para GONZÁLEZ-BIEDMA en «Los efectos jurídico-laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios», después de constatar que esta sentencia supone un salto cualitativo (*sic*) en la definición del ámbito de la Directiva, «Es un propósito no sólo respetable, sino también plausible y necesario, que la jurisprudencia actualice y aplique las normas a las circunstancias cambiantes; pero no es menos cierto que esa aplicación no debe violentar la norma de manera que su lógica quede alterada de manera sustancial y produzca efectos que, aunque en el concreto supuesto pueda resultar conveniente para resolver la situación allí planteada, llegue a expresarse en unos términos tales que pase a tener un efecto no tan conveniente una vez que tal decisión se generaliza y se objetiva». El autor continúa haciendo votos para que la doctrina contenida en esta sentencia no se repita (3).

En la misma línea interpretativa del concepto de empresa, se han seguido produciendo sentencias del Tribunal de la Comunidad, entre las que merece citarse la Sentencia de 14-4-1994, asunto C-392/92, *Christel Schmidt* (Actividades del Tribunal de Justicia núm. 11/94), que viene a considerar que existe una transmisión de empresa cuando una empresa principal cede a otra empresa la actividad de limpieza de sus propios edificios, que antes realizaba la empresa principal con su personal propio:

«Cuando un empresario encomienda, mediante contrato, la responsabilidad de explotar un servicio de su empresa, como el que consiste en efectuar trabajos de limpieza, a otro empresario que asume, como resultado de ello, las obligaciones del empresario frente a los trabajadores por cuenta ajena que estaban destinados allí, la operación puede

(3) Aunque se ha repetido, y hasta ampliado, en Sentencia de 14-4-1994, que expresamente estudia una contrata de limpieza, sin que hasta ahora se hayan cumplido los negros presagios.

estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva. El hecho de que en tal caso la actividad traspasada sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesorio sin relación necesaria con su objeto social no puede producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva (...) 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 del mantenimiento de la identidad económica. Según esta misma jurisprudencia, el mantenimiento de esta misma identidad es consecuencia en particular de que el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas. Así en el caso del litigio principal (...) la similitud de las actividades de limpieza efectuadas antes y después de la transmisión, que además dio lugar a la oferta de empleo realizada a la trabajadora afectada, constituye un elemento característico de una operación que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y que otorga al trabajador por cuenta ajena cuya actividad ha sido traspasada la protección que le ofrece esta Directiva.»

Respecto de esta sentencia, resulta altamente llamativo comparar la decisión adoptada por el TJCEE con la propuesta de solución emitida por el Abogado General Sr. W. Van Gerven. El Abogado General proponía como solución decir que los trabajos de limpieza **pueden** estar dentro de la aplicación de la Directiva, pero para determinar si lo están o no, el juez nacional tendría que ver si se ha transmitido una unidad económica, a la vista de los criterios mantenidos anteriormente por el Tribunal, es decir, si se trata de la transmisión de un conjunto organizado de personas y de bienes patrimoniales (materiales y/o inmateriales) que sirve para ejercer una actividad económica que persigue un objetivo propio, incluso accesorio.

El Abogado General no asimila la actividad a la empresa misma, en el supuesto de que ésta sea lo verdaderamente importante dentro de una empresa, sino que sigue con el criterio de que una empresa debe ser un conjunto (organizado) formado por personas y bienes patrimoniales, sean éstos materiales o inmateriales. Si ese conjunto, que en sí mismo considerado es una empresa, se dedica a la limpieza, entonces la limpieza estará incluida dentro de la Directiva, pero no por tratarse de una actividad de limpieza, sino por ser la actividad a la que se dedica la empresa previamente definida. El Abogado General no ha tenido en cuenta la evolución sufrida por la jurisprudencia del Tribunal, cuyo hito principal era la Sentencia *Redmond* en que asimilaba la actividad a la empresa misma. Para el Abogado General, la actividad carece de importancia; lo verdaderamente definitorio de empresa es el conjunto organizado de personas y bienes materiales. No tiene así en cuenta el hecho de que el Tribunal dice que todas las circunstancias que integran una empresa han de ser evaluadas, que no se puede analizar aisladamente cada una de ellas, sino todas en su conjunto, y ver si lo transmitido tiene la misma entidad que lo existente antes de ser transmitido.

El Tribunal de Justicia no habla en potestativo; no dice que la actividad puede estar incluida en el ámbito de la Directiva, sino que la Directiva «... **debe** interpretarse en el sentido de que **está** comprendida dentro de su ámbito de aplicación...» y no hace referencia alguna a la necesidad de que, para ello, la empresa tenga que tener una organización, personal y patrimonio propios.

Entiendo más correcta la postura del TJCEE que la del Abogado General Sr. W. Van Gerven, puesto que se trata de una posición más acorde con la realidad en que se vive. En primer lugar, porque se impide de este modo el posible fraude de las empresas, que para evitar que se aplique la normativa sucesoria pactan un traspaso de la actividad sin traspasarse todo o parte de los bienes materiales que conforman la empresa. Y en segundo lugar, y principalmente, porque la realidad actual así lo requiere. En las sociedades avanzadas europeas, cada vez el sector terciario o de servicios es más extenso, en detrimento de la agricultura, minería o industria: cada vez hay más empresas dedicadas a la actividad de servicios. En las empresas de servicios, no tiene por qué existir un alto volumen de capital inmovilizado ni circulante; de hecho, pueden existir empresas que ni siquiera tengan bienes materiales de tipo alguno, y si los tienen, no son lo verdaderamente importante en la empresa. Piénsese en empresas de limpieza, o de vigilancia, o de jardinería, etc., en que lo principal, el producto y la actividad que ofrecen, es el servicio que presta su personal, y si acaso, el capital inmovilizado de que disponen se limita a unas cuantas escobas y cepillos. Exigir que para que se aplique la Directiva a empresas de este tipo se tengan que transmitir los bienes materiales de que disponen es simplemente absurdo, y nos lleva a la conclusión de que estas empresas no podrían ser nunca objeto de un traspaso en el sentido de la Directiva. Lo paradójico es que en el tráfico ordinario, estas empresas están continuamente cambiando de empresa principal a la que prestan servicios; o dicho de otra manera: continuamente las empresas principales están cambiando a las empresas que les prestan estos servicios de limpieza, vigilancia, jardinería... ya que generalmente están vinculadas por contratos anuales, a cuyo término pueden verse sustituidas en la actividad por otras empresas.

Esta última sentencia citada es el resultado de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal, que ha venido a ofrecer una interpretación finalista, y no pegada a la letra de la norma. Desde la Sentencia *Ny Molle Kro*, se interpreta la Directiva en el sentido de que no se exige la transmisión de la propiedad de la empresa para que la Directiva despliegue sus efectos, tesis reiterada por la Sentencia *Daddy's Dance Hall*, por la Sentencia *Berg*, de 5-5-1988, y confirmada por la reciente Sentencia de 12-11-1992, asunto C-209/91, *Anne Watson*. Empieza la espiritualización de la interpretación jurisprudencial de la Directiva, en el sentido de no entenderla apegada a la transmisión de los bienes materiales de la empresa para que produzca efectos. El abandono del requisito necesario y definitivo de la transmisión de bienes corporales empieza por no exigir que esos bienes se transmitan en propiedad. En el año 1992 se producen dos de las sentencias que se pueden considerar como punto de llegada de esta interpretación: la Sentencia *Redmond*, de 19-5-1992, y la Sentencia *Anne Watson*, de 12-11-1992. En estas dos sentencias, pero sobre todo en la primera, se interpreta por el Tribunal que la Directiva es aplicable a un supuesto en que se transfiere la actividad, puesto que una cesión de actividad por parte de una empresa principal (en ese supuesto, una Administración pública) puede considerarse asimilado a la cesión de un centro de actividad, de manera que los trabajadores que prestan su servicio en la actividad deben ser traspasados a la nueva titular de la misma. La Sentencia *Anne Watson* establece la misma doctrina, si bien en el caso de autos lo que se transmitía era una actividad ligada estrechamente a un inmueble, porque se transmitía la actividad de las cantinas de una empresa. Además, estas mismas sentencias citadas concluyen que, para que opere la Directiva, la actividad transmitida no necesariamente tiene que ser la principal de la empresa transmitente, sino que puede tratarse incluso de una actividad secundaria o no esencial respecto a la actividad principal.

Por tanto, una vez perfilada en todos sus puntos la evolución espiritualista que se ha desarrollado, resulta estar dentro de la lógica de la interpretación del TJCEE la Sentencia de 14-4-1994, *Schmidt*, que es consecuente con las anteriores, pero que resulta contraria a la jurisprudencia que sobre la misma materia ha dejado nuestro Tribunal Supremo. En la sentencia del Tribunal de la Comunidad, se entiende que la Directiva es aplicable a un supuesto en que una empresa principal cede a otra mediante concesión la actividad de limpieza de sus mismas instalaciones, sin cederle ningún bien material para ello. El argumento es el mismo que el utilizado en las Sentencias *Redmond* y *Anne Watson*: si se transmite una actividad, aunque no sea la principal de la empresa principal, esto se equipara al traspaso de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, en el sentido de la Directiva, y en consecuencia, los trabajadores (aunque sólo sea uno) que anteriormente desempeñaban el servicio de limpieza, deben continuar trabajando con la nueva adjudicataria del servicio en las mismas condiciones que antes de la transmisión. Para el Tribunal, ceder la actividad de limpieza es equivalente a ceder un centro de actividad, o una parte de centro de actividad, y merece el mismo trato jurídico (4).

En opinión de quien esto suscribe, se debe entender que, si se considera una cesión de algo equivalente a un centro de actividad cuando una empresa principal cede a una empresa contratista la actividad de limpieza de sus propias instalaciones, y por tanto se aplica la normativa subrogatoria contenida en la Directiva, se debe entender que también es de aplicación la misma Directiva cuando esta empresa contratista finalice su contrata y entre una nueva empresa contratista. Y ello, porque si la primera recibió en cesión algo asimilado a un centro de actividad (como es la misma actividad de limpieza, según lo ya visto), es eso mismo lo que va a traspasar a la siguiente contratista: va a traspasarle la misma actividad que recibió ella anteriormente, actividad que ya ha sido asimilada a un centro de actividad. Y resultará indiferente entender que la nueva empresa contratista lo recibe de la anterior contratista o de la empresa principal, porque en el primer caso se aplicaría la misma doctrina contenida en las Sentencias *Daddy's Dance Hall* y *Redmond*: la cesión en dos tiempos también está incluida en el ámbito de la Directiva y porque en el segundo caso estaríamos nuevamente ante un hecho exactamente igual al solucionado por la Sentencia *Anne Watson*.

Con posterioridad a estas sentencias citadas, el Tribunal de la Comunidad ha vuelto a incidir sobre el mismo asunto. Así, en la reciente Sentencia de 7-3-1996, asuntos acumulados C-171/94 y 172/94, *Albert Merckx y Patrick Neuhuys/Ford Motors Company Belgium SA*, ha llegado a decir que entra en el campo de aplicación de la Directiva 77/187 CEE una situación en la que una empresa titular de una concesión de venta de vehículos automóviles para un territorio determinado cesa en su actividad y la concesión es transferida a una empresa que recoge una parte del personal y se beneficia de una promoción frente a la clientela, sin que se transfieran elementos del activo. En esta misma sentencia se argumenta que la actividad de una concesión en exclusiva de venta de vehículos automóviles de una marca determinada en un determinado sector mantiene su objeto incluso si se ejerce bajo otro nombre, en diferentes locales y con otro equipamiento. También es indiferente que la

(4) Para nuestro Tribunal Supremo, esto no es así, porque en su Sentencia de 5-4-1993 (Ar. 2906) argumenta en contra de la aplicación de la normativa subrogatoria en este punto, basándose en que no se ha transmitido una empresa con sustrato material.

sede de la explotación se encuentre en una zona diferente de la misma aglomeración, mientras que el territorio objeto de la concesión continúe siendo el mismo. Esta sentencia reitera la doctrina de las Sentencias *Redmond* y *Schmidt*, en el sentido de entender que se transfiere una empresa cuando se transfiere la actividad, aunque no se transfieran los elementos materiales. Téngase en cuenta que mantener esta tesis en el supuesto de la Sentencia de 7-3-1996 es muy significativo, porque si los elementos materiales no son un elemento importante en la transmisión de la actividad de limpieza (*Schmidt*) o la actividad de ayuda a drogodependientes (*Redmond*), sí lo es en la actividad de venta de vehículos, que necesariamente tiene que disponer de un local apropiado, *stocks*, elementos de oficina, etc. Aun así, aunque los elementos del activo sean importantes, si se transmite la actividad, que es lo realmente importante, aunque no se transmitan los elementos materiales, la Directiva es de aplicación.

De otro lado, recientemente se han producido dos sentencias del Tribunal relativas al problema consistente en una transmisión de algo que no es una entidad completa, sino parte de una entidad superior. Nos referimos a las Sentencias de 7-12-1995 (asunto C-472/93, *Luigi Spano*), y a la Sentencia de 19-9-1995 (asunto C-48/94). En la primera de las citadas, se trata de una empresa dedicada a la producción de maquinaria (Fiat Geotech) que antes de ser declarada en crisis, crea una nueva sociedad (Fiat Hitachi) que continúa la actividad con sólo una parte de los trabajadores. El litigio lo inician los trabajadores que se quedan en la empresa antigua, ya declarada en crisis, y en espera de ser liquidada, para que se declare su derecho al mantenimiento de sus condiciones de trabajo con la nueva empresa. El Tribunal de Justicia falla a su favor, ya que «el objetivo económico y social que persigue este procedimiento (el procedimiento al que se somete la empresa en crisis) 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 la Directiva les reconoce. Véase, por analogía, la citada Sentencia *D'Urso y otros*, apartado 32». Esta sentencia intenta dejar sentado que la situación de crisis en la empresa debe tener un tratamiento único para toda ella, y que no se puede utilizar una transmisión de empresa para dividir en dos artificialmente la empresa y aplicar soluciones distintas a cada una de sus partes, de manera que una parte se extinga y otra continúe la actividad.

En la segunda sentencia referida (la Sentencia de 19-9-1995, asunto C-48/94), el Tribunal entiende que no es de aplicación lo dispuesto en la Directiva cuando no se transmite una entidad organizada ni una actividad completa, sino que, simplemente, el acuerdo entre empresas se limita a poner a disposición del nuevo empresario algunos trabajadores (no todos) y los materiales destinados a garantizar los trabajos consistentes en terminar una obra comenzada por otra empresa. En este supuesto, no se transfiere una entidad autónoma organizada, ni una actividad en sí misma considerada, sino sólo el compromiso de terminar una obra ya iniciada por otro y que no es el objeto completo de su actividad.

La última sentencia dictada por el TJCEE, por ahora, sobre la Directiva que estudiamos supone un giro en toda esta teoría. Nos referimos a la Sentencia de 11-3-1997, *Ayşe Süzen*, relativa al supuesto de cambio de la empresa contratista de la limpieza de un centro educativo. En el párrafo 15 de esta sentencia aparece un argumento contrario a la Sentencia *Redmond* del mismo Tribunal: «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, sus métodos de

explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone». Para el TJCEE, la actividad ya no se identifica con la empresa, como interpretó en el caso *Redmond, Fiatch*, etc., sino que se necesita algo más, que explicita en el párrafo 21: en aquellos sectores en los que la actividad reposa esencialmente en la mano de obra, como ocurre en el sector de la limpieza, la identidad de la empresa, necesaria para la aplicación de la Directiva, se cumple si se han transmitido aquellos elementos que componen lo esencial de la empresa, es decir: los trabajadores. Así, si la nueva empresa adjudicataria del servicio de limpieza mantiene a los mismos trabajadores que tenía la antigua adjudicataria, la identidad de la empresa se ha mantenido y es de aplicación la Directiva. Pero si la nueva empresa no ha admitido a ninguno de los trabajadores de la antigua, la empresa no guarda su identidad y, por tanto, no es de aplicación la Directiva.

Esta sentencia supone un paso atrás en la interpretación espiritualista de la Directiva, ya que la sola transmisión de la actividad no es suficiente para entender aplicable la Directiva, sino que se requiere además que se transmita una parte del activo de la empresa: los trabajadores. Pero, además, produce una situación difícil: el presupuesto fáctico para aplicar la Directiva consiste en la aplicación de la misma. Es decir: para que se reconozca el derecho al mantenimiento del puesto de trabajo en caso de transmisión de empresa, se necesita que los trabajadores hayan mantenido su puesto de trabajo después de la transmisión. La consecuencia forma parte de la causa.

Como última nota a destacar del concepto de empresa que mantiene el Tribunal de Justicia, hay que decir que para el mismo, no es necesario que la empresa desarrolle una actividad económica insertada en el tráfico mercantil ordinario para que se aplique la Directiva, sino que ésta es aplicable también cuando lo que se transmite es una entidad sin fin de lucro. La Sentencia de 8-6-1994, asunto C-382/92, *Comisión contra Reino Unido*, así lo establece:

«El Tribunal de Justicia ya ha admitido, al menos implícitamente, en contextos tales como el derecho de la competencia o el derecho social que una entidad puede desarrollar una actividad económica y ser considerada como empresa a efectos de aplicación de las normas del Derecho comunitario aunque no tenga ánimo de lucro. De ello se deduce que el Gobierno del Reino Unido ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 1 de la Directiva, al limitar a las transmisiones de empresas con ánimo de lucro la aplicación de las normas de adaptación del Derecho nacional a la Directiva.»

IV. LOS TRASPASOS REGULADOS POR LA DIRECTIVA. CONCEPTO DE CESIÓN CONVENCIONAL

Según el tenor literal de la Directiva, en lengua española: «La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión».

Ante todo, hemos de resaltar el hecho de que parece redundante la norma transcrita, puesto que toda fusión es una cesión contractual. De otro lado, y *prima facie*, según el tenor literal del texto transcrito, parece ser que la Directiva no se aplica más que a las transmisiones de empresas realizadas mediante un acuerdo entre empresario cedente y cesionario, y a las derivadas de una fusión, con exclusión de cualquier otra transmisión de empresa, derivada de cualquier otro negocio jurídico, como pueden ser los negocios jurídicos *mortis causa* o los derivados de una imposición coercitiva (no contractual) de una Administración pública o un Tribunal de Justicia. Así, se ha llegado a decir que «hay, aparentemente, un elemento restrictivo en la Directiva al hablar de cesión convencional. Así pues, aunque no exista jurisprudencia interpretativa al respecto (*sic*), no parece que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva las transmisiones no operadas convencionalmente lo que supone una doble exclusión:

- a) de un lado, las transmisiones operadas *mortis causa*, de las que no es posible afirmar su carácter convencional;
- b) de otro, las ventas judiciales de bienes, a las que tampoco cabe considerar convencionales, sino forzosas» (5).

Ésta es la interpretación no sólo literal, sino también histórica, derivada del proyecto de Directiva sobre traspasos de empresa de mayo de 1974, en que se elabora un proyecto de Directiva de ámbito sumamente amplio (DOCE, Serie C, 104/1, de 13-9-1974). La ambición reguladora del proyecto se manifiesta ya en su propio título: «Propuesta de Directiva sobre armonización de legislaciones de los Estados miembros en materia de derechos y ventajas de los trabajadores en casos de fusión de sociedades, de traspaso de establecimientos, así como de concentraciones de empresas». Quizás esa misma ambición fuese la causa de que el proyecto no prosperase; sin embargo, en cuanto antecedente directo de la Directiva vigente, merece la pena aludir a su regulación.

Es de subrayar que el tratamiento de las alteraciones en la titularidad de la empresa es sumamente amplio. A diferencia de los modelos dominantes en el Derecho contemporáneo al proyecto, la Directiva trataba de abordar los supuestos de transmisión de la titularidad con extremado realismo, sobre todo la debida a concentración de empresas, bien fuera a través de negocios jurídicos inherentes a la naturaleza del ente empleador (las fusiones o las concentraciones de empresas), ya a través de negocios jurídicos externos a la misma (los traspasos de establecimientos). Y, por lo que hace a los procesos de concentración de empresa, se observa el fenómeno desde el plano transnacional -dentro de la CE o en países de la CE y los terceros Estados-.

No prosperó el proyecto, sino el texto que actualmente está vigente, que trata los traspasos de manera más limitada a como los trataba el proyecto. Esto hace pensar que es voluntad del legislador comunitario regular un menor número de posibilidades de traspaso.

(5) (Tomás SALA FRANCO, «Efectos laborales de la transmisión de empresas: normas comunitarias y Derecho español». *Actualidad Laboral*, núm. 32, semana 31-8 al 6-9-1987, y literalmente igual: *Derecho Social Comunitario*, del mismo autor junto con M. COLINA ROBLEDO y J.M. RAMÍREZ MARTÍNEZ, pág. 273).

Aunque se reitera por el autor, no es cierto que no haya jurisprudencia del TJCEE en materia de venta forzosa de empresas: Sentencia del TJCEE de 7-2-1985, asunto 135/83, *Abels*; Sentencias de 7-2-1985, asunto 179/83 *Industriebond FNV*, y asunto 186/83, *Arie Botzen*; entre otras.

No obstante, parece ser que el Tribunal ofrece una interpretación muy extensiva del término convencional, de manera que incluso llega a tener una interpretación *contra legem* o al menos *praeter legem*, más allá de lo que dice la ley. Para el Tribunal lo importante no es que la cesión derive de un acuerdo, sino que «el criterio decisivo para establecer la existencia de un traspaso de empresa consiste en saber si la entidad en cuestión guarda su identidad», con independencia del título por el que se traspasa. Así, una amplitud interpretativa tal permite no dar importancia alguna a la naturaleza del título, sea éste contractual o *mortis causa*, una medida administrativa o una decisión judicial, en virtud del cual un empresario sucede a otro. Esta interpretación consiste en poner el acento de la disposición en el término, no técnico, de traspaso, y considerar las hipótesis de cesión contractual o de fusión como ejemplos. Lo importante es el espíritu y la finalidad de la Directiva, no su tenor literal. Así se dijo por el Tribunal en la Sentencia de 18-3-1986, *Spijkers*, asunto 24/85, Rec. p. 119, párrafo 15. Téngase en cuenta, además, que la literalidad del texto no es determinante, porque si ciertas versiones de la norma utilizan la expresión *cession conventionnelle*, otras, como la inglesa o la danesa, emplean términos mucho más laxos (*legal transfert y overdragelse*), como ya se dijo en la Sentencia de 7-2-1985, asunto 135/83, *Abels*, Rec. 469, y puso de manifiesto el Abogado General M. G. Federico MANCINI en sus conclusiones a la Sentencia del Tribunal de 17-12-1987, asunto 287/86, *Ny Molle Kro* (y supongo que admite la misma sentencia últimamente citada).

Resulta, así, una cláusula de estilo, literalmente repetida en varias Sentencias del TJCEE, según la cual:

«... el fin perseguido por la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles así seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente.» (Sentencia *Tellerup/Daddy's Dance Hall*, párrafo 9; Sentencia *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, párrafo 15; Sentencia *D'Urso e. a.*, párrafo 9; Sentencia *Ny Molle Kro*, párrafo 12, etc.).

Esta cláusula de estilo es explicada, además, de otra manera en la Sentencia *D'Urso*, de 25-7-1991, asunto C-362/89:

«Las normas aplicables en caso de transmisión de una empresa o de un centro de actividad a otro empresario pretenden proteger, en interés de los empleados, las relaciones laborales existentes, que forman parte del conjunto económico transmitido.»

De esta manera, el Tribunal pone el énfasis en el fin perseguido por la Directiva (el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa) y se olvida o deja de lado las limitaciones relativas a cómo se debe producir esa transmisión, permitiendo aplicar la Directiva a diversas transmisiones de empresa que en apariencia, poco tienen que ver con una cesión convencional, aunque el TJCEE, de manera algo forzada, las enmarque dentro de ella. A continuación nos detendremos en algunas de las más llamativas:

A. El Tribunal permite, por ejemplo, incluir en el ámbito de aplicación de la Directiva **las transmisiones de empresas producidas en un expediente administrativo de crisis**, ya que, arguye, las reestructuraciones en el interior del mercado común no pueden efectuarse en detrimento de los trabajadores de las empresas afectadas, pues ello iría en contra de los objetivos establecidos en el artículo 117 del Tratado CEE. La Directiva 77/187 debe aplicarse a una empresa incurso en un procedimiento judicial o administrativo cuya finalidad es la de reflotar la empresa y hacer que vuelva al tráfico normal, ya que este procedimiento, llámese como se llame, tiene como finalidad salvaguardar la empresa; no así en caso de procedimientos administrativos o judiciales cuya finalidad sea liquidar la empresa y pagar con el activo de la misma las deudas que pueda tener, pues en este caso lo que prima no es el interés de mantener en vida a la empresa, de permitir que siga manteniendo su identidad, sino que prima el interés de pagar a los acreedores con el activo de la empresa. Tal es la tesis mantenida en la Sentencia de 7-2-1985, asunto 135/83, *Abels*, y al que se remiten directamente las dos Sentencias pronunciadas el mismo día 7-2-1985, en los asuntos 179/83 y 186/83, y la Sentencia de 11-7-1985, asunto 105/84. Esta tesis es desarrollada también en la Sentencia *D'Urso*, de 25-7-1991, asunto C-362/89:

«Este Tribunal de Justicia declaró que la Directiva no se aplica a las transmisiones efectuadas en el contexto de un procedimiento de quiebra destinado, bajo el control de la autoridad judicial competente, a la liquidación de los bienes del cedente. Basó esta conclusión en que no existe en la Directiva una disposición expresa referida a la quiebra (apartado 17), en que el objetivo de la Directiva es evitar que la reestructuración dentro del mercado común se realice en perjuicio de los trabajadores de las empresas afectadas (apartado 18) y en el grave riesgo de que a nivel global se deteriorasen las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, en contradicción con los objetivos sociales del Tratado (apartado 23), si la Directiva hubiese de aplicarse a las transmisiones efectuadas en el contexto de un procedimiento de quiebra. En esa misma sentencia, en cambio, este Tribunal de Justicia declaró que la Directiva sí es aplicable a un procedimiento del tipo de la *surséance van betaling* (suspensión de pagos), por más que este procedimiento presente ciertas características comunes con el procedimiento de quiebra. En efecto, este Tribunal de Justicia consideró que las razones que justifican la inaplicabilidad de la Directiva en el caso de los procedimientos de quiebra no resultan válidas cuando el procedimiento de que se trate implique un control por parte del juez de alcance más limitado que en caso de quiebra y cuando su objetivo sea, en primer lugar, la protección de la masa y, en su caso, la continuidad de la actividad de la empresa mediante un convenio con los acreedores que conceda un aplazamiento de pago de las obligaciones destinado a hacer posible la continuación de la actividad de la empresa en el futuro (apartado 28) (párrafo 22).»

B. También ha reconocido la aplicación de la Directiva al supuesto de la cesión de un bar discoteca en virtud de un contrato de arrendamiento-venta (*leasing*), y **la restitución del establecimiento al propietario por una decisión judicial imperativa** (Sentencia de 5-5-1988, *Berg*, asuntos 144/87 y 145/87).

C. De otro lado, en la Sentencia de 17-12-1987, asunto 287/86, *Ny Molle Kro*, el TJCEE aplica la Directiva de referencia a una transmisión de empresa producida por la **devolución del negocio al propietario derivada de un incumplimiento del contrato de arrendamiento por parte del arrendatario**. Esta sentencia, después de precisar que, naturalmente, cuando un empresario arrendatario adquiere la empresa en virtud de un contrato de arrendamiento debe considerarse como una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva, afirma en su párrafo 14:

«Análogas consideraciones se imponen en el caso de la reversión, por el propietario, de la explotación de la empresa cedida en arrendamiento, a causa de una violación del contrato de arrendamiento por el arrendatario. Una reversión tal interviene, también, sobre la base del contrato de arrendamiento. Por consiguiente, en la medida en que tiene por efecto hacer perder al arrendatario la cualidad de empresario, cualidad que el propietario adquiere de nuevo, debe igualmente ser considerada como una transmisión de empresa a otro empresario, resultante de una cesión convencional, en el sentido del artículo 1-1 de la Directiva.» (Traducción no oficial).

Entiende el que esto suscribe que esta interpretación del Tribunal fuerza excesivamente el tenor literal de la Directiva en su versión francesa o española. La Directiva dice que el traspaso debe ser convencional, y la reversión de la cosa arrendada al propietario por causa de incumplimiento del contrato de arrendamiento por el arrendatario no es algo que derive del acuerdo entre cedente y cesionario, sino que es una consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico, y que generalmente se actúa no ya sin el beneplácito del arrendatario, sino incluso en contra de la voluntad de éste. La reversión en caso de incumplimiento por parte del arrendatario no deriva del acuerdo, porque puede que ni siquiera conste en el contrato la cláusula de reversión en caso de incumplimiento; y si consta no es más que la repetición innecesaria de lo que imperativamente impone la ley. Por tanto, me inclino más bien a pensar que esta causa de transmisión de empresa no es convencional, sino obligatoria. Y es evidente que la Directiva no está pensando en ella, puesto que mal puede tener lugar la notificación y negociación con los representantes de los trabajadores por parte del cedente tal como impone la misma Directiva, cuando éste la cede contra su voluntad, y puede que obligado por una ejecución judicial.

D. En la Sentencia de 10-2-1988, asunto 324/86, *Daddy's Dance Hall*, el Tribunal entiende que es de aplicación la regulación contenida en la Directiva a un supuesto en que **el propietario de un negocio lo entrega en concesión no transferible a otro empresario, que lo devuelve para que el propietario lo vuelva a arrendar a otro empresario distinto**. Ésta es otra interpretación ampliatoria de la aplicación de la Directiva, puesto que lo esencial en este supuesto es que ni siquiera hay negocio jurídico de tipo alguno, sea pacto convencional u obligación no convencional, entre empresario cedente y cesionario. Tanto el cedente como el cesionario tienen sendos negocios jurídicos con el propietario, pero no tienen ninguno entre sí. Así, en su párrafo 10, dice la sentencia:

«... cuando el cesionario que, en virtud de un contrato de arrendamiento de industria, adquiere la condición de empresario, pierde esta condición en beneficio de un tercero, que la adquiere en virtud de un nuevo contrato de arrendamiento celebrado con el propietario, la operación resultante entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva contemplada en el apartado 1 de su artículo 1. El hecho de que, en este supuesto, la transmisión se efectúe en dos fases, en el sentido de que, en un primer momento, el concesionario transmite nuevamente la empresa al propietario inicial, quien, acto seguido, la vuelve a transmitir al nuevo concesionario, no supone obstáculo alguno para la aplicación de la Directiva, en la medida en que la entidad económica de que se trata conserva su identidad, lo que ocurre especialmente cuando, como en el caso de autos, el nuevo cesionario no ha interrumpido la explotación de la empresa, que se prosigue con el mismo personal que trabajaba para la empresa antes de que se produjera la transmisión.»

Lo decisivo en este supuesto son dos cosas:

1. La concesión era intransferible, de manera que el empresario cedente no podía transmitirla al empresario cesionario, por lo que tuvo que devolverla al propietario, y fue éste el que lo transmitió al nuevo concesionario.
2. Pese a los anteriores negocios jurídicos, nunca se dejó de proseguir la actividad empresarial por parte del primer concesionario, sino hasta que lo adquirió el segundo concesionario, de manera que el propietario nunca ejerció la actividad por sí.

En este supuesto, el TJCEE no intenta siquiera argumentar cómo se integra este supuesto en el término «cesión convencional», ya que los empresarios cedente y cesionario puede que ni se conocieran siquiera, y nunca han llegado a ningún acuerdo. Por eso, el Tribunal obvia cualquier argumento interpretativo sobre la materia, y se decide por aplicar la finalidad de la Directiva:

«... el fin perseguido por la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente.» (párrafo 9).

Ésta es la ya citada cláusula de estilo, a la que finalmente se reducen todos los requisitos establecidos por la Directiva, con olvido de cualquier otro. Porque, en técnica jurídica, entiendo que en este caso se han producido no una, sino dos transmisiones de empresa: una desde el primer concesionario al propietario (que puede que no haya sido una transmisión voluntaria, sino la recuperación forzosa de la empresa a causa del incumplimiento de sus obligaciones por parte del primer

empresario), y otra desde el propietario al segundo concesionario, ésta sí convencional. Pero el propietario no ha explotado nunca el negocio, de manera que no ha habido ninguna transmisión de empresario a empresario, sino de empresario a titular de la propiedad no comerciante, y viceversa. Se incumplen, por tanto, dos requisitos impuestos por la Directiva: que cedente y cesionario sean empresarios, empleadores de los trabajadores, y que la transmisión se produzca directamente de uno a otro.

Realmente, y pese a los negocios jurídicos que se hayan realizado (en los que poco tienen que decidir los trabajadores, por otro lado), lo que materialmente ha ocurrido es que un empresario ha dejado la explotación de una empresa e inmediatamente la ha emprendido otro. El Tribunal ha ido a analizar la realidad material de los hechos, y no la red de figuras jurídicas que pueden entorpecer la visión material del asunto.

En este mismo orden de cosas, la Sentencia de 7-3-1996, asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94, entiende que es de aplicación la Directiva cuando una empresa extingue la concesión de venta en exclusiva de vehículos automóviles que tenía con una determinada comisionista, y seguidamente concierta esa misma concesión con otra nueva comisionista. El Tribunal considera que para que la Directiva se aplique, no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario. Por consiguiente, cuando se pone fin a una concesión de venta de vehículos automóviles con una primera empresa y se atribuye una nueva concesión de venta a otra empresa que continúa las mismas actividades, la transmisión de empresa resulta de una cesión convencional en el sentido de la Directiva, tal como ha sido interpretada por el Tribunal.

E. En la Sentencia de 12-11-1992, asunto C-209/91, *Anne Watson Rask*, el Tribunal entendió aplicable la Directiva a un supuesto de **cesión de una parte de su actividad, aunque sea secundaria, por parte de una empresa principal a otra empresa contratista**. Concretamente se trataba de que por parte de una empresa que dispone de un centro de trabajo en que prestan su trabajo gran número de trabajadores, se cedía a una empresa contratista el servicio de bares y cafeterías para el personal, mediante una concesión. En esta transmisión no se traspasa la propiedad, pero el Tribunal entiende que eso no afecta (como ya lo había dicho anteriormente, en la Sentencia *Ny Molle Kro*, entre otras muchas) para la aplicación de la Directiva:

«... según la jurisprudencia del Tribunal, (véase Sentencia de 5-5-1988, *Berg*, punto 17, 144/87 y 145/87, Rec. p. 2559), la Directiva es aplicable en todas las hipótesis de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o moral responsable de la explotación de la empresa y que, por ese hecho, contrae las obligaciones de empleador frente a los empleados de la empresa, sin que importe saber si la propiedad de la empresa es transferida.» (párrafo 15). (Traducción no oficial).

En el mismo sentido, la Sentencia de 14-4-1994, *Schmidt*, considera aplicable la Directiva a un supuesto en que se transfiere la actividad consistente en la limpieza de los locales de la empresa.

F. Por último, y como no podía ser menos dada la evolución de la jurisprudencia del Tribunal en esta materia, en su Sentencia de 19-5-1992, asunto C-29/91, *Redmond*, el Tribunal de Justicia considera aplicable la Directiva a un supuesto en que **una Administración pública que tradicionalmente venía subvencionando a una entidad cuyos únicos ingresos consistían en la subvención citada, y dedicada a la ayuda al toxicómano, decide dejar de subvencionar a esa entidad y a subvencionar a otra, que pasa a desempeñar la misma actividad que la anterior**. Esta sentencia viene a decir que:

«... En todo caso, el cambio del beneficiario de la subvención se enmarca en el cuadro de relaciones contractuales en el sentido de la Directiva y de la jurisprudencia (Sentencias de 5-5-1988, *Berg*, párrafo 19, y de 15-6-1988, *Bork International*, puntos 13 y 14.» (párrafo 17). Y ello es así porque «... el objetivo de la Directiva (es el de) proteger a los asalariados en caso de transmisión de su empresa, y (...) esta Directiva es aplicable en todas las hipótesis de cambio, en las relaciones contractuales, de la persona física o moral responsable de la explotación de la empresa, que contrae las obligaciones de empleador frente a los empleados de la empresa (véase la Sentencia de 15-6-1988, *Bork International*, punto 13, asunto 101/87)» (párrafo 10). (Traducción no oficial).

Es decir, la evolución hacia la abstracción completa del elemento convencional ha llevado al Tribunal a admitir que existe transmisión convencional en el sentido de la Directiva, incluso cuando el hecho de la transmisión depende solamente de una parte, que además no es ni el empresario cedente, ni el cesionario (aquí, la Administración concedente). Entendemos que la razón de tal argumentación por parte del Tribunal es la misma que hemos entendido de la Sentencia de 10-2-1988, *Daddy's Dance Hall*, a cuyo comentario nos remitimos.

En una visión conjunta de esta jurisprudencia sobre la frase «Como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión» es evidente la intención del TJCEE de sobrepasar los estrechos límites que el tenor literal de tal frase, en versión española o francesa, imponen. De suponer tan sólo (como parece de su tenor literal) las transmisiones de empresa operadas mediante un acuerdo entre empresario cedente y empresario cesionario sobre la misma transmisión de la empresa, el Tribunal ha ampliado esta frase a cualquier acuerdo entre un titular de la empresa y otras personas con influencia sobre la empresa, acuerdo que no importa si se celebra en una o varias fases. De hecho, y en el máximo de la interpretación, ha llegado a entender subsumible dentro de la norma aquella transmisión que se opera con la voluntad de uno solo de los intervinientes, y hasta en contra de la voluntad del otro. Además, también ha entendido aplicable la norma cuando la transmisión de empresa opera por decisión judicial o administrativa coercible, a instancias de uno de los intervinientes y en contra de la voluntad del otro (si bien el Tribunal no ha intentado argumentar a favor de la existencia de una convención en este supuesto, sino que ha ido al argumento finalista, consistente en buscar la voluntad de la norma y subsumir en ella todo supuesto posible, aunque no cumpla el requisito de la contractualidad).

En todo caso, si bien el TJCEE ha ampliado todo lo posible (y aún más) la interpretación de la «cesión contractual», no se ha pronunciado todavía (que nosotros sepamos) sobre la aplicación de la Directiva a los **actos *mortis causa***.

En principio, parece que las transmisiones de empresa operadas *mortis causa* quedarían fuera de lo que es la cesión contractual, porque, en principio, estas transmisiones de empresa se incluirían en actos jurídicos unipersonales, y sobre los que algunas legislaciones, como la general española, prohíben incluso cualquier pacto. Así, T. SALA FRANCO, advierte de plano que la Directiva no se puede aplicar a estas transmisiones. Pero entendemos nosotros que el asunto merece un estudio más detenido.

Aun desconociendo el que suscribe el Derecho Civil de los Estados miembros de la Comunidad Europea, es de hacer notar que no necesariamente está prohibida por toda legislación el pacto sobre derechos sucesorios. Incluso en España, hay algún Derecho foral que lo permite, de manera que puede que en algún otro Estado miembro también se permita el pacto sobre derechos sucesorios. De manera que allí donde sea permitido (y al menos en alguna región foral española lo es), cualquier transmisión de empresa operada a partir de un pacto de este tipo podrá, sin violencia interpretativa, ser encuadrada en el concepto de cesión contractual.

También, en el sentido espiritualista que inspira la interpretación del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, podría entenderse que una transmisión de empresas operada mediante disposición testamentaria es voluntaria, porque esta disposición recoge la voluntad del testador, y es aceptada por el beneficiario. Es decir, se produce la confluencia de voluntades que constituye el requisito de la voluntariedad: existe la voluntad del testador, y la aceptación de esa voluntad por el beneficiario. El hecho de que ambas manifestaciones de voluntad se produzcan separadas en el tiempo no impide que sea uno o dos actos totalmente voluntarios.

De otro lado, y teniendo en cuenta la amplitud de la interpretación del Tribunal, que entiende aplicable la Directiva incluso a la transmisión operada coercitivamente en un procedimiento judicial, en contra de la voluntad del cedente, entendemos que igualmente podría aplicarse la Directiva a las transmisiones de empresa operadas *mortis causa* sin testamento. Y ello porque la razón esgrimida por el Tribunal para entender incluidas aquellas transmisiones también es perfectamente válida en éstas. Recordando los argumentos del Tribunal, más arriba expuestos, en nada se violentan para legitimar con ellos la aplicación de la Directiva a las transmisiones de empresa operadas *mortis causa*:

«... el fin perseguido por la Directiva es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles así seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente.» (Sentencia *Tellerup/Daddy's Dance Hall*, párrafo 9; Sentencia *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, párrafo 15; Sentencia *D'Urso e. a.*, párrafo 9; Sentencia *Ny Molle Kro*, párrafo 12, etc.).

«Las normas aplicables en caso de transmisión de una empresa o de un centro de actividad a otro empresario pretenden proteger, en interés de los empleados, las relaciones laborales existentes, que forman parte del conjunto económico transmitido.» (Sentencia *D'Urso*, de 25-7-1991, asunto C-362/89).

Y en último lugar, porque entender lo contrario podría ser una discriminación indirecta peyorativa para los trabajadores de las pequeñas empresas. En efecto: las grandes empresas no están dirigidas, normalmente, por personas físicas, sino por entes societarios, de manera que los trabajadores de estas empresas no pueden tener el inconveniente de que al fallecimiento de su empresario pierdan el derecho a continuar en el puesto de trabajo porque la Directiva no se lo reconozca. El ente societario no puede realizar ningún acto *mortis causa*, porque simplemente no fallece. Aunque fallezcan sus socios, el ente societario como tal continúa vivo. Sin embargo, los trabajadores de la pequeña empresa, dirigida muchas veces por un empresario individual, sí pueden tener ese inconveniente. Por tanto, parece que una interpretación contraria a la aplicación de la Directiva en las transmisiones de empresa operadas *mortis causa* podría contener una discriminación contra los trabajadores de la pequeña empresa. Sobre todo si tenemos en cuenta que la operación que para una sociedad equivale al fallecimiento (la desaparición jurídica del ente societario) ha sido incluida por el TJCEE dentro del ámbito de la Directiva, según hemos visto ya, cuando admite la aplicación de la Directiva a los procedimientos similares a la suspensión de pagos, aunque no a los procedimientos similares a las quiebras. Un trabajador cuyo empresario es un ente societario que desaparece puede mantener su puesto de trabajo si la empresa entra en un procedimiento de suspensión de pagos (6), pero con la interpretación negativa que analizamos, un trabajador cuyo empresario es una persona física que fallece no puede mantener ese derecho, aunque los herederos continúen la industria.

Si bien es cierto que la Sentencia del TJCEE de 30-11-1993, asunto C-189/91, entiende que no es una ayuda estatal prohibida por el Derecho comunitario la existencia de un régimen laboral que exime a las pequeñas empresas de abonar indemnizaciones ni gastos judiciales a los trabajadores despedidos por causas económicas, ello no quiere decir que una interpretación de la normativa comunitaria, dictada en principio sin la intención de ayudar a las pequeñas empresas, que discriminara en este sentido a los trabajadores de las pequeñas empresas no fuera contraria al principio de igualdad. Tanto más cuanto que si no se entiende que exista el derecho a mantener el puesto de trabajo en estos casos, es evidente que se produciría entonces un despido de la plantilla que no fuese transferida al nuevo empresario en caso de muerte del anterior; despidos que podrían producir las correspondientes indemnizaciones que se ejecutarían contra el patrimonio resultante, y producirían al cabo un empobrecimiento de las pequeñas empresas.

(6) Recuérdense las tres Sentencias de 7-2-1985, asuntos 135/83, 179/83 y 186/83, la Sentencia de 11-7-1985, asunto 105/84, y la Sentencia de 25-7-1991, asunto C-362/89, *D'Urso*, ya citadas.

V. LOS REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA DIRECTIVA

Igual que ocurría con los conceptos de empresa, trabajador, centro de trabajo o cesión, la Directiva tampoco ofrece una definición de representantes de los trabajadores. El artículo 2 de la Directiva, dedicado a las definiciones, remite a la legislación o a la práctica de los Estados miembros para llegar a una definición de representante de los trabajadores.

No podría ser de otra manera: el modelo de representación colectiva de los trabajadores es distinto en cada Estado miembro, y no es función ni intención de la Directiva armonizar las legislaciones de los Estados miembros en materia de representación colectiva de los trabajadores. Ni la Comunidad Europea tiene competencias en materia de representación colectiva de los trabajadores, ni sería conveniente legislar sobre la materia sin partir de unos previos acuerdos con los agentes sociales, ni se podría armonizar a nivel europeo la legislación en materia de representantes de los trabajadores, sin con ello armonizar todo el Derecho colectivo del trabajo, y en consecuencia también el Derecho del contrato individual de trabajo.

En consecuencia, la Directiva opta por no armonizar la materia, pero reconocer a todos los representantes de los trabajadores, tal como se entiende en cada Estado, los mismos derechos y garantías por cambio de empresario.

En principio, podría parecer que esto da un margen de discrecionalidad al Estado, el cual puede definir a los representantes de los trabajadores a los que se va a poder aplicar la Directiva, con lo cual podría dejar fuera de los derechos y garantías de la Directiva a algún tipo de representantes de los trabajadores. El mismo temor que el TJCEE manifiesta hacia el hecho de que el término trabajador sea definido a nivel estatal y no comunitario, con lo cual se deja en manos de los Estados miembros decidir quién tiene derecho de libre circulación, sin control de las instituciones de la Comunidad (Sentencia de 11-7-1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, asunto 105/84, párrafo 24) podría aplicarse al hecho de que sea el Estado el que defina a los representantes de los trabajadores, con lo cual podría privar a determinados tipos de representantes de las garantías y derechos de la Directiva.

No obstante, ninguna precaución ha tomado ni la Directiva ni la jurisprudencia del TJCEE frente a este peligro. Entre otras cosas, porque no son necesarias. Los representantes de los trabajadores, como manifestación de la libertad colectiva de sindicación y de negociación, están suficientemente protegidos por normativa nacional de la más alta jerarquía, e internacional, además de por sí mismos, con lo que pocas posibilidades, si no ninguna, tendrá el Estado para disminuir a efectos de la Directiva la representación colectiva que de ella se beneficia.

Pero, aunque la Directiva deja en manos de los Estados miembros definir el concepto, funciones, garantías, etc., de los representantes de los trabajadores (es decir, el modelo de representantes colectivos), no les permite en cambio tanta libertad en lo que respecta a la designación; es decir, la Directiva no permite a los Estados miembros poder decidir acerca de qué empresas tendrán representantes de los trabajadores y cuáles no (salvo en lo que respecta al número de trabajadores, previsto en el artículo 6-4),

sino que en virtud del efecto útil de la Directiva, sobre todo su artículo 6, los Estados tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para que los trabajadores sean consultados e informados a través de sus representantes en caso de transmisión de empresas. Así lo explica la Sentencia del TJCEE de 8-6-1994, *Comisión contra Reino Unido*, asunto C-382/92, que dice:

«La letra C) del artículo 2 de la Directiva no es una remisión pura y simple a las normas vigentes en los Estados miembros en lo que respecta a la designación de los representantes de los trabajadores. Esta disposición únicamente deja en manos de los Estados miembros la responsabilidad de determinar las modalidades de designación de los representantes de los trabajadores a los que obligatoriamente se debe informar en virtud del artículo 6 de la Directiva. (...) el legislador comunitario no ha querido permitir que los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales toleren la falta de designación de los representantes de los trabajadores cuando dicha designación resulta necesaria para que se cumplan las obligaciones previstas en el artículo 6 de la Directiva. Aunque es cierto que la Directiva no contiene ninguna disposición destinada a regular expresamente un supuesto semejante, esta circunstancia no resta valor a las disposiciones de los artículos 6 y 8 de la Directiva que, puestas en relación, obligan a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para que los trabajadores sean informados y consultados a través de sus representantes en caso de transmisión de la empresa. (...) el carácter limitado de dicha armonización no puede privar de efecto útil a las disposiciones de la Directiva y en especial a las disposiciones de su artículo 6. En particular, ello no puede obstar a la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los representantes de los trabajadores con vistas a la información y consulta previstas por el artículo 6 de la Directiva.»

En otro orden de cosas, la Directiva tiene una triple incidencia respecto a los representantes de los trabajadores:

1. De un lado, le reconoce una serie de garantías mínimas.
2. De otro, le otorga una serie de derechos de información y consulta.
3. Por último, establece unas materias en las que remite a la negociación de las partes.

1. Respecto a las garantías que se le reconocen, está en primer lugar el artículo 5-1 de la Directiva, que reconoce a los representantes de los trabajadores el derecho a conservar su estatuto y función, «**en la medida en que el centro de actividad conserve su autonomía**».

Ninguna jurisprudencia del TJCEE existe, al menos conocida por quien esto suscribe, acerca de la interpretación de este artículo. Por tanto, la interpretación que del mismo se realice no será definitiva hasta que sobre el mismo se pronuncie el Tribunal.

En la Sentencia *D'Urso*, el TJCEE dijo, en un *obiter dictum*, que las relaciones laborales existentes forman parte del conjunto económico transmitido (párrafo 9), mientras que es doctrina constante decir que para ver si una empresa mantiene su identidad tras la cesión, el juez nacional tiene que analizar todas las circunstancias que conforman una empresa. De ahí se deduce que las relaciones laborales existentes en una empresa constituyen una más de las circunstancias que integran una empresa, si bien la Directiva tiene por finalidad que esta circunstancia concreta, (las relaciones de trabajo) no se vea alterada, **en la medida de lo posible**, por el traspaso de empresa. La jurisprudencia del TJCEE ha introducido la frase «en la medida de lo posible» como cláusula de estilo en sus sentencias, dando a entender que aunque la finalidad de la Directiva sea mantener inalteradas las relaciones individuales de trabajo, puede que no se consiga siempre.

Las relaciones de trabajo individuales, en una sociedad de capitalismo avanzado como la europea, están indisolublemente unidas a las relaciones colectivas de trabajo, por virtud de los Derechos constitucionales, que no pueden dejar de reconocer el Derecho colectivo del trabajo, con su finalidad tuitiva de la relación individual.

Así, la Directiva que de manera muy realista es interpretada por el TJCEE en el sentido de que intenta mantener **en la medida de lo posible** intangibles las relaciones de trabajo, señala que el estatuto y funciones de los representantes de los trabajadores se mantendrán tras la transmisión **«en la medida en la que el centro de actividad conserve su autonomía»**. La frase entrecomillada puede tener una doble interpretación:

1. Sentido condicional: el estatuto y las funciones de los representantes de los trabajadores se mantienen **si** el centro de actividad conserva su autonomía. De manera que ante los representantes de los trabajadores no cabe término medio: o conservan su estatuto y funciones, o no los conservan, dependiendo de si el centro conserva su autonomía. Entiendo que esta interpretación no puede ser admitida. Primero, porque no es el tenor literal de la Directiva, que podría haberse redactado con el condicional «si», pero no está redactada de esta manera. Y segundo, y más importante, porque podría enmascarse con ello un atentado a la libertad sindical, ya que el mantenimiento del estatuto y funciones de los representantes de los trabajadores (que, recordemos, es expresión de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva) se deja en manos de la actuación de los empresarios, los cuales pueden manipular esta representación otorgada por quienes no intervienen en la transmisión, a sus representantes, que tampoco intervienen decisivamente.
2. Sentido proporcional: se mantendrán el estatuto y las funciones de los representantes de los trabajadores en la medida necesaria a la nueva configuración de la empresa (en cuanto a los trabajadores se refiere, claro). Esta interpretación es más acorde con el tenor literal de la Directiva (**«En la medida en que...»**), y más respetuosa con la representación colectiva y el derecho a representar y ser representado que tienen los trabajadores de la empresa transmitida.

Del tenor literal de la Directiva, artículo 5, parece deducirse que la relación contractual laboral individual de los representantes de los trabajadores formará parte de la entidad transmitida, es decir, que los representantes de los trabajadores verán su relación laboral subrogada con el nuevo cesionario de la empresa. Esto parece ser un aserto innecesario, puesto que si se traspasan todos los trabajadores con la empresa transmitida, también los representantes de los trabajadores.

El problema empieza a plantearse cuando lo que se traspasa no es una empresa sino un centro de actividad o una parte de centro de actividad, siendo así que la representación de los trabajadores no tiene el mismo ámbito que lo que se transmite. Me refiero, por ejemplo, al problema que se plantea respecto a unos representantes de los trabajadores de la empresa entera, cuando se transmite una parte de ella. ¿Siguen siendo representantes de los trabajadores que se han transmitido? ¿Deberá ser transmitida la relación laboral de los representantes a fin de mantener la relación de representación respecto a los trabajadores transmitidos? ¿Qué representación tendrá el resto de la plantilla no transferida?

Todas estas interrogantes no quedan resueltas con la Directiva. Para resolverlas, sólo podremos acogernos al concepto de proporcionalidad que se deriva de la interpretación del artículo 5-1 de la Directiva más arriba expuesta: la representación de los trabajadores se verá disminuida en la misma medida en que proporcionalmente sea disminuido el volumen de 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 con cada una. Ésta parece ser la interpretación más correcta a la finalidad de la norma, e incluso a su tenor literal, pero es evidente que no resuelve todos los problemas posibles. Tampoco ha sido aceptada como válida por el Tribunal, que no se ha pronunciado sobre este problema, según se ha expuesto.

En todo caso, parece que el nuevo Protocolo XIV anejo al Tratado de la Unión Europea, basado en la negociación colectiva, entre interlocutores sociales, podrá ofrecer una solución a estos problemas más acorde con la realidad en que se ha de implantar.

En todo caso, si a consecuencia de la transmisión de empresa expirase algún mandato de los representantes de los trabajadores (hipótesis desde luego no acorde con el principio de no injerencia empresarial en la representación de los trabajadores), éstos continuarán beneficiándose de las garantías que cada Estado reconozca a los representantes de los trabajadores, según el artículo 5-2 de la Directiva. Este artículo no establece límite máximo de la duración de esta garantía, mantenida aunque expire el mandato a causa de la transmisión. Entiendo que esta laguna debe integrarse de distinta manera, según sea representante unitario o representante sindical, y de distinta manera, también según el tipo de representante que sea, dentro de cada uno de los dos tipos señalados. Será, por tanto, la naturaleza del tipo de representación que ostenta, la que servirá para integrar esta laguna: hasta que debiese expirar el plazo de su mandato si es representante elegido por tiempo determinado (como en el caso de un miembro de un Comité de Empresa español), por ejemplo. Pero para otros casos, imposible de determinar *a priori* cuánto tiempo podría haber durado su mandato (como en el caso de un Delegado Sindical en Derecho español), la Directiva debería al menos haber dado un plazo de referencia.

2. Respecto a los derechos de información y consulta, se regulan en el artículo 6 de la Directiva. Según este precepto, tanto el empresario cedente como el cesionario tienen la obligación de comunicar a los representantes de sus respectivos trabajadores información sobre una serie de materias que se verán afectadas por la transmisión de empresa. Nótese que la información la tendrá que dar cada empresario a sus respectivos representantes de los trabajadores, no a los trabajadores directamente, lo que representa un punto de problemática para aquellas empresas que no tienen representantes de los trabajadores, porque la Directiva se limita a decir, en el punto 5 de este artículo 6, que: «Los Estados miembros podrán prever que, en caso de que no hubiera en una empresa o en un centro de actividad representantes de los trabajadores, los trabajadores afectados deberán ser informados previamente de la inminencia del traspaso en el sentido del apartado 1 del artículo 1».

Así, se deja en manos de los Estados miembros la posibilidad de establecer o no, libremente, el derecho de los trabajadores individuales a ser informados de la inminencia de la transmisión de empresa. Esta cláusula no obliga a los Estados a establecer este derecho de los trabajadores; y en todo caso, se refiere sólo a ser informados de la inminencia del traspaso de la empresa, no a todas las materias previstas en el apartado 1 de este artículo. Por supuesto, tampoco prevé la obligación ni siquiera la posibilidad, de que los Estados miembros puedan prever algún tipo de negociación entre empresario y trabajadores individuales, cosa que sí prevé imperativamente en el párrafo segundo para los representantes de los trabajadores, y que trataremos más abajo.

El artículo 6-1, referido a la materia objeto de comunicación previa a los representantes de los trabajadores, resulta ser un precepto muy detallado, de manera que los Estados no tienen excesiva autonomía para regular la materia objeto de comunicación.

Especial consideración merece el punto 2 del mismo artículo, que prevé que si la transmisión va a afectar a los trabajadores, los empresarios deben comunicar estas medidas a los representantes, con tiempo suficiente, y con el fin de llegar a un acuerdo. Hay que recordar que constantemente, la jurisprudencia interpreta la Directiva en el sentido de que se deben mantener los derechos de los trabajadores intangibles como consecuencia de la cesión, por lo que, en principio, difícil será negociar una medida que altere las circunstancias en que se presta el trabajo, cuando la misma Directiva y la jurisprudencia vedan la posibilidad de que existan alteraciones en las condiciones de trabajo. Pero hay que recordar que la jurisprudencia habla del mantenimiento de las mismas condiciones de trabajo «en la medida de lo posible», por lo que implícitamente está reconociendo que algo puede cambiar, como no puede ser menos, dada la naturaleza de las cosas. En todo caso, de las posibilidades que abre la Directiva para la negociación entre las partes, hablaremos más abajo.

Es doctrina del TJCEE, manifestada en la Sentencia citada de 8-6-1994, que los Estados, en virtud del principio de efecto útil de las normas comunitarias, deben poner todas las medidas para que se cumplan las normas comunitarias. En consecuencia, aunque la Directiva no establezca las consecuencias que para los empresarios les supone el no dar la información y consulta regulados en la Directiva, los Estados conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, pero «deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en

condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e importancia similares y que, en todo caso, **confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo**».

De esta manera, la Directiva reafirma el deber de los Estados de aplicar en Derecho interno la Directiva, aun en aquellos supuestos en que la misma no establece la sanción prevista para el incumplimiento de sus normas por los particulares. Precisamente ésa es la idea de Directiva que aparece en el Tratado de Roma: la Directiva fija los objetivos, y será el Estado miembro el que señale los medios para conseguirlos.

3. Respecto a las materias objeto de negociación, en primer lugar hay que decir que el artículo 6-2 de la Directiva reconoce la facultad de las partes de poder llegar a un acuerdo sobre las medidas que cedente y cesionario adoptarán respecto a sus trabajadores como consecuencia de la transmisión. Nótese que la norma no obliga a adoptar el acuerdo, ni prevé ninguna alternativa para el caso de que no se llegue a ningún acuerdo (el proyecto de Directiva establecía que, en caso de desacuerdo, se solucionaba la situación mediante un arbitraje obligatorio, pero esta norma no ha llegado al texto vigente). Tampoco establece el procedimiento para llegar al acuerdo, ni el *quórum* para adoptarlo, etc. La norma se limita a señalar que deberá ser la finalidad de las partes, cuando entren en la dinámica de información y consulta, la de llegar a un acuerdo.

Ya se ha ocupado el Tribunal, en esta Sentencia citada de 8-6-1994, de la normativa de desarrollo (un reglamento) que el Gobierno británico dictó para este punto de la Directiva:

«La Comisión sostiene que el reglamento supone una adaptación incompleta del Derecho nacional a las disposiciones del artículo 6 de la Directiva, pues sólo obliga al cedente o al cesionario que prevén la adopción de medidas en relación con los trabajadores afectados por una transmisión a iniciar consultas con los representantes de los sindicatos reconocidos por ellos, a tomar en consideración todas las observaciones que formulen dichos representantes, a responder a tales observaciones y, si las rechazan, a indicar los motivos del rechazo, mientras que el apartado 2 del artículo 6 de la Directiva obliga a consultar a los representantes de los trabajadores **con el fin de llegar a un acuerdo**. El Gobierno del Reino Unido reconoce que su legislación no se ajusta a la Directiva en este punto.»

De la interpretación del Tribunal se desprende que, con independencia del formalismo al que se someta la consulta y negociación, la finalidad debe ser para ambas partes la de llegar a un acuerdo y no la de cumplir los requisitos formales que la legislación nacional de desarrollo les imponga. No establece la Directiva, ni aclara el Tribunal, qué ocurre cuando las partes, tras la información, consulta y negociación, no han llegado a ningún acuerdo. Parece ser, utilizando los mismos argumentos que el Tribunal utiliza en la misma sentencia para cuando el empresario incumpla sus deberes de consulta, que cuando no se llegue a ningún acuerdo, el Estado debe prever la imposi-

ción de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas para las partes que no negocien con esa finalidad o de buena fe. El problema es que, aunque se impongan las sanciones, si no hay acuerdo ¿qué pasa con las condiciones de trabajo de los trabajadores de una empresa transmitida? La solución más acorde con la autonomía colectiva podría ser la del arbitraje obligatorio que preveía el proyecto de Directiva, y que parece ser una de las pocas opciones que le quedan al legislador nacional de desarrollo para cumplir con el efecto útil de la Directiva, tal como lo interpreta la sentencia mencionada.

En materia de negociación entre el empresario y los representantes de los trabajadores, interesa resaltar lo que, a mi juicio, resulta una contradicción en la jurisprudencia del Tribunal, o al menos, una línea jurisprudencial que no encaja con la importancia y garantías que por otro lado el TJCEE otorga a la negociación con los interlocutores sociales. Me refiero a la línea mantenida por el Tribunal cuando se comparan la Sentencia de 10-2-1988, asunto 324/86, *Daddy's Dance Hall*, la Sentencia de 25-7-1991, asunto C-362/89, *D'Urso*, y la Sentencia de 16-12-1992, asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91, *Grigorios Katsikas*.

En efecto, en la Sentencia *Daddy's Dance Hall*, el Tribunal establece que los derechos reconocidos en la Directiva son indisponibles por el trabajador, porque son de orden público:

«Al tratarse de una protección de orden público que, por lo tanto las partes no pueden desconocer en virtud de principio de libertad de pactos, las disposiciones de la Directiva (...) deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas. De lo dicho se desprende que los trabajadores afectados no pueden renunciar a los derechos que la Directiva les reconoce, y que no cabe admitir una disminución de estos derechos, incluso con el propio consentimiento de los trabajadores.» (párrafo 15).

No obstante, la misma sentencia establece que el fin de la Directiva es proteger al trabajador con el nuevo cesionario de manera que su relación no se vea perjudicada con respecto al anterior empresario cedente. Por tanto, si la legislación estatal le permitía modificar sus condiciones de trabajo con el anterior empresario, no cabe prohibirle que pueda hacer lo mismo con el nuevo empresario por el mero hecho de que la empresa se haya transmitido:

«... en la medida en que, al margen del supuesto de una transmisión de empresa, el Derecho nacional permite modificar la relación de trabajo en un sentido desfavorable para los trabajadores, (...) una modificación de este tipo no puede excluirse sólo por el hecho de que, entre tanto, la empresa haya sido objeto de una transmisión y, por consiguiente, se haya celebrado un nuevo acuerdo con el empresario. (...) la relación de trabajo puede modificarse en relación con el cesionario dentro de los límites que cabría aplicar si se hubiere tratado del cedente» (párrafo 17).

Analizando esta doctrina, parece que se disuelve toda la protección de la Directiva; porque si ésta pretende proteger los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa, pero resulta que un trabajador individual puede, mediante contrato privado con el nuevo cesionario, modificar a la baja sus derechos, realmente no existe ningún tipo de protección: es sabido que el pacto entre trabajador individual y empresario es la manera como se manifiesta la voluntad unilateral del empresario, y que para defenderse de esta situación nació el Derecho colectivo del trabajo, para que las condiciones de trabajo no las fije el empresario mediante pactos individuales, sino mediante acuerdos con los colectivos de trabajadores. En cualquier caso, el Derecho comunitario permite una modificación a la baja de los derechos del trabajador.

Lo anterior resulta más extraño si se tiene en cuenta que el Tribunal no permite que los derechos del trabajador se vean modificados a la baja por pacto entre los representantes de los trabajadores y el empresario. En la Sentencia *D'Urso*, el Tribunal declaró:

«... las disposiciones de la Directiva deben considerarse imperativas, en el sentido de que en perjuicio de los trabajadores no pueden admitirse excepciones a lo previsto en ellas. Por consiguiente, 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...**»

La Sentencia *D'Urso* anula el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, en virtud del cual se modifican a la baja los derechos de algunos trabajadores, para salvar la relación laboral de otros trabajadores. Se trata del acuerdo, ya típico en situaciones de crisis empresarial, en virtud del cual se sacrifican unos trabajadores para que pueda continuar la empresa con el resto. Esta falta de legitimación por parte del Tribunal de este tipo de acuerdos puede causar distorsiones en el sistema de relaciones laborales colectivas. Sobre todo si se piensa que en el asunto *D'Urso* el Tribunal no admitió el acuerdo en virtud del cual una parte de la plantilla se quedaba con la empresa cedente en crisis, y otra parte continuaba con la nueva empresa cesionaria; mientras que en el asunto *Grigorios Katsikas*, número C-132/91 acumulado al C-138/91 y C-139/91, en Sentencia de fecha 16-12-1992, el mismo Tribunal admitió la validez de que en Derecho interno el Estado prevea que el trabajador puede renunciar, por acuerdo individual suyo, al derecho a continuar con el nuevo empresario cesionario, permitiéndole continuar con el antiguo cedente, ya que obligar al trabajador a continuar necesariamente con el cesionario podría afectar a los derechos fundamentales del trabajador, que debe ser libre de elegir su empleador, y no puede ser obligado a trabajar para un empleador que él no ha elegido libremente (párrafos 31 y 32 de la sentencia).

En definitiva: la Directiva reconoce al trabajador individual la facultad de decidir sobre derechos que quedan vetados a los representantes de los trabajadores, quienes, precisamente, tal vez podrían defender esos derechos del trabajador con más efectividad que él mismo, dada la correlación de fuerzas en las relaciones industriales.

Sobre la manera de realizar esta legislación de desarrollo, es de hacer notar que ya la Sentencia de 10-7-1986, asunto 235/84, *Comisión contra Italia*, reconocía la posibilidad de que las partes sociales, mediante acuerdos colectivos, pudiesen trasponer a Derecho interno la normativa comunitaria contenida en esta Directiva, adelantándose de esta manera en unos seis años al Protocolo XIV del Tratado de la Unión Europea, en cuyo artículo 2-4 se permite que todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las Directivas adoptadas en aplicación de los apartados 2 y 3. Sin embargo, en 1986, citando una Sentencia anterior de 30-1-1985, asunto 143/83, ya había dicho el Tribunal que «ciertamente se puede permitir a los Estados miembros que dejen, en primer lugar a los interlocutores sociales el cuidado de realizar los objetivos de política social establecidos en ese campo por una Directiva» (párrafo 20). (Traducción no oficial).

El Derecho comunitario, por tanto, permite que el Estado deje que sean los interlocutores sociales los que realicen la trasposición de una normativa al Derecho interno, pero aun así, el Estado debe asegurarse de que la legislación de desarrollo estatal se aplique a todos los ciudadanos de ese Estado, con el inconveniente de que los convenios colectivos se aplican sólo a los empresarios y trabajadores que se encuentren dentro de sus respectivos ámbitos. Por ello, en la Sentencia de 1986 citada, fue condenada la República italiana, porque aunque existían convenios colectivos que desarrollaban la legislación comunitaria, estos convenios no se aplicaban a todos los ciudadanos italianos, sino sólo a los trabajadores de algunos sectores.

VI. ADECUACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL A LA DIRECTIVA

Es lugar común en toda la doctrina decir que el Derecho español recoge todos los derechos y garantías que recoge la Directiva, e incluso los supera (7).

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. Recuérdese que la Sentencia de 8-6-1994, *Comisión contra Reino Unido*, asunto C-382/92 establece que «el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales

(7) Así, para Tomás SALA FRANCO, «disponemos en nuestro ordenamiento de unas normas de rango legal y, por ello, de carácter general que, independientemente de lo que establezcan en beneficio de los trabajadores los correspondientes convenios colectivos, se ajustan en líneas generales a lo dispuesto en la Directiva comunitaria analizada» (*Efectos laborales de la transmisión de empresas, Normas Comunitarias y Derecho Español*); para A. MONTOYA y otros, en la obra *Instituciones de derecho social europeo*: «El Estatuto de los Trabajadores había regulado en su artículo 44 la sucesión de empresas (...) siguiendo criterios semejantes a los de la Directiva 77/187 CEE. Así, el supuesto de base de la Directiva coincide de modo casi literal con el del Estatuto de los Trabajadores (...). Más aún, el Estatuto no contiene exclusiones como la establecida respecto de los buques marítimos en la Directiva 77/187 CEE.», etc.

debe apreciarse teniendo en cuenta la interpretación que de ellas hacen los órganos jurisdiccionales nacionales». Por tanto, apreciaremos la correlación entre nuestro Derecho interno y el comunitario teniendo en cuenta la interpretación que de aquél vienen haciendo nuestros Tribunales.

Nos detendremos solamente en tres supuestos en que la normativa comunitaria aporta más protección a los derechos de los trabajadores que la normativa española:

1. En primer lugar, entendemos que el supuesto de hecho de la normativa comunitaria no es tan distinto del español; es decir, que ambas normas regulan (o pueden regular) los mismos supuestos de hecho. No es cierto, (a mi entender no se puede decir tan rotundamente como lo hace la doctrina) que la normativa española se aplique a todos los supuestos de la normativa comunitaria, mientras que no ocurre lo mismo al contrario. Esta postura se basa en que la Directiva sólo se aplica a los supuestos de transmisión voluntaria o contractual de la empresa, mientras que la española se aplica a cualquier tipo de transmisión empresarial, sea voluntaria o no. Pero esto no es cierto, a mi entender. Lo único cierto es que la Directiva exige de su aplicación a los buques mientras que la normativa española no.

Ya hemos analizado la evolución de la jurisprudencia del TJCEE, en el sentido de hacer una interpretación finalista de la Directiva, ampliando los supuestos de aplicación a reversiones de los contratos de arrendamiento de empresa, cesiones judiciales imperativas, decisiones unilaterales de la empresa principal, etc. Pese a que el Tribunal sigue diciendo que la Directiva se aplica a cesiones convencionales, extiende el término convencional a situaciones que normalmente no se les denominaría así. El Tribunal, así, entiende, incluso, aplicable la Directiva al supuesto de suspensión de pagos de la empresa, aunque no al supuesto de quiebra de la misma, si ésta cierra. De esta manera, queda equiparado el supuesto de hecho de la Directiva al supuesto de hecho del Estatuto de los Trabajadores (ET), tanto más si tenemos en cuenta que el artículo 51 del ET permite que si los síndicos deciden cerrar la empresa en quiebra, no se traspasan los derechos de los trabajadores de la misma, sino que se extinguen (actual punto 10 del art. 51, y antiguo punto 12, párrafo segundo). O sea, en caso de quiebra de la empresa, la Directiva no mantiene los derechos de los trabajadores, pero el Derecho estatal tampoco.

La única duda respecto al diferente campo de aplicación quedaría respecto a las transmisiones *mortis causa*, reguladas por el artículo 44 del ET, y en principio excluidas de la Directiva. Pero ya hemos explicado *supra* que el Tribunal no ha excluido expresamente las transmisiones *mortis causa*, y que de la interpretación finalista de la Directiva se puede derivar la posibilidad de que el Tribunal entienda aplicable la Directiva a estas transmisiones. En todo caso, habría que esperar la decisión del TJCEE sobre la materia, que aún no se ha producido, o al menos, el que esto suscribe no tiene noticia de ello.

Pero, de otro lado, existen supuestos en que es de aplicación la Directiva, y no es de aplicación el artículo 44 del ET, interpretado por la jurisprudencia. Me refiero a las empresas descapitalizadas por naturaleza, las empresas que no poseen bienes materiales. El problema resulta de la diferente noción que para el TJCEE y para nuestros Tribunales existe del concepto de empresa.

Según el artículo 44 del ET, el objeto de la transmisión ha de ser una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la empresa. Hay que dejar constancia de que la norma citada establece como dato esencial la autonomía, lo que denota una cierta organización propia y autónoma. Para hacer una exégesis de la norma, habría que ver primero cómo se define una empresa, y posteriormente cómo se definen el resto de los elementos que pueden ser objeto de transmisión.

La Sentencia del Tribunal Central de Trabajo (TCT) de 5-3-1975 (Ar. 1205) define la empresa como la «organización del conjunto formado por personas, bienes y actividades».

Se destaca, por tanto, de esta definición, varias notas características de la definición de empresa:

- Debe existir un conjunto de bienes.
- Debe existir un conjunto de personas.
- Debe existir una organización de todo ello.
- Debe tener una finalidad concreta.

De todas las características citadas, la esencial es la de organización, que es donde se pone especial énfasis. Es la organización de la empresa la que le da sentido a todo el conjunto. Pero debe tener un sustrato material y personal en que sustentarse.

Sin embargo, hay que tener en cuenta la relatividad de toda esta definición, ya que es una definición no legal, sino jurisprudencial y doctrinal. La dificultad inherente a ello ha sido puesta de manifiesto en la Sentencia del TCT de 10-7-1985 (Ar. 4887), que viene a decir:

«...Vaya por delante que el concepto de empresa es continuamente cuestionado en razón a la falta de una definición o concepto legal de la misma, carencia que tampoco el derecho comparado rellena a pesar de existir algún Código con tratamiento de ella, por ejemplo el Italiano, y esta ausencia de tratamiento legal tiene su explicación en que el concepto de empresa es un concepto económico, y por ello, los legisladores se resisten a recogerlo dentro de un cuerpo legal, pero el hecho de que exista una ausencia de norma que lo defina, no libera al intérprete del Ordenamiento Jurídico de la investigación de lo que ha de entenderse por empresa, y en este sentido, es de destacar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 14/02/1954 (Ar. 1853), señaló como característica de la empresa, la organización, esto es, el aspecto espiritual del concepto, afirmando en otra Sentencia de 13/03/1943 (Ar. 308) que la empresa es una verdadera organización de actividades, de bienes y de relaciones de muy variada condición y que en su conjunto, es decir, como un todo y real a la condición de cada uno de sus elementos puede ser objeto de tráfico jurídico.»

De las definiciones vistas hasta ahora, se destaca como común a todas ellas que la empresa, según el Derecho interno, debe tener un elemento material y un elemento organizativo, aunque lo fundamental es el elemento organizativo. También es común a todo lo visto el hecho de que consideran a la empresa como un universo completo en sí mismo, como un conjunto dotado de todos los elementos que le son necesarios para tener entidad propia.

El elemento material, tradicionalmente se ha impuesto como requisito *sine qua non* para la operatividad del artículo 44 del ET. Es decir, se consideraba que empresa que se transmite según el artículo 44 del ET era aquella que, además de otras características, tenía un sustrato material. Esta consideración resulta ser anticuada en la actualidad, ya que elemento material lo tienen las empresas dedicadas a los sectores primarios y secundarios de la economía (agricultura, minería y talleres industriales), pero no es necesario que lo tengan las empresas dedicadas al sector terciario o de servicios, que resultan ser las mayoritarias en la actualidad, y para las cuales no es esencial o al menos, no el elemento más importante, el sustrato material en que se sustentan. Frente a ello, ha reaccionado la jurisprudencia, que reduce al mínimo las exigencias de lo que debe ser transmitido, centrando su atención sobre la suficiencia del conjunto de bienes para desplegar una actividad autónoma, más que en el paralelismo entre esta unidad productiva y la empresa como realidad global. Resulta, pese a ello, llamativo el lento avance jurisprudencial en la delimitación del objeto de la transmisión como presupuesto de aplicación del artículo 44 del ET. De hecho, la jurisprudencia inmediatamente posterior, a pesar de las transformaciones en el texto de la norma respecto a los textos anteriores, continuó profundamente influida por la noción clásica de empresa y de centro de trabajo manejadas hasta la fecha -vinculadas a modelos de actividad en los sectores primario y secundario de la economía-, por ello su especial apego a la «suficiencia de los bienes transmitidos», de los «elementos productivos transmitidos» para desarrollar la actividad económica típica del modelo de empresa industrial, pese a que, en otras circunstancias, ya había declarado que los bienes materiales que aparecen no son elemento importante; así lo dijo el Tribunal Supremo (TS) en la conocida Sentencia «de los mensajeros», de 6-2-1986 (AL núm. 354):

«... en el supuesto debatido (...) el medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica, actividad personal que no es algo que en la empresa demandada tenga naturaleza subsidiaria en relación a otra principal, sino que constituye su fundamental objeto social, de tal modo que esos factores, carácter secundario de la aportación no personal del trabajador, y constituir el trabajo de ésta la actividad principal, la razón de ser de la empresa, impiden aplicar aquella doctrina a la realidad social, de reciente aparición en un uso generalizado, que por primera vez se examina por esta Sala.»

Para esta sentencia, el hecho de que los mensajeros aporten junto con su trabajo un elemento de transporte no convierte el contrato de trabajo en contrato de transporte, ya que el elemento material aportado es secundario y de uso generalizado. Es decir, la Sala quita importancia al elemento material en beneficio del elemento funcional para calificar el contrato como de trabajo. En igual

medida se puede extender esta doctrina al artículo 44 del ET, en el sentido de restar importancia a los elementos materiales transmitidos en beneficio de la función desempeñada por la empresa que se va a transmitir. Y así lo ha hecho, aunque tímidamente, la última jurisprudencia.

Las aperturas jurisprudenciales nacieron al hilo de los fenómenos sucesorios en determinadas actividades (sobre todo, contratistas administrativos, concesionarios de servicios en empresas con una actividad productiva más amplia, o contratistas de limpieza) en las que la transmisión efectiva de unidades productivas podía desdeñarse, inicialmente, por influjo de la normativa sectorial, aunque el supuesto de hecho cada vez abunda más. En relación con la función recaudatoria (tras la aprobación del R.D. 1327/1986, de 13 de junio) la asunción directa por la Administración del Estado de las funciones recaudatorias y la pérdida de sentido de los «recaudadores de zona» previstos al amparo de la legislación anterior, se ha vuelto a plantear el problema de cuál ha de ser el objeto de la transmisión si una «empresa», o una «función», aunque en este caso no se transmitan bienes, sino sólo personal. La respuesta dominante sigue siendo la que sustenta la necesidad de que se transfieran bienes suficientes para el desarrollo de una actividad productiva (STS de 13-3-1990, Ar. 2069); por tanto, en casos como éste, sólo la norma legal podría imponer efectos subrogatorios especiales que no tendrían cabida en el artículo 44 del ET. Sin embargo, junto a esta corriente jurisprudencial ortodoxa se abren paso otras resoluciones -todavía no muy abundantes, aunque ya significativas- que «desmaterializan» la transmisión, atendiendo sólo al hecho de la efectiva sucesión en las **funciones** desarrolladas por el empresario anterior, y no sólo en la transmisión de bienes bastantes, para entender constituido un supuesto del artículo 44 del ET. Es ésta una postura mantenida en algunas de las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia, todavía no respaldadas por la doctrina del TS, pero de evidente importancia porque marca líneas posibles de desarrollo de una jurisprudencia posterior (SSTSJ de Extremadura 27-2-1991, Ar. 1281; Canarias 20-5-1992, Ar. 135; Castilla-La Mancha 16-5-1992, Ar. 2358), y que ya fue anunciada por el TCT en su Sentencia de 10-7-1985, (Ar. 4887):

«... cabe perfectamente la existencia de una empresa que no tenga elementos materiales, sino solamente organización, y por supuesto nombre, situación que puede darse en el arrendamiento de una agencia de mediación.»

Aparece así el problema de la postura jurisprudencial ante la sucesión de contratas. Desde muy temprano, la jurisprudencia laboral se inclinó hacia la tesis de que en la sucesión de contratas concurre el presupuesto aplicativo del artículo 44.1 del ET. Para ello, la jurisprudencia utilizaba un criterio realista consistente en dar más relevancia al resultado final (un contratista es sustituido por otro) que al *iter* negocial seguido para llegar a ese resultado (se produce una primera revocación de la contrata y una segunda concesión de la misma a otro empresario). Esta tesis surgió ya durante la vigencia del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, precedente inmediato del artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales de 1976, ambos prácticamente idénticos al actual artículo 44 del ET. Así, la STS de 21-12-1963 (Ar. 19), referida al cambio de concesionario de un servicio público municipal, afirmaba que aunque «... no hay cesión de empresa *stricto sensu* sí la hay, en cambio, de actividad industrial específica, creándose una situación análoga a la que contempla aquel precepto». Y en el mismo sentido se pronunció repetidas veces el TCT. Así, en la Sentencia de 11-5-1977

(Ar. 2646) aplicaba también el artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo a un cambio de contratista argumentando que «... no se produjo el cese de una actividad industrial y la creación de una nueva, sino que continuó la explotación de un mismo servicio, al que estaban destinados los actores, y en las mismas instalaciones, bajo distinto titular».

Ya vigente el ET, la jurisprudencia continuó en la misma línea. Así, la STS de 16-6-1983 (Ar. 3017) aplicaba el artículo 44 a un caso en que «... la recurrente, por concesión administrativa, quedó constituida en continuadora de la misma actividad mercantil que desarrollara el concesionario que la perdió... (por lo que) ha de entenderse que es continuadora de la empresa, como nueva titular de la misma a los efectos de continuar subrogada». Y en idéntico sentido, aunque en este caso la principal era un Banco, no una Administración, la STS de 6-12-1983.

Sin embargo, a partir de mediados de los años 80 comenzó a abrirse paso en la jurisprudencia la tesis contraria, que recibirá un importante, aunque indirecto, apoyo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1987, de 21 de mayo. El Tribunal deniega en ella un recurso de amparo por violación del principio de igualdad en la aplicación de la ley, dado que el TCT había resuelto dos casos idénticos de manera distinta. En su Sentencia de 26-2-1980, el TCT se había atenido a la tesis tradicional de la aplicabilidad del artículo 44 a los supuestos de sustitución de contratistas, mientras que en su Sentencia de 15-10-1985, el propio TCT acoge la nueva tesis de la no aplicabilidad del artículo 44 a dichos supuestos. El Tribunal Constitucional deniega el amparo sobre la base de su conocida teoría de que los Tribunales de Justicia pueden cambiar su propia solución a los problemas jurídicos que se les plantean siempre que lo razonen explícita o implícitamente.

Ésta será la tesis que a partir de ese momento irá prevaleciendo en la jurisprudencia del TS. No obstante, subsisten en los últimos años 80 y a principios de los 90 pronunciamientos jurisprudenciales que siguen manteniendo la aplicabilidad del artículo 44 del ET a los supuestos de sucesión de contratistas. Así, la STS de 9-7-1987 (Ar. 5123), referida al cambio de concesionarios del servicio de alumbrado público de Bilbao, afirma que «se produjo el cambio de titularidad de que habla el propio precepto, se transmitiera o no el utillaje que, de otra parte, en el caso de autos no era elemento muy significativo de la actividad objeto de la empresa, pues lo sustancial era la propia actividad y la organización capaz de desarrollarla».

Se produjo, por tanto, una cierta división jurisprudencial en el propio seno del TS, lo que dio lugar a diversidad de pronunciamientos en los nuevos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Por ello, resultó necesaria la actuación del TS para imponer la unificación de doctrina, resultando así la conocida Sentencia de 5-4-1993, (Ar. 2906) que dice:

«... NO HAY TRANSMISIÓN DE EMPRESA, NO HAY SUCESIÓN DE EMPRESA, NO SE ESTÁ ANTE EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 44 ET Y POR ENDE, NO HAY SUBROGACIÓN EMPRESARIAL CUANDO, COMO AQUÍ OCURRE, NO SE TRANSMITE LA UNIDAD PRODUCTIVA QUE LA DETERMINA Y DEFINE Y CUANDO NI LA NORMATIVA SECTORIAL, NI EL EVENTUAL PLIEGO DE CONDICIONES DAN TRATAMIENTO JURÍDICO-LABORAL A LA CUESTIÓN.»

Pero entiendo que esta doctrina del TS no es correcta, porque:

1. Para sostener el esquema tiene que reconocer como fuente del Derecho del Trabajo, determinante de derechos y obligaciones de los trabajadores, el pliego de condiciones, que ni se hace con intervención de los trabajadores, ni es reconocido como fuente de Derecho del Trabajo por el ET.
2. Resulta una tesis absolutamente contraria a la mantenida por el TJCEE en su Sentencia de 14-4-1994.

En efecto, para el TS, la empresa tiene que tener necesariamente un elemento material en que basarse, mientras que para el TJCEE, para ver si la empresa transmitida conserva su unidad, hay que tener en cuenta una serie de condiciones, entre las cuales el elemento material es sólo una de ellas, por supuesto que no determinante. Tanto es así, que en la Sentencia del TJCEE de 14-4-1994, el Abogado General mantuvo una postura semejante a la mantenida por nuestro TS, y fue expresamente rechazada.

A consecuencia de todo esto, resulta que el artículo 44 no se aplica a la sucesión de empresas contratistas de servicios para otras empresas, (lo ha dicho el TS en su Sentencia de 5-4-1993, en contra de la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas), mientras que para el TJCEE, la Directiva es perfectamente aplicable a estos supuestos (Sentencia *Schmidt*, Sentencia *Redmond* y Sentencia *Süzen*), porque lo importante no son los bienes materiales de la empresa, sino la actividad que desarrolla o el conjunto de elementos necesarios para la actividad valorados en su conjunto y sin que ninguno de ellos pueda constituirse en requisito indispensable por sí mismo.

Así, aunque la Directiva excluya de su aplicación a los buques y el ET no los excluya, el artículo 44 excluye de su aplicación a la sucesión de empresas contratistas de servicios para otras empresas, con lo que excluye de su aplicación todo el sector de limpieza, de vigilancia privada, de jardinería, etc., sectores todos ellos en avance en una sociedad postindustrial como en la que estamos. Si tenemos en cuenta que el Derecho comunitario tiene las características de efecto directo y primacía sobre el Derecho interno, podremos concluir que pese a la interpretación del TS, la Directiva se aplica a las transmisiones de empresas contratistas de servicios para otras empresas. Pero esto es en teoría; en la práctica creo que tendremos que llegar al Tribunal de Luxemburgo para que haga rectificar al TS en esta materia, como ya lo ha hecho rectificar en materia de insolvencia del empleador de los altos cargos.

La diferencia entre el Derecho español y el comunitario en la materia queda de manifiesto con la simple comparación de la Sentencia del TJCEE de 14-4-1994, *Schmidt*, y la Sentencia del TS español de 25-10-1996. La Sentencia *Schmidt*, ya comentada más arriba, considera aplicable la Directiva al supuesto de una empresa que decide contratar la limpieza de sus instalaciones con una empresa exterior, por lo que la limpiadora, que antes pertenecía a la empresa principal, mantiene su puesto

de trabajo y pasa a depender de la empresa de limpieza. Sin embargo, el TS español, en un caso sustancialmente igual, ha decidido en su Sentencia de 25-10-1996 que no es de aplicación el artículo 44 del ET, y por tanto los trabajadores de la limpieza no pasan a depender de la nueva contratista de limpieza, ya que no hay transmisión de «un mínimo patrimonial y que sea sustrato de la actividad empresarial» (Fundamento de Derecho segundo). La solución al mismo problema es distinta en los dos Tribunales, constatando así la diferencia existente en la interpretación y aplicación de la normativa subrogatoria entre el TS español y el TJCEE, y posibilitando así que en nuestro Derecho interno la solución a este problema no venga por el mantenimiento del derecho de los trabajadores a su puesto de trabajo, sino por el despido por causas económicas de los mismos, sobre todo si tenemos en cuenta la interpretación amplia que del mismo ha hecho el TS en su Sentencia de 7-6-1996.

2. En segundo lugar, hay que decir que la Directiva recoge expresamente el derecho de los representantes de los trabajadores a mantener su estatuto y funciones en caso de transmisión de empresas, mientras que ese derecho no está recogido en el Derecho español, que entiende que en el supuesto de transmisión de empresa, como ha variado el conjunto de trabajadores representados, y el representante no ha sido elegido por el nuevo conjunto de trabajadores, pierde su mandato.

La interpretación jurisprudencial se ha expresado, en términos generales, en contra de la subsistencia del mandato de los representantes en los supuestos de sucesión empresarial. La regla general es, pues, la de que los derechos representativos de los trabajadores se extinguen «cuando por la razón que fuere cesen de prestar sus servicios en la empresa o centro de trabajo en la que resultaron elegidos, ya que tal condición la ostentan no a título personal, sino en cuanto trabajadores de dicha empresa o centro».

La solución legal del artículo 44 del ET que asegura el mantenimiento de la relación laboral en los supuestos de cambio de titularidad empresarial no se entiende extendida a la regulación representativa, pues aquel precepto estatutario «regula las consecuencias jurídicas del cambio de titularidad de la empresa o de un centro de la empresa en un plano individual, respecto de los contratos de trabajo, pero no se extiende a la materia de representación colectiva» (SSTCT de 7-4-1988 y 25-1-1989, Sentencia de la Magistratura de Trabajo de Jerez de la Frontera de 15-12-1988). Por otra parte, en el caso de cesión colectiva de trabajadores de una empresa a otra, realizada conforme a Derecho, los representantes en la primera empresa no mantienen tal condición en la segunda, ya que «la cualidad de representante se incardina sustancialmente en el ámbito concreto de la empresa que se especifica», por lo que tal cualidad únicamente se refiere y opera en el ámbito de cada empresa concreta en que se ha sido elegido, aunque tal cambio se haya producido de forma conjunta afectando a un buen número de trabajadores (STCT de 27-4-1989). En definitiva, la condición de representante no es transferible ni puede ser impuesta a los trabajadores de una empresa que no fueron electores (STS, Sala 4.ª, de 28-6-1990) (8).

La diferencia con el Derecho comunitario no puede ser más clara.

(8) Véase la obra de Carmen SÁEZ LARA, *Representación y acción sindical en la empresa*.

3. Y en tercer lugar hay una evidente diferencia entre el Derecho interno español y el Derecho comunitario en cuanto a la posición de los representantes de los trabajadores en la transmisión de la empresa.

En Derecho interno español, el artículo 44 se limita a decir que el cambio habrá de ser notificado a los representantes de los trabajadores de la empresa cedida. Se trata de una norma ínfima, porque:

- A. Se refiere sólo a los representantes de los trabajadores de la empresa cedida, no de la empresa cesionaria.
- B. Se refiere a simple notificación, sin más actuación de los representantes de los trabajadores que recibir la notificación, y nada más.
- C. El artículo 44 del ET no dice que la notificación sea previa a la transmisión.

El artículo 64.1.5 del ET establece la competencia del Comité de Empresa, de «emitir informe cuando la fusión, absorción o modificación del *status* jurídico de la empresa suponga cualquier incidencia que afecte al volumen de empleo». El artículo 62.2 del ET otorga a los Delegados de Personal las mismas competencias que al Comité de Empresa. El artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical otorga a los Delegados Sindicales los mismos derechos de información que al Comité de Empresa, así como el derecho a ser oído en las medidas de carácter colectivo que afecten en general a los trabajadores (entre las que cabe la transmisión de empresa). En todo caso, se trata solamente de un informe, no de una negociación.

La regulación interna española que se ha visto es sustancialmente distinta a la comunitaria:

1. La legislación española no otorga derecho a ser notificado de la transmisión a los representantes de los trabajadores de la empresa cesionaria.
2. La legislación española no establece que la notificación sea antes de producirse la transmisión.
3. La legislación española no reconoce la posibilidad de la negociación para fijar las condiciones de trabajo de los trabajadores transmitidos. Por supuesto, no establece posibilidad alguna de solucionar por arbitraje los conflictos que se generen.

Así las cosas, entiendo que gran parte de la sentencia condenatoria que el Reino Unido obtuvo del TJCEE el 8-6-1994, podría ser compartida con el Reino de España. Para ello, sólo hay que iniciar el procedimiento ante el TJCEE; el resultado no puede ser distinto que el que obtuvo el Reino Unido, y puede que el Reino de España resulte condenado hasta en más materias que el Reino Unido.