

TRANSMISIÓN DE EMPLEADOS Y «SUCESIÓN DE EMPRESAS» DE TRABAJO TEMPORAL

(Comentario a la STJCE, Sala Cuarta,
de 13 de septiembre de 2007, asunto C-458/2005) *

ANTONIO TAPIA HERMIDA

*Profesor Titular de Derecho Mercantil.
Universidad Complutense de Madrid
Letrado de la Seguridad Social
Académico Correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*

Extracto:

Los tiempos que corren de globalización económica determinan continuas reestructuraciones empresariales (fusiones y adquisiciones de empresas), con las consiguientes inseguridades, de todo orden (económicas y personales) de quienes no tienen mejor patrimonio que su «capacidad o fuerza de trabajo», por ello la institución laboral de la «sucesión de empresas» se magnifica a la hora actual, y a tal finalidad atiende la sentencia objeto de comentario, que además deja claramente establecido que las relaciones laborales «triangulares» no perturban la seguridad jurídica que procura aquella institución sucesora laboral, ampliando y flexibilizando sus requisitos relativos a la «existencia de una entidad económica», el «mantenimiento de su identidad» y que la «transmisión sea resultante de una cesión contractual», exigidos por una normativa que si bien es encomiable (Directiva 2001/23), no por ello puede eludir las rigideces e insuficiencias que el actual e irracional sistema de creación del Derecho impone. La sentencia objeto de comentario reúne además la virtud de atender a la problemática que plantea la realidad cotidiana, dejando sentado que incluso la «transmisión de los empleados entre dos empresas de trabajo temporal» no es ajena a una «sucesión de empresas».

Palabras clave: sucesión de empresas, grupos de empresas, empresas de trabajo temporal, y cesión y transmisión de trabajadores.

* Véase el texto íntegro de esta sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 296, noviembre 2007 o en *Normacef Social*.

Sumario

- I. Introducción

- II. Los hechos y la cuestión prejudicial planteada al tribunal de justicia comunitario
 - 2.1. El supuesto fáctico.
 - 2.2. Los términos de la cuestión prejudicial planteada.

- III. La legislación aplicable. La «sucesión de empresas» según la normativa comunitaria y su interpretación por el TJCE. Referencia a la regulación española
 - 3.1. Normativa comunitaria sobre la «sucesión de empresas» y su interpretación por el TJCE.
 - 3.2. La regulación española.

- IV. La cuestión de la posibilidad de una «sucesión de empresas» cuando de la transmisión de empleados entre dos ETT se trata
 - 4.1. Sobre la existencia de una «entidad económica» cedida en la transmisión de empleados de una ETT a otra ETT.
 - 4.2. Proyección y alcance de la exigencia de la normativa comunitaria acerca de la existencia de una cesión contractual, cuando de la transmisión de empleados entre dos ETT se trata.

- V. Sobre la existencia de un «grupo» empresarial a efectos laborales y el alcance de sus efectos impeditivos sobre la «sucesión de empresas» entre miembros del grupo

- VI. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

La «sucesión de empresas», por razón de la globalización, constituye una materia en permanente «movimiento» y «transformación», consecuentemente, y no obstante haber sido objeto de atención por una abundante jurisprudencia e intensamente tratada por la doctrina, no deja de plantear nuevas cuestiones. Este es el caso objeto de atención por la sentencia que se comenta. En ella el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) aborda la pertinencia de aquella institución laboral cuando se produce una transmisión de empleados entre dos empresas de trabajo temporal (ETT).

La peculiar actividad de las ETT, en la que «se combinan los servicios de colocación con una actividad comercial: el trabajo temporal»¹ determina la singularidad del asunto, además de confluir en el mismo otras cuestiones, como la relativa a la eventual existencia de un «grupo de ETT con trascendencia laboral», así como otras especificidades que, propias del caso que fue objeto de atención por la sentencia que se comenta, resultan especialmente relevantes.

Efectivamente, si se tiene en cuenta que la actividad de una ETT se define coloquialmente como «de intermediación y lícito prestamismo laboral», no cabe duda de que el trasiego de su empleados, cedibles temporalmente a clientes, de una ETT a otra ETT, que los cede temporalmente a los mismos clientes de la primera ETT, constituye un supuesto específico que se separa de los habituales determinantes de la operatividad del conjunto normativo constitutivo de la institución laboral conocida como «sucesión de empresas».

¹ CEBRIÁN, I., FELGUEROSO, F., MORENO, G. y TOHARIA, L. [2002]: «Un análisis económico de las empresas de trabajo temporal», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.), Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, Madrid, pág. 22.

No puede soslayarse que, en materia de ETT, se produce una natural quiebra de las tradicionales divisiones disciplinares jurídicas derivadas de una «dogmática jurídica» que se pretende científica, y que se han «traducido» a la normativa jurídico-positiva. En aquel ámbito se perjudica la tradicional noción misma de relación jurídico-laboral, desde una doble perspectiva, a saber: a) desde la relativa a los sujetos implicados²; b) desde la bilateralidad de aquella relación que se transforma en triangular³, por más que formalmente se pretenda mantener la bilateralidad (de la relación laboral) añadiéndosele, en íntima relación con aquella, una relación mercantil (contrato de puesta a disposición con la empresa usuaria), produciéndose a la postre concomitancias relevantes con las instituciones expromisorias y delegatorias mercantiles.

Efectivamente, la peculiaridad de una ETT «reside, por tanto, en la existencia de una relación triangular entre el empresario, el trabajador por cuenta ajena y el cliente»⁴, a cuyo socaire se desdibuja la noción misma de «empleador o empresario», surgiendo una nueva figura laboral, la del «paraempresario» o «paraempleador»⁵, por ello «otra particularidad de una ETT se refiere a que su

² Indican DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C. [2002]: «Administraciones públicas y empresas de trabajo temporal» y «Un análisis económico de las empresas de trabajo temporal» en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.), Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, Madrid, pág. 247, lo siguiente: «en el ámbito de las ETT se constituye una relación triangular con diversidad de sujetos, objetos y relaciones contractuales. Desde la perspectiva de los sujetos existen tres. Una empresa usuaria (...) esto es, todo empresario que pueda ser empleador según la perspectiva jurídico-laboral. El segundo sujeto es la ETT (...). Y el tercer sujeto es el trabajador de la ETT (...) –trabajador en misión–».

³ Precisan DEL REY GUANTER, S. y GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 247, que «sobre la base de tales sujetos (la empresa usuaria, la empresa de trabajo temporal y el trabajador cedido) se plantean tres tipos de relaciones jurídicas, de las cuales solo dos de ellas son contractuales en sentido estricto. El primero de los contratos es el contrato de puesta a disposición, que tiene como sujetos a la empresa usuaria y a la ETT y que es un contrato mercantil (...). El segundo contrato, aquel firmado entre el trabajador y la ETT para ser cedido, tiene una tipificación inicial clara, la de contrato de trabajo (...). Y finalmente, existe una tercera relación, que no es de carácter contractual, pero eminentemente laboralizada –calificada como relación jurídico-laboral de hecho– que es la establecida entre el trabajador y la empresa usuaria. Se caracteriza básicamente por la disociación del poder de dirección respecto del trabajador en misión entre la empresa usuaria y la ETT, naciendo la legitimidad del ejercicio por la primera precisamente del contrato de puesta a disposición con la segunda».

⁴ Conclusión 45 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, por el Abogado General, Sr. Yves Bot, en el asunto C-458/05, de referencia.

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C. [2002]: «El modelo legal de trabajo temporal en la Ley 14/1994», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.), Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, Madrid, que precisa lo siguiente: «uno de los lugares en los que se ve esta introducción asistemática de las ETT en nuestro Derecho del Trabajo es en lo relativo a la definición e identificación del empleador. En la Ley de Empresas de Trabajo Temporal (LETT) se parte de atribuir a esta la condición de empleador, atribución sobre la que se basa todo el régimen jurídico de esta figura. En un Derecho del Trabajo como el nuestro, sin embargo, aunque se define al empleador utilizando el criterio material de la recepción de los servicios, esa calificación de la ETT no encaja, pues no es ella la que directamente recibe la prestación de los servicios del trabajador. Existe aquí una clara contradicción entre lo dispuesto en el artículo 1.º 2 del ET y toda la LETT».

Como es sabido, y según una reiterada jurisprudencia, «la existencia de una relación de trabajo exige la concurrencia de las normas de ajenidad y dependencia a la se refiere el artículo 1.º 1 del ET, esto es, que la prestación de servicios contratada se realice dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por tanto sometida al círculo rector, disciplinario y organizativo de la misma» (STS de 16 de febrero de 1990), precisándose que «es necesario que el trabajador se halle comprendido en el círculo organicista rector del empleador, de modo que si no existe tal sujeción al contrato es meramente civil» (SSTS de 7 de noviembre de 1987 y 9 de febrero de 1990), al extremo de que «la concurrencia de esta circunstancia debe exigirse en todo caso, en mayor o menor grado, pero estando siempre presente en la relación entre las partes, pues en caso contrario se corre el peligro de desnaturalizar absolutamente el contrato de trabajo, trayendo a este ámbito de derecho relaciones en las que no se dan los presupuestos fácticos que lo caracterizan, por lo que la flexibilización en la exigencia de este requisito debe hacerse de manera rigurosa, siendo muy escrupulosos a tal efecto» (en térmi-

actividad de prestación de servicios, que consiste en el suministro de mano de obra, requiere únicamente pocos empleados en su propia explotación y un porcentaje de activos inmovilizados muy reducido»⁶.

Si a lo expuesto se añade que entre una ETT y otra ETT puede producirse una «cooperación mutua» que permita que una de ellas (la creada posteriormente), ejerza su actividad propia y peculiar de las ETT «al servicio de los mismos clientes», ha de plantearse la cuestión de la posible concurrencia, siquiera temporal y eventualmente, de un grupo de empresas con trascendencia laboral.

Para encuadrar adecuadamente el presente comentario es preciso efectuar una sucinta referencia a la peculiar actividad de las ETT. Punto en el que ha de recordarse que según el artículo 1.º de la Ley 14/1994, de 1 de junio, definitorio, según los parámetros universalmente reconocidos, la actividad de ETT empresarial: «Consiste en poner a disposición de otra empresa usuaria, con carácter temporal, trabajadores por ella contratados».

Se trata de una actividad de empresa que materialmente coincide con la que prestan las empresas de servicios y que se confunde con aquella desde el punto de vista económico y fáctico, habiéndose afirmado que las empresas de servicios «aparecen como posibles realizadoras de una función análoga a la desarrollada por las ETT, bien que amparándose en una norma que permite el recurso a la contratación y subcontratación de servicios»⁷, al extremo de poderse lícitamente cuestionar «la propia admisibilidad de la actuación de las empresas de servicios, habida cuenta de que el ámbito de legitimidad de la cesión de trabajadores queda expresamente limitado a las ETT».

Aquella actividad empresarial resulta, en nuestro ordenamiento, muy especial o al menos singular, pues según se establece en el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), «la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo podrá efectuarse a través de

nos de la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de 26 de abril de 2007). Sin embargo la LETT establece que: a) «El contrato de puesta a disposición es el celebrado entre la empresa de trabajo temporal y la empresa usuaria teniendo por objeto la cesión del trabajador para prestar servicios en la empresa usuaria, a cuyo poder de dirección quedará sometido aquel» (art. 6.º 1 de la Ley 14/1994, LETT); b) «Cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria (...), las facultades de dirección y control de la actividad laboral serán ejercidas por aquella durante el tiempo de prestación de servicios en su ámbito» (art. 15.1 de la LETT). Bien que para aludir la infracción escandalosa de la antes aludida doctrina jurisprudencial, el artículo 1.º de la LETT realice una disección del poder de dirección empresarial, atribuyendo a la ETT una participación formal en el mismo, previendo que para «cuando los trabajadores desarrollen tareas en el ámbito de la empresa usuaria», esto es en los supuestos típicos de actividad de ETT (cesión de trabajadores) «y sin perjuicio del ejercicio por la empresa de trabajo temporal de la facultad disciplinaria atribuida por el artículo 58 del ET, cuando una empresa usuaria considere que por parte del trabajador se hubiera producido un incumplimiento contractual lo pondrá en conocimiento de la empresa de trabajo temporal a fin de que por esta se adopten las medidas sancionadoras correspondientes» (art. 15.1 de la LETT).

⁶ Conclusión 46 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, por el Abogado General, Sr. Yves Bot, en el asunto C-458/05, de referencia.

⁷ GOERLICH PESET, J. M. [2002]: «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.), Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, Madrid, pág. 199.

ETT debidamente autorizadas», de tal manera que la cesión (temporal)⁸ de trabajadores a otra empresa cuando no se lleva a cabo por una ETT o incluso si se lleva a cabo por una de estas empresas pero al margen de un contrato de «puesta a disposición», aquella ha de calificarse de cesión ilegal de trabajadores con consecuencias sancionadoras (sanciones administrativas y penales) y de otras de naturaleza pública y administrativas, y de responsabilidad laboral frente a los trabajadores cedidos. La cercanía entre la actividad de ETT y la cesión ilegal de trabajadores se pone de manifiesto en que se trata de fenómenos regulados en un mismo precepto legal⁹.

Con anterioridad a esa tardía admisibilidad por nuestro ordenamiento de los «empresarios de trabajo temporal», la actividad de ETT ya venía produciéndose mediante el recurso a empresas de servicios y a la concertación de contratas y subcontratas¹⁰, al extremo de continuar constituyendo

⁸ Como precisa la STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 29 de diciembre de 2006, la «intermediación de la ETT puede alterar el régimen de duración de los contratos en el que la temporalidad es una excepción causal. Parece evidente que la empresa usuaria puede contratar temporalmente a través de una ETT a trabajadores temporales si tiene una causa propia de temporalidad (art. 6.º 2 de la Ley 14/1994), o incluso puede reconocerse que la empresa usuaria pueda mediante un contrato de puesta a disposición disponer con carácter temporal de trabajadores fijos de dicha ETT, abstracción hecha de que tenga una causa propia de temporalidad, pues nada impide desde luego que cualquier empresa pueda descentralizar una fase o sector de su actividad por muy permanente que esta sea o incluso si forma parte de su "propia actividad", como reconoce el artículo 42 del ET, celebrando contratas con otras empresas (...). Y esa externalización de servicios puede reconocerse a través de una ETT, pues a tenor del artículo 10 de la ley 14/1994, al tratar de su duración, regula la relación de la ETT y el trabajador bien por tiempo indefinido o por duración determinada coincidente con la del contrato de puesta a disposición, lo que presupone que los trabajadores contratados por tiempo indefinido por la ETT han de serlo para emplearlos en otras empresas a través de contratos temporales de puesta a disposición, lo que se deduce también de que no existe ninguna prohibición legal de que una empresa contratista, en una relación entre empresas privadas, provea a sus necesidades de mano de obra mediante el recurso a una empresa de trabajo temporal, pues así resulta del artículo 8.º de la Ley 14/1994, y también del artículo 15 de la referida ley, que otorga a la ETT la exclusividad de facultades disciplinarias, pues es la titular originaria de una relación laboral en principio indefinida. Pero lo que no puede reconocerse es que la empresa usuaria pueda contratar con carácter temporal a un trabajador por el solo hecho de la intermediación de una ETT (...), pues ello no resulta autorizado por el propio artículo 1.º de la ley, que define el ámbito de actuación de una ETT (...) y la empresa temporal solo puede contratar temporalmente para la empresa usuaria sus propios trabajadores fijos o si dicha empresa usuaria acredita previamente una causa de temporalidad, pues de lo contrario, la sola intervención de una ETT en un contratación laboral permitiría burlar el carácter indefinido de la relación laboral, y la exigencia de acreditar una causa de temporalidad como justificación del término de una relación laboral»; Indica DE LA VILLA SERNA, L. E. [2002]: «El contrato de trabajo entre las empresas de trabajo temporal y el trabajador», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.), Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, Madrid, pág. 119, que «las modalidades de contratación por duración determinada o temporal que pueden celebrarse entre una ETT y los trabajadores son las previstas en el artículo 15 del ET».

⁹ El artículo 43 del ET, tras establecer que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa únicamente puede llevarse a cabo «a través de ETT», a renglón seguido precisa que «en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario». Añadiéndose que los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan semejante prohibición «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos», y que «los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria», siendo «los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria (...) los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal».

¹⁰ «Lo que en realidad prohíbe el artículo 43 del ET es una peculiar contratación, aquella en la que el objeto no es una obra o servicio, sino pura y simple cesión de mano de obra» (STSJ de Navarra de 29 de diciembre de 2006).

una verdadera y real alternativa (ilegal) a la misma actividad (legal) llevada a cabo por las ETT¹¹. Su admisibilidad y regulación por la Ley 14/1994, supuso «más que una auténtica legalización una desregulación y una regularización, partiendo de la realidad del sector tal y como estaba operando antes de 1994»¹².

Resumidamente puede afirmarse, en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 4 de junio de 2006, lo siguiente: «en el plano histórico ha de destacarse que en nuestro Derecho es tradición jurídica la ilegalización de aquel fenómeno interpositorio –cesión de trabajadores– consistente en que una empresa que ha contratado a trabajadores los pone a disposición de otro empresario para que presten sus servicios en la organización productiva de este segundo, pues la ilegalización que –con algunas excepciones, como el trabajo de estiba y desestiba (art. 10 DEP); deportistas profesionales (art. 11 DDP); personal alta dirección (art. 9.º DAD); y circulación de trabajadores dentro del grupo de empresas (SSTS de 26 de noviembre de 1990, de 30 de junio de 1993, de 26 de enero de 1998, de 21 de diciembre de 2000, de 26 de septiembre de 2001 y de 23 de enero y 4 de abril de 2002)– parte del Decreto-Ley de 15 de febrero de 1952, pasa al artículo 19.1 de la Ley de Relaciones Laborales (LRL) (Ley 16/1976, de 8 de abril) y posteriormente se ubica en el artículo 43 del ET, que contenía la absoluta prohibición del fenómeno, hasta que con la liberalización del mercado laboral se deroga el artículo 43 del ET y se sustituye por el artículo 2.º del Real Decreto-Ley 18/1993, se redefine en el artículo 2.º de la Ley 10/1994, de 19 de mayo, y se refunde (RDLeg. 1/1995, de 24 de marzo) como nuevo artículo 43 del ET, admitiendo la cesión de trabajadores llevada a cabo por autorizadas ETT, cuyo régimen se contiene en la Ley 14/1994, de 1 de junio, y en el Real Decreto 4/1995, de 13 de enero». La Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo no entró en el tema de las ETT¹³, limitándose a establecer, en su disposición adicional segunda que «las ETT ajustarán su actividad a lo establecido en la normativa reguladora de las mismas».

¹¹ «Los repertorios de jurisprudencias muestran con claridad el funcionamiento de las empresas de servicios al que se acaba de aludir. Se constituye una sociedad con un objeto social amplio, referido a la prestación integral de servicios para otras empresas (...). Con esa base la empresa celebra con otros contratos para la prestación de alguno de los indicados servicios; y, para cada uno de ellos procede a contratar trabajadores temporales para obra o servicio determinado. Los repertorios muestran asimismo como, en el mercado, el recurso a las empresas de servicios aparecen como una verdadera alternativa al recurso a las de trabajo temporal», indica GOLERLICH PESET, J. M., *op. cit.*, págs. 201-202; en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 5/2006, de 9 de junio, «para la mejora del crecimiento y del empleo», se reconoce explícitamente semejante situación.

¹² RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, págs. 73-74.

¹³ En su Capítulo I del Título II (arts. 20 y ss.) mantiene una arcana concepción e instrumentación de «la intermediación laboral» (título del mencionado Capítulo), pues tras un concepto apropiado para las ETT («la intermediación laboral es el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los demandantes de empleo para su colocación. La intermediación laboral tiene como finalidad proporcionar a los trabajadores un empleo adecuado a sus características y facilitar a los empleadores los trabajadores más apropiados a sus requerimientos y necesidades»), limita la participación en la intermediación/interposición a unos denominados «agentes de la intermediación», entre los que no considera incluidas a las ETT. Disponiendo que «a efectos del Sistema Nacional de Empleo, la intermediación en el mercado de trabajo se realizará a través de: a) Los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con los mismos; b) Las agencias de colocación, debidamente autorizadas; c) Aquellos otros servicios que reglamentariamente se determinen para los trabajadores en el exterior». El carácter gratuito (que no sin costes económicos, por no hablar de los sociopolíticos) de la intermediación laboral se establece de forma tajante en aquella Ley («la intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo, por sí mismos o a través de las entidades que colaboren con ellos (...) se realizará de forma gratuita para los trabajadores y para los empleadores») poniendo de relieve una limitada y al propio tiempo confusa concepción del servicio público de intermediación y promoción del empleo (así admite junto a los servicios públicos de empleo, a unas denominadas «entidades colaboradoras» y a «las agencias de

En términos generales resulta que la aparición de ETT coincide con una determinada etapa histórica¹⁴. Así, las ETT surgen en toda Europa en la segunda mitad del siglo XX, en un momento en que los ordenamientos jurídicos muestran «una actitud hostil hacia las relaciones triangulares de trabajo, que hasta entonces adoptaban la forma de prestamismo laboral fraudulento particularmente nocivo. Las legislaciones laborales europeas tuvieron primero que aceptar la existencia de estas empresas, creándoles un espacio protegido de estas prohibiciones legales, y después diseñando un estatuto jurídico propio para estas; con lo que pasaron a una segunda fase en el tratamiento jurídico de las relaciones triangulares de trabajo, en la que se distinguen formas lícitas de estas»¹⁵.

Si la normalización jurídica de los trabajos temporales se llevó a cabo en toda Europa tardíamente, con más retraso se admitieron y regularon las ETT, bien que no tanto como en España, regulaciones jurídicas que lejos de ser normas simplemente técnicas revelan un fuerte contenido ideológico¹⁶. En una relación ejemplificativa y meramente cronológica de tales regulaciones puede citarse la llevada a efecto en Holanda, como el primer país donde aparece una regulación *ad hoc*, en

colocación sin fines lucrativos»). Consecuentemente con aquel reduccionismo legal, la precitada norma establece los «principios básicos de la intermediación de los servicios públicos de empleo», que han de satisfacer y cumplir únicamente aquellos sujetos que atribuyen la intermediación en el empleo, dejando que las ETT sigan rigiéndose por su normativa específica y las reglas del mercado (según su disp. adic. segunda), sin reconocerles en ningún caso su manifiesta intermediación en el mercado de trabajo, con el reprochable resultado de causar, a la postre, un grave daño para los trabajadores colocados o contratados temporalmente mediante las mismas. Efectivamente según aquella norma los servicios públicos de empleo asumen la dimensión pública de la intermediación laboral, si bien pueden establecer con otras entidades, pero no con una ETT, convenios, acuerdos u otros instrumentos de coordinación con objeto de favorecer la colocación de demandantes de empleo. La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que realicen otras entidades colaboradoras de aquellos, se impone que se presten de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos, además con el fin de asegurar el cumplimiento de los citados principios, los servicios públicos de empleo habrán de garantizar que el proceso específico de selección y casación entre oferta de trabajo y demanda de empleo corresponde, con carácter general, al servicio público de empleo y a las agencias de colocación debidamente autorizadas, únicamente para los colectivos con especiales dificultades de inserción laboral, a los servicios públicos de empleo se les permite contar con entidades colaboradoras especializadas para realizar el pertinente proceso intermediario laboral. En *El economista* del lunes 29 de octubre de 2007, pág. 19 (sobre mercado laboral, BRUNO PÉREZ), puede leerse lo siguiente: «Según las estadísticas oficiales, en España hay algo más de dos millones de parados. Según el análisis de perfiles realizado por el Ministerio de Trabajo, apenas uno de cada tres tiene posibilidades de abandonar esa situación y reintegrarse en el mercado laboral. Pues bien el Gobierno no tiene ninguna receta para solucionar el atolladero en el que se encuentra ese millón y medio de personas». Más adelante, recoge la siguiente afirmación efectuada por una dirigente sindical: «nadie encuentra un trabajo a través de los servicios públicos de empleo». Finalizando con la apreciación de que «la situación de los Servicios Públicos de empleo es dramática. Despedazada en 16 pequeñas agencias autonómicas sin conexión alguna entre sí (...), gasta 7.000 millones anuales en programas formativos poco o nada eficaces. Un dato revelador: de cada tres euros presupuestados para el Servicio Público de empleo estatal, dos van exclusivamente a pagar prestaciones. Y esa partida no para de crecer».

¹⁴ Como se reconoce en la exposición de motivos de la Ley 14/1994.

¹⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *op. cit.*, pág. 69.

¹⁶ Las clasifica SALA FRANCO, T. [2002]: «Notas acerca de la legislación comparada europea sobre Empresas de Trabajo Temporal», en *Empresas de trabajo temporal. Jornadas de debate sobre las empresas de trabajo temporal* (ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Dir.), Consejo Económico y Social. Comunidad de Madrid, Madrid, pág. 56, en: «a) Legislaciones liberales: en países con escasas restricciones legales o que abandonan las restricciones a la negociación colectiva: Gran Bretaña, Irlanda u Holanda; b) Legislación alemana, basada en el carácter indefinido del contrato laboral del trabajador temporal; c) Legislaciones restrictivas, en mayor o menor medida: en países como Francia, España, Bélgica, Italia, Luxemburgo o Portugal; d) Legislaciones prohibitivas: este es el caso de Grecia».

1965 (que volvió a regularlas en 1998), en Alemania su regulación se efectuó en 1976 (posteriormente reguladas en 1986 y 1997), en Francia en 1990, en Bélgica en 1987, en Portugal en 1989 (vueltas a reglar en 1999). Coetánea con la regulación española fue la de Luxemburgo y posterior la de Italia (1997).

En el contexto internacional ha de destacarse que inicialmente el Convenio 96 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), adoptado el 1 de julio de 1949, y relativo a las agencias retribuidas de colocación¹⁷, al considerar que el mantenimiento y garantía de un servicio público gratuito del empleo no excluía la necesidad de que dicho servicio debía estar al alcance de todas las categorías de trabajadores, admitió la concurrencia de «agencias retribuidas de colocación» diferenciando entre «agencias de colocación con fines lucrativos» y «agencias de colocación sin fines lucrativos», en una división bimembre que iba a marcar el futuro de la «actividad de empresa de trabajo temporal».

En aquel Convenio OIT se considera «agencia retribuida de colocación» a toda persona, sociedad, institución, oficina u otra organización que sirviese de intermediario para procurar un empleo a un trabajador o un trabajador a un empleador, con objeto de obtener de uno u otro un beneficio material directo o indirecto, definición que no incluía a los periódicos u otras publicaciones, a no ser que tuviesen por objeto exclusivo o principal el de actuar como intermediarios entre empleadores y trabajadores, y «agencias de colocación sin fines lucrativos» a los servicios de colocación de las sociedades, instituciones, agencias u otras organizaciones que, sin buscar un beneficio material, percibiesen del empleador o del trabajador, por dichos servicios, un derecho de entrada, una cotización o una remuneración cualquiera. La desconfianza hacia las primeras determinó que se proveyese su supresión «dentro de un plazo limitado», bien que admitiese excepciones a semejante supresión «con respecto a categorías de personas, definidas de manera precisa por la legislación nacional», cuya colocación no pudiese «efectuarse satisfactoriamente por el servicio público del empleo», pero incluso en este caso sometidas a un severo control y vigilancia¹⁸.

Posteriormente, la misma OIT mediante su Convenio 181, de 19 de junio de 1997, sobre las Agencias de Empleo Privadas¹⁹, y según su preámbulo «tomando nota de las disposiciones del Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación (revisado), 1949»; consciente de la importancia que representaba la flexibilidad para el funcionamiento de los mercados de trabajo, recordando que la Conferencia Internacional del Trabajo en su 81.ª reunión (1994) consideró que la OIT debía proceder a revisar el Convenio sobre las agencias retribuidas de colocación de 1949, y reconociendo el papel que las agencias de empleo privadas podían desempeñar en el buen funcionamiento del mer-

¹⁷ Ratificado por España el 29 de abril de 1971, BOE de 23 de mayo de 1972.

¹⁸ Cualquier «agencia de colocación con fines lucrativos», debería: a) estar sujeta a la vigilancia de la autoridad competente; b) poseer una licencia anual, renovable a discreción de la autoridad competente; c) solo podría percibir las retribuciones y los gastos que figurasen en una tarifa que hubiese sido sometida a la autoridad competente y aprobada por la misma o que hubiese sido fijada por dicha autoridad, y, d) no podía colocar o reclutar trabajadores en el extranjero, sino de acuerdo con las condiciones fijadas por la legislación vigente y si la autoridad competente lo autorizaba. Incluso durante el plazo anterior a su supresión aquel convenio también preveía un severo control y una draconiana vigilancia sobre las mismas, que debería tender especialmente a eliminar todos los abusos relativos al funcionamiento de las agencias retribuidas de colocación con fines lucrativos.

¹⁹ Ratificado por España el 19 de mayo de 1999, BOE de 13 de septiembre de 1999.

cado de trabajo así como al propio tiempo, recordando la necesidad de proteger a los trabajadores contra los abusos, permitió el funcionamiento de las agencias de empleo privadas²⁰, acogiendo un concepto notoriamente amplio de las mismas que abarca a las ETT, al considerar «agencia de empleo privada» a toda persona física o jurídica, «independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo», a saber:

- a) Servicios destinados a vincular ofertas y demandas de empleo, sin que la agencia de empleo privada pase a ser parte en las relaciones laborales que pudieran derivarse.
- b) Servicios consistentes en emplear trabajadores con el fin de ponerlos a disposición de una tercera persona, física o jurídica (empresa usuaria), que determine sus tareas y supervise su ejecución.
- c) Otros servicios relacionados con la búsqueda de empleo, como brindar información, sin estar por ello destinados a vincular una oferta y una demanda específicas.

La «actividad de empresa de trabajo temporal», así como las entidades autorizadas para desarrollarla, se concretan en la segunda de aquellas posibilidades de prestación de servicios, cuyos efectos sobre el mercado de trabajo ha sido objeto de opiniones contrapuestas, unas atribuyendo a su intervención un aumento de la aceptación de la temporalidad (precariedad) laboral, otras considerando que, por el contrario, sus efectos han sido positivos en la generación de empleo²¹.

La posición de la Unión Europea, adoptada mediante la Directiva 91/383/CEE del Consejo, de 25 de junio, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de quienes mantienen una relación laboral de duración determinada o de ETT, fue la de no regular aquella actividad ni a sus agentes, admitiendo implícitamente y sin restricciones o limitaciones relevantes la actividad de las ETT.

²⁰ Sin perjuicio de velar por «la protección de los trabajadores que utilicen sus servicios». Por ello los miembros de la OIT que ratificaron aquel Convenio deben desde entonces procurar que aquellos trabajadores (art. 11) «gozen de una protección adecuada en materia de: a) libertad sindical; b) negociación colectiva; c) salarios mínimos; d) tiempo de trabajo y demás condiciones de trabajo; e) prestaciones de Seguridad Social obligatorias; f) acceso a la formación; g) seguridad y salud en el trabajo; h) indemnización en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional; i) indemnización en caso de insolvencia y protección de los créditos laborales; j) protección y prestaciones de maternidad y protección y prestaciones parentales». Además (art. 12) aquellos Estados deberán determinar y atribuir, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, las responsabilidades respectivas de las agencias de empleo privadas, y de las empresas usuarias, en relación con las materias antes relacionadas.

²¹ Se indica con una incuestionable objetividad que «las ventajas que presenta la presencia de ETT en el mercado de trabajo para las empresas y para los trabajadores serían las siguientes, empezando por las que obtienen las empresas: a) ahorro de costes de contratación y selección (...); b) fiabilidad y riesgo moral (...); c) evitar el riesgo de "pirateo" de los trabajadores formados (*poaching risk*) (...); d) rapidez a la hora de cubrir las vacantes (...); e) salarios (...)). Señalándose también como «posibles ventajas para los trabajadores de acceder a un empleo a través de una ETT: a) flexibilidad de la jornada laboral (...); b) mejora de la probabilidad de encontrar empleo (...)), indican CEBRIÁN, I, FELGOSO, F., MORENO, G. y TOHARIA L., *op. cit.*, págs. 23-25.

II. LOS HECHOS Y LA CUESTIÓN PREJUDICIAL PLANTEADA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA COMUNITARIO

Si en cualquier comentario de jurisprudencia la referencia a los hechos es necesaria, en el supuesto de la transmisión de empleados, disponibles para ser cedidos a empresas usuarias, entre dos ETT, aquella referencia es trascendente y además no puede ser sucinta, sino que debe ser más razonable. Al objeto del presente comentario también deben considerarse del máximo interés los términos en que se planteó la cuestión prejudicial, tanto por lo que se inquirió del Alto Tribunal comunitario como de lo que no se solicitó del mismo.

2.1. El supuesto fáctico.

Según se deduce de la sentencia objeto de comentario los hechos fueron los que a continuación se relacionan. La ETT Mayer & Co GMBH (en adelante Mayer), constituida en 1976, cuya organización contaba con un director, el Sr. S., una asistente de dirección, la Sra. S., esposa del Sr. S., un gerente y encargados de la asistencia a los clientes, empleaba a unos 180 trabajadores temporales, de los cuales enviaba aproximadamente a 60 en misión por cuenta de la sociedad Fa. Industrie Logistik Linz GmbH & Co, KG, (en adelante ILL) su principal cliente.

En 2001, ILL propuso a la Sra. S. crear una nueva ETT, que elaboró un plan al respecto para lo que contó con la ayuda de su esposo. Propuesta que coincidía con el fundado conocimiento de que la ETT Mayer pasaba por serias dificultades económicas y de que era difícil modificar tanto su estructura operativa como económica, al extremo de dudarse de su viabilidad en un futuro inmediato. Cuando el ILL aceptó el nuevo plan ideado por la Sra. S. (asistente de dirección en Mayer), aquella y su esposo (director de Mayer) acordaron con la citada ILL (cliente de Mayer) que dicho plan se llevaría a cabo a través de una empresa de nueva creación, constituyéndose a principios de 2002 Princess Personal Service GmbH (en adelante, PPS), precisamente con la finalidad principal de satisfacer las necesidades de ILL. En esta nueva ETT (PPS) el Sr. S., antiguo director de Mayer, asumió las funciones de director industrial y su mujer, anteriormente asistente de dirección en Mayer, el puesto de directora comercial. Al propio tiempo la empresa ILL, principal cliente de Mayer, dio por terminadas sus relaciones con aquella ETT y se convirtió en el mejor cliente de PPS.

Con la finalidad de atender a las necesidades de ILL, el Sr. S. y la Sra. S. instruyeron al director de la filial competente de Mayer, para que tratara con 40 de los trabajadores cedidos por Mayer y empleados temporalmente a ILL, sobre la posibilidad de pasar lo antes posible a PPS, como así sucedió, haciéndose cargo de 40 de los 60 trabajadores temporales que, empleados por Mayer, se encontraban en misión en ILL. Semejante cambio de ETT no supuso, naturalmente dadas las circunstancias concurrentes, una modificación de las actividades desempeñadas por los trabajadores en ILL. Las relaciones laborales de aquellos empleados con Mayer se extinguieron el 30 de noviembre de 2002 y se iniciaron con PPS el 1 de diciembre de 2002.

La nueva ETT (PPS) consiguió otros clientes que se mantenían hasta entonces como clientes de Mayer, con un número de trabajadores por cliente que oscilaba entre tres o cuatro y nueve. Asimismo, un director de filial y encargados de la asistencia a clientes de Mayer también pasaron a prestar sus servicios para PPS. En total, esta ETT (PPS) se hizo cargo de aproximadamente una tercera parte de los trabajadores empleados por Mayer antes de la declaración de concurso de esta, lo que sucedió mediante Auto de 19 de diciembre de 2002, que aperturó la quiebra de Mayer.

Los demandantes del litigio principal, que pasaron de Mayer a PPS, reclamaron a esta última el pago de los salarios pendientes que Mayer no les había satisfecho, solicitando que se declarase la existencia de una «sucesión de empresas» entre Mayer y PPS, alegando que se había producido una transmisión de un centro de actividad y, consiguientemente, que la cesionaria del centro de actividad (PPS) tenía que responder por los créditos anteriores generados a favor de los trabajadores y reconocerles la antigüedad adquirida en él.

Según los trabajadores demandantes, dado que PPS se había hecho cargo del personal administrativo de Mayer, así como de algunos clientes de esta y de la mayoría de los trabajadores asignados a dichos clientes, ha habido una transmisión de una parte de Mayer a PPS, y, consecuentemente, aducían, PPS se había subrogado en todos los derechos y obligaciones que a favor de aquellos trabajadores se derivan de sus anteriores relaciones laborales de Mayer.

La ETT PPS se opuso a la demanda, rechazando las pretensiones deducidas con la siguiente fundamentación:

- a) No se había producido ninguna transmisión de centro de actividad, no siendo posible identificar un centro de actividad o una «parte de un centro de actividad» que Mayer hubiera transmitido a PPS.
- b) No se había celebrado ningún acuerdo contractual entre PPS y Mayer.
- c) El paso de aquellos trabajadores a PPS se había producido de la forma en que habitualmente suceden estos cambios en el sector de las ETT.

2.2. Los términos de la cuestión prejudicial planteada.

La referencia a la cuestión prejudicial planteada, señaladamente para comprender qué y por qué dejó de plantearse al Tribunal de Justicia comunitario, requiere de una referencia, siquiera breve, al litigio principal. Al respecto ha de comenzarse por indicar que el Landesgericht Wels, en primera instancia, y el Oberlandesgericht Linz, en apelación, estimaron las pretensiones de los demandantes en el litigio principal, condenando a PPS.

Efectivamente, mediante sentencia de 4 de mayo de 2004, el Landesgericht Wels estimó la demanda, pues según aquel órgano jurisdiccional de primera instancia, se había producido una «trans-

misión de una parte de un centro de actividad», con arreglo al artículo 3.º, apartado 1, de la AVRAG. Si bien PPS interpuso recurso de apelación contra esta resolución ante el Oberlandesgericht Linz, este órgano jurisdiccional de apelación confirmó, mediante Sentencia de 12 de octubre de 2004, la resolución dictada en primera instancia.

Contra las sentencias indicadas en el apartado precedente la ETT PPS interpuso recurso de casación ante el Oberster Gerichtshof, cuestionando, en especial, la calificación de la operación de que se trata como «transmisión de centro de actividad» por dichos órganos jurisdiccionales.

En el planteamiento de la cuestión prejudicial el Oberster Gerichtshof dudaba de la existencia de una «sucesión de empresas», en base a las siguientes consideraciones previas:

- a) Que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en principio, para examinar si se ha producido una transmisión de un centro de actividad ha de comprobarse si existe una entidad económica organizada de forma estable en el sentido de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, y que solo posteriormente, hay que verificar si se reúnen los requisitos de tal transmisión de una entidad al nuevo empresario, tomando en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata.
- b) Que el control de la existencia de una transmisión de centro de actividad es especial, en caso de una ETT.
- c) Que las ETT, por definición, apenas emplean trabajadores en su «propio centro de actividad» en el sentido de una entidad integrada por un conjunto de medios organizados, pues lo que hacen precisamente es cederlos temporalmente a otras empresas como empresas empleadoras, que son las que integran a los trabajadores cedidos en su propia organización según sus necesidades.
- d) Que la mayor parte de los trabajadores de una ETT no están integrados en sus propios centros de actividad, sino en los centros de actividad de otros empleadores.

Por todo ello, aquel órgano jurisdiccional nacional solicitó del Tribunal de Justicia comunitario que determinase si podía aplicarse a las ETT el enfoque desarrollado para otros tipos de empresas, basado en la existencia de una entidad económica organizada en el sentido de un «centro de actividad» o de una «parte de un centro de actividad» propio.

Efectivamente, según el indicado órgano jurisdiccional nacional las ETT se distinguen esencialmente de cualquier otra empresa que se basase fundamentalmente en la actividad de sus empleados (como las empresas de limpieza o de seguridad), por el hecho de que los trabajadores temporales no son cedidos al cliente de la ETT para desempeñar unas tareas concretas, tales que pudieran servir para delimitar la parte de centro de actividad, sino que pueden ser empleados para desempeñar las tareas más diversas, dependiendo del criterio del empresario cliente.

Consecuente con las anteriores consideraciones, el Oberster Gerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Constituye una transmisión de un centro de actividad o de parte de un centro de actividad en el sentido del artículo 1.º de la Directiva 2001/23, el supuesto en el que, de común acuerdo entre dos ETT, y sin que exista una estructura organizativa delimitable en la primera empresa, un empleado administrativo, un director de filial, así como encargados de la asistencia a clientes y el gerente de la primera empresa pasen a la segunda empresa y realicen en ella actividades similares, y, junto a ellos y asimismo de común acuerdo entre ambas ETT, también pasen parcial o totalmente de una a otra aproximadamente un tercio de los trabajadores cedidos temporalmente a los clientes, así como los respectivos clientes (para los que trabajaban temporalmente un número distinto de trabajadores cedidos, que oscila entre tres y cincuenta trabajadores cedidos)?»

III. LA LEGISLACIÓN APLICABLE. LA «SUCESIÓN DE EMPRESAS» SEGÚN LA NORMATIVA COMUNITARIA Y SU INTERPRETACIÓN POR EL TJCE. REFERENCIA A LA REGULACIÓN ESPAÑOLA

La «transmisión» o «sucesión» de empresas constituye una «situación excepcional y traumática»²² y «un ámbito en el que influyen factores e intereses variados»²³, justificado en las tendencias del sistema productivo que «desencadenan alteraciones organizativas para adaptarse a una economía global caracterizada por la incertidumbre en la evolución de la demanda y rápida obsolescencia de los bienes ofertados»²⁴.

La conjunción de la «era de las finanzas» y la «globalización económica»²⁵ han determinado que en las naciones occidentales («primer mundo») la «transmisión» o «sucesión» de empresas ha

²² CONFORTI, L. y ZUCCHETTI, R. [1994]: *Diritto comunitario del lavoro-Tutela delle condizioni economiche del lavoratori, sicurezza e salute di lavoro*, Roma, pág. 224.

²³ Según indicó el Abogado General, Sr. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER, en su escrito de conclusiones presentado el día 15 de noviembre de 2005, en el asunto C-499/04, apartado II, *El marco jurídico*.

²⁴ DESDENTADO BONETE, A. [2002]: «la sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del ET desde la jurisprudencia», *RMTAS*, núm. 38, pág. 241, donde precisa que tales circunstancias desencadenan que coexistan «las preocupaciones de los dueños con las de los obreros», resultando «difícil equilibrarlas»; Sobre las «políticas de flexibilización laboral», MONEREO PÉREZ, J. L. [1996]: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, págs. 122-123.

²⁵ Bien que, como destaca LÓPEZ CACHERO, M., en su contestación al discurso de ingresos en la Real Academia de Doctores de don Prieto Pérez, E. [2002]: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid, págs. 58-59, la globalización dista de ser un fenómeno nuevo, «una mirada serena y hasta donde resulte posible aséptica, a la Historia, especialmente desde la Edad Moderna, nos permite advertir que el paradigma de lo "global" ha estado presente de manera permanente en nuestra civilización, eso sí, en distintas acepciones».

perdido aquel carácter «excepcional»²⁶, aunque siga manteniendo (dado su carácter fundamentalmente, cuando no únicamente, económico) su efecto «traumático» para los trabajadores, al no haberse producido un cambio en el sistema de relaciones industriales²⁷.

Por todo ello de la regulación comunitaria de aquel fenómeno sucesorio laboral que se originó y surgió por primera vez en los albores de aquella situación económica, mediante la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero, de 1977²⁸, mostró rápidamente su insuficiencia especialmente en procedimientos concursales²⁹ y en materia de grupos³⁰, no obstante lo cual mantuvo una larga vigencia hasta que hubo de procederse a su modificación, lo que se produjo, «de forma sustancial», por la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1998³¹. Posteriormente y, «en aras de una mayor

²⁶ ANARTYA SEN [2006]: *El valor de la democracia*, Barcelona, págs. 95-96. Según este autor no puede considerarse como un fenómeno propio de la cultura occidental, por más que se haya visto «frecuentemente como parte del proceso de occidentalización del mundo».

²⁷ Ciertamente una cosa es la globalización y otra diferente las injusticias y problemática que plantea la «degeneración del Estado Social en un Estado Asistencial», siendo significativo el declive del *Welfare State* o Estado del Bienestar. Aludiéndose a que «el fenómeno de la globalización económica y financiera está determinando el desmantelamiento del *Welfare State*, tanto en los países en vías de desarrollo como en las sociedades occidentales», y que el «desmantelamiento del Estado de bienestar es un fenómeno relativamente nuevo, y (que) sus efectos no se han dejado sentir aún en su integridad», por D'AMBROSIO, R. [2005]: *Ensayo de ética política*, Madrid, págs. 47-49.

²⁸ Sobre esta Directiva y legislación comparada GONZÁLEZ BIEZMA, E. [1989]: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid, págs. 47-82.

²⁹ Efectivamente, si la jurisprudencia comunitaria resultó pacífica en lo que se refiere a los procedimientos de quiebra, no lo fue, en absoluto, en lo relativo a otros procedimientos concursales, como la suspensión de pagos (así en las SSTJCE de 7 de febrero de 1985, asunto 135/83, Abels, de 11 de julio de 1985, asunto 105/85, Mikkelson, y de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93, Spano), por ello la Directiva 98/50/CE modifica la Directiva 77/187/CEE:

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

³⁰ Las obligaciones de los empresarios en materia de información y consulta a los trabajadores no se podían considerar garantizadas, en todo caso, tal como resultaban de la Directiva 77/187/CEE, especialmente cuando se trataba de grupos de empresas, en las que la decisión de transmitir era adoptada por la empresa matriz o cabecera del grupo, razón que justificó también la modificación de la Directiva:

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

³¹ Que dio nueva redacción a los artículos 1.º al 7.º de la citada Directiva 77/187/CEE, siendo así que el contenido fundamental de esta última norma se contenía en los artículos 1.º al 6.º, que se modifican sustancialmente, al igual que el artículo 7.º, que estaba incluido entre sus disposiciones finales. La nueva regulación afectó incluso al título de la norma comunitaria.

racionalidad y claridad» de la regulación del fenómeno laboral de «sucesión de empresas», se llevó a cabo la codificación y armonización de aquella normativa, aprobándose la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

En relación con nuestro ordenamiento jurídico ha de recordarse que la regulación de la protección de los trabajadores en los supuestos de «transmisiones» de empresas fue anterior a la normativa comunitaria antes citada, pues ya se estableció en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, cuyo artículo 79 disponía que no se extinguirían las relaciones de trabajo vigentes por cesión, traspaso o venta de la industria, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Posteriormente la LRL de 8 de abril de 1976, al decir de la jurisprudencia, supuso una importante evolución al generalizar, en su artículo 18.2, que el cambio de titularidad de la empresa o de un centro autónomo de la misma no extinguiría, por sí mismo, las relaciones laborales existentes, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior, procurándose mediante tal locución comprender todas las posibles formas de sustitución del empresario. Con la Ley del ET, de 10 de marzo de 1980, se reguló de nuevo el fenómeno, en el artículo 44, precepto que, considerada la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina, cumplía suficientemente las exigencias derivadas de la Normativa Comunitaria (Directiva 77/187). Aquella norma hubo de ser modificada sustancialmente, lo que se llevó a efecto por la Ley 12/2001, de 9 de julio, para proceder a la incorporación a nuestro ordenamiento interno del contenido de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, dotándosele consiguientemente de un contenido mucho más complejo.

3.1. Normativa comunitaria sobre la «sucesión de empresas» y su interpretación por el TJCE.

La normativa comunitaria relativa al «traspaso» o «sucesión» de empresas se mantiene en línea con aquella idea tradicional de la «propiedad empresarial», aplicándose a la transmisión de la empresa centros de actividad o parte de la empresa o centro de actividad a otro empresario, como resultado de una cesión contractual o de una fusión, siendo la finalidad de la normativa comunitaria, con la finalidad de «proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos»³², sin interferir en absoluto en el régimen de la propiedad privada ni en el sistema de relaciones industriales³³.

³² Considerando el artículo 3.º de la Directiva 2001/23/CE.

³³ Puede traerse a colación la afirmación de que «el derecho del trabajo es clasista, pero ello constituye su propio fundamento; afirmar que puede contribuir a la socialización del derecho no pasa de ser una frase imprecisa y su fondo de verdad, si lo hay, no puede conectarse exclusivamente con un sector parcial del ordenamiento jurídico; su espíritu nuevo, su novedad se destacaba ya hace muchos años (p. ej. por Lehmann en 1921) y solo es admisible con numerosas reservas, porque otros derechos (...) comparten este rasgo; otros muchos rasgos (...) son imposiciones de la realidad social sobre la cual el derecho incide; la especialidad nace (como para otros muchos derechos) de la existencia de un derecho común; en lo demás, las restantes notas se reconducen a los caracteres y, sobre todo, al más importante de ellos, a saber, el carácter tuitivo del derecho del trabajo», indica DE LA VILLA GIL, L. E. [2006]: «Rasgos, caracteres y principios del Derecho del Trabajo», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Villa Gil. Homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, CEF, Madrid, pág. 344.

En otras palabras, con aquella norma comunitaria se pretende «garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones acordadas con el cedente».

La normativa comunitaria se establece, ordena y aplica para «garantizar, en la medida de lo posible, la continuación de los contratos o de las relaciones laborales con el cesionario, sin modificaciones, con el fin de impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable (que la que venían manteniendo con su antiguo empresario, el cedente) por la mera causa de la transmisión» (SSTJCE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro, de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, D'Urso y otros, de 12 de noviembre de 1998, asunto C-399/96, Europeïces y de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec).

Los aspectos subjetivos (en cuanto que referidos a los sujetos que intervienen y son afectados a consecuencia de la «transmisión» o «sucesión de empresa») y objetivos (esto es, referidos al objeto mismo de la «transmisión»), delimitadores del fenómeno sucesorio laboral, son determinantes para llegar a un cabal conocimiento de aquel fenómeno en el Derecho Comunitario.

En este orden de cosas resulta que del artículo 1.º de la Directiva 2001/23/CE se infiere que es aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de estos «a otro empresario», pues la mencionada Directiva busca proteger a los trabajadores «en caso de cambio de empresario». En el artículo 2.º de la misma norma se definen los conceptos de «cedente» y «cesionario» por referencia, respectivamente, a la pérdida y a la adquisición de «la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad», pudiéndose establecer, consecuentemente, los siguientes criterios generales:

- a) La Directiva es aplicable «siempre que haya cambio de la persona física o jurídica, responsable de la explotación de la empresa, sin que sea pertinente saber si la propiedad de la empresa ha sido transferida» (SSTJCE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro, de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy's Dance Hall, de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers y de 26 de mayo de 2005, asunto C-487/93, Celtec).
- b) La normativa comunitaria resultará aplicable a todos aquellos supuestos en que se produzca «el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa» (STJCE de 19 de septiembre de 1995, asunto C-48/94, Rygaard), de tal manera que en la medida en que la entidad continúe su actividad basta con que se produzca el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación para que se aplique la indicada normativa comunitaria (STJCE de 10 de febrero de 1987, asunto 324/86, Daddy Dance Hall).
- c) Se benefician de la protección establecida por la normativa comunitaria «los trabajadores adscritos a la empresa transmitida cuyo contrato o relación laboral está en vigor en la fecha de (la transmisión), a diferencia de los que ya no trabajaban para el cedente en dicha fecha» (STJCE de 7 de febrero de 1985, asunto 19/83 Wendelboe y otros), y los que hubieran «sido contratados por el cesionario después de dicha fecha», (STJCE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle Kro).

- d) Los trabajadores afectados o «protegidos» por la regulación comunitaria deben poder determinarse en el momento preciso de la operación de transmisión y no en relación con el período de tiempo más o menos largo que esta dure, «cualesquiera que sean las modalidades acordadas al respecto entre el cedente y los trabajadores adscritos a la empresa en la fecha de la transmisión» (STJCE de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec).

En relación con el objeto de la «transmisión» ha de destacarse la parquedad de la Directiva 2001/23/CE, que, en su artículo 1.º 1 b), se limita a significar que «se considerará traspaso (...) el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria». Como destaca la STJCE, de 15 de diciembre de 2005 (asuntos acumulados C-232/04 y 233/04, Nurten Güney-Görres y Gul Demir), siguiendo la doctrina sentada en las SSTJCE, de 18 de marzo de 1986 (asunto 24/85, Spijkers), de 11 de marzo de 1997 (asunto C-13/95, Süzen), y de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, Abler y otros), dado que la Directiva 2001/23/CE tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia del cambio de propietario, «el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de esta Directiva consiste, por consiguiente, en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que esta se reanude» (en el mismo sentido pueden citarse, entre otras, las SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana). Esto es, para que la Directiva 2001/23/CE sea aplicable, precisa la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir):

- a) «La transmisión, pues, debe referirse a una "entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", o
- b) A un "conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio" ³⁴»

Establecido qué se considera, según la normativa y jurisprudencia comunitaria, una «entidad» empresarial, de forma tal que al «transmitirse» produzca el fenómeno sucesorio laboral, ha de repararse en la exigencia de la norma comunitaria de que aquella transmisión no perjudique la permanencia de aquella entidad, o en que la transmisión se produzca sin un detrimento tal de la entidad que desaparezca como tal.

³⁴ En ese mismo sentido ya se había pronunciado al Alto Tribunal comunitario en sus Sentencias de 19 de septiembre de 1995 (asunto C-48/94, Rygaard), de 11 de marzo de 1997 (asunto C-13/95, Süzen), de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, Abler y otros), y de 9 de diciembre de 2004 (asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana), con lo que la cuestión, en definitiva, se traslada a la noción de «entidad» y a su «permanencia» o no desmenbramiento, disolución o dilución como consecuencia de la transmisión.

Como la realidad empresarial es compleja resulta entonces que para determinar la existencia una «transmisión» de una «entidad económica organizada de forma estable» (empresa), sin pérdida de su identidad:

1. Han de «tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación examinada, entre las cuales figura, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades» (precisa la STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir).
2. Ha de repararse en que «la importancia que debe darse a los distintos criterios que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa, centro de actividad o partes de empresas o de centros de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23/CE varía en función de un gran número de parámetros» (STJCE de 9 de diciembre de 2004, asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana).

La jurisprudencia comunitaria ha mantenido reiteradamente la importancia de esa pluralidad de parámetros, que han de ajustarse a cada caso, en función de la actividad desarrollada por la empresa (SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 19 de mayo de 1992, asunto C-29/91, Redmond Stichtin, de 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros). De tal manera que aquellas circunstancias o elementos que «son tan solo aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente», precisa la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir).

No obstante, si se analiza atentamente la evolución de esa doctrina jurisprudencial comunitaria, se observa que uno de los elementos o circunstancias, antes referidos, a la postre se prima o destaca sobre todos los demás por el Tribunal de Justicia comunitario. Efectivamente, como se indica en la STJCE de 15 de diciembre de 2005 (asuntos acumulados C-232/04 y 233/02, Nurten Güney-Görres y Gul Demir) (reiterando lo ya indicado en sus Sentencias de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Hidalgo y otros, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros):

- a) «Para apreciar las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate.
- b) La importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios que caracterizan la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23/CE varía necesariamente

te en función de la actividad ejercida o, incluso, de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate.»

3.2. La regulación española.

La regulación jurídico-positiva de aquel fenómeno, que según ya se indicó goza en nuestro Derecho de una larga trayectoria, se contrae actualmente al contenido del artículo 44 del ET, según el cual³⁵, «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente». El principio, por tanto, es que «el cambio de titularidad no extingue "por sí mismo" la relación laboral. Lo que significa que el mero hecho de producirse la transmisión no implica de forma alguna la extinción de las relaciones laborales existentes, sino, por el contrario, su mantenimiento por imposición legal»³⁶.

Según nuestro ordenamiento «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio»³⁷. Descripción del fenómeno que «supuso una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apartado 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que este se inicia (...).Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa (...), mantenida en la Directiva 2001/23/CE [art. 1.º 1 b)]» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005)³⁸. Cabe también destacar que el

³⁵ Para una visión casuística AA.VV. [2002]: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, C., Dir. y Coor.) Navarra, págs. 1.130-1.147; AA.VV. [2002]: *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLERO MANGLANO, C., Dir.) Madrid, págs. 307-308 indica: «mientras no plantean problemas jurídicos los supuestos de venta de la totalidad de la empresa, los de fusión o los de adquisición en pública subasta de empresas en funcionamiento, no puede decirse lo mismo de otros supuestos en que tiene lugar un cambio de la titularidad de todo o parte de la infraestructura o patrimonio empresarial o bien una simple sucesión en la explotación o actividad productiva».

³⁶ AA.VV. [1998]: *Manual de Derecho del Trabajo* (QUESADA SEGURA, R. Dir.), Madrid, pág. 322, en donde precisa «sin embargo, sí parece posible que se produzca su extinción por "razones económicas, técnicas u organizativas" como consecuencia de la transmisión, si bien para ello sería necesaria la autorización administrativa previo expediente de regulación de empleo siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 51 del ET».

³⁷ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005, según la cual «entre los cambios introducidos en el artículo 44 del ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa».

³⁸ Definición «cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del artículo 1.º de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto orga-

ET no utiliza ni el término «traspaso» ni el término «transmisión», sino el de «sucesión», lo cual tiene una justificación objetiva, y ha adquirido un definitivo arraigo, si bien el de «traspaso» se utiliza en otras normas ³⁹.

La sentencia de 28 de febrero de 1991 del TSJ del País Vasco ⁴⁰, que a su vez recoge una sólida doctrina de los TSJ (baste con la cita de las SSTSJ de Canarias de 18 de marzo de 1993, y de la Rioja de 23 de marzo de 1992, etc.), así como del TS (STS de 16 de mayo de 1990), ofrece una noción general de la «sucesión» de empresa con trascendencia laboral, que si bien es acentuadamente descriptiva del fenómeno sucesorio no por ello pierde su utilidad.

Aquella resolución judicial ofrece un concepto ajustado a la realidad de la «sucesión de empresa», acorde con la de «traspaso» que se utiliza en la norma y jurisprudencia comunitaria, mediando una locución, de tal plasticidad, que sugiere con intensidad el núcleo de la institución aludida, al referir los derechos y obligaciones en que se sucede como «derechos ambulatorios». Según la meritada resolución judicial, «una exigencia razonable y progresiva de justicia material –obediente al designio de no erosionar más allá de lo aconsejable el ya muy devaluado contenido esencial del derecho al trabajo (arts. 1.º 1 y 35.1 del texto constitucional)– sugiere (una) opción interpretativa en virtud de la cual la sucesión de empresa (...) no se atendería al signo clásico de su definición ni se vería rigidamente identificada con el fenómeno caracterizado por la entrada –sin ruptura de continuidad– del causahabiente en el espacio delimitado por el derecho del causante de dicha transmisión». Por ello, según la indicada resolución judicial:

La sucesión de empresas «debe reputarse existente cuantas veces el ciclo productivo o la generación de servicios públicos se sometan al poder de organización y dirección de un titular que, sin

nizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (Sentencias Stizen, de 11 de marzo de 1997, Pedro Enrique, de 10 de diciembre de 1998, Baltasar, de la misma fecha, y Allen, de 2 de diciembre de 1999). No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, de que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación. Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 8 de febrero de 2005). Sobre la necesidad de tener en cuenta la Directiva 2001/23/CE y la jurisprudencia comunitaria para una cabal interpretación del artículo 44 del ET, *vid.* AA.VV., *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, MOLERO MANGLANO, C., Dir.), págs. 308-309, dándose una definición ajustada a aquella normativa y jurisprudencia indicándose que «a la luz del artículo 44 del ET, y a efectos de aplicación de las garantías previstas en él, debería entenderse por sucesión de empresa la transmisión que afecta a una entidad económica organizada de forma estable (esto es, a un conjunto organizado de elementos productivos o patrimoniales de la empresa y/o de trabajadores dotado de autonomía funcional) que permita al receptor explotar de forma autónoma, inmediata y duradera la totalidad o un parte de la actividad empresarial que viniese desarrollando».

³⁹ Como sucedía en la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos y acontece en la disposición transitoria tercera, punto 3, apartados cuarto, quinto, sexto y séptimo, de la Ley actual 29/1994, de 24 de noviembre, que sin embargo en su artículo 32 se refiere a la «cesión».

⁴⁰ En la cita de las resoluciones que componen la jurisprudencia sea esta del TS, o de los TSJ, se sobreentiende que corresponden a las Salas de lo Social, del órgano jurisdiccional correspondiente, no especificándose este extremo. Cuando las resoluciones citadas correspondan a otro orden jurisdiccional, en la cita de la Sentencia se especifica la Sala correspondiente.

sustituir necesariamente al anterior en la acepción técnico-jurídica de la sucesión, le reemplaza para reiniciar o proseguir, aun mediando un discreto intervalo de inactividad, la dedicación que el precedente explotador dejó de realizar en su momento».

En el estado actual de nuestra legislación, puede, pues, concluirse lo siguiente:

«Que lo relevante para determinar la aplicación del artículo 44 del ET y de las Directivas Europeas cuyo contenido incorpora al Derecho español dicho artículo es que se transfiera una organización identificable o una parte organizada de la misma. Y no es determinante que tal organización productiva comprenda activos materiales físicos, sino que mantenga su identidad como un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio, identidad que puede resultar del hecho de que se trate de una actividad, esencialmente realizada mediante la aportación de mano de obra y que el grupo organizado de los trabajadores dedicados a la realización de tales tareas (o parte de las mismas) sea coincidente. No obsta tampoco a la calificación como transmisión de empresas o centros de actividad el que después de producida esta el nuevo empleador introduzca modificaciones productivas, agregando nuevos trabajadores o elementos de activo para el desarrollo de la actividad». ⁴¹

Las consecuencias fundamentales del fenómeno sucesorio laboral, según nuestra legislación, pueden resumirse sintéticamente de la siguiente manera (SAN de 9 de enero de 2001) la «subrogación empresarial ex artículo 44 del ET tan solo abarca aquellos derechos y obligaciones realmente existentes (...), es decir, los que en ese momento (de la transmisión) el interesado hubiese ya consolidado y adquirido, incorporándolos a su acervo patrimonial, sin que dicha subrogación alcance, de ningún modo, a las meras expectativas legales o futuras».

Además, en términos de la sentencia que se acaba de citar la obligación «impuesta por el artículo 44 del ET no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad, y este artículo no obliga por sí solo a mantener las expectativas que los trabajadores gozaban en las antiguas empresas, ni el principio de continuidad de la relación de trabajo en la sucesión de empresa no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores».

Asimismo la actualización del fenómeno sucesorio laboral «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino solo a respetar las existentes en el momento de la transferencia,

⁴¹ STSJ de Navarra de 11 de diciembre de 2006.

por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador» atribuyéndole en todo caso importantes responsabilidades derivadas de las actuaciones del empresario cedente ⁴².

IV. LA CUESTIÓN DE LA POSIBILIDAD DE UNA «SUCESIÓN DE EMPRESAS» CUANDO DE LA TRANSMISIÓN DE EMPLEADOS ENTRE DOS ETT SE TRATA

Para resolver el supuesto específico de la posible existencia de una «sucesión de empresas» cuando se lleva a cabo una transmisión de empleados entre ETT ha de partirse, como precisa la sentencia objeto de comentario, de la siguiente triple afirmación:

- a) Que «de acuerdo con los términos del artículo 1.º, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE, esta se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión».
- b) Que «la Directiva 2001/23/CE tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario».
- c) Que «el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva consiste (...), en determinar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúa efectivamente su explotación o de que esta se reanuda».

Consecuentemente con aquel punto de partida ha de cuestionarse si en el caso de cesión de empleados por una ETT, siendo aquellos empleados en su totalidad total o mayoritariamente susceptibles de ser «cedidos» temporalmente a empresas clientes, a otra ETT, existe transmisión de una «entidad económica».

4.1. Sobre la existencia de una «entidad económica» cedida en la transmisión de empleados de una ETT a otra ETT.

Como precisa la sentencia objeto de comentario «para entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Así, el concepto de entidad económica se refiere a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio».

⁴² Vid. SSTs de 11 de noviembre de 2005 y de 25 de enero y 13 de noviembre de 2006.

En otras palabras, el concepto cabal de «entidad económica» requiere que aquella esté «organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada. Así, este concepto de entidad remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio», que «si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial»⁴³.

Dicha entidad, continúa la meritada resolución comunitaria, «no debe necesariamente incluir elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción».

Además, para apreciar los requisitos de la existencia de una transmisión, «debe tener en cuenta el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate», por ello «la importancia respectiva que debe atribuirse a estos diferentes requisitos, en el sentido de la Directiva 2001/23/CE, varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados», al extremo de haberse admitido por reiterada jurisprudencia comunitaria que «en los sectores en los que la actividad económica descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir, a falta de otros factores de producción, una entidad económica», al extremo de que «la circunstancia de que la actividad de que se trate fuera realizada por un solo empleado no es suficiente para excluir la aplicación de la Directiva». En consecuencia, «una entidad económica puede estar reducida a un solo empleado»⁴⁴. Por tanto⁴⁵:

«En el caso de una transmisión de empresa o de parte de una empresa cuya actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, no es tanto el carácter organizativo de la entidad lo que prevalece, sino el ejercicio de una actividad económica autónoma.»

Precisamente, y según la sentencia objeto de comentario, semejante consideración «es especialmente aplicable al supuesto de ETT, habida cuenta del artículo 2.º, apartado 2, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2001/23/CE, para la "sucesión" laboral de la totalidad o parte de la empresa». En efecto:

⁴³ Precisa el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 29 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, en el asunto C-458/05, de referencia.

⁴⁴ Conclusiones 33 y 34 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, por el Abogado General Sr. Yves Bot en el asunto C-458/05, de referencia.

⁴⁵ Conclusión 35 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, por el Abogado General Sr. Yves Bot, en el asunto C-458/05, de referencia.

«Las relaciones laborales de tales empresas están comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, lo que implica que hay que tener en cuenta su especificidad al examinar la operación de su transmisión. Pues bien, tales empresas se caracterizan, por lo general (...), por la inexistencia de una organización de empresa propia que permita identificar dentro de una empresa de este tipo diferentes entidades económicas separables en función de la organización del cedente.»

Por consiguiente, en el supuesto de «sucesión ETT», la apreciación de la existencia de una entidad económica implica comprobar si los elementos de explotación traspasados por el cedente constituyen en su empresa un conjunto operacional autosuficiente para permitir prestar servicios característicos de la actividad económica de la empresa sin requerir el uso de otros elementos de explotación importantes o de otras partes de esta. Punto en el que según el Alto Tribunal comunitario se subraya lo siguiente:

1. Que «la actividad de las ETT se caracteriza por la cesión temporal de trabajadores al servicio de empresas usuarias con el fin de que estos desempeñen en ellas tareas diversas según las necesidades y las consignas de estas».
2. Que «la realización de tal actividad requiere en particular unos conocimientos específicos, una estructura administrativa adecuada para organizar esta cesión de trabajadores y un conjunto de trabajadores temporales que puedan integrarse en las empresas usuarias y ejercer en ellas las tareas solicitadas. En cambio, no son indispensables otros elementos de explotación significativos para la realización de la actividad económica de que se trate»⁴⁶.

Según la sentencia que se comenta:

- a) «El hecho de que los trabajadores cedidos temporalmente se integren en la estructura organizativa del cliente a cuyo servicio son cedidos no impide, como tal, declarar la existencia de una transmisión de entidad económica. En efecto, dichos trabajadores no dejan por ello de ser elementos fundamentales sin los cuales sería en esencia imposible que la empresa de trabajo temporal desarrollase su actividad económica».
- b) Además, «la circunstancia de que, como por otro lado recoge el artículo 1.º, número 2, de la Directiva 91/383, a que se refiere el artículo 2.º, apartado 2, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2001/23, estén ligados al cedente por una relación laboral y que este les remun-

⁴⁶ Punto en el que conviene indicar que la «sucesión empresarial por sucesión de plantillas, esto es, la asunción por la nueva empresa o por el nuevo titular de la actividad económica de una parte sustancial de la plantilla con la que la anterior empresa o titular de la actividad desarrollaba la misma» (STSJ de Castilla y León, de 11 de diciembre de 2006), parece plenamente admitida por la jurisprudencia comunitaria, a pesar de los iniciales titubeos producidos en la misma.

nere directamente confirma su vinculación a la empresa explotada por el mencionado cedente y, por tanto, su contribución a la existencia de una entidad económica dentro de esta última».

De lo que resulta, según la sentencia que se comenta que «el simple conjunto compuesto por los empleados encargados de la gestión, los trabajadores temporales y los conocimientos específicos puede perseguir un objetivo propio, a saber, la prestación de servicios consistente en la cesión temporal de trabajadores a las empresas usuarias a cambio de una remuneración, y (...) puede constituir una entidad económica que es operativa sin necesidad de otros elementos de explotación importantes ni de otras partes del cedente»⁴⁷.

En torno a la posibilidad de una «sucesión de empresas» parcial entre ETT, recuerda el Tribunal de Justicia comunitario que ello es posible cuando el traspaso de empleados no corresponde a una transmisión de toda la empresa, pues «a la parte de empresa o de centro de actividad se la define, también, como una entidad económica»⁴⁸, por ello la transmisión eventual de parte de los medios de explotación, es decir, la transmisión de solo algunos empleados, en tanto que únicos afectados por la misma, puede determinar la transmisión de una parte de la empresa⁴⁹. Lo cual no excluye la necesidad de que esa «entidad económica» parte de otra entidad económica mayor, deba mantener su identidad, lo que también dependerá del hecho de que el cesionario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella.

De tal modo que «en el marco de una transmisión de una entidad económica cuyos medios de explotación descansan fundamentalmente en la mano de obra, debe comprobarse si el empresario se

⁴⁷ Según la sentencia comentada «esto puede ser lo que sucede, en particular, en el caso de autos en la medida en que el conjunto estaba compuesto por un empleado administrativo, un director de filial, encargados de la asistencia a clientes, un tercio de los trabajadores temporales y gerentes que poseen unos conocimientos específicos, lo que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente». Por consiguiente, concluye «procede responder a la cuestión planteada que el artículo 1.º, apartado 1, de la Directiva 2001/23, debe interpretarse en el sentido de que esta se aplica cuando una parte del personal administrativo y una parte de los trabajadores temporales pasan a otra empresa de trabajo temporal para desarrollar en ella las mismas actividades al servicio de clientes idénticos y, circunstancia que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, los elementos afectados por la transmisión de una entidad económica son suficientes por sí solos para permitir la continuación de las prestaciones características de la actividad económica de que se trata sin utilizar otros elementos de explotación importantes ni otras partes de la empresa». Como afirma la STSJ de las Islas Baleares de 6 de septiembre de 2006, siguiendo la doctrina sentada en la STS de 17 de julio de 1998, «la transmisión de una unidad productiva autónoma genera responsabilidad solidaria respecto de los trabajadores que prestan servicios en dicha unidad. No de aquellos otros que se hallan en puntos distintos de la misma empresa. En sentido idéntico se pronuncian las SSTSJ de la Comunidad Valenciana y del País Vasco de 7 de noviembre de 1997 y 23 de octubre de 2001, respectivamente».

⁴⁸ Recuerda el Abogado General Sr. Yves Bot, en la conclusión 29 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, en el asunto C-458/05, de referencia.

⁴⁹ Destaca la sentencia objeto de comentario que «en efecto, de los autos resulta que PPS solo integró a una parte de los empleados encargados de la gestión administrativa y a una tercera parte de los empleados cedidos temporalmente, y que Mayer continuó ejerciendo dicha actividad económica hasta que fue declarada en concurso. Posteriormente, en el marco de este, una empresa competidora de PPS adquirió Mayer a la masa activa del concurso y continuó la actividad económica de dicha empresa utilizando, en parte, a los empleados y otros elementos de explotación de esta. Por tanto, la transmisión eventual de los medios de explotación de que se trata en el litigio principal –es decir, la transmisión de los empleados afectados– de Mayer a PPS solo podía referirse a una parte de dicha empresa».

ha hecho cargo de una parte esencial, por lo que a número y competencia se refiere, de los efectivos que su predecesor adscribía especialmente al ejercicio de la actividad económica (en la parte transmitida, en su caso)⁵⁰, así como «tomarse en consideración el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión»⁵¹.

Para determinar si se ha mantenido «tras la transmisión la identidad de una entidad económica cuyos medios de explotación descansan fundamentalmente en la mano de obra, debe comprobarse si el empresario se ha hecho cargo de una parte esencial, por lo que a número y competencia se refiere, del personal que estaba adscrito al ejercicio de la actividad económica antes de la citada transmisión»⁵², pudiéndose concluir en la relación concreta con las ETT lo siguiente:

«Un conjunto integrado por una parte del personal administrativo y una parte del personal temporal de una empresa de trabajo temporal que continúa una actividad económica autónoma constituye una entidad económica, en el sentido de una parte de una empresa.»⁵³

⁵⁰ Significativa de la inevitable repercusión de esta jurisprudencia comunitaria en no solo la jurisprudencia en sentido estricto, sino en la denominada jurisprudencia menor, es la STSJ de la Comunidad Valenciana, a cuyo tenor «si la actividad empresarial descansa fundamentalmente en la mano de obra puede mantenerse la identidad después de la transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea». Esta misma tesis se mantuvo en las Sentencias Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998 y alcanzó su máxima expresión en las Sentencias Temco, de 24 de enero de 2002 y Sodexho, de 20 de noviembre de 2003, donde aquel elemento adicional llegó a hacerse efectivo e imponer la sucesión cuando el nuevo empresario se hacía cargo de parte de la plantilla del cedente. A la vista de esas resoluciones esta Sala hubo de cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en las Sentencias de 20 de octubre de 2004 y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año. Así se rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no solo cuando hay transmisión de activos patrimoniales, sino también en aquellos otros supuestos en los que el cesionario de una actividad se hace cargo en términos significativos de calidad y número de parte de personal del cedente.

⁵¹ Como precisa el Abogado General Sr. Yves Bot en las conclusiones 36, 37 y 38 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, en el asunto C-458/05, de referencia.

⁵² Indica el Abogado General Sr. Yves Bot en la conclusión 52 de las presentadas el 22 de marzo de 2007, en el asunto C-458/05, de referencia. En este punto nuestra jurisprudencia efectuó un giro tal que bien puede calificarse de copernicano, que resume en la STS de 23 de noviembre de 2004 (siguiendo a las SSTS de 18 de marzo de 2002 y de 17 de octubre de 2004), tras recordar que su propia «tradición jurídica» había «exigido en la interpretación y aplicación del artículo 44 del ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial –por todas SSTS de 3 de octubre de 1998 (Rec. 5067/97), de 15 de abril de 1999 (Rec. 734/98), de 25 de febrero (Rec. 4293/00), de 19 de junio (Rec. 4225/00) y de 12 de diciembre de 2002 (Rec. 764/02) y 11 de marzo de 2003 (Rec. 2252/02) con cita de otras muchas anteriores», y su contradicción con la jurisprudencia comunitaria, en los siguientes términos:

«En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes.»

⁵³ En el caso de autos destaca el Abogado General Sr. Yves Bot en las conclusiones 53, 54 y 55, de las presentadas el 22 de marzo de 2007 en el asunto C-485/05, de referencia, lo siguiente: «En el asunto principal, los empleados administrativos, los encargados de la asistencia a los clientes y los trabajadores, a los que se habían confiado tareas específicas por cuenta de los clientes, fueron adscritos a la ejecución de las mismas actividades, por cuenta de los mismos clientes. Además, del expediente resulta también que los trabajadores que pasaron de Mayer a PPS estaban todos adscritos a tareas que

4.2. Proyección y alcance de la exigencia de la normativa comunitaria acerca de la existencia de una cesión contractual, cuando de la transmisión de empleados entre dos ETT se trata.

Indica el TJCE, en la sentencia objeto de comentario, «en cuanto al requisito relativo a la existencia de una cesión contractual», que «el alcance de la disposición del artículo 1.º, apartado 1, de la Directiva 2001/23/CE no puede determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal».

Al respecto recuerda que «habida cuenta de las diferencias entre las versiones lingüísticas de la Directiva y de las divergencias entre las legislaciones nacionales sobre el concepto de cesión contractual», la jurisprudencia comunitaria «ha dado a este concepto una interpretación suficientemente flexible para responder al objetivo de la Directiva, consistente en proteger a los trabajadores por cuenta ajena en caso de transmisión de su empresa».

Semejante «interpretación flexible», según el alto Tribunal comunitario, «se refiere igualmente a la forma del "convenio" por el que se realiza la cesión», de tal manera que:

«El concepto de cesión contractual puede así hacer referencia, según los casos, a un acuerdo escrito o verbal entre el cedente y el cesionario sobre el cambio de identidad de la persona responsable de la explotación de la entidad económica de que se trate o bien a un acuerdo tácito celebrado entre ellos resultante de elementos de cooperación práctica que se traducirían en una voluntad común de proceder a realizar tal cambio.»

Consecuentemente, el concepto de cesión contractual, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria, destaca la sentencia objeto de comentario, no se opone a que se compruebe la existencia de una transmisión de empresas aun cuando no se haya celebrado entre las mismas ningún acuerdo ni escrito ni verbal⁵⁴, lo que es singularmente relevante cuando de «sucesión» de ETT se trata.

Es más, dado que el concepto de «cesión contractual» debe apreciarse a la luz de la estructura y de la finalidad de la Directiva y «con el fin de mantener el efecto útil de dicha Directiva, (se impone) una interpretación muy amplia de este concepto», que debe llevarse a extremo, bien que con las naturales cautelas, cuando esté implicada una ETT.

requieren competencias particulares, como las de gruísta o conductor de carretillas elevadoras. Por ello, deduzco que dichos trabajadores pasaron de una empresa a la otra por sus conocimientos especializados. Por tanto, el conjunto de los trabajadores se mantuvo, después de la transmisión objeto del litigio principal, ya que el personal administrativo y el temporal conservaron sus funciones, así como la clientela a la que los trabajadores temporales eran enviados en misión. Por tanto, el conjunto de los trabajadores se mantuvo, después de la transmisión objeto del litigio principal, ya que el personal administrativo y el temporal conservaron sus funciones, así como la clientela a la que los trabajadores temporales eran enviados en misión».

⁵⁴ Según la demandada, indica la sentencia objeto de comentario, «no había celebrado ningún acuerdo contractual con Mayer. El paso de los demandantes a su empresa se produjo de la forma en que habitualmente suceden estos cambios en el sector de las empresas de trabajo temporal».

De tal modo que ni la inexistencia de una relación contractual entre el cedente y el cesionario ni la inexistencia de transmisión de la propiedad revisten una importancia determinante para la aplicación de la Directiva precitada, por ello «es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa», no siendo por tanto el criterio determinante para acreditar una cesión contractual «la existencia de una relación contractual entre el cedente y el cesionario, sino la existencia de un cambio de persona responsable de la explotación de la empresa»⁵⁵, lo que sin duda resulta especialmente relevante cuando de «sucesión de ETT» se trata.

V. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN «GRUPO» EMPRESARIAL A EFECTOS LABORALES Y EL ALCANCE DE SUS EFECTOS IMPEDITIVOS SOBRE LA «SUCESIÓN DE EMPRESAS» ENTRE MIEMBROS DEL GRUPO

Sin duda la ordenación jurídica de los grupos societarios «implica un progreso indudable dentro del Derecho de sociedades»⁵⁶, pero también para los demás conjuntos normativos el derecho en cuanto que la actividad empresarial actual se lleva a cabo predominantemente por grupos empresariales, asumiendo en la mayoría de los casos la forma de «empresarios polisocietarios». Singular trascendencia tiene la atribución en una encomiable labor jurisprudencial⁵⁷ a semejantes «empresarios-grupos empresariales» de responsabilidades laborales respecto de las decisiones adoptadas por sus componentes⁵⁸ como centros de decisión descentralizados⁵⁹.

En el caso objeto de atención por la sentencia que se comenta, según precisa en la misma, «el traspaso de los trabajadores afectados se realizó en el marco de la cooperación entre Mayer y PPS y ambas tenían, en esencia, los mismos dirigentes, lo que permitió que PPS comenzase una actividad idéntica». Según aquella sentencia «de los autos se desprende además que la cooperación mutua hizo posible que PPS ejerciese dicha actividad al servicio de los mismos clientes y utilizando en gran medida los trabajadores que habían trabajado anteriormente para Mayer. En estas circunstancias, parece evidente que dicha cooperación tenía por finalidad y objeto transmitir elementos de explotación de Mayer a PPS».

Por ello es pertinente tratar si en los supuestos de «sucesión de empresas» es posible que interfiera la problemática de los grupos de sociedades y, en tal caso, qué consecuencias produce. Para todo ello ha de partirse de la noción misma de grupo, así como de las circunstancias que han de dar-

⁵⁵ Indica el Abogado General Sr. Yves Bot en las conclusiones 40, 41, 42 y 43 de las presentadas el 22 de marzo de 2007.

⁵⁶ SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, pág. 297.

⁵⁷ *Vid.* STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de febrero de 2007.

⁵⁸ En materia de prestaciones de Seguridad Social *vid.* STS de 23 de enero de 2007.

⁵⁹ «Con todo, a efectos laborales, el reconocimiento de la existencia de un grupo de empresas debe apoyarse en datos específicos, siendo calificado quien organiza y recibe efectivamente la prestación de servicios, admitiendo que las medidas políticas económicas de colaboración no comportan que varias empresas necesariamente pierdan su independencia, y deban ser constituidas como una unidad» (STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 27 de febrero de 2007).

se para que el mismo, de existir, tenga consecuencias que trasciendan a cada uno de sus miembros, proyectándose sobre la totalidad de los mismos, como si de un solo sujeto y un solo patrimonio se tratase.

El grupo de empresas ⁶⁰, a efectos laborales, le refiere una especial responsabilidad, por más que no se le atribuya personalidad jurídica ⁶¹, cuya trascendencia para la protección de los trabajadores «cuya situación jurídica haya resultado afectada como consecuencia de las distorsiones originadas por la legitimación de una situación de dependencia intersocietaria» ⁶².

Constituye una creación jurisprudencial que no siempre siguió una línea uniforme pero que hoy es conforme ⁶³, siendo sus características más generales: a) que «no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales» ⁶⁴; b) que «los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son» ⁶⁵; c) que «la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determi-

⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO, F. [2001]: *La sociedad cotizada en Bolsa en la evolución del derecho de sociedades*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, pág. 293, indica que «en todo caso en el grupo nos encontramos con el hecho de que junto a la independencia que mantienen las sociedades del grupo se produce, al mismo tiempo, la pérdida de su autonomía económica, que origina que lleven una administración que obedece a motivaciones e impulsos externos a cada sociedad que lo forma constituyendo una unidad bajo una dirección unitaria».

⁶¹ Indica SÁNCHEZ CALERO, F., *op. cit.*, pág. 297, que «la existencia de los grupos sin una normativa adecuada hace que la regulación del Derecho de sociedades, partiendo de la presunción de que cada sociedad es un ente independiente, que opera de forma autónoma y en defensa de sus propios intereses, ofrezca soluciones injustas respecto a las cuestiones esenciales que plantea esa existencia y regulación».

⁶² ENGRÁCIA ANTUNES, J. A. [2002]: *Os grupos de Sociedades*, Almedina, 2.ª edición, Coimbra, pág. 170.

⁶³ Indica la STSJ, Sala de lo Social, de Extremadura, siguiendo a la STS, Sala de lo Social, de 26 de enero de 1998, que «el grupo de empresas, a efectos laborales, ha sido una creación jurisprudencial en una doctrina que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada (...). Así ya se afirmó que "no es suficiente que concurra el nuevo hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con respecto a sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además, la presencia de elementos adicionales" (...). No puede olvidarse que (...) "los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son". La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. (...), para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que (supone) la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (...); 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesivamente, a favor de varias de las empresas del grupo (...); 3. Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (...); 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (...). Y todo ello teniendo en cuenta que "salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas, práctica de lícita apariencia siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del ET"».

⁶⁴ SSTs de 30 de enero, 9 de mayo, y 26 de noviembre de 1990, de 30 de junio de 1993, de 20 de enero y 29 de octubre de 1997, de 26 de enero de 1998 y de 23 de enero de 2002.

⁶⁵ STS de 30 de junio de 1993.

nante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas»⁶⁶; d) que el grupo de empresas a efectos laborales «no se presume nunca»⁶⁷; e) que la carga de la prueba de la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales incumbe a quien lo alega⁶⁸.

La simple existencia de un grupo de empresas no basta para generalizar la posición empresarial⁶⁹. Ha de repararse en que «el criterio general que actualmente se mantiene es el de que los vínculos accionariales, funcionales o de gestión no alteran por sí mismos la configuración individual y personalidad de cada una de las sociedades debidamente constituidas como tales»⁷⁰. La cuestión del grupo de empresas a efectos laborales se centra así en la presencia de unos denominados, por la doctrina legal, «elementos adicionales» sobre los determinantes de la noción abstracta y básica de grupo.

Para que se produzca ese efecto la jurisprudencia⁷¹ viene exigiendo que «concurra alguna» de las siguientes circunstancias que, genéricamente enunciadas son las siguientes: confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección⁷². Con más precisión, pero también resumidamente han sido sistematizados los requisitos de la siguiente manera: 1. Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; 2. Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo; 3. Creación de empresas aparentes sin sustrato real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales; 4. Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección⁷³.

La cooperación entre las dos ETT (Mayer y PPS) que expresamente reconoce el Tribunal de Justicia comunitario, en la sentencia objeto de comentario, y no obstante lo cual entiende que ha existido una «sucesión de empresas», determinó, sin dudas y aun cuando a ello no se refiera la sentencia, la existencia previa de un grupo empresarial, que debería haberse considerado subsistente, impidiendo de esa manera la posibilidad de que se diese el fenómeno sucesorio laboral, sin merma por ello de los derechos de los trabajadores, pues como se dejó indicado la institución del grupo laboral procura también protección de los intereses de los empleados. Probablemente hayan sido consideraciones de otra índole, referidas a la situación concursal de una de las empresas, las determinantes de que en el litigio principal se pasase de puntillas sobre la cuestión, lo cual empero no parece de recibo, por más que el Alto Tribunal comunitario se hallase limitado e impedido de entrar en el tema dados los términos de la cuestión prejudicial planteada.

⁶⁶ STS de 26 de septiembre de 2001.

⁶⁷ STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2003.

⁶⁸ STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2003.

⁶⁹ SSTS de 8 de octubre de 1987, de 12 de julio de 1988, de 24 de julio de 1989, de 30 de enero, 9 de mayo y 26 de noviembre de 1990 y de 30 de junio de 1993.

⁷⁰ SSTS de 23 de junio de 1983 y de 3 de marzo de 1984.

⁷¹ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 2 de febrero de 2001 y SSTS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de julio y (Sala de lo Social) de 21 de diciembre de 2000.

⁷² SSTS de 19 de noviembre de 1990 y de 30 de junio de 1993.

⁷³ STSJ de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 20 de febrero de 2007.

VI. CONCLUSIONES

La sentencia objeto de comentario pone de manifiesto la importancia y robustez de una institución laboral, tan nuclear en tiempos de globalización económica, en los que las fusiones y adquisiciones de empresas han adquirido una importancia sobresaliente (tanto para hacer, en terminología no afortunada, «campeones», nacionales e internacionales, como constituyendo la vía normal de desarrollo empresarial). Mediante aquella institución laboral se procura protección para los derechos de los trabajadores (no solo económicos), e incluso se protege su bienestar físico y psíquico (seguridad y eliminación de estrés ante un futuro lleno de incertidumbres), lo cual es relevante ante la crisis de las filosofías y de los sistemas de protección social.

Además la sentencia comentada establece una interpretación adecuada a los tiempos que nos ha tocado vivir de la institución laboral de la «sucesión de empresas», dejando claro que las relaciones laborales «triangulares» no la perturban, ampliando y flexibilizando notablemente los requisitos relativos a la «entidad económica», el «mantenimiento de su identidad» y la «cesión contractual», exigidos por la normativa reguladora.

En fin, que la «transmisión de todos o parte de los empleados entre dos ETT», no obstante sus peculiaridades, puede ser constitutiva de una «sucesión (total o parcial) de empresas».