

ANTONIO TAPIA HERMIDA

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

Extracto:

LA transmisión de empresas, en esta «era de las finanzas» que nos ha tocado vivir, ha dejado de ser un acontecimiento «excepcional», por cuanto el sistema de economía de mercado globalizado (capitalismo financiero global) impone constantes operaciones de reestructuración empresarial (fusiones y adquisiciones), que se potencian cuando se trata de «empresas cotizadas», cuyo principal criterio orientador, y en buena medida necesario para la supervivencia en un mercado globalizado, es el incremento de su valor bursátil, singularmente proclive a tales fenómenos de reestructuración, lo que, unido a la gran liquidez existente, explica que las fusiones y adquisiciones constituyan una operación habitual y corriente en la dinámica empresarial actual.

Sin embargo la «transmisión» de una empresa no ha dejado de ser un suceso «traumático» para quienes prestan sus servicios, como trabajadores asalariados por cuenta ajena, bajo la dirección y dependencia de los empresarios titulares de las empresas que intervienen en la transmisión. A la situación generada para esos trabajadores por tales «transmisiones» se ha venido atendiendo mediante la institución del «traspaso o sucesión de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario», que actúa bajo los principios de que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión «serán transferidos al cesionario» y que la transmisión «no constituirá en sí misma un motivo de despido» ni para el cedente ni para el cesionario.

Aquella institución, cuyo régimen se contiene en la Directiva 2001/23 y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ha pasado de ser típicamente laboral a ser «transversal», al haber dejado de constituir su *leitmotiv* la defensa de la «estabilidad en el empleo», que pasa a estar en paridad con la contribución de aquella institución a la «realización del mercado» (sistema de economía de mercado), y cuyas consecuencias se han dejado sentir en orden a la interpretación de las normativas correspondientes. Circunstancia a la que se suman otros acontecimientos de influencia decisiva en aquella institución sucesora, como son la generalización de los fenómenos de descentralización productiva y el incremento del peso re-

.../...

.../...

lativo en el sistema económico del sector servicios, que han propiciado un desarrollo espectacular de las contratas, cuya «sucesión» reúne singularidades destacables. Todo lo cual ha determinado cambios sustanciales en el modo de entender el fenómeno sucesorio empresarial.

La regulación normativa vigente no resuelve toda la problemática laboral que la transmisión de empresas suscita; no obstante, con la labor aplicativa e interpretativa de la jurisprudencia se ha logrado un régimen jurídico razonablemente satisfactorio, que se presenta en este trabajo. La jurisprudencia comunitaria y española, si bien no siempre coincidentes, han sido fundamentales para el desarrollo y evolución de aquella institución sucesora, por ello se les dedica singular atención.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. «Traspaso» o «sucesión» de empresa y «propiedad empresarial».
- III. Noción de «traspaso de empresa» en el Derecho comunitario.
- IV. La «sucesión de empresa» en el Derecho español.
 1. Concepto, determinación jurisprudencial y efectos.
 2. Fundamento y límites.
- V. El elemento «causal» en la transmisión.
- VI. El carácter imperativo de la normativa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en las transmisiones de empresas.
- VII. El «traspaso», la «transmisión» o «sucesión de contratas» en la jurisprudencia comunitaria y nacional española. Hacia una concepción jurisprudencial unificada.
 1. El «traspaso» o «sucesión» de empresa en las sucesiones de contratas según la jurisprudencia comunitaria.
 2. La «sucesión de empresa» cuando se cambia al adjudicatario de la contrata según la jurisprudencia española.
- VIII. El criterio de la «gestión económica propia» en la «sucesión de contratas de servicios».
- IX. La cuestión del convenio colectivo aplicable.
 1. «Subsistencia» y aplicación del convenio colectivo.
 2. Los efectos de las cláusulas de remisión a un convenio colectivo contenidas en los contratos de trabajo.
 3. La continuidad de los «pactos extraestatutarios» concluidos por el cedente.

I. INTRODUCCIÓN

Se afirma que la «transmisión» o «sucesión» de empresas constituye una «situación excepcional y traumática»¹, «un ámbito en el que influyen factores e intereses variados»², que imponen diferencias en la protección de las distintas esferas confrontadas.

A todo ello se ha querido buscar explicación en que «las tendencias del sistema productivo 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», lo que desencadena que coexistan «las preocupaciones de los dueños con las de los obreros», resultando «difícil equilibrarlas»³.

Ciertamente la globalización constituye, desde la década de los setenta, el más importante reto económico, provocando reestructuraciones empresariales que se efectúan mediante traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, como consecuencia de fusiones o de adquisiciones, cuyo incremento y desarrollo ha sido espectacular, tanto en términos cuantitativos y cualitativos⁴.

¹ CONFORTI, L. y ZUCCHETTI, R.: «Diritto comunitario del lavoro-Tutela delle condizioni economiche del lavoratori, sicurezza e salute di lavoro», Roma 1994, pág. 224

² Según el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, indica en su escrito de conclusiones presentado el día 15 de noviembre de 2005, en el asunto C-499/04, apartado II, «El marco jurídico».

³ DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *RMTAS*, núm. 38, 2002, págs. 241 y ss.; sobre las «políticas de flexibilización laboral», MONE-REO PÉREZ, J.L.: «Introducción al nuevo Derecho del Trabajo», Valencia 1996, págs. 122-123.

⁴ Precisa SOROS, G., *La crisis del capitalismo global*, Barcelona, 1998, págs. 160-161, que «Las compañías que cotizan en bolsa aumentan en número y tamaño, y los intereses de los accionistas dominan aún más. A los gestores les preocupa tanto el mercado por sus acciones como el mercado por sus productos. Si se ha de elegir, las señales precedentes de los mercados financieros tienen prioridad sobre las que provienen de los mercados de productos: los gestores arbitrarán fácilmente divisiones o venderán la compañía entera si con ello potencian su valor accionarial; maximizarán los beneficios en vez de cuota de mercado. Los gestores deben adquirir o ser adquiridos en un mercado global (...). La actividad de fusión y adquisición alcanza niveles sin precedentes a medida que las industrias se consolidan sobre una base global (...). Esta reestructuración de compañías tiene lugar de forma mucho más rápida de lo que cabría imaginar».

El sistema económico imperante, «capitalismo (financiero) global»⁵, resultado de haber entrado en la «era de las finanzas»⁶, determina que las «transmisiones» de empresas, constituyan un fenómeno «normal», una manifestación consecuyente con aquel sistema económico, en el que sobresale, como manifestación (ideológica) más relevante, el «fundamentalismo del mercado»⁷.

Conforme se ha ido avanzando en la «era de las finanzas», y asentándose el fenómeno «globalizador»⁸, la «transmisión» o «sucesión» de empresas ha perdido aquel carácter «excepcional»⁹, pero no así su efecto «traumático» para los trabajadores, al no haberse producido un cambio en el sistema de relaciones industriales que, sin detrimento de la justicia y del bienestar

⁵ Precisa SOROS, G., *op. cit.*, págs. 137-140, que «el comercio internacional de bienes y servicios no es suficiente para crear una economía global (...) la libre circulación de capitales es un fenómeno reciente, el comercio internacional de bienes y servicios no es suficiente para crear una economía global; los factores de producción también deben ser intercambiables. Los recursos terrestres y otros recursos naturales no se remuevan y las personas se mueven con dificultad; es la movilidad del capital, de la información y el espíritu empresarial lo que explica la integración económica», y continúa «al término de la Segunda Guerra Mundial, las economías tenían en gran medida carácter nacional, el comercio internacional estaba de capa caída y tanto las inversiones directas como las transacciones financieras estaban prácticamente en un punto muerto (...). La verdadera aparición del sistema capitalista global llegó en la década de los 70: los países productores de petróleo se unieron en la Unión de Países Exportadores de Petróleo (OPEP) y elevaron el precio del crudo (...). Los exportadores de petróleo disfrutaron de súbitos y cuantiosos superávits mientras que los países importadores tenían que financiar grandes déficit (...). Se inventaron los eurodólares y se desarrollaron grandes mercados extraterritoriales (...). El auge internacional del préstamo terminó en una recesión en 1982, pero para entonces la libertad de circulación del capital financiero se había consolidado. El desarrollo de los mercados financieros internacionales recibió un gran impulso hacia 1980 (...). A partir de 1983, la economía global ha disfrutado de un largo período de expansión prácticamente ininterrumpida. A pesar de las crisis periódicas, el desarrollo de los mercados de capital».

⁶ En esta nueva era la mejora individual y el desarrollo social se asocian, en particular, al «beneficio», y éste «ya no es necesariamente una consecuencia de una mejor y mayor producción de bienes y servicios, no requiriendo del espíritu de empresa. En la concepción financiera del beneficio, éste «aparece como el resultado de decisiones financieras (de Inversiones y Financiación) operaciones financieras y especulativas», indica PRIETO PÉREZ, E.: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, págs. 12-13.

⁷ McNEILL, J.R. y McNEILL, W.H.: *Las redes humanas*, Barcelona 2004, destacan que la existencia del mercado no constituye novedad remontándose a la época de los sumerios o incluso antes (que) «al facilitar la tarea de asignar valor monetario exacto a todo lo que se ofrecía en venta, simplificaron, aceleraron y ampliaron el comercio al por menor y al por mayor», y a China que, alrededor del año 1000 d.c., se constituyó en la primera «sociedad de mercado», mediante «los monasterios budistas (que) dotados de abundante riqueza se convirtieron en centros de difusión de las nuevas formas artísticas y religiosas, y, en medida no menor, del comportamiento de mercado. Después de todo, los monasterios eran empresas económicas además de religiosas».

⁸ Destaca LÓPEZ CACHERO, M., en su contestación al discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores de don Eugenio PRIETO PÉREZ: *La Era de las Finanzas. Mercados Financieros y Globalización*, Real Academia de Doctores, Madrid 2002, págs. 58-59, que 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». «El sistema capitalista global no es nuevo ni siquiera novedoso», indica SOROS, G., *op. cit.*, pág. 137.

⁹ Anartya SEN: *El valor de la democracia*, Barcelona 2006, 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».

social ¹⁰, procurase mayores cotas de desarrollo económico. Las relaciones de trabajo, salvo puntuales reformas legislativas, se han mantenido apegadas a un sistema propio de la era industrial, con la consecuencia, en esta nueva era económica, de que los trabajadores no participan en el incremento de la riqueza (renta) y, lo que es más grave si cabe, ni ellos ni sus organizaciones profesionales (sindicatos, representaciones profesionales de otra índole, etc.) tienen influencia relevante ni se les tiene en cuenta ¹¹, al extremo de que «estamos llegando un punto en el que ser explotados es un lujo, porque significa no ser excluidos» ¹².

Por todo ello urge no sólo el mantenimiento sino la mejora y la ampliación de disposiciones normativas adecuadas «para proteger a los trabajadores» en aquellos supuestos de reestructuraciones que supongan cambio de empresario», sin que, so capa de una mejora de la productividad en un mundo globalizado, quepa «plantear una fórmula puramente desreguladora en el terreno laboral, en la que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores o las facultades colectivas» (STSJN de 30 de septiembre de 2005).

En aquel panorama se reguló, en el marco comunitario, el «mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad», mediante la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero de 1977 ¹³ que tuvo una larga vigencia, hasta que fue modificada «de forma sustancial», por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 ¹⁴, que dio nueva redacción a los artículos 1 a 7 de la citada Directiva 77/187/CEE, siendo así que el contenido fundamental de esta última norma se contenía en los artículos 1 a 6, que se modifican sustancialmente, al igual que el artículo 7, que estaba incluido entre sus disposiciones finales. La nueva regulación afectó incluso al título de la norma comunitaria.

¹⁰ Ciertamente una cosa es la globalización y otra diferente las injusticias y la problemática que plantea la «degeneración del Estado Social en un Estado Asistencial», siendo significativo el declive del *Welfare State* o Estado del Bienestar, hablándose incluso de 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», como indica D'AMBROSIO, R., *Ensayo de ética política*, Madrid 2005, págs. 47-49.

¹¹ La «prescindibilidad» de derechos de los trabajadores parece que sigue siendo el elemento fundamental para posibilitar el desarrollo económico. Así resulta de la «Recomendación de la Comisión relativa a las directrices generales para las políticas económicas de los Estados miembros y de la Comunidad en el marco de las directrices integradas para el crecimiento y el empleo correspondientes al período 2005-2008» [COM(5005) 0141-2005/2017(INI)], y de la resolución del Parlamento Europeo aquella recomendación de 26 de mayo de 2005 (DOCE C117 E, de 18 de mayo de 2006), que aluden a «reformas innovadoras del mercado laboral» y, a que los Estados miembros «deben llevar a cabo reformas que apoyen el marco macroeconómico incrementando la flexibilidad, la movilidad y la capacidad de ajuste en respuesta a la globalización, los cambios tecnológicos y los cambios cíclicos».

¹² D'AMBROSIO, R., *op. cit.*, pág. 49.

¹³ Sobre esta Directiva y legislación comparada GONZÁLEZ BIEZMA, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, Madrid 1989, págs. 47-82.

¹⁴ Ha de repararse en la aprobación el 9 de diciembre de 1998 de la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, que dispuso en sus puntos 7, 17 y 18, en particular, que «la realización del mercado interior debe conducir a una mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores en la Comunidad Europea».

Aquella normativa comunitaria, con el transcurso del tiempo, mostró sus limitaciones e insuficiencias, provocando una jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en ocasiones, insegura, fluctuante e incluso contradictoria. Tal fue el supuesto de algunos procedimientos concursales¹⁵ y en materia de grupos¹⁶.

Por ello no tardó en apreciarse la necesidad, «en aras de una mayor racionalidad y claridad», de proceder a la codificación y armonización de la mencionada normativa, aprobándose la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, que si bien no ha solucionado toda la problemática que con la anterior regulación se puso de manifiesto (específicamente continúa originando dudas la idea misma de «traspaso»¹⁷, que ha sido fuente de una inagotable jurisprudencia comunitaria, o incluso el concepto de trabajador¹⁸), ha supuesto un avance significativo.

En nuestro ordenamiento jurídico la regulación en materia de protección de los trabajadores en los supuestos de «transmisiones» de empresas es anterior en el tiempo a la normativa comunitaria, pues ya se establecía en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (LCT), 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, habiéndosele reprobado, por cierta jurisprudencia menor (STCT de 3 de junio de 1982), un exceso de amplitud y generosidad en las expresiones utilizadas, pues «cesión», a su parecer, abarcaba la transmisión, el traspaso, la enajenación, la transferencia, el endoso, el envío, la entrega, la donación, el préstamo, la herencia, la compraventa y la adquisición, por lo que, se insistía por aquella jurisprudencia, bien pudo

¹⁵ Efectivamente si aquella jurisprudencia resultó pacífica en lo que hace 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, Mikkelsen, 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 Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, (...), y de las normas legislativas ya en vigor en la mayoría de los Estados miembros»; 2) «Considerando que para garantizar la supervivencia de las empresas insolventes debe permitirse expresamente que los Estados miembros no apliquen (...) la Directiva (...) a los traspasos efectuados en el marco de procedimientos de liquidación, y que deben permitirse algunas excepciones a las disposiciones generales de la Directiva en caso de traspasos efectuados en el contexto de procedimientos de insolvencia», y 3) «Considerando que dichas excepciones deben permitirse también a un Estado miembro que tiene procedimientos especiales para promover la supervivencia de empresas que han sido declaradas en situación de crisis económica».

¹⁶ Las obligaciones de los empresarios en materia de información y consulta a los trabajadores no se consideraron garantizadas, en todo caso, tal como resultaban de la Directiva 77/187/CEE, especialmente cuando se trataba de grupos de empresas, en las que la decisión de transmitir era adoptada por la empresa matriz o cabecera del grupo, por ello se modifica la Directiva: 1) Porque «para asegurar la igualdad de trato de situaciones similares es necesario garantizar que se cumplan las obligaciones de información y de consulta establecidas en la Directiva (...), con independencia de que sea el empresario o una empresa bajo cuyo control se halle éste quien tome la decisión de traspaso»; 2) Porque «es necesario aclarar las circunstancias en las que debe informarse a los trabajadores, cuando no haya representante de éstos», y 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».

¹⁷ A tal situación ya se pretendió poner fin con la regulación de la Directiva 98/50/CE, según la cual «la seguridad y transparencia jurídicas requieren que se aclare el concepto de traspaso» (Considerando 4).

¹⁸ Que se define como «cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que se trate» [art. 2.1 d)] y que ya fue objeto de atención por la Directiva 98/50, aquella insuficiencia de la Directiva 77/187 había generado una amplia jurisprudencia del TJCE que si bien se centró inicialmente, para considerar si una persona «trabajaba por cuenta ajena», en la existencia o no de un contrato de trabajo en el momento del traspaso, a la postre consideró que tal apreciación correspondía a los órganos jurisdiccionales nacionales (STJCE de 11 de julio de 1985, asunto 105/8, A/S Danmøls Inventar).

el legislador haberse limitado a utilizar el término «cesión» y a concretar que la misma podía tener lugar por medio de acto *inter vivos* o *mortis causa*, bien a título oneroso o bien a título gratuito. El hecho de que las figuras enunciadas en el aquel precepto legal «cesión, traspaso o venta de la industria» hubieran sido «consideradas como meramente enunciativas, y, por tanto, comprensivas de otros cambios de titularidad del negocio» (STS de 27 de marzo de 1980), no obtó a que en aquel precepto se mantuviese que no se terminaría el contrato de trabajo en tales supuestos, a no ser que en aquel contrato se hubiere pactado expresamente lo contrario.

Posteriormente la Ley de Relaciones Laborales de 8 de abril de 1976 (LRL), 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. Efectivamente como se indicó en la STS de 27 de marzo de 1980, aquella disposición no hacía expresa mención a las figuras jurídicas recogidas en la precedente norma (art. 79 de la LCT), sino que incorporaba el sentido y alcance imperante en la interpretación de aquélla, al hacer específica mención al «cambio de titularidad en la empresa o de centro autónomo», originándose una sustitución de empresario, que continuaba en el mismo tráfico industrial o comercial, todo como consecuencia de la consideración de la empresa como ente unitario económico de producción, por lo que al operarse tal cambio no se producía alteración fundamental y trascendente en ella, la que en realidad seguía desarrollando su actividad independientemente de la persona o personas que continuase(n) al frente de la misma; de aquí, que el nuevo titular absorbiese los derechos y obligaciones contraídos por la empresa en el aspecto social y que continuasen, precisa aquella resolución judicial, las relaciones laborales con los trabajadores que en ella prestaban sus servicios al hacerse cargo aquel nuevo empresario de la empresa.

Con la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), de 10 de marzo de 1980, se reguló de nuevo el fenómeno, en el artículo 44. Si bien que las regulaciones sectoriales pudiesen «introducir medidas adicionales de protección de la estabilidad de las relaciones laborales», advertía la STSJ de Extremadura de 17 de marzo de 1992, habiéndose utilizado una expresión legal «mucho más genérica que la utilizada en el artículo 79 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo», según la STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992, y a la cual la STSJ de Baleares de 25 de abril de 1991 atribuía «una mayor precisión técnica», al mismo tiempo que consideraba que se había ido «ampliando el concepto desde el traspaso total de la empresa exigido inicialmente, al de una simple unidad productiva autónoma». En ese momento histórico no podía dejarse de aludir también a que el artículo 51.11 complementaba la previsión legal del artículo 44 del ET, en cuanto que «disipa(ba) cualquier posible duda acerca de la procedencia de efecto subrogatorio cuando se trata de «venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes» (STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992).

En este punto conviene efectuar una referencia a la discordancia, en aquel momento, de nuestro ordenamiento jurídico con la normativa comunitaria¹⁹, pues no puede olvidarse, de una parte, que la Directiva databa de 1977 (modificada en 1998) y que la incorporación de España a la Unión Euro-

¹⁹ Por más que se haya insistido por la doctrina en su adecuación a la misma. Según PEDROSA GONZÁLEZ J.: «La Directiva 77/187 sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresa: Estudio jurisprudencial», RTSS núm. 177, diciembre 1997, págs. 3, y 38 y ss., concretamente en la pág. 38, indica: «es mi opinión que, tal como está regulada la transmisión de empresas en la Directiva, y tal como la está interpretando el Tribunal de Justicia, hay mucha diferencia entre la regulación española (y su interpretación jurisprudencial) y la regulación comunitaria, y la comparación perjudica a la española».

pea se produjo el año 1986, lo cual planteó numerosas cuestiones (que, en buena medida, fueron resueltas por la STJCE de 17 de abril de 1997, asunto C-336/95, Burdalo Trebejo y otros ²⁰), no obstante lo cual la trascendencia de la normativa y de la jurisprudencia comunitaria, para la interpretación del precepto estatutario, fue puesta, sin ambages, de manifiesto por las SSTS de 30 de diciembre de 1993 y 23 de septiembre de 1997 ²¹.

El artículo 44 del ET fue modificado sustancialmente por Ley 12/2001, de 9 de julio, mediante la que se procedió a incorporar al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio, dotándosele de un contenido mucho más complejo ²², que constituye la nor-

²⁰ Cuyo fallo fue que las disposiciones de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre aproximación de la legislación de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, no pueden ser invocadas en relación con una transmisión de empresa que se hubiera producido en una fecha en que la Directiva no había comenzado aún a producir efectos jurídicos en el Estado miembro de que se tratase.

²¹ Criterio que reitera la STS de 6 de febrero de 1997, al indicar «norma esta (refiriéndose a la Directiva) que en último extremo debe presidir la interpretación judicial del bloque normativo interno aplicable y la de la sentencia de contraste». Pues «el referido artículo 44 del ET constituye la transposición al Derecho español de la Directiva 77/187/CEE» (STSJ de Murcia de 22 de diciembre de 1995 y STSJ de Galicia de 13 de marzo de 1997).

²² Cuyo contenido (titulado «la sucesión de empresa») es el siguiente: 1. 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; 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, 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 accesoria; 3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos *inter vivos*, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas. El cedente y el cesionario también responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuese declarada delito; 4. Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida; 5. Cuando la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva objeto de la transmisión conserve su autonomía, el cambio de titularidad del empresario no extinguirá por sí mismo el mandato de los representantes legales de los trabajadores, que seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad; 6. El cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos:

- a) Fecha prevista de la transmisión;
- b) Motivos de la transmisión;
- c) Consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión, y
- d) Medidas previstas respecto de los trabajadores.

7. De no haber representantes legales de los trabajadores, el cedente y el cesionario deberán facilitar la información mencionada en el apartado anterior a los trabajadores que pudieren resultar afectados por la transmisión; 8. El cedente vendrá obligado a facilitar la información mencionada en los apartados anteriores con la suficiente antelación, antes de la realización de la transmisión. El cesionario estará obligado a comunicar estas informaciones con la suficiente antelación y, en todo caso, antes de que sus trabajadores se vean afectados en sus condiciones de empleo y de trabajo por la transmisión. En los supuestos de fusión y escisión de sociedades, el cedente y el cesionario habrán de proporcionar la indicada información, en todo caso, al tiempo de publicarse la convocatoria de las juntas generales que han de adoptar los respectivos acuerdos; 9. El cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas con los represen-

ma vigente. Según la nueva redacción no sólo el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extingue, por sí mismo, la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, que además también queda subrogado en los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, en cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente.

II. «TRASPASO» O «SUCESIÓN» DE EMPRESA Y «PROPIEDAD EMPRESARIAL»

La normativa comunitaria ha venido utilizando históricamente el término «traspaso» para referirse a la sucesión de empresas. Término que induce a confusión en nuestro sistema jurídico²³, lo cual no obsta a que el significado de aquel término, en cuanto alude a «cesión a favor de otro del dominio de una cosa»,²⁴ ayude para llegar a una noción del «traspaso» o «sucesión de empresa», pues al hacer la perspectiva semántica del término singular hincapié en la transmisión del dominio evoca la transmisión o circulación de una «empresa», en sí misma, sin que por ello haya de considerarse que la regulación jurídica establecida sobre aquel fenómeno desconozca la evolución producida en torno al instituto de la propiedad, que ahora alude a un relativo poder de disposición o sometimiento de un bien a la voluntad de una persona, habiéndose la doctrina cuidado de señalar²⁵ que «en realidad, más que de sucesión de empresas» aquella institución laboral «trata de sucesión de dos titulares, anterior y posterior, de la misma empresa»²⁶.

Ciertamente la idea misma de la propiedad ha sufrido una notable evolución con «la implantación del Estado social (que) supuso encauzar el derecho de propiedad por nuevos derroteros que alteraron su estructura, objeto, titularidad y contenido, hasta el punto de fundar una nueva libertad,

tantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. Dicho período de consultas habrá de celebrarse con la suficiente antelación, antes de que las medidas se lleven a efecto. Durante el período de consultas, las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo. Cuando las medidas previstas consistieren en traslados colectivos o en modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, el procedimiento del período de consultas al que se refiere el párrafo anterior se ajustará a lo establecido en los artículos 40.2 y 41.4 de la presente ley; 10. Las obligaciones de información y consulta establecidas en el presente artículo se aplicarán con independencia de que la decisión relativa a la transmisión haya sido adoptada por los empresarios cedente y cesionario o por las empresas que ejerzan el control sobre ellos. Cualquier justificación de aquéllos basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión no les ha facilitado la información necesaria no podrá ser tomada en consideración a tal efecto».

²³ En nuestro derecho interno cabe indicar que el término traspaso se utilizaba en la anterior LAU (señaladamente art. 32) manteniéndose en la disposición transitoria tercera, punto 3, apartados cuarto, quinto, sexto y séptimo, de la actual Ley 29/1994, de 24 de noviembre, que, sin embargo, con más propiedad se limita, en su artículo 32, a referirse a la cesión del contrato de arrendamiento del local en el que se ejerza una actividad empresarial o profesional. Aquel término «traspaso» de la Directiva no se corresponde con el que históricamente venía utilizándose en la legislación arrendaticia urbana.

²⁴ Otros significados son los de «traslado de una cosa de un lugar a otro», «paso adelante, hacia otra parte u otro lado», «pasar a la otra parte o a la otra cara».

²⁵ Bien que con referencia a la, equivalente, «sucesión de empresa» del artículo 44 del ET.

²⁶ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, J.M. (Director): *Curso de Derecho del Trabajo*, Valencia 1997, pág. 307.

en la que (...), el elemento "social" relegaba los componentes "individualistas" del derecho de propiedad»²⁷. Las «nuevas ideologías que sucedieron al liberalismo tendieron, por tanto, a diversificar la titularidad del derecho de propiedad. Más que una titularidad abstracta del individuo existirían titularidades concretas de colectivos, grupos y personas jurídicas»²⁸, entre los primeros sobresalieron los trabajadores. Todo lo cual llevó además a la «descomposición» de la noción, otrora unitaria, del derecho de propiedad en una pluralidad de diferentes derechos con regímenes jurídicos diferentes en atención a su función social.

En el plano constitucional, las «liberales del siglo XIX y la (...) republicana de 1931 marcaron los puntos de inflexión de su idea de propiedad: las primeras lo concibieron como un derecho absoluto (...), la segunda relativizó ese derecho hasta convertirlo en una garantía institucional, necesitada de desarrollo normativo y limitada en extremo»²⁹. La Constitución de 1978 no acoge ni una ni otra de aquellas concepciones situándose una vía que más que intermedia puede considerarse novedosa y singular, especialmente respecto de la «propiedad empresarial» en relación con la cual reconoce concretos derechos a los trabajadores.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 281/2005, de 7 de noviembre de 2005, efectúa una reflexión general, digna de ser tenida en cuenta, sobre el sentido de la propiedad a la altura del siglo XXI y, específicamente, del alcance de las facultades del empresario y de los derechos de los trabajadores sobre los medios de producción, indicando que «la Constitución no ha recogido una concepción abstracta del derecho de propiedad como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien u objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Y ello hasta el extremo de que, no sólo la utilidad individual, sino también la función social, definen inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes».

De ahí, continúa afirmado la meritada resolución de la justicia constitucional, «que se venga reconociendo con general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio, que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae»³⁰, entre ellos los que componen las «empresas» desde el punto de vista jurídico-objetivo, conformándose el estatuto de la «propiedad empresarial», en relación con la cual, indica aquella sentencia, «el margen de libertad de que goza el empresario en el marco de la economía liberal se ha reducido

²⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, I.: «El derecho de propiedad en la historia constitucional española», en *Propiedad e Historia del Derecho*, Madrid 2005, pág. 99; sobre la propiedad vid. ATTALI, J.: *Historia de la propiedad*, Barcelona 1989, y a PIPES, R.: *Propiedad y libertad. Dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, Madrid 2002.

²⁸ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *op cit.* («El derecho de propiedad en la historia constitucional española»), pág. 99.

²⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., *op cit.* («El derecho de propiedad en la historia constitucional española»), pág. 114.

³⁰ Interpretación irreprochable de la configuración del derecho de propiedad en la Constitución de 1978, que a su vez es consecuente con el tratamiento de aquella institución jurídica en nuestra historia constitucional.

por razón de la protección de intereses colectivos de diversa índole»³¹, estableciendo el derecho de utilización por los trabajadores de una determinada propiedad empresarial³² creada con un fin productivo³³.

El último paso en materia de relativización de la «propiedad con propietario» y participación de los trabajadores en la propiedad empresarial ha de referirse a la denominada «implicación» de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea (SE). Precisamente mediante Ley 19/2005, de 14 de noviembre, «sobre la sociedad anónima europea domiciliada en España, se modifica la Ley de Sociedades Anónimas³⁴, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, añadiéndosele el capítulo XII (arts. 312 a 338 de la LSA), por el cual se incorpo-

³¹ Añade la sentencia, y «la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos».

³² En el caso se trataba del sistema telemático (*e-mail*) y existente en la empresa, que se utilizó por un sindicato, con implantación en la empresa, para transmitir, desde un servidor externo a la empresa, a los terminales que los trabajadores (afiliados o no a ese sindicato) utilizaban, en sus puestos de trabajo y durante la jornada laboral, información de naturaleza laboral y sindical. Indicando el Tribunal Constitucional que el derecho de los representantes sindicales a informar a sus representados y a los trabajadores en general, utilizando aquella propiedad empresarial, forma parte del contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical, siendo expresión de ejercicio de la acción sindical en la empresa. Únicamente somete el Tribunal Constitucional semejante derecho de la representación (sindical) de los trabajadores, al uso de los instrumentos y sistema de correo electrónico propiedad del empresario, a las siguientes limitaciones o condiciones: a) La comunicación no podrá perturbar la actividad normal de la empresa; b) No podrá perjudicarse el uso específico empresarial preordenado para el mismo, al haber sido creado como instrumento de producción, ni pretenderse que deba prevalecer el interés de uso sindical, debiendo emplearse el instrumento de comunicación, por el contrario, de manera que permita armonizar su manejo por los representantes de los trabajadores (sindicato) y la consecución del objetivo que dio lugar a su puesta en funcionamiento, prevaleciendo esta última en caso de conflicto, resultado al efecto constitucionalmente lícito que la empresa predeterminase las condiciones de utilización para fines sindicales de las comunicaciones electrónicas, siempre que no las excluya en términos absolutos; y, c) No teniendo fundamento el derecho en una carga empresarial expresamente prevista en el ordenamiento, la utilización del instrumento empresarial no podrá ocasionar gravámenes adicionales para el empleador, significativamente la asunción de mayores costes.

³³ El contenido de la STC 281/2005, empero, no se comparte por toda la Sala, poniendo de manifiesto su disenso, en voto particular, el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, el cual, tras afirmar su discrepancia de la sentencia, precisa que no comparte los fundamentos de la misma (señaladamente del 6 al 8) «porque incurrir en un voluntarismo carente de base normativa, al tiempo que en un constructivismo ordenancista (...) impropio de la función jurisdiccional», indicando que «el uso de una determinada herramienta tecnológica de comunicación propiedad de la empresa no creo, en modo alguno, que pueda insertarse nada menos que en el contenido esencial de la libertad sindical, sino que en todo caso su única calificación posible será la de contenido adicional de esa libertad, precisada para la existencia de una determinada base normativa o convencional», afirmando que le parece un «inaceptable recurso dialéctico el acudir al contenido esencial, como fuente del pretendido derecho, para soslayar la carencia radical de otra fuente infraconstitucional de aquél». Señala también el mismo Magistrado que en la sentencia «se viene a dar por sentado que la preexistencia del sistema informático supone de por sí el derecho al uso por el sindicato, cuando ésta es la base de partida que debiera justificarse, pues «sólo sobre la base de la existencia previa de ese derecho puede limitarse el derecho de propiedad de la empresa en su facultad de disposición (art. 38 del CC) sobre el uso del mecanismo tecnológico por ella establecido, y sólo sobre esa base sería aceptable la calificación como actos negativos impositivos del derecho sindical lo que (...) es puramente un acto de disposición de la empresa de los medios de su propiedad». Manifestando finalmente que «una cosa es el derecho sindical de información y otra el uso para ello de un determinado medio tecnológico ajeno a su propiedad». Añadiendo finalmente que «la negativa de la empresa a que por el sindicato se use un instrumento tecnológico de propiedad de aquella sólo puede afectar al derecho sindical si previamente se ha justificado sobre una base jurídica inequívoca el derecho del sindicato al uso de ese instrumento tecnológico, y (...) esa justificación, ineludible y básica, falta por completo en nuestra sentencia».

³⁴ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

ra a nuestro ordenamiento jurídico la regulación relativa a aquel tipo de sociedad anónima³⁵. Mediante la Directiva 2001/86/CE, del Consejo, de 8 de octubre, por la que se completa el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores, se estableció la «participación» de los trabajadores, como influencia del órgano de representación de los trabajadores o los representantes de los trabajadores en una sociedad, mediante «el derecho a elegir o designar a determinados miembros del órgano de administración o de control de la sociedad, o el derecho de recomendar u oponerse a la designación de una parte o de todos los miembros del órgano de administración o de control de la sociedad»³⁶.

III. NOCIÓN DE «TRASPASO DE EMPRESA» EN EL DERECHO COMUNITARIO

La normativa comunitaria relativa al «traspaso» o «sucesión» de empresa se mantiene en línea con aquella idea de la «propiedad empresarial», aplicándose a la transmisión de la empresa, centros

³⁵ Regulación singular, pues las SE domiciliadas en España se registrarán «por lo establecido en el Reglamento (CE) n.º 2157/2001 del Consejo de 8 de octubre de 2001 y por las disposiciones contenidas en el indicado capítulo y por la ley que regule la implicación de los trabajadores en la SE. Precisa la Ley 19/2005 en su exposición de motivos, apartado II, segundo párrafo, que «el diseño originario, que pretendía conseguir una normativa sustantiva completa de carácter comunitario, ha dejado paso a una solución menos ambiciosa en la que, junto con esa normativa supranacional, conviven necesariamente, en una muy compleja relación jerárquica, las normas legales aplicables a las sociedades anónimas en el Derecho interno. Como consecuencia de este sistema de fuentes, la sociedad europea pierde grados de unidad, en la medida en que una parte sustancial de esa normativa será la correspondiente a las distintas sociedades anónimas nacionales; pero al mismo tiempo, facilita sensiblemente la inserción de la nueva forma social en las legislaciones de los Estados miembros. Por supuesto no pueden éstos alterar la normativa comunitaria (...) por razón de esta integración con el Derecho de sociedades anónimas, el régimen jurídico aplicable será un régimen mixto, en el que coexisten normas comunitarias y normas nacionales». *Vid.* GARCÍA ROMERO, B.: «La implicación de los trabajadores en la Sociedad Anónima Europea», *REDT*, núm. 113, págs. 683-703.

³⁶ Nuestro ordenamiento está en trámite de adaptación a la indicada Directiva., *vid.* proyecto de ley publicado en el Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados (Serie A: Proyectos de Ley), de 25 de noviembre de 2005, núm. 59-I. En relación con la SE domiciliadas en España, indica SÁNCHEZ CALERO, F.: *Los Administradores en las sociedades de capital*, Madrid 2005, pág. 848, como una de las tres excepciones a la designación de los miembros del órgano administrativo por la Junta General, «el supuesto en que se haya pactado la participación de los trabajadores en consejo de administración, pues en tal caso éstos podrán designar los miembros que les correspondan en la forma prevista por las normas resultantes de la transposición de la Directiva 2001/86/CE». El régimen de aquella sociedad resulta extremadamente complejo dada la aplicabilidad prioritaria y necesaria del Reglamento comunitario, la existencia de una constante remisión a la normativa general de la sociedad anónima y además establecerse, por primera vez en nuestro ordenamiento, la posibilidad de organizar la administración social mediante un «sistema dual». Tanto si el órgano administrativo se corresponde con el sistema monista como si lo hace con el dual, regirá la Ley 19/2005, «en cuanto no contradiga lo dispuesto en el Reglamento (CE) 2157/2001», según se establece en los artículos 328 y 333.1 de la LSA. Si se opta por el sistema monista se aplicará la legislación general de anónimas sobre el órgano administrativo, *ex* artículo 328 de la LSA, y si se optase por el sistema dual el órgano de dirección se regula en el artículo 329 de la LSA, precisándose, en su apartado segundo, que la determinación de la organización, funcionamiento y régimen de acuerdos se regirá por lo establecido en los estatutos sociales y, en su defecto por lo establecido en aquella Ley para el Consejo de Administración, «salvo lo dispuesto en el Reglamento 2157/2001». Respecto del Consejo de control el artículo 333.1 de la LSA establece una remisión semejante. Se especifica, en el artículo 333.2 de la LSA, que los miembros del Consejo de control serán nombrados y revocados por la Junta General, «sin perjuicio de lo dispuesto en el Reglamento (CE), n.º 2157/2001, en la ley que regule la implicación de los trabajadores en las SE y en el artículo 137 LSA (sistema proporcional)». Prevenciones semejantes se contienen en los artículos 40.2, para el órgano de control en el sistema dualista, y 43.3, para el órgano de administración en el sistema monista, ambos del Reglamento 2157/2001.

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 normativa comunitaria, según explícita manifestación, con la siguiente finalidad:

«Proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos.»³⁷

En otras palabras, «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». Esto es, 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 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).

No obstante la jurisprudencia y la doctrina han venido poniendo de manifiesto que, como en aquella normativa se consideran intereses muy diversos, con un único elemento aglutinador, «la empresa». Se trata de los correspondientes al empresario, a los de los trabajadores, individual y colectivamente considerados, y al sistema mismo de economía de mercado, pudiéndose añadir, en cuanto se pueden deslindar de los del sistema económico, los difusos intereses de los consumidores y usuarios. De todos ellos los primeros son los más relevantes, replanteándose hoy en día cuál es «la jerarquía existente entre ellos, si hay alguna»³⁸.

De ahí que deba indagarse en 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»), para llegar a una cabal noción de aquel fenómeno sucesorio en el Derecho comunitario.

Del artículo 1 de la Directiva 2001/23 se infiere que aquella norma es aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de éstos «a otro empresario». En los términos de su segundo considerando, la mencionada Directiva busca proteger a los trabajadores «en caso de cambio de empresario». En el artículo 2 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», resultando, consecuentemente:

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» (STJCE de 17 de diciembre de 1987, asunto 287/86, Ny Mølle

³⁷ Considerando 3 de la Directiva 2001/23.

³⁸ GONZÁLEZ BIEZMA, E., *op. cit.*, pág. 38.

Kro, de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy's Dance Hall, 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers y 26 de mayo de 2005, asunto C-487/93, Celtec).

La imprecisión normativa que no ha impedido al Tribunal de Justicia afirmar que 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, dice el Tribunal, basta con que se produzca el cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación para que se aplique la indicada normativa comunitaria, Directiva 2001/23, antes 78/137 (STJCE de 10 de febrero de 1987, asunto 324/86, Daddy Dance Hall).

- b) 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).

Aquellos trabajadores afectados o «protegidos» por aquella 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 ésta 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, que, en su artículo 1.1 b), se limita a significar lo siguiente:

«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, Sützen), y de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, Abler y otros), dado que la Directiva 2001/23 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 ésta se reanude.»

En efecto, precisa la STJCE de 9 de diciembre de 2004 (asunto C-460/02, Comisión contra República Italiana) que «es preciso recordar que, a tenor de su artículo 1, apartado 1, de la indicada Directiva, ésta se aplicará 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, siendo el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de aquella Directiva si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que resulta, en particular, de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude» (en el mismo sentido 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). Esto es, para que la Directiva 2001/23 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):

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

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), y 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.

Efectivamente, establecido que se considera una «entidad» empresarial que al «transmitirse» produce el fenómeno sucesorio laboral, ha de repararse en la transmisión y la permanencia de aquella entidad, o en que la transmisión se produzca sin un detrimento tal de la entidad que desaparezca como tal. 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:

- 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).
- «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 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 reiteradamente ha mantenido 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, Sützen) 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 sólo 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 esa doctrina jurisprudencial comunitaria, se observa que uno de entre los elementos o circunstancias, 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», y,
- 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 varía necesariamente 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.»

IV. LA «SUCESIÓN DE EMPRESA» EN EL DERECHO ESPAÑOL

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 cual ³⁹:

³⁹ Para una visión casuística AA.VV.: *Tratado práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social* (MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, C., Dir. y Coor.), Navarra 2002, págs. 1.130-1.147; AA.VV.: *Manual de Derecho del Trabajo* (MOLETO MANGLANO, C., Dir.), Madrid 2002, 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», supuestos que a continuación se explicitan «sin ánimo de exhaustividad».

- «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.»⁴⁰

- «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.»⁴¹

Descripción del fenómeno regulado «que supone una evidente innovación respecto de 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 éste se inicia (...). Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa (...), mantenido 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).

Definición «cuyo origen radica, a su vez, en la jurisprudencia comunitaria sentada en interpretación del artículo 1.º de la Directiva 77/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, 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)⁴².

⁴⁰ AA.VV.: *Manual de Derecho del Trabajo* (R. QUESADA SEGURA, Dir.), Madrid 1998, 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».

⁴¹ 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».

⁴² Sobre la necesidad de tener en cuenta la Directiva 2001/23 y la jurisprudencia comunitaria para una cabal interpretación del artículo 44 del ET, AA.VV., *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, MOLERO MANGLANO, C., Dir.), pág. 308, dándose, págs. 308-309, 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 una parte de la actividad empresarial que viniese desarrollando».

De aquella norma cabe también destacar que 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 ⁴³.

Para conocer la operatividad de aquella institución laboral, en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso acudir tanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o doctrina legal en sentido estricto ⁴⁴, como a la jurisprudencia de órganos judiciales inferiores, señaladamente de los Tribunales Superiores de Justicia, cuya doctrina en materia de «sucesión de empresa», y en tantos aspectos del derecho laboral o social, es más que estimable.

1. Concepto, determinación jurisprudencial y efectos.

La sentencia de 28 de febrero de 1991 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ⁴⁵, que a su vez recoge una sólida doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia (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 Tribunal Supremo (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.

Ciertamente 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 ⁴⁶, 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:

⁴³ Como sucedía en la anterior LAU 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».

⁴⁴ En sentido amplio, jurisprudencia equivale a «ciencia del Derecho» (*Divinarum atque humanarum rerum notitia iusti atque iniusti scientia*, precisaba Ulpiano, D. 1.1.10.2). «En un sentido distinto y más restringido, la expresión "Jurisprudencia" se utiliza para designar el conjunto de criterios de interpretación y de decisión establecidos por los Tribunales de Justicia, con doctrinas reiteradamente mantenidas en los fallos de los mismos», indica LÓPEZ VILAS, R.: *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 2001, pág. 33, que se detiene, págs. 82-83, en torno a la dualidad «doctrina legal» y «doctrina jurisprudencial», concluyendo, pág. 142 que «son numerosísimas e interminables las sentencias del Tribunal Supremo, que han abundado e insistido en la identificación entre el viejo término "doctrina legal" y "jurisprudencia"».

⁴⁵ En la cita de las resoluciones que componen la jurisprudencia sea esta del Tribunal Supremo, o de los Tribunales Superiores de Justicia, 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 de específica la Sala correspondiente.

⁴⁶ Según la sentencia, la noción de sucesión, en este contexto, se identificaba con la más genérica de «transmisión» de empresa, término más que frecuente en las Resoluciones del TJCE para referirse a la normativa comunitaria, como sucede en el fallo de la STJCE de 15 de octubre de 1996, asunto C-298/94, Henke, en el que el Tribunal dice que «el apartado 1 del artículo de la Directiva (...) sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos (léase "transmisiones") de empresas».

«Derechos ambulatorios».

Aquella sentencia parte de la idea de sucesión que, en su sentido jurídico típico, expresa «el resultado de un mecanismo sucesorio consistente en la sustitución de una persona por otra que, a título derivativo, ocupa la misma posición jurídica que el causante», estándose pues «en presencia de una operación hermenéutica tradicional que, sin complejidad especial, combina ciertos elementos –el sistemático y el contextual– de interpretación».

Ahora bien, continúa 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. 1.1 y 35.1 del texto constitucional)– sugiere otra opción interpretativa en virtud de la cual la sucesión de empresa (...) no se atendería al signo clásico de su definición ni se vería rígidamente identificada con el fenómeno caracterizado por la entrada –sin ruptura de continuidad– del causahabiente en el espacio delimitado por el derecho del causante de dicha transmisión».

Llegando finalmente a una noción precisa de sucesión o transmisión de empresa, y según la cual aquélla:

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

Los efectos laborales de la sucesión de empresa se refieren a que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso», careciendo, consiguientemente, de operatividad frente a aquellos sujetos que, aun prestando materialmente trabajo, no tenían la cualidad de trabajadores del cedente (así el administrador único de la empresa cedente, STSJ de Galicia de 29 de noviembre de 2005). Aquellas consecuencias del fenómeno sucesorio laboral pueden resumirse sintéticamente de la siguiente manera (SAN de 9 de enero de 2001):

- a) La «subrogación empresarial *ex* artículo 44 del ET tan sólo 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».
- b) La subrogación «se produce incluso en los supuestos en los que el nuevo empresario (sea un órgano de las Administraciones Públicas, habiéndose declarado que al personal laboral transferido del Estado a una Comunidad Autónoma le es de aplicación el artículo 44 del ET,

por lo que tienen derecho al mantenimiento de las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia, y que el hecho de ser sucesor un ente público no excluye la aplicación de dicho precepto».

- c) 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, cuando estas expectativas son modificadas y sustituidas por otras que si en unos aspectos pueden considerarse que les perjudiquen en otros les favorecen, pues salvo el nivel retributivo alcanzado en la empresa anterior, el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que rijan la relación con el nuevo empleador, siempre que se vaya manteniendo o mejorando ese nivel, y sin que pueda invocarse la normativa precedente y menos acogerse parcialmente a ella y a la posterior».
- d) 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».
- e) «No obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleador.»

2. Fundamento y límites.

En nuestro sistema venía considerándose como razón justificativa o fundamento de la «sucesión de empresa» la operatividad del principio de «estabilidad en el empleo» de los trabajadores del empresario cedente. No obstante la imperatividad de normativa reguladora de aquella institución laboral tanto para el empresario como para los trabajadores adscritos a la entidad, centro de trabajo o parte del centro de trabajo transmitido, ha permitido dudar de que aquél fuera el único fundamento de subrogación impuesta al empresario cesionario, máxime si el cedente no cesaba en el ejercicio de la actividad de empresa.

Se afirma que en el momento presente, y ya desde hace años, se registra una fuerte tensión que siempre estuvo subyacente, entre dos principios de relevancia jurídica (el de «Estabilidad en el empleo», como expresión del principio de protección del trabajador y del empleo, y el de «Rendimiento empresarial», como expresión de la tutela de la posición del empresario y de la conservación del sistema económico vigente). Y esa tensión se resuelve con el favorecimiento de las medidas de «flexibilidad laboral»⁴⁷.

⁴⁷ VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Granada 2004, pág. 586.

Sin perjuicio de la exactitud de aquellas apreciaciones, ha de repararse en que el desarrollo de la economía financiera, más concretamente la entrada en la «era de las finanzas», con la implantación de los mercados de valores, a los que acude el ahorro del público más general, directa e indirectamente (mediante la participación en los mismos de fondos de inversión, fondos de pensiones, entidades aseguradoras, etc.), hace que la permanencia de las empresas y la realización de su valor para el accionista/inversor, adquiera relieve para aquella institución sucesora laboral.

Esta última es probablemente la razón principal de que la finalidad del mantenimiento de la empresa asuma un singular y especial relieve, propendiendo a su irreversibilidad y a convertir la «sucesión de empresa» en una institución «transversal»⁴⁸, bien que el principio de estabilidad en el empleo siga perviviendo en aquella normativa reguladora⁴⁹, y no deba minorarse su importancia en la misma, dada la generalización del trabajo por cuenta ajena como medio de supervivencia de la mayoría de la población (que al mismo tiempo en buena parte, y sin paradoja, es inversora en los mercados financieros), y en ese sentido parece que se orienta la jurisprudencia tanto comunitaria como nacional reconociéndose paladinamente por la jurisprudencia comunitaria.

2.1. Entre la «estabilidad en el empleo» y la necesaria subsistencia de las empresas.

En nuestro ordenamiento jurídico la estabilidad en el empleo⁵⁰, ha venido apareciendo en la jurisprudencia, tanto en sentido estricto (del TS) como en sentido laxo o impropio (resoluciones de los Juzgados y Tribunales inferiores, señaladamente de los TSJ), como el principal fundamento del mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisiones de empresas, afirmándose lo siguiente:

«El artículo 44.1 del ET manifiesta claramente la voluntad legislativa de proteger la estabilidad en el empleo, al expresar que el cambio de la titularidad de la empresa no extinguirá por sí misma la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Ello quiere decir que el nuevo titular viene obligado a situarse en la posición jurídica del anterior empleador, y, por ello, consecuentemente, debe asumir los contratos de trabajo otorgados por aquél en su verdadero alcance y naturaleza» (STS de 30 de septiembre de 1997).

Posición reiterada por la STS de 15 de diciembre de 1997, y que recoge la tradicional doctrina jurisprudencial sentada en las SSTs de 7 de julio de 1978; 27 de marzo y 19 de diciembre de 1980; 15 de mayo de 1981; 15 de marzo y 11 de junio de 1983; 18 de julio de 1986; 26 de enero, 3 y 9 de marzo, 9 de julio y 6 de octubre de 1987; 12 de julio de 1988, etc.; en el mismo sentido pueden citarse las SSTSJ de Canarias de 18 de marzo de 1983 y de La Rioja de 24 de febrero de 1992).

⁴⁸ Desde una perspectiva tradicional de división de disciplinas jurídicas, y sociológica, propia de la economía industrial.

⁴⁹ Indican VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.* pág. 586, añadiendo «aunque claramente debilitado».

⁵⁰ A la estabilidad en el empleo como estabilidad en la empresa, aluden L.E. DE LA VILLA y C. PALOMEQUE: *Introducción a la Economía del Trabajo*, vol. I, Madrid 1980, pág. 768.

Se afirma que «el carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del ET», circunstancia que se considera «vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución» (STSJ de La Rioja de 24 de febrero de 1992).

Fundamento que alguna jurisprudencia (SSTSJ de Baleares de 25 de abril de 1991, de La Rioja de 23 de marzo de 1992 y de Canarias de 18 de marzo de 1993) encuentra también en los precedentes históricos, pues al decir de aquellas resoluciones jurisdiccionales el artículo 44 del ET, «como sus antecedentes artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo y artículo 18 de la Ley de Relaciones Laborales, constituye una firme garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo».

Con más amplitud, la STS de 6 de febrero de 1997 indica que la labor jurisprudencial «está obligada a acomodar su interpretación a la finalidad tuitiva del artículo 44 del ET y de la Directiva», aludiendo, además de resaltar la tutela constitucional, a los «requerimientos de justicia» exigibles en la relación laboral como razón última de aquella regulación normativa.

Precisándose que «el cambio de titularidad prevenía el efecto de una sucesión cuyo concepto –generalizado e indistinto– se busca en el contexto extravagante de la norma laboral específica, como era el ámbito del Derecho común integrador. Ahora, al contrario, la idea de sucesión se atempera al dinamismo de las relaciones de trabajo y a sus requerimientos de justicia, deduciéndose a partir de un concepto –el de cambio de titularidad– que, esta vez, no pertenece a un contexto distante, sino situado en el interior del cuerpo normativo previsto en el artículo 35.2 de la Constitución» (STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1991).

En ocasiones la jurisprudencia deja entrever que, además de atenderse mediante la institución sucesora laboral a la estabilidad en el empleo, también se atiende a otros intereses particulares dignos de tutela, y generales atinentes al mismo sistema económico y a su funcionamiento. Así sucede cuando manifiesta:

«Sobre el artículo 44 se proyectan dos grandes principios que han de ser debidamente respetados»:

- a) «Por una parte el derecho al trabajo en una política que ha de tender al pleno empleo –art. 35 y 40 de la CE–, y
- b) «Por otra, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (arts. 33 y 38 de la CE), y por lo que se reconoce el derecho del titular de la empresa a disponer en ciertas condiciones de esta titularidad, en todo o en parte, concediéndola a un nuevo titular que queda subrogado en sus obligaciones» (STS de 24 de abril de 1988).

En esta última doctrina se recoge la STSJ de Baleares de 15 de abril de 1991, que además establece una nítida vinculación de aquellas finalidades, al añadir que no puede olvidarse «que tal pre-

cepto se halla bajo el título genérico de "garantías por cambio de empresario" de la sección segunda del Capítulo II del Título I del ET y por tanto, la ratio interna del mismo estriba en asegurar la permanencia de la relación».

Desde otro punto de vista, propio de la dogmática jurídica, del conceptualismo jurídico más estricto, esto es, desde el rigor de las categorías jurídicas generales, el fenómeno de la sucesión del cesionario en las obligaciones y derechos del cedente, en las transmisiones de empresas, se ha reconducido a la figura, de por sí polémica, de la novación subjetiva, si bien alguna resolución jurisdiccional, como la STCT de 2 de febrero de 1979, se aluda a la novación objetiva. En línea con el acontecer novatorio la STSJ del País Vasco de 29 de abril de 1997, indica lo siguiente:

«El artículo 44 del ET contempla como presupuesto básico un cambio de titularidad o novación subjetiva de la persona del empresario, apareciendo así una empresa cedente que se extingue, y otra cesionaria que a partir de dicho momento comienza a ser titular del negocio de la actividad que permanece.»

Aluden también a novación subjetiva las SSTSJ del mismo Tribunal de 28 de febrero de 1991, y de Galicia de 5 de febrero y 20 de mayo de 1993. En el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 26 de enero de 1987; 3 y 16 de febrero de 1987; 7 y 9 de marzo de 1987, 30 de junio de 1988, etc.

Sin embargo la cuestión novatoria no es tan pacífica como puede parecer a primera vista. Efectivamente como manifiesta la STSJ de Baleares de 25 de abril de 1981: a) por una parte «desde un principio, ha venido manteniéndose discusión sobre si se trata de una novación auténtica, ya que no existe pacto novatorio entre el primer empresario y sus trabajadores sobre la sustitución del empresario»; b) Por otra parte además también se ha cuestionado si lo que realmente acontece no es un cesión de créditos o asunción de deuda, lo cual, al decir de aquella resolución judicial también puede cuestionarse «ya que el alcance del artículo 44 es más amplio pues dicho precepto opera al margen del acuerdo o convenio tripartito característico de la cesión (pacto entre cedente, cesionario y cedido) y son irrelevantes en ella en ciertos aspectos la voluntad del empresario cedente, cesionario y del trabajador cedido».

Se afirma que «el principio de conservación del negocio, tan intenso en el Derecho del Trabajo y el de estabilidad en el empleo, abogan por la solución novatoria meramente modificativa»⁵¹, pues la institución regulada en el artículo 44 del ET se caracteriza, positivamente, por encajar en la figura de la subrogación legal, al producirse aquélla en la entera posición del empresario y no sólo de derechos y, negativamente, porque es más amplia que la transmisión de un débito y además porque no requiere el consentimiento liberatorio del trabajador⁵².

Como es evidente también la polémica novatoria en torno al instituto de la «sucesión de empresa», en definitiva se residencia en si puede ya seguirse considerando que sólo la estabilidad en el empleo constituye el fundamento de aquella importante institución laboral, en un sistema productivo

⁵¹ Indica A. MONTAYA, *Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid 2000, pág. 418. Sobre la novación del contrato de trabajo, AA.VV.: *Introducción al Derecho el Trabajo* (GARCÍA MURCIA, M., Dir.), Madrid 1999, págs. 343 y ss.

⁵² A. MONTAYA: *Derecho y Trabajo*, Madrid 1997, pág. 429.

que tiene como principales agentes a las empresas, y en el momento actual a las grandes empresas o corporaciones, o si también el mantenimiento de esas empresas operativas en el mercado constituye una de las finalidades perseguidas con la «sucesión de empresas».

La independencia de los efectos derivados de la institución establecida en el artículo 44 del ET de la voluntad de cualesquiera de los sujetos afectados, señaladamente de la voluntad del trabajador así como el mantenimiento de las condiciones de trabajo y empleo, hace aparecer, junto al aspecto beneficioso de la protección de la estabilidad en el empleo, otras utilidades de aquella institución abogando por un fundamento más general que el de la promoción de la estabilidad en el empleo⁵³.

No es ajeno a esta última observación que la jurisprudencia haya pretendido igualar «el derecho al trabajo en una política que ha de tender al pleno empleo –arts. 35 y 40 de la CE–, y (...) el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado –arts. 35 y 38 de la CE–», pues las relaciones entre trabajo y propiedad privada de la empresa en un sistema de economía de mercado no son contrarias, ni hay identidad entre ellas, pero sí son subalternas. Por ello puede concluirse que la afirmación de que la institución regulada en el artículo 44 del ET beneficia tanto al empresario como al trabajador⁵⁴.

Precisamente la regulación de la «transmisión» de empresas con la imposición de la «sucesión entre empresarios» constituye un exponente de que ya en el sistema económico capitalista industrial, basado en las unidades productivas consistentes en las empresas, y postindustrial, especialmente basado en grandes empresas o corporaciones, grupos de empresas o conglomerados financieros, el mantenimiento de las empresas, y su óptimo rendimiento, venía constituyendo un elemento fundamental⁵⁵, lo cual presumía el mantenimiento de la efectividad de la fuerza de trabajo y su continuidad con una razonable imposición⁵⁶. Todo ello, desde luego, sigue constituyendo un elemento fundamental en el sistema del «capitalismo (financiero) global», porque los fenómenos de reestructuración

⁵³ A. MONTOYA, *op. cit.* (*Derecho y Trabajo*), pág. 23. Indica, en pág. 29, que ha de repararse en que, a pesar del fenómeno sucesorio, se mantiene incólume que «la utilidad patrimonial del servicio u obra prometidos y realizados por el trabajador no pertenece a éste en ningún momento. El trabajador resulta así siempre un extraño o ajeno a la utilidad de su propio trabajo» y que «la esencia de la relación jurídica de trabajo se sitúa conjuntamente en la atribución al empresario de la utilidad patrimonial del trabajo y del poder de disponer de este trabajo». También, en pág. 41, afirma que el «contrato de trabajo, en su más radical sustancia, no es sino el instrumento de consagración de tal desigualdad socioeconómica: el contrato de trabajo formaliza, en efecto, la situación de poder económico y personal del empresario, haciendo a este titular de la utilidad patrimonial y de disposición del trabajo». Admitiendo que «lo característico del contrato del trabajo contemplado históricamente no es la relación de subordinación o dependencia del trabajo sino su limitación paulatina», como precisa M. ALONSO OLEA: «Las raíces del contrato de trabajo», *ARAJL*, núm. 21, pág. 415, y que «característica de la legislación laboral ha sido la progresiva restricción de la facultad empresarial», de poner fin a la relación de trabajo, para garantizar la estabilidad en el empleo», según A. MARTÍNEZ VALVERDE; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA: *Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 701, puede aludirse a la institución novatoria.

⁵⁴ J.A. SAGARDOY; J.M. DEL VALLE y J.L. GIL: «Prontuario de Derecho del Trabajo», Madrid 1996, pág. 342, los cuales también afirman, en pág. 346, que la amplitud de la fórmula contenida en el artículo 44 del ET no parece compatible con la libertad de empresa, *ex artículo 38 de la CE*.

⁵⁵ Como indica M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid 1994, pág. 93: «La realidad de esta institución a la que denominamos empresa es innegable, innegable en su generalización e innegable (...) el papel esencial que juega en la civilización industrial contemporánea, de cuyo sistema económico y social es fundamento y base».

⁵⁶ Al decir de J. KENNETH GALBRAITH, *Historia de la Economía*, Barcelona 1991, pág. 323, «el socialismo en nuestros días no es un producto de la acción de los socialistas; en realidad el socialismo moderno es el hijo fracasado del capitalismo. Y seguirá siéndolo en los años venideros».

empresarial (fusiones y adquisiciones) requieren de la permanencia de las empresas, esto es, de la operatividad de la institución de la «sucesión de empresa»⁵⁷. Como se indica en la STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 1991:

El mantenimiento de las relaciones laborales «es debido a que, para proveer a la integridad de la empresa como realidad unitaria e impedir su dislocación, la novación por cambio de empresario adhiere los contratos de trabajo al complejo productivo que radica en la misma base física o establecimiento».

No puede perderse de vista que el traspaso de una empresa rentable en muchas ocasiones no deja de ser un premio que el mercado ofrece a los empresarios más eficientes o a las grandes unidades que actualmente dominan el sistema económico, constituyendo siempre un modo de organizar el mercado y la competencia⁵⁸, ni que el traspaso de empresas en crisis contribuye al mantenimiento de tales unidades económicas, pues aquel traspaso de la empresa ha de incluirse entre las múltiples medidas de salvamento de «empresas en crisis económica» adoptadas en las legislaciones actuales en materia concursal.

Efectivamente la regulación del fenómeno de la insolvencia es significativa al respecto, punto en que ha de repararse en que las modernas legislaciones concursales ya no constituyen un mero «sumatorio» de las funciones liquidatoria y conservativa, sino que las sobrepasan debiéndoselas incluir en el ámbito de la «cultura del salvamento o recuperación de las empresas en crisis» (*rescue culture*).

En esa línea la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC), «efectúa una decidida defensa de la empresa como organización productiva y de la actividad empresarial, con el condicionamiento, más o menos explícito, de su viabilidad económica, que así se convierte en su principal línea argumental, por más que confiese levemente otra finalidad acorde con el grave y acaso perverso, por excesivo, peso de la historia en el Derecho» (...). La ley institucionaliza en buena medida a la empresa, procura la continuidad de la actividad empresarial y establece su «responsabilidad social», sin demérito apreciable para los acreedores (perspectiva que constituye el núcleo de la *rescue culture*)»⁵⁹.

⁵⁷ Aquella fundamentación de la normativa comunitaria referente a la transmisión de empresas fue siempre patente habida cuenta de las competencias de Unión Europea, cuando era Comunidad Económica (tal como sucedía a la altura de 1977), habiendo resultado tal circunstancia explicitada en la STJCE de 29 de septiembre de 1987 (asunto 126/86, Gimenez Zae-ra) y por más que en otras resoluciones como en la sentencia de 7 de febrero de 1985 (Hables) se refiera a la finalidad de «promover y mejorar las condiciones de vida de los trabajadores» con alusión al artículo 117 del Tratado. Sobre la habilitación, de la Comunidad Europea, exclusivamente económica para la adopción inicialmente de la Directiva 77/187/CEE, J. PEDROSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, págs. 6 y 7.

⁵⁸ En ese sentido *vid.* J.K. GALBRAITH, *op. cit.*, pág. 320

⁵⁹ En mi trabajo «Comentario al artículo 43», en *Comentarios a la Legislación concursal* (SÁNCHEZ-CALERO J. y GUILARTE-ZAPATERO, V. Dir.), Tomo I, Valladolid 2004, págs. 760-761; También en mis trabajos, «Comentario al artículo 65», en *op. cit.* (II), págs. 1.208 y ss.; «La gestión de la masa activa del concurso», en *Estudios sobre la Ley Concursal-Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, (Tomo IV), Madrid-Barcelona 2005, págs. 4.416-4.417, principalmente.

De la doctrina jurisprudencial, cabe resaltar su afirmación acerca de que cuando «se trata de un proyecto empresarial asentado sobre las ruinas de otro anterior (declarado en concurso), protagonizado por los trabajadores de la empresa causante que constituye sociedades propias de economía social (cooperativas, sociedades laborales, etc.), valiéndose de medios de producción que detentaba la sociedad en la que estaban integrados, no hay transmisión, visible o velada, de la empresa, como un todo, ni siquiera de sus activos, para que se continúe con el proyecto empresarial que anteriormente se hacía, es uno nuevo, surgido de los rescoldos del anterior, negando en estos casos sucesión empresarial por faltar la transmisión de la entidad económica que mantenga su identidad» (STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004). Lo mismo se afirma si se constituyen

Aquella posición de nuestra legislación concursal ⁶⁰ está en sintonía con la legislación comunitaria, pues «aunque no quepa duda de que dicha Directiva (2001/23) persigue con carácter principal la protección de los trabajadores, tiende igualmente a la realización del mercado interior, como muestra su adopción sobre la base del artículo 94 de la CE» ⁶¹.

2.2. Reestructuraciones empresariales excluidas.

Baste con una limitada referencia a que la normativa comunitaria excluye la aplicación de la institución sucesora laboral en los supuestos de reorganizaciones administrativas de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas ⁶².

En nuestro Derecho sin embargo la exclusión de la sucesión de empresa en aquellos supuestos no es tan concluyente ⁶³ y se matiza por la jurisprudencia ⁶⁴, al extremo de llegarse a afirmar (STS de

dos o más empresas por parte de los trabajadores de la anterior declarada en concurso y finalmente extinguida, «empresas que han adquirido los bienes de la anterior mediante cesión de la adjudicación por un precio aportado por aquellos trabajadores que las han constituido, sin que se haya acreditado que lo adquirido por las nuevas empresas creadas constituya una entidad económica que mantenga la identidad de la quebrada» (STSJ del País Vasco de 27 de septiembre de 2005).

⁶⁰ MONEREO PÉREZ, J.L.: *Transmisión de empresas en crisis y Derecho concursal*, Granada 1999, pág. 123, indica que «aun acordada la continuidad por cualquier título de la empresa por Convenio concursal, y la norma y consiguiente aplicación del sistema de garantías instituido en el artículo 44 del ET, ello no sería impeditivo de que puedan producirse extinciones contractuales más allá del mero hecho de la transmisión de la empresa».

⁶¹ Según precisa el Abogado General, Sr. Poiares Maduro, en su conclusión 30 de las presentadas el 16 de junio de 2005, en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

⁶² En la STJCE de 15 de octubre de 1996 (asunto C-298/94, Henke) el Alto Tribunal comunitario afirma que «no constituye una «transmisión de empresa», en el sentido de la Directiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas». Dicha excepción al ámbito de aplicación de la Directiva se produce en función de que aquel Tribunal de Justicia no considera la actividad administrativa como el ejercicio de una empresa y, en tales circunstancias, tampoco a una administración, empresario. Efectivamente, en la sentencia antes referida afirma el Alto Tribunal comunitario que «esta interpretación se confirma, además por los términos empleados en la mayoría de las versiones lingüísticas de la Directiva para designar el objeto de la transmisión (*virksomhed, Unternehmen, enterprise, impresa, etc.*) o a sus beneficiarios (*inderhaver, Inhaber, chef d'entreprise, imprenditore...*), y no se ve contradicha por ninguna de las demás versiones lingüísticas de este texto». Bien que en la misma sentencia, y en respuesta a la segunda cuestión que le fue planteada al Tribunal de Justicia, afirme que una transmisión de empresa puede realizarse «mediante un acuerdo de Derecho público». Concluyendo con un fallo en el que afirma: «El apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que el concepto «transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad» no se aplica a una cesión de competencias administrativas de un municipio a una agrupación de municipios».

⁶³ En nuestro Derecho se ha reconocido la existencia del fenómeno sucesorio en relación con el traspaso de competencias administrativas. Así la STS de 29 de junio de 1994 establece: «la transferencia o traspaso de competencias, por virtud del cual pasaron del Ministerio de Obras Públicas a la Comunidad de Canarias, (...), constituye un supuesto de sucesión de empresa o cambio de titularidad empresarial regulado en el artículo 44 del ET». En el mismo sentido la STSJ de Madrid de 17 de marzo de 1992, en relación con las transferencias a la Comunidad Autónoma, establece que «la obligación que impone de regularizar la situación económica y administrativa del personal transferido por la Administración Central, antes de proceder a su traspaso, es cuestión que debe ventilarse, (...), entre las partes afectadas por la transmisión, (...), y sin que ello pueda perjudicar la situación laboral de los trabajadores afectados que, en todo caso, podrán ejercitar sus derechos de tal carácter en la forma y con la extensión que el citado artículo 44 les conceda».

⁶⁴ Las SSTs de 12 de diciembre de 1996, 7 de marzo y 8 de mayo de 1997, y 11 y 27 de junio, 19 de septiembre, 4 de octubre, 6 de noviembre de 2001 y 6 de mayo de 2002, entre otras, consideran que «el traspaso, al afectar al conjunto de "bienes, derechos y obligaciones", en relación con las funciones objeto de transferencia, supone una sucesión patrimonial

24 de julio de 1996), contemplando un supuesto de transferencia de personal entre Administraciones Públicas, que «dicha transferencia es un caso o supuesto de sucesión de empresas del artículo 44 del ET» y que de ello «se deriva que la nueva entidad empresarial queda subrogada en las obligaciones y derechos laborales del anterior»⁶⁵.

Existen además supuestos en los que aun interviniendo una Administración Pública no está clara la exclusión de la «sucesión de empresas», ni al tenor de la normativa comunitaria y ni de la regulación española⁶⁶. Al margen de los mismos se vienen considerando «sucesión de empresas» aquellos casos en los que la Administración desarrolla una actividad empresarial y se produce una «transmisión» de una actividad o centro de actividad⁶⁷.

que afecta no sólo a la parte activa del patrimonio –bienes y derechos–, sino a la pasiva –obligaciones–, con independencia de su fecha y constitución». Según la STSJ de Castilla y León de 7 de enero de 2003, «el artículo 44 del ET no es aplicable al ámbito de las relaciones estatutarias». Precisa la STSJ de Canarias de 3 de marzo de 1999, que «de ninguna manera puede admitirse que un trabajador (con vínculo laboral) pueda quedar adscrito a la empresa anterior cuando ésta se ha cedido a otra. No es otra cosa el proceso de transferencias del Estado a las Comunidades Autónomas, al menos desde el punto de vista laboral; efectivamente, el centro de trabajo (la escuela social) es transferida del Estado a la Comunidad (...) y el anexo de transferencias no es un acto inmutable que deba sacralizarse, sino, simplemente, la relación de personal y medios materiales que se transfieren, que, desde luego, puede ser materialmente alterado por sentencia judicial, aunque formalmente ese acto administrativo no fuera impugnado y eso es lo que hizo la jurisdicción citada. La firmeza del acto administrativo (el decreto de transferencias y sus anexos) no es óbice para que esa jurisdicción contencioso-administrativa y esta jurisdicción social puedan declarar la relación laboral de un trabajador que no figura en ese anexo (...), vía estimación de una acción declarativa».

⁶⁵ AA.VV. (*Tratado Práctico Derecho del Trabajo y Seguridad Social*), págs. 134-135.

⁶⁶ Así en el supuesto contemplado en la STS de 3 de abril de 1996 se llega a la conclusión de que hay sucesión de empresa en la integración de escuelas privadas en el sector público educativo de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En el supuesto de extinción de las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana se cuestionó la integración de su personal en la Administración Pública por aplicación del artículo 44 del ET, pero la STS de 23 de septiembre de 1997 desestimó tal pretensión por entender que no se daban los requisitos exigidos en el citado precepto legal, entre los que resultaba sobresaliente «la propia falta de continuidad, por ministerio de la ley de la actividad administrativa de las suprimidas Cámaras de la Propiedad Urbana». La misma problemática se planteó cuando la administración «en su gestión institucional para hacerse cargo de ella transforma una empresa privada en Centro público», supuesto en el que según la STSJ de Madrid de 24 de mayo de 1991 entiende que «ello no afecta a los derechos de los trabajadores. Es cierto que existió un concurso, pero no lo es menos que ello fue sin extinguir previamente el contrato de las actoras (...) hay que concluir que, efectivamente, existió una sucesión de empresa por cambio de la persona del empresario, que mantiene en su integridad los derechos de los trabajadores».

⁶⁷ Que han acontecido especialmente con servicios municipales y, con más fundamento, cuando se trata de actividades empresariales que revierten al ente local se ha apreciado la operatividad del artículo 44 del ET y por lo tanto la subrogación de la entidad local (SSTS de 16 de mayo de 1990 y 21 de marzo de 1992). También el Tribunal Central de Trabajo en numerosas sentencias (entre las que se pueden citar las de 12 de septiembre de 1986; 6 de octubre y 5 de diciembre de 1987; 20 de abril, 27 de mayo, 7 y 15 de diciembre de 1988; 12 de enero de 1989, etc.) vino estableciendo que existía sucesión de empresa cuando se producía la caducidad de una concesión y los servicios se seguían prestando por la administración competente. El TSJ de Cantabria, en Sentencia de 21 de junio de 1991, indica que «el principio general que ha de tomarse como punto de partida es el sometimiento de la Administración Pública al ordenamiento laboral cuando concierne relaciones de trabajo, en los mismos términos que las empresas privadas, sin privilegio alguno, (...), porque así lo demanda el protegible interés de los trabajadores y los principios de igualdad y no discriminación con que han de ser tutelados. En consonancia con tales premisas, el artículo 2 del Convenio 94 de la Organización Internacional del Trabajo, de 29 de junio de 1949, ratificado por España (...), impone a las Entidades públicas el deber de garantizar en los contratos de trabajo condiciones de empleo no menos favorables a los trabajadores que las que rijan en la empresa privada para la misma actividad y región (...) innumerables las sentencias (...) han impuesto a los organismos de la Administración estatal, municipal o institucional la subrogación en los contratos de trabajo cuando se extingue el del concesionario de un servicio público y la prestación de éste es asumida directamente por el órgano concedente titular del mismo con arreglo a lo establecido en el artículo 44.1 del ET y normas de homólogo contenido». En un supuesto de un servicio de atención a la mujer creado por un Ayuntamiento, que después decide extinguir sin volver a prestar dicha entidad tales servicios, se

Aquella normativa comunitaria excluye de los efectos subrogatorios a las «sucesiones» o «transmisiones» de empresas o centros de actividad o parte de aquéllos, acaecidos en sede de procedimientos concursales, «salvo disposición nacional en contrario»: no obstante la jurisprudencia comunitaria ha establecido sutiles diferencias entre los diversos procedimientos concursales, según persigan una finalidad liquidativa de la empresa, o su continuidad, tras el reajuste de costes que supone el propio procedimiento concursal, negando la operatividad de la «sucesión» de empresa en los primeros supuestos y afirmándola en los segundos ⁶⁸.

Aquella normativa comunitaria también autoriza la limitación de aquellos efectos, con más o menos amplitud, en materia de sistemas de prestaciones de jubilación, invalidez o supervivencia concluidos al amparo de regímenes complementarios profesionales o interprofesionales fuera de los regímenes legales de Seguridad Social de los Estados miembros.

entiende que hay sucesión de empresa porque «el Ayuntamiento tenía la posibilidad de continuar la prestación del servicio», porque «la decisión unilateral de no continuar prestándolo (...) de ningún modo puede afectar a los derechos laborales» y porque «otra solución supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios el poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla, sin costo alguno, recuperando los bienes que constituyen el *substratum* objetivo de la empresa. Iría por ello en contra del fin perseguido por el artículo 44 del ET» (STS de 5 de febrero de 1991).

En sentido diferente se pronuncia el TSJ de Madrid en su Sentencia de 29 de noviembre de 1989, a cuyo tenor cuando la Administración local se limita a extinguir una concesión, «unido a que el Ayuntamiento no ha desarrollado actividad alguna en el susodicho quiosco desde que fue desalojado y que se ha limitado a anunciar nueva concesión, hace inaplicable (...) la sucesión empresarial prevista en el artículo 44 del ET, sin que consecuentemente venga obligada la Corporación demandada a subrogarse en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral mantenida por el antiguo concesionario con el personal a su servicio». En relación con el personal de Notarías estableció la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid de 4 de noviembre de 1996 que «el cambio de titular en la plaza ostentada por un determinado notario no constituye un supuesto incardinable en el artículo 44 del ET (...). La razón de esta exclusión radica de una parte en que la actividad del Notario como fedatario público no es objeto de transmisión ni *inter vivos* ni *mortis causa*, sino que deriva de una decisión del poder público ajustada a un sistema reglado tanto para el cese como para el acceso a la plaza por razón del carácter funcional de este servicio, y de otra en que entre un Notario y otro no existe transmisión de la actividad por cuanto su protocolo no es asimilable a la cartera comercial de una empresa entre otras razones por no ser propiedad del Notario».

⁶⁸ La STJCE de 12 de marzo de 1998 (asunto C-319/94, Jules Dethier Equipement) establece con caracteres de generalidad, que «la Directiva no se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad efectuadas en el marco de un procedimiento de quiebra», sin embargo en la misma sentencia afirma que aquella Directiva sí resultaba aplicable a un procedimiento como el de la *surséance van betaling* (suspensión de pagos), a pesar de sus características comunes con el procedimiento de quiebra. En efecto, el Tribunal estimó que las razones que justificaban la inaplicabilidad de la Directiva en el caso de los procedimientos de quiebra no eran válidas cuando el procedimiento en cuestión implicaba un control, por parte del Juez, de alcance más restringido que en caso de quiebra y cuando su finalidad era, en primer lugar, la salvaguardia de la masa y, en su caso, la continuación de la actividad de la empresa por medio de una suspensión de pagos colectiva, a efectos de encontrar una solución que permitiera asegurar la actividad de la empresa en el futuro, afirmando que «para apreciar si la Directiva se aplica a la transmisión de una empresa que es objeto de un procedimiento administrativo o judicial, el criterio determinante que debe tenerse en cuenta es el del objetivo que persiga el procedimiento de que se trate (...), hay que tener en cuenta las características del respectivo procedimiento, especialmente en la medida en que impliquen que la actividad de la empresa continúe o cese, así como las finalidades de la Directiva». Asimismo, en la Sentencia de 25 de julio de 1991 (asunto C-362/87, D'Urso y otros) el Tribunal de Justicia consideró que la Directiva no era aplicable a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad efectuadas en el marco de un procedimiento de concurso de acreedores del tipo del previsto en la legislación italiana sobre liquidación forzosa administrativa, cuyos efectos eran equiparables a los de la quiebra. En cambio, la consideró aplicable cuando, en el marco de una legislación como la relativa a la administración extraordinaria de grandes empresas en crisis, se haya decidido que la empresa continúe sus actividades mientras que esta última decisión permanezca en vigor, porque en tal supuesto el objeto del procedimiento de administración extraordinaria es, en primer lugar, proporcionar a la empresa un equilibrio que haga posible garantizar su actividad en el futuro (también la STJCE de 7 de diciembre de 1995, asunto C-472/93, Spano y otros).

En los supuestos concursales no se excluye sin más el efecto subrogatorio propio de la «sucesión de empresa» cuando se produzca la transmisión de la empresa centro de trabajo, o parte de los mismos. En los supuestos en que el empresario haya sido declarado de concurso de acreedores ha de estar a lo dispuesto en los artículos 64, 65, 66 y concordantes de la LC (Ley 22/2003, de 9 de julio). Además la subrogación que se produce con ocasión de una «transmisión» de empresas alcanza a «los compromisos de pensiones» asumidos por el cedente.

Al margen de aquella normativa comunitaria y de la adaptación a la misma y mejoras de los diferente ordenamientos de los Estados miembros, en los momentos actuales sobre la operatividad de la institución sucesora laboral se proyecta un nuevo límite, precisamente por la finalidad atribuida a la Directiva 2001/23 de contribuir a la realización del mercado interior, lo que supone unificar y liberalizar mercados, con incremento de la competitividad, proscribiendo la imposición determinados costes sucesorios (salariales, cargas sociales, etc.) a quienes pretenden entrar en un determinado mercado, en la medida en que se van liberalizando a nivel regional europeo las prestaciones de determinadas actividades o servicios. Esas normas liberalizadoras limitan cualquier coste adicional para el nuevo operador económico referente a tener que asumir o subrogarse en obligaciones preexistentes del anterior, menos eficaz y por eso precisamente expulsado del mercado.

El ejemplo paradigmático lo podemos encontrar en la STJCE de 14 de julio de 2005 (asunto C-386/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania), sobre la aplicación de la Directiva 96/67/CE del Consejo, de 15 de octubre de 1996, relativa al acceso al mercado de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Comunidad, en la que se declara que una «carga financiera que la entidad gestora del aeropuerto puede imponer a los nuevos operadores económicos a consecuencia de la falta de contratación de unos trabajadores, con ocasión de la cesión de una actividad de asistencia en tierra», no es admisible porque «constituye una ventaja financiera en beneficio de dicha entidad y tiene por objeto proteger intereses que no figuran entre los enunciados en el artículo 18 de la Directiva 96/67». Es decir contraria la normativa del Tratado CE sobre competencia y mercado único.

No se alude a los supuestos de cambio total de accionariado (o del accionista o grupo dominante), al no constituir un límite a los efectos subrogatorios porque en esos supuestos, desde el punto de vista jurídico, no se produce una «transmisión» de empresa, por más que sí pueda acaecer desde un punto de vista estrictamente económico, al constituir como uniforme de «adquisición de empresas»⁶⁹. Como precisa la STSJ del País Vasco, de 26 de marzo de 2002:

⁶⁹ Vid. T. SALA FRANCO (Dir.), *Derecho del Trabajo*, Valencia 1997, pág. 290. Ejemplo paradigmático es el denominado caso RUMASA, grupo de empresas que fue expropiado por el singular Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, después Ley 7/1983, de 29 de junio (y que fue objeto de la polémica STC 111/1983, de 2 de diciembre). Como se deduce de la STS de 12 de diciembre de 1994, Sala 3.ª, con referencia a la «reversión» de la expropiación de RUMASA, antes citada, «la enajenación de acciones o participaciones en el capital social de dichas sociedades (...), esto es, cuando se transmiten las empresas mismas», no opera la institución sucesora laboral, no obstante equiparar «venta de una empresa o transmisión de unas acciones» (también STS, Sala 1.ª, de 24 de febrero de 1998). La transmisión real y efectiva de las «empresas mismas» carece de trascendencia a los efectos de «sucesión de empresas» (STS de 9 de octubre de 1984) pues «la transmisión de acciones no implica una sucesión o cambio de titularidad empresarial» (STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 1989; en el mismo sentido la STSJ de Cataluña de 31 de octubre de 1991). Como indica la STS de 29 de noviembre de 1994: «La empresa en la que primeramente prestaron sus servicios los trabajadores (...) mantuvo y conserva su propia personalidad, (...). No fue absorbida (...), pues lo que hizo ésta fue adquirir la totalidad de sus acciones. No cabe enten-

«La adquisición completa o mayoritaria del accionariado de una sociedad no implica sucesión empresarial, puesto que el precepto estatutario exige que, bajo cualquier título, se produzca la transmisión de la empresa, de una unidad productiva de la misma o de elementos patrimoniales suficientes para continuar, por sí solos o mediante un aporte adicional de medios, la actividad empresarial. Tal transmisión no se produce mediante la adquisición de acciones, puesto que la sociedad adquirida continúa poseyendo su personalidad jurídica y persiste (al menos teóricamente) su condición de parte empleadora en sus relaciones contractuales con sus trabajadores. Por consiguiente, la adquisición de acciones sólo afecta a la titularidad de la sociedad empleadora, no pasando a ostentar la adquirente vínculo laboral alguno con los trabajadores, puesto que tal adquisición es igual o equivalente a cualquier cambio en la titularidad o cotitularidad de las personas físicas en el capital de la sociedad empleadora, sin que tales cambios impliquen sucesión empresarial a efectos laborales.»

V. EL ELEMENTO «CAUSAL» EN LA TRANSMISIÓN

La normativa comunitaria parece atribuir a la «transmisión de empresas» efectos sucesorios, siempre que se produzca «como resultado de una cesión contractual o de una fusión»⁷⁰. Por consiguiente en una primera aproximación y atendiendo a la literalidad de los términos empleados en la norma comunitaria reguladora, no parecería que ni las transmisiones producidas bien *mortis causa* (sea por testamento o sucesión intestada), mediante negocios jurídicos no calificables de contrato, por disposición legal o por actos o disposiciones administrativas produjeran los efectos «sucesorios laborales» para el nuevo titular de la empresa.

No obstante el Tribunal de Justicia en un esfuerzo imaginativo encomiable y apoyándose en la teoría del efecto útil del Derecho comunitario («la finalidad de la Directiva 2001/23, (...) es lo relevante no su tenor literal», se indica en la STJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers), estableció en su sentencia de 15 de octubre de 1996 (asunto C-298/94, Henke), lo siguiente:

der, por tanto, que concurre en el caso la premisa fáctica sobre la que descansaban las previsiones del artículo 79 de la LCT y sobre la que ahora lo hace el artículo 44 del ET, ya que no ha habido transmisión del conjunto organizado para fines productivos, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa». Incluso si quien ha adquirido la totalidad de las acciones vacía literalmente de actividad, total o parcialmente, a la empresa de la que ha adquirido la totalidad de sus acciones no se produce «sucesión de empresa», como indica la STS citada de 29 de noviembre de 1994, «cierto es que (...) dejó de realizar actividades que antes desarrollaba, así como (el empresario adquirente de las acciones) obtuvo concesión de determinados servicios antes atendidos por aquélla. Pero ni los trabajadores afectados (...), ni en cualquier caso la sucesión en la actividad, cuando se produce sin transmisión de los elementos materiales que configuran la unidad de producción, resulta incardinable en el fenómeno de sucesión de empresa». El mismo parece ser el criterio comunitario, si bien no aborda el supuesto de la transmisión de la totalidad de las participaciones. Así en el «Memorándum de la Comisión sobre derechos adquiridos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas», de 4 de marzo de 1997 [COM (97) 85 final] se dice que «el traspaso de la propiedad de la mayor parte de las acciones de una sociedad, o el cambio de la mayoría de las acciones, no implica que se produzca un traspaso de empresa, puesto que la persona jurídica del empresario sigue siendo la misma».

⁷⁰ Según el artículo 1 a) de la Directiva 2001/23, ésta «se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión».

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

Un criterio menos general pero más preciso del propio Tribunal de Justicia comunitario destaca que «la Directiva tiende a garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente» (STJCE de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers).

También en otras ocasiones el mismo Alto Tribunal ha insistido en el mismo planteamiento justificativo o causal de la «sucesión» de empresas. Así en la STJCE de 11 de marzo de 1997 (asunto C-13/95, Sützen) se indica que «la Directiva tiene por objeto garantizar la continuidad de las relaciones laborales existentes en el marco de una entidad económica, con independencia de un cambio de propietario», bien entendido que «la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario (...) no puede revestir una importancia decisiva (...), a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva».

El Tribunal de Justicia comunitario, en su sentencia de 14 de abril de 1994 (asunto C-392/92, Christel Schmidt), indicó que «la Directiva es aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de las relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que, por ello, contrae las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de la empresa».

La amplitud con la que la jurisprudencia comunitaria ha venido interpretando aquella norma, en sus sucesivas versiones (Directivas 77/187 y 2001/23), le ha llevado finalmente a considerar como «traspaso» las transmisiones de empresas efectuadas como consecuencia de un contrato, de otros negocios jurídicos no calificables estrictamente de contratos, de acuerdos de Derecho público, de normas y actos legislativos, de normas y actos administrativos o por virtud de una decisión judicial, añadiendo que para su aplicación «no es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como el propietario o el arrendador» (STJCE de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sützen).

Un análisis casuístico de los supuestos en los que la jurisprudencia comunitaria ha considerado existente el fenómeno sucesorio laboral constituye la mejor forma de completar las declaraciones generales sobre la finalidad de la «transferencia», «transmisión» o «sucesión» de empresa, por lo que merece ser atendido, anticipando que efectivamente avalan las afirmaciones anteriores.

Atendiendo a ese criterio de análisis, ha de destacarse que las figuras vinculadas al arrendamiento han constituido supuestos a los que el TJCE ha dedicado especial atención. En la STJCE de 10 de febrero de 1988 (asunto 324/86, Daddy's Dance Hall) se afirmó que la operación mediante la

cual un arrendatario de industria que transmite el contrato, aun cuando éste fuera intrasferible, y por ello hubiera tenido que intervenir el propietario que fue quien realmente efectuó un nuevo arrendamiento, quedaba incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

También en la STJCE de 5 de mayo de 1988 (asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busscher) se afirmó que la restitución al propietario del establecimiento que había sido objeto de un contrato de *leasing*, entraba en el ámbito de aplicación de la Directiva, e igualmente la reversión del arrendamiento de industria ha sido considerada incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva por la STJCE de 17 de diciembre de 1987 (asunto 287/86, Ny Molle), aun cuando fuera debida a incumplimiento del arrendatario, y por virtud de una decisión judicial.

Supuesto singular y especialmente llamativo fue el de la STJCE de 19 de mayo de 1992 (asunto C-29/91, Redmond) en el que el Alto Tribunal consideró que el concepto de «cesión contractual», se aplicaba a una situación en la que una autoridad pública había decidido poner fin a la concesión de subvenciones a una persona jurídica provocando, con ello, el cese definitivo y completo de las actividades de ésta, transfiriendo aquellas subvenciones a otra persona jurídica que perseguía un fin análogo.

Peculiar fue el supuesto contemplado en la STJCE de 14 de abril de 1994 (asunto C-392/92, Christel Schmidt), y que debe ser traído a colación, bien entendido que en este caso se manejó por aquel Tribunal un concepto singular de empresa. Efectivamente en ese asunto el Tribunal de Justicia comunitario entendió que procedía aplicar la Directiva a una situación en la que un empresario encomendó a otro, mediante contrato, la responsabilidad de efectuar trabajos (...) realizados anteriormente de modo directo, aun cuando, antes de la transmisión, tales trabajos fueran efectuados por una sola empleada.

Nuestra doctrina ⁷¹ y nuestra jurisprudencia contemplan el fenómeno con análogo amplitud que el Tribunal de Justicia comunitario ⁷². Afirmando que el artículo 44 del ET:

Se aplica «en todos los casos de transmisión de empresa cualquiera que sea el título a través del cual opera ésta» (STS de 30 de octubre de 1986).

Ciertamente el artículo 44 del ET desde su inicial redacción facilitaba semejante extensa interpretación, «abarcando con su amplia expresión "cambio de titularidad" cualquier tipo de transmisión

⁷¹ Por todos G. DIÉGUEZ CUERVO: «Comentario al artículo 44 del ET, sucesión de empresa», en *Comentarios a las Leyes Laborales*, T. VIII, 1988, págs. 357 a 405.

⁷² Indican AA.VV., *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, R. QUESADA SEGURA, Dir.), pág. 322, que «el cambio de titularidad puede realizarse por cualquier tipo de negocio jurídico que implique continuidad de la empresa por el nuevo titular: venta, permuta, adquisición en subasta pública, arrendamiento del negocio, de la industria, por fusiones y absorciones de sociedades... La transmisión generalmente tendrá carácter definitivo, pero puede ser temporal –por ejemplo, el arrendamiento de empresa–; en tal caso, se producirá una doble transmisión una vez terminado el contrato de arrendamiento. Igualmente opera la subrogación en las transmisiones entre entes públicos que tengan trabajadores a su servicio, o entre un ente privado y uno público. Normalmente ambos empresarios lo serán de empresas de la misma o similar actividad, pero la subrogación se produce aunque éste no sea el caso».

(ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, venta, cesión, traspaso, transformación y fusión de sociedades, etc.) incluida la venta judicial» (SSTSJ de Galicia de 10 y 20 de mayo de 1993; 29 de junio de 1995 y 13 de marzo de 1997; SSTS, Sala 3.^a, de 17 de julio de 1995 y 3 de marzo de 1997), insistiéndose en que «la expresión legal no es requirente de un negocio jurídico directo entre el antiguo y el nuevo empresario, ya que es mucho más genérica que la utilizada en el artículo 79 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo» (STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992).

La simple continuidad de hecho en la explotación del negocio ha parecido suficiente a la jurisprudencia para entender que se había producido la transmisión de la empresa con los efectos sucesorios laborales pertinentes (STCT de 2 de diciembre de 1983; STS, Sala 3.^a, de 28 de octubre de 1997; STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de febrero de 1992; en contra STSJ de Andalucía de 5 de marzo de 1991 ⁷³). A tenor de nuestro ordenamiento pueden clasificarse ⁷⁴ los tipos de transmisión o «sucesión» de empresa en:

- a) En cambios de carácter negocial.
- b) Cambios desprovistos de carácter negocial.
- c) Cambios no transparentes, y
- d) Cambios *mortis causa*.

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

La transmisión de empresa y sus efectos subrogatorios en los derechos y obligaciones del empresario cedente del empresario cesionario han sido objeto de especial atención cuando se opera *mortis causa* ⁷⁵. Precisando la STS de 16 de mayo de 1990, que «el artículo 49.7 del ET expresa, en efecto, que el contrato de trabajo se extingue por la muerte del empresario, pero inmediatamente se cuida de señalar que ello es sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, que regula la sucesión de

⁷³ En la continuación de un médico (la hija) el ejercicio profesional en la clínica de otro médico (su padre), debido al «carácter personalísimo, de confianza entre paciente y médico, en consecuencia no se transmite la clientela».

⁷⁴ T. SALA FRANCO (Dir.), *op. cit.* (*Derecho del Trabajo*), págs. 291-297.

⁷⁵ Indica G. DIÉGUEZ: *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid 1995, pág. 501, que el artículo 44 del ET alude «implícitamente» a la transmisión *mortis causa*, y que la sucesión laboral como la hereditaria es «total y a la vez necesaria».

empresa. Quiere ello decir que el contrato no se extingue si existe un continuador por cualquier título en la actividad empresarial, pues en tal caso subsiste, operándose la subrogación en la persona del nuevo titular».

Se ha destacado, en relación con 49.1 g) del ET, que «la explicación, tan oscura en el Estatuto, como clara en sus precedentes, es ésta: los contratos de trabajo no se extinguen si alguien, normalmente un heredero, «continúa la industria o trabajo», como decía el artículo 76.4.ª de la LCT»⁷⁶. Esto es, «acreditada la continuidad real de la actividad empresarial cuya titularidad pasa del empresario fallecido a su cónyuge y de ésta a la sociedad constituida por sus hijos, es correcta la solución adoptada de (...) aplicar (...) la norma contenida en el artículo 44 del ET» (STS de 27 de junio de 1988).

Ciertamente «la extinción de la relación laboral por muerte del empresario no se resuelve mediante la aplicación del derecho hereditario» (STS de 28 de junio de 1984) «resultando indiferente que exista aceptación pura de la herencia o a beneficio de inventario, pues no hay posibilidad legal de imponer a los herederos la continuación en el negocio» (STS de 18 de diciembre de 1990) «por consiguiente lo importante no es que la comunicación de no continuar provenga de una u otra interesada (...) sino si se produjo o no verdadera y real continuación de la actividad empresarial, y, en su caso, en la cabeza de quién» (STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 1991), pues el artículo 44 «atiende a que exista persona continuadora de la explotación, pero no distingue respecto de quién sea esa persona ni el título jurídico en virtud del cual la asume, pudiendo ser un sucesor sin el carácter de heredero» (STSJ de Galicia de 30 de noviembre de 1991 y STS de 23 de mayo de 1988).

Con el artículo 44 del ET «se está sancionando la libertad del sucesor a título de herencia, legado etc., para continuar la actividad de empresa o, lo que es igual, para devenir empresario»⁷⁷.

La transmisión de empresa en el supuesto de jubilación del empresario también ha sido objeto de atención por parte de la jurisprudencia. La niega la STSJ de Galicia de 19 de febrero de 1992, porque «no consta la existencia de persona alguna que haya asumido la continuación de la empresa». Pero la afirma la STS de 16 de noviembre de 1990, porque las circunstancias concurrentes permiten «apreciar otra continuidad personal vinculada a un control económico unitario por el grupo familiar del empresario jubilado.

Efectivamente «constituye causa de extinción del contrato de trabajo la jubilación del empresario, persona física, en los casos previstos en el correspondiente régimen de Seguridad Social, siempre que ello implique el cese total en su actividad empresarial, lo que excluye los casos en los que ésta continúa realizándose bajo la misma titularidad, aunque sin prestación efectiva de servicios por quien ya se jubiló, o pasa a desarrollarse por un nuevo titular, al que se transmite [art. 49.1g) del ET]» (STSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 2004).

No basta, sin embargo, «con el cese en la propia actividad, pues ésta puede continuarse total o parcialmente con un nuevo titular. En tales casos no cabe la extinción contractual con este amparo

⁷⁶ M. ALONSO OLEA y M.ª E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Madrid 1997, pág. 383.

⁷⁷ G. DIÉGUEZ, *op. cit.* (*Lecciones de Derecho del Trabajo*), pág. 510.

si la transmisión afecta a toda la empresa; en cambio, si fuese parcial, cabe la extinción de los trabajadores vinculados a las actividades no transmitidas, pero no de los que prestan sus servicios en centros o unidades productivas autónomas transmitidas (SSTS de 17 de julio de 1998) y con mayor razón si la transmisión parcial fue previa, aunque ocurriera poco antes (STSJ del País Vasco de 23 de octubre de 1991). La razón de esta imposibilidad de extinguir los contratos con esta causa, en esos supuestos, radica en el mandato legal que impone al nuevo titular de un traspaso de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma el deber de subrogarse en las relaciones laborales de los trabajadores afectos a la explotación transmitida (art. 44 del ET)» (STSJ del País Vasco de 30 de noviembre de 2004).

La invalidez del empresario tampoco supone, necesariamente, la extinción de los contratos de trabajo porque «para que la incapacidad del empresario opere como causa extintiva de la relación laboral se ha de entender sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, de tal modo que si existiese alguna persona que le suceda en sus actividades, dándose por tanto el supuesto de sucesión en la empresa o cambio de titularidad en la misma, no se produciría la extinción de la relación laboral» (STSJ de Galicia de 22 de abril de 1991).

Se precisa que cuando el artículo 49 del ET dispone que el «contrato de trabajo se extinguirá (...) por muerte, jubilación (...) o incapacidad del empresario», es claro que se refiere exclusivamente a que tales eventos «pueden ser causas extintivas de la relación laboral, y a la par tiene el obvio presupuesto de que "tan sólo operan" tales causas si no media continuador en la actividad empresarial, pues ello es elemental consecuencia que expresa el inciso del propio artículo 49.1 g) del ET; de otra forma, si –(...)– se extingue un contrato de trabajo invocando una causa en principio ciertamente legítima, pero en la que no concurre el presupuesto de cese definitivo en la actividad de la empresa porque posteriormente se reanuda, (...) la citada decisión extintiva se acredita –a posteriori– ilegal y objetivamente defraudatoria de los derechos que al trabajador confiere el artículo 14 del ET, a la par que contraria a los propios términos del artículo 49.1 g) del ET, siquiera en el ánimo del empresario jubilado o declarado en IP, o sus herederos, no estuviese inicialmente contemplada la posibilidad de reanudación empresarial y ella surgiese tan sólo con el transcurrir del tiempo» (STSJ de Galicia de 13 de marzo de 1997).

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

Efectúan una delimitación amplia del supuesto de hecho previsto en el artículo 44 del ET, respecto de otros supuestos de transmisión, las SSTSJ de La Rioja de 24 de febrero y 23 de marzo de 1992, de Canarias de 18 de marzo de 1993, de Navarra de 27 de enero y 21 de julio de 1997, que indican, con dicción prácticamente idéntica en todas ellas, lo siguiente:

«La norma (art. 44 del ET) sólo hace referencia para integrar el supuesto de hecho previsto por ella, al cambio de titularidad de la empresa como hecho, por encima de la causa o forma en que éste tenga lugar; de modo que para la aplicación de aquélla no es conditio sine qua non el que se opere una verdadera transmisión o circulación de empresas en sentido técnico de uno a otro titular protagonista de la sucesión en la titularidad del ejercicio de la empresa.»

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

La virtualidad sucesoria de un acto administrativo o disposición reglamentaria es reconocida jurisprudencialmente (así la STSJ de Cataluña de 13 de marzo de 1992). En el supuesto de venta judicial, está previsto el fenómeno sucesorio en el artículo 51.11 del ET (SSTS de 28 de mayo de 1986 y 12 de julio de 1990), «no cabe la menor duda de que el mecanismo de la subrogación es aplicable a las adquisiciones que hayan tenido lugar a través de venta judicial» (precisa la STSJ de Galicia de 6 de noviembre de 1992), de tal manera que aquel precepto «disipa cualquier posible duda acerca de la procedencia del efecto subrogatorio cuando se trata de "venta judicial de la totalidad de la empresa o de parte de sus bienes", dado que entonces se estará a lo dispuesto en el artículo 44 (...) siempre que, en el caso de venta parcial, los bienes permitan continuar, también parcialmente, la actividad de la empresa» (STSJ de Cantabria de 28 de julio de 1992).

Indica la STSJ de Galicia de 5 de febrero de 1993 que «si bien la jurisprudencia hubo de separar nítidamente este fenómeno de venta judicial del de cesión, traspaso o venta, al no existir en la subasta tracto directo del anterior empresario con el entrante ni, normalmente, la entrega completa y efectiva del total conjunto de los elementos esenciales de la industria (...), sin embargo sí entrará en la órbita de aplicación del artículo 44 del ET cuando el conjunto de bienes y derechos transmitidos permite continuar total o parcialmente la actividad de la empresa».

Por el contrario no se producen los efectos propios de la «transmisión» o «sucesión» de empresas en los supuestos de arrendamiento de local, indica la STSJ de Madrid de 4 de julio de 1989, ni en los de transmisión del derecho de «traspaso», precisa la STSJ de Madrid de 15 de enero de 1996, aun mediando adjudicación judicial, según la STSJ de Andalucía de 2 de junio de 1992, o siendo los propios arrendadores los adjudicatarios, añade la STSJ de Galicia de 15 de mayo de 1992.

Sin embargo no hay duda en que se producen los efectos laborales previstos en el artículo 44 del ET cuando se trata de arrendamiento de industria (STS de 30 de octubre de 1986), pues «la continuidad de los contratos de trabajo se garantiza (...) en todos los casos de transmisión de empresa cualquiera que sea el título a través de la cual se opera ésta, incluido el denominado arrendamiento de industria o negocio». La razón se encuentra en la esencia misma de la idea de sucesión, «pues lo

fundamental –(...)– a los fines del precepto (art. 44 del ET) es la sustitución en la posición jurídica del empresario, para lo que no resulta decisiva la propiedad de los medios materiales fundamentales que constituyen la empresa, sino la capacidad de dirección y gestión (...), por lo que es apreciable la indicada sucesión de empresa en los arrendamientos de industria, figura que (...) no cabe negar cuando no se halla expresa o claramente excluida y el arriendo va referido a lo que ya por definición legal constituye un centro de trabajo».

En los supuestos de reversión del arrendamiento la posición de nuestra jurisprudencia es acorde con la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario. Incluso en STS de 11 de diciembre de 1986 se llegó a afirmar que «el caso más claro de reversión del arrendamiento de empresa se da cuando esta última venía explotándose por el arrendador con personal a su servicio, pues en este supuesto es cuando el artículo 44 del ET despliega toda su eficacia».

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

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

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

La «continuidad de los contratos opera de forma automática y sin solución de continuidad por ministerio de la ley, es decir, la subrogación del nuevo titular en la posición jurídica del anterior se produce sin necesidad de que exista una manifestación de voluntad en uno u otro sentido»⁷⁸.

La jurisprudencia comunitaria (SSTJCE de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy 'Dance Hall, y de 5 de mayo de 1988, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Berg y Busschers) estableció que

⁷⁸ AA.VV., *op. cit.* (*Manual de Derecho del Trabajo*, M. QUESADA SEGURA, Dir.), pág. 322.

los preceptos de la Directiva tenían carácter imperativo, y en particular los relativos a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de la transmisión, de tal manera que un trabajador no podía renunciar a los beneficios que aquélla le confería, ni tan siquiera mediante el otorgamiento de beneficios que comparativamente le colocasen en mejor situación.

Aquella jurisprudencia precisó también que los preceptos de la Directiva comunitaria no eran susceptibles de ser alterados por pactos entre los empresarios, cedente y cesionario, desfavorables a los intereses de los trabajadores, aun cuando contasen con el consentimiento favorable de los propios trabajadores o de sus representantes sindicales (STJCE de 25 de junio de 1991, asunto C-362/98, D'Urso y otros), y que los contratos de trabajo o relaciones laborales que vinculaban al personal de la empresa transmitida dejaban de vincular al cedente y continuaban con el cesionario, al que eran transferidos de pleno derecho por el solo hecho de la transmisión de la empresa.

El Tribunal de Justicia comunitario, en sus sentencias de 15 de octubre de 1996 (asunto C-298/94, Henke y Schierke) y de 14 de noviembre de 1996 (asunto C-305/94, Rtsart, Benoidt y IGC Housing), afirmó lo siguiente:

- a) Que «los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente y los trabajadores asignados a la empresa transmitida se transfieren de pleno derecho del cedente al cesionario por el mero hecho de la transmisión, de la empresa, a pesar de que el cedente o el cesionario se opongan a ello y no obstante la negativa de este último a cumplir sus obligaciones», y
- b) Que «la transferencia de los contratos de trabajo no puede quedar supeditada a la voluntad del cedente o del cesionario y, en particular, el cesionario no puede oponerse a la Directiva negándose a cumplir sus obligaciones».

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

Es de destacarse que no se opone a ese carácter imperativo o de derecho necesario de la normativa comunitaria su carácter de regulación mínima. Aquella norma establece en su artículo 8 que lo dispuesto en la misma no afectará a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para los trabajadores.

Manifestaciones explícitas, en aquella regulación, de su naturaleza imperativa pueden considerarse el contenido de sus artículos 3.2 y 6.4, los cuales establecen que los Estados miembros podrán adoptar las medidas necesarias para garantizar que el cedente notifique al cesionario todos los derechos y obligaciones que se transferirán al cesionario, en la medida en que en el momento del traspaso

so el cedente tenga o debiera haber tenido conocimiento de dichos derechos y obligaciones, pero que en caso de que el cedente no notifique al cesionario alguno de estos derechos u obligaciones, ello no afectará al traspaso del derecho o de la obligación ni a los derechos de los trabajadores frente al cesionario o al cedente en relación con dicho derecho u obligación, y que las obligaciones (de información) serán aplicables independientemente de que la decisión conducente al traspaso sea adoptada por el empresario o por una empresa que lo controle.

La «subrogación interviene de pleno derecho por la mera circunstancia del traspaso, tutelando el interés prevalente a la prosecución de la relación laboral en todos sus extremos, para que no se extinga ni se perjudique, habida cuenta de que la prestación básica del patrono –la salarial– carece de carácter personalísimo» (SSTJCE de 25 de julio de 1991, asunto C-362/89, D'Urso y otros, de 14 de noviembre de 1996, asunto C-305/94, Rotsart de Hertaing y de 26 de mayo de 2005, asunto C-478/03, Celtec)⁷⁹.

En nuestro Derecho interno se afirma que «el artículo 44 del ET, en el que se establece la denominada "sucesión de empresas" impone a aquel empresario que pasa a ser titular de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma de la misma la obligada subrogación en la posición de empleador en los contratos de trabajo (con todo su haz de derechos y obligaciones) de los empleados que prestan servicios en dicha empresa, centro o unidad productiva por cuenta de su anterior titular. Y esta subrogación opera *ope legis*, sin necesidad de acuerdo expreso de las partes, por lo que, una vez producida, el nuevo titular adquiere la condición de empleador y lo deja de ser el anterior» (STSJ de Cantabria de 5 de marzo de 2004).

En relación con las normas sobre el particular contenidas en convenios colectivos, se precisa que la incondicionada imperatividad del artículo 44 del ET es «prevalente» en todo caso, «sin posible selectividad de condicionamientos obstativos a los derechos dimanantes de la subrogación empresarial garantizados a los trabajadores por el repetido precepto legal de Derecho necesario» (STSJ de Madrid de 13 de abril de 1992; en el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 1991). La responsabilidad empresarial derivada del artículo 44 del ET «es obligación de derecho necesario, no disponible por los trabajadores, en conformidad al artículo 3.5 del ET que tiene la extensión de "derechos", no limitada a diferencias salariales» (STSJ de Murcia de 18 de abril de 1996; indica la STSJ de Madrid de 19 de abril de 1991, que «la sucesión empresarial tiene como nota caracterizadora el que se practica sin la voluntad de los trabajadores, pues sólo hay que notificarla a los representantes de la empresa cedida»).

«La sucesión laboral es necesaria»⁸⁰. El artículo 44 del ET es norma de carácter imperativo, incondicionadamente (STSJ de Madrid de 13 de abril de 1992), de tal manera que sus efectos se producen «por ministerio de la ley, tanto para los empresarios intervinientes en el traspaso como para sus trabajadores» (STSJ de Madrid de 9 de enero de 1996), «puesto que las obligaciones nacen, entre otras fuentes, de lo previsto en la ley a tenor de lo previsto en el artículo 1.089 del Código Civil»

⁷⁹ Conclusión 37 del Abogado General.

⁸⁰ G. DIÉGUEZ, *op. cit.* (*Lecciones de Derecho del Trabajo*), pág. 501.

(STSJ de La Rioja de 24 de febrero de 1992), resolución jurisdiccional que además considera «el carácter de derecho necesario de la regla contenida en el artículo 44 del ET, vinculada a una función de garantía de la estabilidad en el empleo y, en consecuencia, del derecho constitucional al trabajo que proclama el artículo 35.1 de la Constitución» (en el mismo sentido la STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 1991). Como se indica en la STSJ de Baleares de 25 de abril de 1991:

No son relevantes en la operatividad del artículo 44 del ET «la voluntad del empresario cedente, del empresario cesionario y del trabajador cedido. El pacto entre aquéllos se limita a la transmisión de la empresa y la Ley adiciona, sin necesidad de consentimiento alguno de los interesados, la consecuencia de la sucesión (...) e igualmente el consentimiento del trabajador no es necesario para la validez y eficacia de la transmisión de la que sólo se deriva su derecho al mantenimiento del contrato de trabajo, sin perjuicio de que pueda impugnarla si la considera inválida por otras razones».

Según la STS de 30 de septiembre de 1997, «en todo caso, parece evidente que el alegado desconocimiento por el empleador recurrido de la contratación anterior (...) tampoco puede desvirtuar la subrogación *ope legis* establecida en el artículo 44 del ET, y, en otro ámbito, por la Directiva»⁸¹. Como precisa la STSJ de La Rioja de 24 de febrero de 1992:

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

La cuestión de la admisibilidad del pacto individual, inserto en el propio contrato de trabajo, mediante el que se establezca la extinción del contrato de trabajo como consecuencia de una transmisión de la empresa, ha sido objeto de polémica. En el ámbito de la relación laboral del personal de alta dirección el desistimiento indemnizado constituye un derecho del alto directivo, previsto en la normativa reguladora de su especial régimen laboral.

Tal pacto en ese régimen no parece que resultara prohibido dadas sus especiales características que lo convierten en un sistema laboral específico alternativo al del ET. No obstante, extra muros de aquel régimen especial, la licitud de tal cláusula es más que dudosa. Discrepando de esta afirmación alguna doctrina insiste en su validez, salvo que exista abuso de derecho, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 49.1 b) del ET, «lo que ocurrirá si el empresario persigue con ello eludir los efectos subrogatorios ordenados» por el artículo 44 del ET»⁸².

⁸¹ Bien que con referencia a la 77/187/CEE.

⁸² A. MARTÍN VALVERDE; F. RODRÍGUEZ-SAÑUDO y J. GARCÍA MURCIA, *op. cit.* (*Derecho del Trabajo*), pág. 662.

VII. EL «TRASPASO» LA «TRANSMISIÓN» O «SUCESIÓN DE CONTRATAS» EN LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA Y NACIONAL ESPAÑOLA. HACIA UNA CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL UNIFICADA.

Se afirma que un «supuesto especialmente conflictivo en el momento presente es el de la sucesión de contratatas y concesiones administrativas. Cuando la sucesión en el ejercicio de la actividad empresarial se opera en virtud de la actuación de tercera persona interpuesta, titular de las actividades organizadas o bienes objeto de la contrata o concesión cabe decir, en primer término, que se configura un supuesto de sucesión meramente cronológico en el ejercicio de la empresa laboral o "tarea productiva". En tal caso no se verifica una verdadera y propia transmisión de empresa (...), porque la sola vicisitud subjetiva de la contrata o concesión no comporta una transferencia, en sentido material, de una organización productiva preexistente al servicio o actividad del nuevo contratista o concesionario, pero sí de actividad específica organizada a la cual quedan afectos determinados contratos inherentes a ella. El problema es si es pertinente la aplicación extensiva de la normativa sucesora prevista para los supuestos de cambio de titularidad empresarial»⁸³.

El cuestionamiento acerca de la aplicabilidad de la institución sucesora laboral a las contratatas y concesiones se ha centrado básicamente, por una parte, en que la institución sucesora laboral se había venido refiriendo tradicionalmente al cambio en la persona (física o jurídica) empresario permaneciendo invariable la empresa en su dimensión jurídico objetiva y, por otra parte, en que en los supuestos considerados los trabajadores no sólo cambiaban de empleador sino también de empresa⁸⁴. La jurisprudencia comunitaria desechando con la autoridad que le caracteriza semejantes objeciones aplica la sucesión laboral en los supuestos de sucesión de contratatas y concesiones, habiendo sido, además, innovadora en la concepción misma de la «empresa». No obstante semejante benéfica jurisprudencia no ha sido seguida por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo hasta tiempos recientes, inicialmente y con muchos reparos sólo desde las SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004, y con menos reticencias desde la STS de 4 de abril de 2005⁸⁵.

1. El «traspaso» o «sucesión» de empresa en las sucesiones de contratatas según la jurisprudencia comunitaria.

La normativa comunitaria relativa al «traspaso, transmisión o sucesión de empresas» es aplicable a la «sucesión de contratatas», según tiene declarado el Tribunal de Justicia comunitario con reiteración.

Según el Alto Tribunal comunitario⁸⁶ (sentencia de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Sűzen) «la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario o (...) entre los dos

⁸³ VIDA SORIA J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.*, pág. 590.

⁸⁴ Aquellas posiciones las refiere OLMO GASCÓN, A.M.: *Los derechos de los trabajadores en contratatas*, Granada 2002, pág. 255.

⁸⁵ Para una visión casuística, AA.VV. (*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, C., Dir. y Coor.), págs. 1.135-1.138.

⁸⁶ Sobre la evolución de la jurisprudencia comunitaria VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.* pág. 591, los que respecto del objeto de la transmisión concluyen que «teniendo en cuenta esta evolución jurisprudencial hoy parece que la cuestión queda abierta».

empresarios a los que se ha encomendado sucesivamente los trabajos (...) no puede revestir una importancia decisiva», para determinar si se ha producido una «sucesión de empresa». Por tanto, para que la Directiva 2001/23 se aplique:

«No es necesario que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario, pudiendo también producirse la cesión en dos etapas a través de un tercero, como propietario o arrendador.»

De lo que resulta que la inexistencia de vínculo contractual directo entre el empresario cedente y el cesionario no es obstáculo a la existencia de traspaso o transmisión de empresa, siempre que intermedie un tercero. No obstante aquella circunstancia «puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión de empresa». Esto es:

«La mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa (...). En consecuencia, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva. En esta situación, aunque pierda un cliente, la empresa de servicios que era anteriormente titular de la contrata no deja de existir íntegramente sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata.»⁸⁷

Posición semejante ya había mantenido el Tribunal de Justicia comunitario en sus sentencias de 12 de noviembre de 1992 (asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen) y 14 de abril de 1994 (asunto C-392/92, Schmidt), reiterándola en las de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Hidalgo y otros), de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Hernández Vidal y otros), de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-234/98, Allen y otros), de 25 de enero de 2001 (asunto C-172/99, Liikenne), de 24 de enero de 2002 (asunto C-51/00, Temco), y de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, Abler y otros).

La transmisión de la propiedad, precisa aquella jurisprudencia comunitaria, no es indispensable para que se produzca una transmisión de los elementos materiales o inmobiliarios, en ese sentido se pronunció el Tribunal de Justicia comunitario en su sentencia de 19 de mayo de 1992 (asunto C-29/91, Redmond Stichting) llegando aquel Alto Tribunal comunitario a incluir, entre los elementos que permiten demostrar la existencia de una «transmisión» de empresa, el hecho de que «el inmueble alquilado por (cedente) haya sido cedido en alquiler a (cesionario)».

Consecuentemente la falta de transmisión de la propiedad de un contratista a otro no impide que se pueda producir una transmisión de activos, en la medida en que se acredite que aquellos activos

⁸⁷ Esta sentencia va a ser de una primordial importancia para que nuestra jurisprudencia acoja, primero con muchas reservas, después con menos reservas pero no sin recelos, la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario.

de que se trate forman parte de la entidad transmisible, precisan las SSTJCE de 20 de noviembre de 2003 (asunto C-340/01, Abler y otros) y de 10 de diciembre de 2004 (asunto E-2/04, Rasmussen ⁸⁸).

Bien entendido que una «entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone», de tal manera que si el valor de dicho activo inmaterial (la contrata en sí misma) llega en principio a ser nulo al expirar el contrato del antiguo concesionario y no puede considerarse que hay transmisión de la mayor parte de la clientela, porque ésta no sea cautiva, o los elementos materiales que contribuyan de forma importante al ejercicio de la actividad no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario, siendo indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe concluir a considerar que ésta no conserva su identidad ⁸⁹.

La «puesta a disposición de los elementos de explotación por parte del comitente forma parte de las diversas ventajas cuyas particularidades quedan determinadas en contrato celebrado entre ambas empresas (comitente y comisionista)» (STJCE de 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen). Esto es, «nada impide que los elementos del activo puestos a disposición sean utilizados por una adjudicataria, y luego por su sucesora, sin que, por ello, formen parte de la entidad transmisible» ⁹⁰, consiguientemente aquella «puesta a disposición de los activos por el comitente puede dar lugar a una transmisión de activos ente los contratistas» (STJCE de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Abler y otros) ⁹¹.

2. La «sucesión de empresa» cuando se cambia al adjudicatario de la contrata según la jurisprudencia española.

La jurisprudencia española ha seguido una interesante evolución, que no obstante no acaba de asumir la mejor jurisprudencia comunitaria ⁹², incidiendo en un discurso no irreprochable, y cuyos defectos argumentativos han llevado a una nociva discrepancia entre la doctrina legal y la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales inferiores.

⁸⁸ Como Tribunal de la AELC.

⁸⁹ STJCE de de 25 de enero de 2001, asunto C-172/99, Liikenne, establece que «la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica entre la primera y la segunda empresa».

⁹⁰ Conclusión 19, *in fine*, del escrito de conclusiones presentado el 16 de junio de 2005, por el Abogado General Sr. Poiares Maduro, en el procedimiento asuntos acumulados C-232/04 y 233/04.

⁹¹ Punto en el que debe llamarse la atención sobre la existencia en la STJCE de 24 de enero de 2002, asunto C-51/00, Temco, de una doctrina contrapuesta a la mantenida en esta sentencia. Según aquella sentencia, la puesta a disposición de los elementos de explotación por el comitente no da lugar a la inclusión de esos elementos en la «entidad transmisible». Dilema que el Abogado General Sr. Poiares Maduro interpreta como «falta de un criterio operativo» en la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal (conclusión 21, *in fine*, de su escrito de conclusiones, en los asuntos acumulados referidos, presentado el 16 de junio de 2005).

⁹² Desencuentro que ha puesto reiteradamente de manifiesto la doctrina, por todos AA.VV. (*Manual de Derecho del Trabajo*, MOLERO MANGLANO, C., Dir.), págs. 310-311; VIDA SORIA, J.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., *op. cit.* pág. 591.

2.1. Noción jurisprudencial general.

Según la STSJ de Navarra de 27 de enero de 1997, para la toma en consideración por la rama social del Derecho de ciertas perspectivas del hecho genérico de la circulación de bienes, que aquel sector del Derecho parcialmente delimita y restringe a la empresa, lo determinante es lo siguiente:

«Que el empresario anterior y el nuevo se hagan sucesivamente cargo de la actividad empresarial, pues lo que se pretende es que no haya solución de continuidad de la misma.»

Todo ello, continúa indicando al meritada resolución judicial, «aunque la sustitución se hubiera operado a través de tercera persona interpuesta, pública o privada, entendido el requisito de la no solución de continuidad en el sentido de que no se haya producido con anterioridad al cambio de titularidad una previa extinción o cesación de la empresa».

Para cualquier estudio y análisis en materia de «sucesión» de empresa cuando un contratista es sustituido por otro adjudicatario, ha de partirse de la obligación que pesa sobre el intérprete, sea un órgano judicial en el ejercicio de la jurisdicción, un órgano administrativo o un sujeto particular, de interpretar nuestro ordenamiento conforme a la normativa y jurisprudencia comunitaria⁹³.

Además de considerar aquella posición, el intérprete también ha de estar atento a que el contenido de la normativa comunitaria pertinente no afecta a la facultad de los Estados miembros de aplicar o adoptar disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de promover o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables para aquellos trabajadores.

La posición de nuestra jurisprudencia ha tenido una significativa evolución, ya tímidamente manifestada en la STS de 30 de septiembre de 1999⁹⁴ y recogida en la STS de 4 de abril de 2005.

⁹³ Como indica la STS de 27 de octubre de 2004: «De conformidad con el artículo 234 del Tratado CE –anterior art. 177–, la doctrina establecida por el TJCE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta Sala que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial se produzca un cambio en la doctrina comunitaria».

⁹⁴ En esta sentencia ciertamente se anunció, si bien con ciertas reticencias, un cambio de orientación de la doctrina jurisprudencial, respecto de los efectos sucesorios en las contrata, cuando señalaba que «en el presente estado de la cuestión, la terminación de una contrata (...) no implica el automático traspaso de los trabajadores a la empresa que asume una nueva contrata. Este resultado no lo impone norma legal alguna, ni en el Derecho interno, ni en el Derecho comunitario. La transferencia sólo tendría lugar si concurren ciertos condicionamientos, que enlazan con las características del cambio empresarial, o con lo prevenido en alguna regla especial, por lo común incluida en un pacto colectivo», precisando lo siguiente: «a) En el Derecho interno, el precepto directamente concernido es el artículo 44 del ET (sucesión de empresa). El precepto alude a un cambio de titularidad de la empresa, del centro de trabajo o de una unidad productiva (...) el fenómeno está precisado de la transmisión al nuevo empresario de elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Cosa que, por lo común, no concurre cuando se trata de una mera sucesión en la actividad contratada (...). Para que en esta mera sucesión de actividad se produzca además traslado de las relaciones laborales existentes en el momento, es necesario que lo imponga una norma sectorial eficaz, hoy Convenio Colectivo, o al menos el pliego de condiciones aceptado por el nuevo contratista. Así se ha dicho en las sentencias antes

Indica aquella resolución que reiterada doctrina jurisprudencial, «contenida entre otras en las sentencias de 3 y 14 de octubre de 1998, 1 de febrero, 13 de octubre y 20 de diciembre de 1999, 22 de mayo de 2000», había venido declarando que para que existiese sucesión de empresas era necesario que entre cedente y cesionario existiese una transmisión de activo patrimonial. En otro caso, de conformidad con esa doctrina, la sucesión únicamente se producía porque la impusiese el convenio colectivo estatutario que fuera de aplicación o, con determinadas restricciones, cuando se derivase del pliego de condiciones de la concesión».

Precisando, además, que aquella doctrina fue sometida a una severa crítica, que expone, no sin ciertas reticencias, en los siguientes términos: «un sector de la doctrina estimó que la jurisprudencia (...) se apartaba de la emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, invocando al efecto la sentencia Schmidt de 14 de abril de 1994, pero la tesis contenida en esa sentencia fue rectificada por la sentencia Sützen, de 11 de marzo de 1997, donde se afirmaba que «la mera sucesión en una actividad objeto de contrata no es suficiente para apreciar una transmisión de empresa, si no va acompañada de la cesión entre ambos empresarios de elementos significativos del activo material o inmaterial». Bien es cierto que añadía un elemento adicional cuando afirmaba que «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».

Termina aquella resolución jurisprudencial estableciendo que «a la vista de esas resoluciones esta Sala hubo de cambiar su anterior doctrina, cambio que ya se anunciaba en la sentencia de 20 de octubre de 2004 y que se plasmó en la de 27 del mismo mes y año», concluyendo de la siguiente manera:

«Así se rectifica la doctrina en el sentido de que la sucesión procede, no sólo 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.»

citadas de esta Sala, de 10 de diciembre de 1997 y 9 de febrero de 1998, más las que en ellas se mencionan»; b) «En el Derecho comunitario habrá de estarse a la Directiva 77/187/CEE, del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de traspasos de empresa, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. Según su artículo 1.º 1, esta Directiva "se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión". Como se sabe, esta Directiva de 1977 ha sido modificada en sus artículos 1.º a 7.º por la Directiva 98/50/CE, del Consejo, de 29 de junio de 1998; ahora se precisa que el traspaso de empresa requiere "el de una entidad económica que mantenga su identidad" [art. 1.º 1 b)]. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se contiene en una serie de fallos pronunciados a partir de 1994 (Sentencia de 14 de abril de 1994, caso Schmidt, asunto C-392/92). Si bien encontramos en ellos observaciones y matices de variado tenor, hoy debe estarse a lo decidido en los fallos más recientes, que son: Sentencia 17 de marzo de 1997 (caso Sützen, asunto C-13/95) (...) y Sentencia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/96 y 247/96)».

Aquella limitada referencia a la jurisprudencia comunitaria, y parcial ajuste a la misma, no se ha mejorado y continúa existiendo una fuerte resistencia en nuestra jurisprudencia a asumir en toda su extensión la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario. Se ejemplifica aquella contumaz negativa:

- a) En la propia STS de 4 de abril de 2005, la cual resolviendo sobre en el supuesto concreto objeto de su atención, no se accede al recurso porque «no se ha transmitido elemento patrimonial alguno» ni «el nuevo empresario ha incluido en su plantilla trabajadores procedentes de la anterior concesión». No hay así, continúa la resolución jurisprudencial, «elemento alguno que sea determinante de una sucesión de empresas que obligue a la subrogación», pues «no se ha transmitido posesión de bienes, simplemente se ha ordenado que se realicen las tareas de gestión (...) sin que ello implique titularidad alguna ni arrendaticia ni de ningún otro tipo de los bienes de cuya gestión se encarga el cesionario».
- b) En la posición, ciertamente histórica pero que continúa en la actualidad, de la doctrina jurisprudencial acerca de los servicios de *handling* (asistencia aeroportuaria en tierra), según la cual (STS de 2 de noviembre de 2005), «las operaciones de *handling* en el transporte aéreo no dan lugar a una subrogación legal de las previstas en el artículo 44 del ET, sino una subrogación contractual». Posición jurisprudencial singular respecto de la doctrina del Tribunal de Justicia comunitario, que además rompe con la finalidad perseguida por la Directiva 2001/23, al exigirse «el consentimiento del trabajador cedido», transformándose taumática y sorprendentemente por mediación de la jurisprudencia una subrogación legal en contractual ⁹⁵.

Aquella doctrina legal, poco afortunada, ha tenido también reflejo en la jurisprudencia menor, según la cual (STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2005), «puede afirmarse con carácter general que la mera transferencia de una actividad no implica que concurran los requisitos exigidos por el artículo 44 del ET, sino que, también con carácter general, se precisa la transmisión al cesionario de los elementos básicos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de explotación» ⁹⁶.

⁹⁵ Según la sentencia, «ello quiere decir que la cesión de contratos que está en el origen de la subrogación contractual, y la propia subrogación empresarial resultante, son en principio lícitas, si bien no operan automáticamente sino que requieren el consentimiento de los trabajadores afectados».

⁹⁶ Porque sorprendentemente, según afirma, «además de la Ley 12/2001, que modifica e incorpora al ordenamiento interno la Directiva 77/187/CEE sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, es preciso tener en cuenta la Directiva 2001/23/CE sobre el mismo tema». El amparo explícito en la jurisprudencia referida lo manifiesta a STSJ del País Vasco de 17 de julio de 2005, en los siguientes términos: «En efecto, la jurisprudencia del TS –Sentencias de 13 de marzo de 1990, 5 de abril de 1993, 14 de diciembre de 1994, 23 de enero de 1995, 9 de febrero de 1995, 29 de diciembre de 1997 y 29 de abril de 1998 tenía ya señalado que no nos hallamos ante un supuesto de sucesión de empresa del artículo 44 del ET, cuando se produce una mera sucesión de contratistas o adjudicatarios de concesiones administrativas de servicios que aportan su propia estructura y medios materiales». La referencia a la nueva línea de jurisprudencia se contiene en la siguiente indicación: «En este sentido, ha de estarse a la jurisprudencia emanada del TS en sus Sentencias de 13 y 27 de octubre de 2004 (...) y 23 de noviembre de 2004 (...), en las que se ha determinado que en supuestos similares a los referidos, continuando la jurisprudencia europea, se produce la sucesión de empresa, con las consecuencias legalmente previstas».

No obstante la misma resolución judicial recoge, con menos reticencias que la doctrina jurisprudencial, la matización que se introduce por vía de jurisprudencia comunitaria, pues según esta sentencia de «la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 2004, en el asunto TEMCO, va a tener que concluirse que quedarán afectados por la regulación de la transmisión de empresa que hace el artículo 44 del ET, aunque no haya transmisión de elementos del activo de uno a otro contratista, los casos de sucesión de contrata cuando por convenio colectivo o por la imposición de su titular el nuevo contratista o adjudicatario ha de hacerse cargo de los trabajadores de la saliente, así como cuando el núcleo de la actividad económica descansa en la mano de obra, ya que la entidad económica transmitida mantiene su identidad».

2.2. Perspectiva histórica y evolución de la doctrina legal.

En una visión retrospectiva⁹⁷, ha de destacarse que ya de antiguo nuestra jurisprudencia venía reconociendo la operatividad de la institución laboral de «sucesión de empresa» en las contrata, es decir, cuando entre cedente y cesionario se interponía un tercero, incluso si ese tercero era una Administración pública (SSTS de 19 de noviembre de 1968; 28 de diciembre de 1978; 16 de julio de 1983, etc.). No obstante aquella posición estaba desajustada a la normativa comunitaria, según la interpretación dada por el Tribunal de Justicia, en cuanto afirmaba (SSTS de 22 de enero y 13 de marzo de 1990; 9 de julio de 1991; 21 de marzo de 1992; 5 de abril de 1993; 23 de febrero de 1994; 6 de febrero y 12 de marzo de 1997, etc.) lo siguiente:

«En los casos de sucesión de contrata no hay transmisión de la misma sino finalización de una, y comienzo de otra formal y jurídicamente distinta, con un nuevo contratista, aunque materialmente la contrata sea la misma, en el sentido de que son los mismos servicios los que se siguen prestando, no produciéndose por tanto la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores, salvo que lo imponga el pliego de condiciones, que al ser aceptado vinculará al nuevo concesionario, o se derive de normas sectoriales, si no se transmiten "los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación", pues, en caso contrario, lo que hay es una mera sucesión temporal en la actividad sin entrega del soporte patrimonial necesario para la realización de ésta, no siendo por tanto de aplicación el artículo 44 del ET.»⁹⁸

⁹⁷ Para ella GONZÁLEZ BIEZMA, E., *op. cit.*, págs. 113-120.

⁹⁸ La razón aducida por la STS de 26 de enero de 1988, para fundamentar aquella doctrina (recogida en las SSTSJ de Madrid de 17 y 18 de julio de 1989), era la siguiente: «si se sostuviera cosa distinta, se llegaría a la absoluta inoperancia de las sucesivas licitaciones, dado que el nuevo concesionario al tener que prever la subrogación indeterminada en las relaciones laborales previamente constituidas, le supondría un claro obstáculo a participar en la licitación, al verse imposibilitado en la generalidad de los casos a efectuar una previsión mínimamente fiable, acerca de los costes laborales ajenos al contrato». Razonamiento que no pasa de ser un alegato más o menos acertado desde el punto de vista económico, pero desde luego intrascendente jurídicamente, y sin que añada nada a la afirmación que hace, de seguido, acerca de que tal imposibilidad de prevenir costes «produciría una abierta ventaja para el anterior concesionario, vulnerando el artículo 14 de la Constitución». Añadiéndose en la STS de 6 de febrero de 1997 lo siguiente: «por la misma razón tampoco puede existir la subrogación de trabajadores aplicando este artículo (refiriéndose al art. 44 del ET) en casos, (...), en que la empresa al finalizar la contrata asume la actividad (...), pues igualmente aquí no ha habido reversión de los elementos patrimoniales en el sentido antes dicho; de la vigente redacción del artículo 51, regla 11.ª (...) se llega a la misma conclusión al excluir la aplicación del artículo 44.1 del ET, en los casos de ventas judiciales de empresas, cuando lo vendido

La inexistencia de la aportación de ese, al menos mínimo, soporte material para la actividad del concesionario por parte del concedente, venía determinando en nuestra doctrina jurisprudencial que a la reversión de la contrata no se produjeran los efectos prevenidos en la norma comunitaria (SSTS de 9 de marzo de 1987, 10 de junio y 9 de julio de 1991, referidas a la extinción de las concesiones de recaudación de tributos, pues en tales supuestos «como esta gestión fue realizada con medios y organización propia de los recaudadores, que no retornan a la Administración», entendieron que no se daba el supuesto prevenido en el artículo 44 del ET; en contra, con mejor criterio, se manifestó la STSJ de Castilla y León de 5 de mayo de 1991)⁹⁹, aspecto en que resulta ciertamente destacable el cambio que se ha producido, por una parcial recepción de la jurisprudencia comunitaria (STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2005) con la alusión a la «innecesariedad de que se dé la transmisión de bienes, medios materiales o infraestructura para que opere el fenómeno sucesorio regulado en el artículo 44 del Estatuto en casos de empresas de servicios, en base a las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades (...), principalmente la de 10 de diciembre de 1998».

No obstante aquella falta de operatividad inmediata del artículo 44 del ET no impedía necesariamente la existencia de la sucesión, aun sin que existiera entrega de infraestructura alguna por el cedente al nuevo concesionario, en determinados supuestos, pues la sucesión habría de operarse en los términos del Pliego de Condiciones utilizado en la licitación¹⁰⁰ siempre que además de en el Pliego de Condiciones se reflejase del mandato sucesorio en el contrato administrativo¹⁰¹. Solamente si no se precisaba suficientemente en aquella documentación contractual debería acudir a los criterios establecidos con carácter general, *ex* artículo 44 del ET (SSTS de 6 de febrero y 10 de diciembre de 1997). En otro caso, esto es si nada se indicaba en aquel Pliego, no existía subrogación (STS de 19 de octubre de 1992 y STSJ de Madrid de 28 de febrero de 1991).

no comprende los elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial». En esta sentencia se alude a la norma comunitaria (Directiva 77/187) y, se dice que aquella norma «se está refiriendo a empresas en el sentido de explotación o actividad con identidad económica propia y (...) en el objeto de una contrata no concurre dicha circunstancia». En ocasiones se ha moderado o minimizado la exigencia de amplitud o importancia en el soporte material transferido, indicándose que «la simple atención de servicios en que varias empresas se suceden, sin la menor transferencia de una mínima base patrimonial, no está comprendida en el presupuesto del artículo 44 del ET» (STSJ de Asturias de 26 de abril de 1996). Según la STSJ de Extremadura de 17 de marzo de 1992, resultaba «útil el criterio doctrinal que distingue entre las concesiones que llevan aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura y organización empresarial básica para la explotación del servicio, en las que la transmisión de la concesión o su asunción por la Administración podría determinar, en su caso, la subrogación por aplicación del artículo 44 del ET, y aquellas otras, en las que al no concurrir esta puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, faltan los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresa regulada por el mencionado precepto».

⁹⁹ Bien entendido que la «caducidad de la concesión de ninguna manera puede implicar que las relaciones jurídico-laborales se extingan, siendo por consiguiente de cuenta de la empresa concesionaria la correcta y legal acomodación de los trabajadores adscritos a la concesión a otros puestos de trabajo» (STSJ de Madrid de 17 de julio de 1989, en el mismo sentido puede citarse la STS de 30 de noviembre de 1992), o seguir el expediente de regulación de empleo oportuno (STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 1989).

¹⁰⁰ Sin advertirse que el Pliego formaba parte del contrato.

¹⁰¹ La STS de 29 de abril de 1998, acudiendo al respaldo constitucional (STC 66/1987, de 21 mayo), precisó que «los supuestos contemplados en el artículo 44 del ET, nada tienen que ver con la normal sustitución que se produce entre las empresas concesionarias de determinados servicios en la titularidad de concesiones o arrendamientos otorgados a terceros» (y que) no procede la subrogación «en cuanto no se dé (da) la transferencia del antiguo empresario al nuevo de la titularidad de la empresa o del centro de trabajo, elemento subjetivo, o de los de carácter patrimonial de la empresa o del conjunto operante de ella que permita la continuidad de la actividad empresarial».

También la misma jurisprudencia (SSTS de 6 de febrero y 10 de diciembre de 1997, y de 9 de febrero de 1998) indicaba que se producían los efectos asociados al traspaso (transmisión) de empresa en los supuestos en que aparezca así dispuesto en las normas convencionales aplicables (SSTSJ de Galicia de 3 de mayo de 1991 y de la Comunidad Valenciana de 12 de marzo de 1992), de tal modo que la obligación de subrogación tenía que «venir impuesta en el propio convenio o las cláusulas de adjudicación de la contrata» (STSJ de Cataluña de 1 de diciembre de 2004 ¹⁰²).

Aquella circunstancia ha venido siendo tradicional en determinados sectores como el de la seguridad privada y en los servicios de limpieza. En esos supuestos, se sigue considerando, que la subrogación se opera en los términos del propio Convenio Colectivo ¹⁰³, lo que ha venido planteando la duda de la aplicabilidad del artículo 44 del ET, cuando no se dan los requisitos establecidos en la norma convencional o cambia el contenido de la contrata. Alguna jurisprudencia menor (STSJ de Madrid de 13 de abril de 1992) ha venido indicando que la «exclusión del convenio determina la sola aplicación del artículo 44.1 del ET» ¹⁰⁴, amparándose en que la «incondicionada imperatividad (del mencionado precepto) sería prevalente en todo caso», y que (STSJ de Asturias de 7 de febrero de 1992) «cuando el nuevo arrendamiento tenga distinto contenido objetivo por extensión o la índole de los servicios pactados que el anterior, la empresa adjudicataria no lo es ya del mismo contrato que la otra pierde, (...), fallando al menos el presupuesto de hecho de la estipulación que únicamente establece, así considerada, (y) la obligación en tal caso de incorporar a los trabajadores antiguos dedicados a los servicios comprendidos en el último arrendamiento, no sólo por imposibilidad de una prestación más extensa, (...), sino por necesidad jurídica derivada del concepto mismo de subrogación, que así lo impone y que, definido en el artículo 1.203 del Código Civil, exige la permanencia objetiva del vínculo, cuya continuidad es este elemento del contrato, si falla, impide ya la sustitución subjetiva en que este género de novación consiste, estándose entonces ante otra clase o modalidad de sucesión en las deudas que no es la subrogatoria».

En los supuestos de concesiones administrativas, alguna jurisprudencia menor afirmaba que «ante la reversión al ente administrativo dueño de la actividad del servicio, así como la transmisión de todo soporte patrimonial necesario para su realización, (...) se produce la subrogación empresarial que contempla el artículo 44 del ET» (STSJ del País Vasco de 29 de abril de 1997). Pero en sentido distinto se pronunciaba otra doctrina jurisprudencial (SSTCT de 20 de julio de 1983 y 3 de junio de 1985), no obstante lo cual la STCT de 18 de diciembre de 1982 mantuvo otra doctrina, según la cual si bien los trabajadores de la concesionaria ninguna vinculación tenían con la Administración concedente, vigente la

¹⁰² Según esta sentencia: «un supuesto de transmisión de una entidad económica que mantiene su identidad es aquel en que se pacta por convenio colectivo o se impone por el empresario principal el que el nuevo empresario se haga cargo de los trabajadores de la empresa saliente, de modo que la obligación de subrogación tiene que venir impuesta en el propio convenio o las cláusulas de adjudicación de la contrata».

¹⁰³ Que, en ocasiones, impone concretos deberes para que la sucesión se produzca, y que deberán ser cumplimentados, si bien con una adecuada interpretación. Como indica la STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2005, «la subrogación puede operar estando la documentación incompleta, siempre que no se trate de los supuestos de ausencia de la documentación imprescindible, necesaria y suficiente para entender cumplidos los deberes que la norma convencional impone para informar sobre las circunstancias de los trabajadores afectados y a justificar que se han cumplido sus obligaciones dinerarias y de la Seguridad Social».

¹⁰⁴ Sigue manteniéndose este criterio en jurisprudencia reciente, así STSJ de Galicia de 14 de noviembre de 2005.

concesión, sí se instauró la relación laboral «en el instante en que por conclusión de la concesión sin extinción del servicio se produjo la subrogación empresarial prevista en el artículo 44.1 del ET»¹⁰⁵.

Finalmente las SSTS de 20 y 27 de octubre de 2004¹⁰⁶, tras afirmar que «el artículo 44 del ET cumple a la perfección los fines que persigue el artículo 3 de la anterior Directiva 77/187, de 14 de febrero de 1977, y de la Directiva 98/50/CE, de 29 de junio, para el caso de afirmar que existe cesión empresarial», no obstante plantearse la duda «de la orientación a la que servía la jurisprudencia comunitaria»¹⁰⁷ y mostrar un claro desacuerdo con la misma, se pliega a la interpretación mantenida por la jurisprudencia comunitaria.

Acatamiento que se produce, según aquellas sentencias, porque «de conformidad con el artículo 234 del Tratado CE –anterior art. 177–, la doctrina establecida por el TJCE, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta Sala que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial, se produzca un cambio en la doctrina comunitaria».

Al ser un acatamiento debido y no llevarse a efecto con convencimiento («el criterio del TJCE pueda suscitar, dicho sea con el debido respeto, ciertas reservas»¹⁰⁸), ha procurado resultados sólo

¹⁰⁵ Con referencia al rescate *ope legis* de los servicios de recaudación, una determinada jurisprudencia entiende que «no debe de ser configurado como cambio de titularidad de empresa, a efectos de lo que previene el artículo 44 del ET» (SSTS de 13 de marzo y 24 de julio de 1990; 10 de junio y 9 de julio de 1991), sin embargo la STS de 9 de marzo de 1987, en relación con la asunción por un Ayuntamiento de los servicios de recaudación entendió que sí existió subrogación empresarial, basando tal decisión en el artículo 44 del ET y en la Ordenanza a la sazón aplicable (OM de 7 de febrero de 1976, art. 59), en el mismo sentido se pronunció el TSJ de Castilla y León en su Sentencia de 5 de mayo de 1991, en la que indicó que en tal caso se daba «un cambio de empresario, que queda subrogado en los derechos y obligaciones del anterior y que por sí mismo no produce la extinción de la relación laboral, como declara el artículo 44 del ET» (en el mismo sentido la STSJ de Cantabria de 21 de junio de 1991).

¹⁰⁶ Mediante Auto de 5 de octubre de 2004, dictado en Sala General, se acordó poner fin al trámite de prejudicialidad, alzar la suspensión de la votación y fallo, y señalar con ese objeto para aquella fecha.

¹⁰⁷ Cuestionándose «si la doctrina iniciada por la jurisprudencia comunitaria se orientaba a crear una ficción de conveniencia para evitar un reemplazo arbitrario admitiendo la continuidad en unos contratos y negándola en otros o si por el contrario se deposita una auténtica convicción en que para ciertos sectores la «única actividad productiva dotada de autonomía y carácter productivo sustancial es la mano de obra». Según aquella sentencia «con arreglo al primer criterio se estaría protegiendo la no discriminación, evitando una posible selección arbitraria de los trabajadores y con arreglo al segundo la conservación de fórmulas de actividad personal en las que el núcleo esencial se apoyaría de manera personalizada en las características profesionales de los trabajadores, derivando de ello la obligada casuística de determinar en cada caso la interdependencia entre la actividad de la empresa y la cualificación y perfil de sus profesiones». Efectuando una determinada interpretación de la jurisprudencia comunitaria contenida en las sentencias, de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen), de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Limpiezas, S.L., Hoechst AG y RENFE), y de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96), llegando a la conclusión de que su tenor, «dicha entidad si bien debe ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial. En efecto, en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, 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 hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción». En igual dirección, añade, se pronuncia la Sentencia de 2 de diciembre de 1999 (asunto C-234/98, Allen) y la Sentencia de 24 de enero de 2002 (asunto Temco Service e Industries, S.A., C-151/00)».

¹⁰⁸ Precisando, «como ocurrió en el caso del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes (Sentencia de 9 de marzo de 1999) y como sucedió también con la doctrina de la denominada «sucesión en la actividad», que, acogida en las SSTJCE de 14 de abril de 1994 (asunto Schmitd) y 7 de marzo de 1996 (asunto Merckx), fue luego revisada en la Sentencia Süzen».

parcialmente satisfactorios ¹⁰⁹, de lo que es exponente que, según aquellas resoluciones judiciales, «las consideraciones anteriores muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 del ET y en las Directivas comunitarias», pero ello es independiente y no impide que «(se) deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria», con lo que, a la postre, se ha producido un mal ajuste de nuestra jurisprudencia con la del Tribunal de Justicia comunitario.

2.3. Un supuesto singular de discrepancia entre doctrina legal y jurisprudencia menor: los servicios de handling (asistencia aeroportuaria en tierra).

Con ocasión de la «sucesión de contratistas» de servicios de *handling* se planteó una severa controversia entre la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo, y la jurisprudencia discrepante de algunos Tribunales Superiores de Justicia ¹¹⁰. Efectivamente, la doctrina legal iniciada por las SSTS de 29 de febrero y 11 de abril de 2000, cuya doctrina se recoge en la de 2 de noviembre de 2005, ha venido sosteniendo una tesis que ha sido contrariada por alguna jurisprudencia menor (que se puede ejemplificar en la STSJ de Canarias de 4 de noviembre de 2003).

¹⁰⁹ Aquella jurisprudencia, para justificar sus reticencias, establece un paralelismo entre el supuesto enjuiciado y los supuestos de «sucesión de plantilla» (reservas similares suscita ahora también el criterio que se conoce como «sucesión en la plantilla»), aduciendo que al igual que en este último supuesto «difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento». Según aquella sentencia, las razones para mantener aquella reserva y sostener la afirmación anterior son las siguientes: a) «La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, continúa la indicada resolución jurisprudencial, "la incorporación 'total o parcial' de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa, o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad", precisando: "pero precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del ET y si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma—que no implica sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social—, la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger, como muestra de modo claro la comparación de las soluciones de los casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal. En la actividad contratada por la empresa Hernández Vidal no se aplicaron las garantías de la sucesión, porque esa empresa no contrató a ninguna trabajadora de la empresa saliente (Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Murcia de 13 de enero de 1999), pero estas garantías sí se aplicaron en el caso Sánchez Hidalgo (Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 1999), porque la empresa había contratado a determinadas trabajadoras de la concesionaria saliente, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario"; b) «La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión en la plantilla se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo».

¹¹⁰ Que no tiene que ver directamente con la problemática comunitaria indicada por la STJCE de 14 de julio de 2005, asunto C-386/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal Alemana.

Según la doctrina legal en cuanto los servicios de *handling* (asistencia aeroportuaria en tierra) se adjudican a un nuevo contratista, no se produce «transmisión» o «sucesión de empresa». Aquella doctrina desde un punto de partida muy definido, que se compadece perfectamente bien con la doctrina general sobre «sucesión de empresa» mantenida históricamente por la jurisprudencia ¹¹¹, llega a la conclusión de que lo acaecido cuando los servicios de asistencia en tierra (*handling*) se han adjudicado a un nuevo contratista «no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos una transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, sino que meramente se ha dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola empresa (...), de lo que hay que deducir que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere» ¹¹².

¹¹¹ Esto es, que «sólo se produce la subrogación en los contratos de trabajo merced a la imposición por el pliego de condiciones, cuando haya habido verdadera "sucesión de contrata", entendida ésta como cambio de la titularidad del contratista, acompañada de la transmisión, por parte del antiguo al nuevo, de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización básica de la explotación», y que «cuando ello sucede, no es precisa la aquiescencia de los trabajadores para que se opere la subrogación, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 44.1 del ET, que únicamente requiere la notificación del cambio a los empleados, bien por parte del cedente o bien por la del cesionario» (SSTS de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996 y 27 de diciembre de 1997).

¹¹² Argumentación en absoluto convincente pues no se atiene al contenido de la norma poniendo los límites arbitrariamente, esto es, no atiende a los parámetros que configuran la «sucesión de empresa». Desde luego que en la «transmisión de los servicios de rampa» de la actividad aeroportuaria en tierra, cuando se continúa la actividad de un operador anterior, existe «transmisión» de «toda o parte de la actividad», conforme con la normativa nacional y comunitaria. Precisamente eso es lo que se impone por la Directiva 96/67. No obstante nuestra jurisprudencia ha insistido en aquella línea jurisprudencial que, siguiendo la STS de 26 de julio de 2004, se puede resumir en los siguientes puntos: 1) «La sentencia de 29 de febrero de 2000 (a la que siguió otra de 17 de abril de 2000) llegó a la conclusión, también en un caso de cesión de contratos de trabajo de Iberia a una empresa concesionaria de servicios de rampa y pasajeros, de que tal cesión de contratos de trabajo constituye una novación subjetiva que requiere en principio el consentimiento del trabajador, por aplicación del artículo 1.205 del Código Civil ("La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el conocimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor"); 2) «Las sentencias (cuatro) de 30 de abril de 2002, dictadas ya en unificación de doctrina, mantuvieron la posición anterior, declarando que la cesión de contratos de trabajo acordada entre Iberia LAE y la segunda concesionaria de los servicios de rampa y pasajeros sólo puede dar lugar a subrogación contractual o cambio de la titularidad en la relación de trabajo en la posición de empresario si cuenta para ello con el consentimiento del trabajador prestado en cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico, con la puntualización de que sólo en el supuesto de subrogación legal por transmisión de empresa del artículo 44 del ET está previsto en el ordenamiento español el efecto de cambio automático de la persona del empleador»; 3) Las Sentencias de 15 de junio de 2002 y de 25 de junio de 2003 han insistido en la misma línea doctrinal sobre la exigencia del consentimiento individual del trabajador, indicando que tal requisito puede cumplirse en cualquiera de las formas previstas para la expresión de la voluntad, incluida la aquiescencia y el consentimiento tácito, y aclarando que tal consentimiento no puede ser sustituido por un mero acuerdo colectivo sobre el "método" de subrogación de personal, salvo que dicho acuerdo previera no sólo el procedimiento y los criterios de selección de los trabajadores afectados sino también la conformidad individual de éstos a la medida de subrogación, hipótesis que no se daba en el caso»; 4) «La propia Sentencia de 15 de junio de 2000 ha apuntado que la falta de tal conformidad o consentimiento individual mantiene en principio la relación contractual de trabajo con la empresa cedente, la cual estaría habilitada en su caso para la adopción de las decisiones de modificación, suspensión o extinción del contrato por necesidades de la empresa previstas en el ordenamiento laboral», y 5) «En fin, la reciente Sentencia ya citada de 14 de mayo de 2004, al enfrentarse directamente con un supuesto litigioso en el que se invocaba la prescripción de la acción por el transcurso de un plazo superior a un año sin oposición del trabajador a la subrogación acordada entre las entidades empleadoras, ha sentado doctrina en el sentido de que tal prescripción ha tenido lugar en virtud del artículo 59.1 del ET con base en que el defecto inicial de la operación subrogatoria consistente en no haber contado con el preceptivo consentimiento del trabajador genera anulabilidad o nulidad simple y no nulidad radical o absoluta, debiendo entenderse subsanado por el transcurso, sin oposición, de dicho plazo de prescripción de un año».

Por el contrario en una posición diferente, contenida en alguna jurisprudencia menor, se considera que la adjudicación a nuevos agentes de los servicios de *handling*, constituye «transmisión» de empresa y produce el efecto conocido como «sucesión de empresa».

Según esta doctrina debe partirse de la jurisprudencia comunitaria acerca del elemento objetivo de la sucesión, a saber, «la empresa, centro de actividad o parte de centro de actividad a que hace referencia la normativa comunitaria y que el artículo 44 traduce por empresa, centro de trabajo o unidad productiva». Precizando que si bien aquella jurisprudencia comunitaria «en una primera fase, concibió el objeto de la transmisión como una entidad económica que conserva su identidad (...) y partiendo de la idea de empresa organización estimaba que era necesaria la transmisión de un conjunto organizado de bienes (materiales o inmateriales) susceptibles por contar con una mínima autonomía funcional y organizativa, de ser explotados dentro de la misma actividad o de una análoga», posteriormente, una segunda fase «asume la noción funcional de la transmisión de empresas (...), y (...) afirma que está comprendida dentro de su ámbito de aplicación una situación en la que el empresario encomienda mediante contrato a otro empresario la responsabilidad de efectuar los trabajos (...), realizados anteriormente de modo directo» (STSJ de Canarias, de 4 de noviembre de 2003) ¹¹³.

Esta jurisprudencia menor, obediente a la Directiva 2001/23, a la jurisprudencia comunitaria y a que «el artículo 44 del ET que debe ser analizado a la luz de la Directiva y de la jurisprudencia citada», afirma ¹¹⁴ que «la sucesión del artículo 44 del ET opera no sólo entre empresas privadas, sino

¹¹³ Según aquella resolución jurisdiccional, en esta segunda fase la jurisprudencia comunitaria «parte de entender que lo determinante para la sucesión no es la transmisión de elementos patrimoniales sino la continuidad de la actividad». Esta jurisprudencia comunitaria, observa aquella jurisprudencia menor, ha sido «objeto de matización o rectificación en sentencias posteriores, y así se produce una vuelta a la noción organizativa de la transmisión en las Sentencias Mecks y Süzen, donde se sostiene que la transmisión deberá referirse a una entidad organizada y, por tanto, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede por sí sola revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva; criterio que se confirma en las Sentencias Sánchez Hidalgo (1998) y Hernández Vidal (1998)». Sin embargo, según esta jurisprudencia menor, en alguna de estas sentencias el propio Tribunal de Justicia apuntaba ya una nueva línea al afirmar que «dicha entidad (económica organizada) si bien ha de ser suficientemente estructurada y autónoma, no entraña necesariamente 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 pueden constituir una actividad económica cuando no existen factores de producción». Posición que, al decir de la misma sentencia de suplicación, «matiza la tesis de la Sentencia de Schmidt y la continúa la Sentencia de 25 de enero de 2001 del mismo Tribunal. En verdad, precisa la Sala juzgadora «el Tribunal de Justicia ha señalado que una entidad económica puede funcionar, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, de modo que el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos», de tal manera que «en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable» (...) Por el contrario cuando una actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, «puesto que exige un material e instalaciones importantes (...) inexistencia de transmisión del antiguo al nuevo concesionario de los elementos materiales del activo utilizados para la explotación de (...) que se trata constituye una circunstancia que ha de tomarse en consideración».

¹¹⁴ Con cita de sus propias Sentencias de 5 de mayo de 2000, de 25 de octubre de 2001 y de 28 de mayo de 2001.

también en los supuestos de contratas y concesiones administrativas, estimando en este último caso que no puede resolverse el tema de la aplicación del artículo 44 del ET citado de manera apriorística, sino atendiendo a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, de tal forma que si se produce la transmisión de una unidad económica organizada, y se transmiten los elementos patrimoniales (materiales o inmateriales) o en su caso la plantilla y la actividad cabe sostener la aplicación de la Directiva, o lo que es lo mismo del artículo 44 del ET». Se separa, consecuente y conscientemente de la doctrina legal establecida por el Tribunal Supremo, anteriormente citada ¹¹⁵ que parte «de la concepción empresa organización (...) rechazando la noción funcional de la transmisión de empresas». Concluye lo siguiente:

Como «la realidad que subyace (...) no es otra que la concesión de la explotación del servicio de *handling* (que se caracteriza porque lo esencial en el mismo es la mano de obra), por una nueva empresa que asume la totalidad de la plantilla que realiza la parte de actividad que se transfiere, y cuyo objeto es precisamente la explotación del *handling*, configurándose éste como una actividad autónoma susceptible de constituir el objeto de una empresa» (consiguientemente), «se ha producido (en virtud de la nueva adjudicación) la transmisión de una unidad productiva autónoma, o de parte de un centro de actividad, en virtud no de un acuerdo de partes, sino de una concesión administrativa, con la obligación de asumir junto con la actividad la totalidad del personal que realizaba la misma», lo cual «constituye una sucesión empresarial que encuentra su cobertura en el artículo 44 del ET, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pues dicho precepto regula la materia de la transmisión de empresas y ha de estar acomodado a las Directivas».

VIII. EL CRITERIO DE LA «GESTIÓN ECONÓMICA PROPIA» EN LA «SUCESIÓN DE CONTRATAS DE SERVICIOS»

En virtud del criterio de la «gestión económica propia, los elementos de explotación puestos a disposición por el comitente formarán parte de la entidad económica transmisible, a condición de que el contratista tenga la posibilidad de gestionar libremente esos elementos en función de su propio interés» ¹¹⁶. No necesitándose, según reiterada jurisprudencia, de la transmisión de la titularidad de elementos de explotación empresarial.

Dado que 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, varía necesariamente 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 parte del centro de actividad de que se trate» (STJCE de

¹¹⁵ Dado que «la existencia de una determinada línea jurisprudencial no implica que ésta haya de ser seguida necesariamente por los Tribunales inferiores, que en uso de su autonomía e independencia judicial pueden lícitamente discrepar del criterio sostenido por el TS, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en la aplicación de la ley, al tratarse de órganos judiciales diferentes (STC 160/1993, de 17 de mayo)».

¹¹⁶ Conclusión 25 del Abogado General Sr. Poiares Maduro, en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, Nurten Güney-Görres , Gul Demir), la cuestión se residencia en si los elementos, cualesquiera que fuesen, que el comitente pone a disposición del nuevo adjudicatario, han de haber sido recibidos por éste para desarrollar esa «gestión económica propia»¹¹⁷.

Se firma que la exigencia de que el nuevo adjudicatario pueda gestionar libremente los bienes puestos a su disposición, es necesario para evitar una generalización tal que cualquier puesta a disposición de los elementos de explotación por un comitente resulte equivalente a la inclusión de los mismos en la entidad transmisible, de tal manera que, a la postre, cualquier sucesión de prestadores de servicios para ejecutar una contrata pueda ser calificada de transmisión de empresa, con la sola condición de que ciertos elementos sean puestos a disposición por el comitente. Consecuentemente una simple pérdida de una contrata en beneficio de un competidor podría ser asimilada a una transmisión de empresa, enturbiándose así la línea de demarcación entre transmisión de empresa y transmisión de actividad¹¹⁸.

Advertido que nada en el texto del artículo 1.1.b de la Directiva 2001/23 ordena o se opone a la elaboración de un criterio que permita determinar los casos en los que una puesta a disposición de los activos equivalga en realidad a una «transmisión» de esos activos del comitente a la adjudicataria¹¹⁹, se puede afirmar que la imposición del criterio de la «gestión económica propia» constituye una exigencia que carece de justificación normativa. En efecto, la distinción efectuada entre una situación en la que existe una gestión económica propia y otra sin dicho modo de gestión, no atiende ni al fin de garantizar la protección de los trabajadores, ni al objetivo de permitir la realización del mercado interior, consecuentemente «la falta de conexión con alguno de los criterios perseguidos por la Directiva 2001/23 mina la credibilidad de (aquel) criterio»¹²⁰.

También se imputa a la referida exigencia el «no ser operativa»¹²¹ porque la disposición de menor flexibilidad por parte del primer adjudicatario respecto de la atribuida al segundo adjudicatario, en rela-

¹¹⁷ Posición consecuente de la jurisprudencia comunitaria, porque «para determinar si concurren todos los requisitos para la transmisión de una entidad económica organizada de forma estable, 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 centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos materiales 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 de que 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» (SSTJCE de 18 de marzo de 1986, asunto 24/85, Spijkers, de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95, Süzen, de 19 de mayo de 1999, asunto C-29/91, Redmon Stichting, y de 20 de noviembre de 2003, asunto C-340/01, Ablter y otros).

¹¹⁸ Posición del Gobierno alemán según expone el Abogado General, Sr. Poiars Maduro, en aquel proceso, asuntos acumulados C-232/04 y 233/04, en su conclusión 22.

¹¹⁹ Conclusión 27 del Abogado General, en el proceso indicado en la nota anterior, Sr. Poiars Maduro.

¹²⁰ Aun cuando, «para excluir el criterio de la gestión económica propia no basta con comprobar que éste, en algunos casos, restringe el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23». Si bien no cabe duda de que «la Directiva persigue con carácter principal la protección de los trabajadores, tiende igualmente a la realización del mercado interior, como muestra su adopción sobre la base del artículo 94 de la CE». Por tanto, también ha de repararse en que no es posible sostener «que la finalidad y el efecto útil de la Directiva 2001/23 resultarían comprometidos por el mero hecho de que ésta no sea aplicable a todas las situaciones de sucesiones de prestaciones de servicios, sino únicamente a aquellos casos en que tenga lugar una transmisión de empresa (distinguiendo entre transmisión de actividad y transmisión de empresa)».

¹²¹ Siguiendo las conclusiones 29 a 31 del Abogado General, Sr. Poiars Maduro, en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

ción con determinados materiales de la explotación, no puede llevar a la conclusión de que no se ha producido una transmisión de empresa. La diferencia entre aquellas situaciones «constituye una mera cuestión de grado: ambas empresas conservan cierta flexibilidad en la forma de organizar sus actividades, valiéndose de los elementos de explotación que se hallan a su disposición».

Esto es, la existencia de un entidad suficientemente estructurada y autónoma dentro de la empresa adjudicataria del contrato público no resulta, en principio, afectada por la circunstancia, por lo demás frecuente, de que dicha empresa esté sujeta al respeto a las obligaciones precisas que le impone el organismo adjudicador. En efecto, aun cuando puede ocurrir que la influencia ejercida por el organismo adjudicador en el servicio efectuado por el adjudicatario sea amplia, lo cierto es que, normalmente, éste conserva cierta libertad, siquiera reducida, para organizar y prestar dicho servicio, sin que quepa interpretar que su misión se limita a poner su personal a disposición de aquel organismo adjudicador¹²². En definitiva «dado que todo prestador de servicios goza necesariamente de cierta autonomía económica respecto al comitente, este criterio no permite delimitar en qué casos se ha producido una transmisión de empresa».

Se dice además que el criterio de la gestión económica propia «otorgaría una importancia excesiva a las disposiciones contractuales establecidas entre el comitente y el prestador de servicios. Si el contenido del contrato fuese decisivo para la calificación de la transmisión de empresa, los contratantes podrían eludir entonces la aplicación de la Directiva 2001/23. Por el contrario, el hecho de tomar en consideración las disposiciones contractuales entre el comitente y el contratista al que se le ha adjudicado la ejecución de la contrata deberá integrarse en una apreciación objetiva de las diferentes circunstancias del caso»¹²³.

Se afirma¹²⁴, también, que «de una disposición contractual que prevé la puesta a disposición de activos por el comitente no se deriva automáticamente que una transmisión del activo tendrá lugar entre dos contratistas», aduciendo para sostener tal afirmación que «en otro caso se podría producir una confusión entre mantenimiento de la actividad y mantenimiento de una empresa», de tal modo que «la mera puesta a disposición de activos por el comitente implicaría una transmisión de empresa entre los prestadores de servicios».

Afirmación que ha de tomarse con mucha cautela, y valorarse en función de los demás elementos concurrentes, pues aun cuando la existencia de una transmisión de empresas no pueda basarse en la mera circunstancia de que los bienes de la explotación han sido puestos a disposición de un contratista por el comitente, también puede suceder que los activos puestos a disposición puedan ser transmitidos de un contratista a otro, sustrayendo así los cocontratantes la operación del ámbito de la Directiva 2001/23¹²⁵.

¹²² Como se indica en la STJCE de 10 de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-173/96 y C-274/96, Hidalgo y otros.

¹²³ Criterio de la Comisión que también comparte el Abogado General Sr. Poiras Maduro en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

¹²⁴ Por el Abogado General, Sr. Poiras Maduro, en su conclusión 34, en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

¹²⁵ Como agudamente expone el Abogado General, Sr. Poiras Maduro, en nota 39 de sus conclusiones en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04.

Cierto es también que aquel «automatismo» del mecanismo sucesorio por la mera puesta a disposición de los elementos de explotación se puede moderar mediante la exigencia de que aquellos elementos del activo puestos a disposición del adjudicatario sean «indispensables» para la ejecución de la prestación de servicios de que se trate ¹²⁶.

A semejante condicionamiento (indispensabilidad) se le imputa que «desconoce la falta de libertad de la adjudicataria, que tras haberse adjudicado la contrata está obligada a cumplir las condiciones establecidas en el contrato celebrado con el organismo adjudicador» y que «además resulta lógico suponer que el comitente sólo pondrá a disposición del prestador de servicios los elementos de explotación necesarios para la ejecución de la contrata que le ha sido adjudicada» ¹²⁷.

La primera de aquellas objeciones no parece de recibo, pues efectivamente y con independencia de la obligación que tenga el adjudicatario de cumplir con las obligaciones de ejecución que para él se deriven de la adjudicación y la firma del contrato correspondiente. Parece que la puesta a disposición de los medios indispensables para ello es la forma en que realmente ejecutaría una empresa, en otro caso la ejecución de la contrata sería imposible, salvo que los pusiese el propio adjudicatario *motu proprio*. La segunda objeción está íntimamente relacionada con la primera, porque en definitiva lo que se hace es presumir infundadamente que necesariamente, siempre y en todo caso, se ponen a disposición los activos indispensables para la ejecución de la contrata.

Se dice, también, que salvo por el criterio de la gestión económica propia, «en los supuestos en que se celebren contratas idénticas de servicios entre el comitente y los contratistas sucesivos resulta especialmente difícil delimitar la entidad económica transmisible, puesto que numerosos elementos de dicha entidad están fijados contractualmente» ¹²⁸.

Ejemplificando semejante afirmación de la siguiente manera, «así, es inherente a la naturaleza del acuerdo celebrado en el marco de una contrata que la clientela del prestador de servicios siga siendo idéntica. Igualmente, desde el punto de vista de los contratistas sucesivos, los elementos puestos a disposición son una constante en la ecuación que deberán resolver para presentar una oferta (...). En efecto, los mismos elementos de explotación puestos a disposición por el comitente serán utilizados por todos los contratistas sucesivos, sin margen de maniobra a este respecto. En otros términos, los elementos puestos a disposición se encuentran fuera de la esfera de control de los contratistas sucesivos y, por consiguiente, no puede considerarse que formen parte de una entidad organizativa transmisible».

¹²⁶ Expuesto por la Comisión en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y 233/04. Al respecto es ejemplar el criterio contenido en la STSJ de las Islas Baleares, de 6 de abril de 1999, según la cual: «es cierto que, tratándose de un servicio municipal que empezaba a funcionar *ex novo*, el pliego de condiciones económico-administrativas que regía su concesión impuso al adjudicatario la obligación de adquirir el material y accesorios necesarios para la prestación del servicio de gestión (...), repercutiendo el coste de la inversión precisa en los precios que el usuario debía satisfacer. Pero también lo es que todo ese conjunto de bienes adscritos al servicio ha revertido al Ayuntamiento al finalizar el plazo de vigencia de la concesión administrativa en cumplimiento de lo que preveía la cláusula sexta del pliego. Resulta así que la infraestructura que constituye el soporte material de la explotación y que es imprescindible para el desarrollo de la actividad se ha transmitido al titular del servicio en términos hábiles para que la utilice quien se haga cargo de la gestión del mismo, sea un nuevo adjudicatario, sea el Ayuntamiento. La circunstancia de que dicha infraestructura hubiera sido creada y financiada por el primer concesionario y no por la entidad concedente es irrelevante del todo a efectos laborales, para lo que únicamente importa el dato de la continuidad de la misma empresa a pesar de que cambie su titular».

¹²⁷ Según el Abogado General, conclusión 36 del escrito presentado en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y 233/04.

¹²⁸ Precisa el Abogado General, conclusión 39 del escrito presentado en el proceso asuntos acumulados C-232/04 y 233/04.

Semejante crítica decae cuando se repara en que efectivamente la identificación de la empresa, desde un punto de vista jurídico-objetivo, puede dificultarse lo cual será relevante a otros efectos, pero desde luego no lo parece para impedir que se produzca el fenómeno laboral de la sucesión de empresa, porque al menos uno de los elementos de la empresa sí será siempre y en todo caso identificable, considerada aquélla desde una perspectiva funcional, los trabajadores y las labores que venían desarrollando bajo la dirección del anterior contratista. Además si nos atenemos a la necesidad de que el comitente u organismo adjudicador ponga a disposición del adjudicatario los elementos «indispensables» para la prestación de servicio objeto de licitación, ya existen elementos de identificación suficientes para denotar la entidad económica objeto de transmisión.

La jurisprudencia comunitaria (STJCE de 15 de diciembre de 2005, asuntos acumulados C-232/04 o 233/04, Nurten Güner-Görres, Gul Demir), tras destacar:

- Que «del artículo 1 de la Directiva 2001/23 se desprende que el ámbito de aplicación de esta última abarca todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa o centro de actividad y que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa o del centro de actividad, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales», y
- Que «la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no perteneciesen a su antecesor, sino que hubiesen sido puestos a su disposición por el organismo adjudicador no puede llevar a excluir la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23».

Concluye lo siguiente:

- a) «El desarrollo de una gestión económica propia con los elementos de explotación asumidos por un adjudicatario no se revela como un criterio determinante a la hora de comprobar la existencia de una transmisión de los elementos de explotación. Tal criterio no se desprende ni del tenor de la Directiva 2001/23, ni de sus objetivos, que son garantizar la protección de los trabajadores en caso de cambio de empresa o de centro de actividad y permitir la realización del mercado interior».
- b) «La circunstancia de que los elementos materiales sean asumidos por la nueva adjudicataria sin que le hayan sido cedidos para desarrollar una gestión económica propia no puede llevar a excluir la existencia de una transmisión de los elementos de explotación, ni la existencia de una transmisión de empresa o centro de actividad en el sentido de la Directiva 2001/23».
- c) «Para estimar que existe una transmisión de los elementos de explotación de la adjudicataria inicial a la nueva adjudicataria no es necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia».

IX. LA CUESTIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

En la normativa comunitaria la cuestión del convenio colectivo ¹²⁹ aplicable a los trabajadores afectados por una «transmisión» o «traspaso» de empresa generó un amplio debate, que se cerró con la modificación operada de la Directiva 77/187, por la Directiva 98/50, que después fue recogida en la Directiva 2001/23 (art. 3.3) con la siguiente previsión:

«Después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo. Los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no podrá ser inferior a un año.»

El artículo 44.4 del ET, consecuentemente con aquella regulación comunitaria, establece lo siguiente:

«Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida.»

En todo aquel proceso de globalización económica e implantación del «capitalismo (financiero) global», al que son consustanciales los «traspasos» de empresas, el convenio colectivo ocupa una posición ancilar, por cuanto constituye la única norma (laboral) ¹³⁰ que se compadece bien, por su origen en la autonomía colectiva, con la ideología liberal subyacente a los sistemas capitalistas, incluso en sus manifestaciones más extremadas y proclives al Estado mínimo («si la intervención del Estado es defectuosa, los mercados libres deben ser prefectos», consecuentemente, «no debe permitirse que el Estado intervenga en la economía» ¹³¹). De ahí la creciente importancia del tema del convenio colectivo aplicable cuando se produce una «transmisión» o «sucesión» de empresas.

¹²⁹ Que constituye una norma especial y propia del Derecho del Trabajo y puede definirse, siguiendo al artículo 2.1 de la Recomendación núm. 91 de la OIT de 25 de junio de 1951 (sobre convenios colectivos), en los siguientes términos: «Todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional».

¹³⁰ Nuestra Constitución establece (art. 37) tanto el derecho a la negociación colectiva, de los «representantes de los trabajadores y empresarios» (bien que remitiendo su regulación específica a la ley), como la «eficacia vinculante» de los convenios colectivos (ajustándose su interpretación, tanto por la jurisprudencia constitucional como ordinaria, a la Recomendación, núm. 91 de la OIT).

¹³¹ SOROS, G. *op. cit.*, pág. 159.

1. «Subsistencia» y aplicación del convenio colectivo.

La tutela dispensada por la Directiva 2001/23 «engloba los derechos subsistentes al tiempo de la subrogación, a saber, los que el interesado ha consolidado, incorporándolos a su acervo patrimonial, excluidas meras expectativas, por lo que no se recogen hipotéticos beneficios dimanantes de venideros convenios colectivos»¹³², lo cual no impide que la «transmisión» o «sucesión de empresa» provoque efectos complejos¹³³ protegiendo los trabajadores, en un sentido temporal doble, esto es¹³⁴:

- a) «Abarcado el pasado, al garantizar de modo extraordinario el cumplimiento de las deudas anteriores», y
- b) «El futuro, al mantener los contratos sin alterar sus términos, salvo la novación subjetiva inherente al cambio de empleador».

Debiéndose diferenciar entre estipulaciones individuales y colectivas, pues entre ellas «hay grandes diferencias, ya que, atendiendo a su origen, las primeras proceden del pacto entre el trabajador y el patrono, mientras que las segundas surgen de la negociación entre los representantes de ambos y, poniendo el acento en sus consecuencias, las individuales afectan exclusivamente a quienes las suscriben, en tanto que las colectivas atañen a los representados por los sindicatos y la patronal que las asume»¹³⁵.

Mediante el contrato de trabajo, «que se caracteriza por el principio de autonomía de la voluntad, cada una de las partes puede asumir libremente obligaciones frente a la otra». No obstante los derechos y obligaciones que integran aquel contrato de trabajo nacen no sólo de sus estipulaciones concretas, sino también de las normas contenidas en el convenio colectivo aplicable.

De todo ello resulta que en el contexto de una «transmisión» de empresa, una aplicación incondicionada del mencionado principio de autonomía de la voluntad podría producir un deterioro de los derechos que confieren al trabajador su contrato laboral y el convenio aplicable. Por este motivo, el legislador comunitario ha querido garantizar a los trabajadores, en caso de transmisión de la empresa una protección particular destinada a evitar aquel posible deterioro.

De la misma manera si los derechos derivados de las normas paccionadas pudieran desatenderse por el nuevo empresario padecería el propósito mismo da Directiva 2001/23 que no son otros que «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» (SSTJCE de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy's Dance Hall; de 29 de julio de 1981, asunto C-362/89, D'Urso y otros, y de 12 de noviembre de 1998, asunto C-399/96, Europièces).

Basta una elemental atención al contenido usual de los contratos de trabajo para constatar que una parte muy importante de su contenido, señaladamente en los sistemas no anglosajones, se integra

¹³² Según la conclusión 56 del escrito de conclusiones presentado por el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, el día 15 de noviembre de 2005 en el asunto C- 499/04, Hans Werhof.

¹³³ Precisa en la conclusión 36 aquel Abogado General, en el asunto C-499/04.

¹³⁴ GONZÁLEZ BIEDMA, E., «El régimen jurídico de la transmisión de empresas en el derecho español», en *La transmisión de empresas en Europa*, Bari 1999, pág. 174.

¹³⁵ Según precisa en su conclusión 38 el Abogado General del asunto C-499/04.

por remisión, en multitud de aspectos (señaladamente en materia salarial), a lo dispuesto en el convenio colectivo correspondiente. Si bien nada obsta para su aplicabilidad aun si no existiera remisión expresa, dado su carácter de norma jurídica. Debiéndose además tener en cuenta que, al menos en algunos ordenamientos, «el contrato laboral puede remitir, mediante cláusulas de flexibilización, a otros instrumentos jurídicos, como convenios colectivos, no necesariamente rubricados por los contratantes»¹³⁶ o referidos a otra unidad de negociación, lo cual posibilita, en algunos sistemas de relaciones laborales, la uniformidad regulatoria¹³⁷.

En virtud de aquella Directiva, los derechos y obligaciones derivados del convenio colectivo, al que se remita el contrato de trabajo o que sea de aplicación directa, son transferidos, de pleno derecho, a nuevo propietario, incluso aunque éste no sea parte ni en ese convenio ni en ningún otro. Lo cual, ha sido ratificado por la jurisprudencia comunitaria según la cual:

«Los derechos y obligaciones que resulten de un convenio colectivo siguen siendo vinculantes para el nuevo propietario después de la transmisión del centro de actividad» (STJCE de 9 de marzo de 2006, asunto C-499/04, Hans Werhof).

Aquella afirmación es predicable del artículo 44.4 del ET¹³⁸, aun estando el convenio de la cedente en fase de ultractividad¹³⁹, bien que con la limitación temporal en el mismo establecida¹⁴⁰.

¹³⁶ Precisa el Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo, en su conclusión 30.

¹³⁷ Esto es, que se «instauren una reglas comunes para la totalidad o para una parte del personal y consiguientemente una igualdad de trato, con independencia de la afiliación sindical (...) cláusulas (que) actúan de manera estática o dinámica, según reenvíen a un convenio determinado en vigor o al aplicable en cada momento a la empresa o al sector económico en que se desenvuelve la actividad», destaca el Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo, en sus conclusiones 31 y 32.

¹³⁸ STSJ de las Islas Baleares, de 23 de octubre de 2002, según la cual, «producida la subrogación empresarial, aunque sea por méritos a la concesión de una nueva contrata, es obvio que una vez consumada la sucesión mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida y que esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del Convenio Colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro Convenio Colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida», el nuevo empresario queda subrogado en los derechos y obligaciones del anterior y ello aunque no derive exclusivamente del cambio de titularidad de empresa, centro de trabajo o unidad productiva a tenor del artículo 44 del ET (...). Debe recordarse que la Ley 12/2001, de 16 de julio, modificó el artículo 44 del ET y en su párrafo 4 establece que salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma transferida y que esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del Convenio Colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro Convenio Colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida». Para la subrogación en la acumulación del crédito horario establecido en el convenio colectivo STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 2004.

¹³⁹ Como indica la STS de 22 de marzo de 2002, «el Convenio en fase de ultraactividad sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Cuando la Directiva habla de "aplicación de otro convenio colectivo", no se refiere al que ya estaba vigente *ex ante* la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquélla y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. Conclusión que se refuerza, si cabe, a la vista del contenido del antes citado número 4 del artículo 44 del ET».

¹⁴⁰ Según la STSJ de Canarias de 28 de mayo de 2004, «aunque las empresas, cedente y cesionaria, se rigieran antes de la transmisión por convenios distintos, el artículo 44 del ET establece la forma para resolver dicho posible conflicto, porque la sucesión de empresa operada por la vía del artículo 44 del ET no supone la pérdida automática de las condiciones de

Ha de determinarse si acaso la norma comunitaria trata de manera desigual el mantenimiento de los derechos de los trabajadores con ocasión de una «transmisión» (sucesión) de empresa, según deriven de una cláusula del contrato de trabajo o del contenido del convenio colectivo aplicable.

Según se establece en el artículo 3 de la Directiva 2001/23, en relación con los derechos y obligaciones derivados de las cláusulas individuales contenidas en los contratos de trabajo «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso»¹⁴¹.

Sin embargo cuando de derechos derivados de normas colectivas se trata, la solución es temporalmente diferente, estableciéndose que después del traspaso, el cesionario debe mantener las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, «hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo»¹⁴², si bien los Estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, «pero éste no podrá ser inferior a un año».

Esa pervivencia limitada en el tiempo de un determinado régimen jurídico, plantea una grave problemática. Efectivamente, sólo la «pervivencia de las (normas) colectivas queda sometida a unos límites temporales: la fecha de extinción del acuerdo o la entrada en vigor de uno nuevo»¹⁴³ salvo que los Estados señalen un término al respecto (que no ha de bajar de un año)¹⁴⁴, en tanto que las cláusulas individuales crecen de aquella limitación temporal, salvo lo que se pueda deducir de su propio contenido.

trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo que acoge el precepto, aunque dicho principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba. El Convenio de la empresa anterior sigue obligando a la cesionaria, hasta que, después de producida la subrogación o absorción, se alcance un pacto al respecto o entre en vigor otro Convenio que sea aplicable a dicha empresa. Ahora bien (...) la empresa adquirente está obligada a respetar para los trabajadores subrogados provenientes de la empresa absorbida todo lo recogido en el Convenio Colectivo que regía las condiciones de trabajo en dicha empresa (...) en lógica jurídica la personalidad jurídica de la empresa anterior ha desaparecido por lo que se cumplen las condiciones para que la nueva empresa que ha ocupado su lugar tenga que cumplir lo pactado en Convenio Colectivo».

¹⁴¹ Pudiendo incluso los Estados miembros «establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieron su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso».

¹⁴² Conviene recordar, como han afirmado las SSTs de 30 de junio de 1998 y 27 de enero de 2005, «que el sistema español de negociación colectiva es "un sistema basado en la estabilidad y en la conservación en el tiempo de los resultados de la negociación colectiva" pero ello no impide la modificación de la norma por un acto posterior, conforme a un principio de modernidad, en el que se funda la adecuación de la sucesión de las normas en los sistemas contemporáneos de fuentes del derecho (art. 2.º 2 del CC), que rige también para la sucesión de los convenios colectivos estatutarios dentro del mismo ámbito, pues el artículo 82.3.1.º del ET indica que los convenios colectivos obligan "durante el tiempo de su vigencia", lo que quiere decir que, también el convenio colectivo, como norma que es (art. 3.º del ET) puede terminar su vigencia por la vía de la derogación por una norma posterior del mismo rango».

¹⁴³ Como precisa la STSJ de las Islas Baleares de 6 de junio de 2001, «el artículo 44 del ET –en el supuesto de que fuere aplicable– no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar las existentes en el momento de la transferencia, por lo que en el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la relación laboral con el nuevo empleado».

¹⁴⁴ Indica el Abogado General del asunto C-499/04, en su conclusión 39.

Por ello, al menos aparentemente, queda abierta la posibilidad de que los trabajadores vean rebajados sus derechos, de todo orden incluso salariales, por razón de la aplicación de la nueva regulación, lo cual rememora la doctrina jurisprudencial acerca de los convenios colectivos regresivos¹⁴⁵. Sin entrar en aquella cuestionable jurisprudencia puede afirmarse que no debe considerarse aplicable a los supuestos de sucesión de empresa, dada la existencia de un mandato legal que ordena la subrogación *sine die* del nuevo empresario en los derechos individuales de los trabajadores del cedente y los provenientes del convenio aplicable ya se han incorporado al nexo contractual ante de la «transmisión».

Dando un paso más parece que la regulación concreta tanto de la Directiva 2001/23 y como del artículo 44 del ET abogan por mantener. Respecto de los derechos individuales ya incorporados al nexo contractual, la jurisprudencia según la cual «dado que la empresa cesionaria se subroga en los derechos y obligaciones de la empresa cedente, a tenor de lo dispuesto en el artículo 44 del ET, no se puede modificar en perjuicio del trabajador el convenio aplicable», de tal manera que «si el que se venía aplicando por la empresa cedente era más beneficioso, éste ha de ser también el aplicable por la empresa cesionaria», con independencia de su efectiva pertinencia, pues otra cosa iría en contra de lo dispuesto en el citado artículo 44 del ET, y también en el artículo 3.º 3 del mismo texto legal, expresivo de que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador» (STS de 18 de diciembre de 1990).

Semejante afirmación no se contradice ni es incompatible con que respeto de los derechos colectivos, expectativas, y otras condiciones de ordenación del trabajo deba afirmarse (STS de 22 de marzo de 2002)¹⁴⁶ que:

- a) «La sucesión de empresa operada por la vía del artículo 44 del ET no supone la pérdida automática de las condiciones de trabajo existentes en la empresa cedente, de acuerdo con el principio de continuidad de la relación de trabajo que acoge el precepto.
- b) Dicho principio no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicaba. Lo contrario supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos –como el presente– de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores.

¹⁴⁵ «El convenio limita sus efectos al ámbito y duración que en el mismo se fije, pudiendo el convenio siguiente, y una vez agotado el anterior o el que resulte aplicable a las partes, establecer condiciones más regresivas que el anterior, sin que ello suponga la infracción del principio de condición más beneficiosa, pues rige al efecto el principio de modernidad, tal y como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2003 cuando señala que «el convenio colectivo es esencialmente una norma temporal que, en principio, no está llamado a desplegar eficacia fuera del tiempo a que se contrae su vigencia, salvo que en el mismo o en otro posterior así se reconozca» (Sentencia de 25 de junio de 1993), y caben, en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también el artículo 86.4 del ET» (STSJ de la Comunidad Valenciana de 31 de enero de 2005).

¹⁴⁶ Que recoge la doctrina sentada, entre otras, en las SSTs de 5 de diciembre de 1992 y 12 de noviembre de 1993, en una serie que se inicia con las varias de 15 de diciembre de 1998 dictadas en Sala General y continúa con las de 1, 29 y 30 de junio de 1999.

- c) Quiere ello decir que por vía de convenio colectivo posterior al cambio de titularidad de la empresa, se puede proceder a tal regulación homogénea de condiciones de trabajo.»

2. Los efectos de las cláusulas de remisión a un convenio colectivo contenidas en los contratos de trabajo.

Aquellas cláusulas que se establecen «cuando el documento rubricado por el obrero y el patrono se remite al convenio colectivo, en orden a la regulación de alguna materia como la salarial»¹⁴⁷, puede diferenciarse tanto de las cláusulas individuales en sentido estricto, como de las colectivas. Se trata de un tercer tipo de cláusulas que, incluidas en los contratos de trabajo, participan en buena medida de la cualidades de los otros dos tipos de cláusulas.

Ciertamente aquella «indicación remitente, al hallarse incluida en un contrato individual», parece que «debería regirse por el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva¹⁴⁸, esto es, ser tratada como una cláusula individual más, lo que acarrearía la prolongación (indefinida) del régimen jurídico pactado, sin perjuicio de una eventual modificación que, al margen de la transmisión, figurase recogida de manera general en la legislación y salvaguardada en el artículo 4, apartado 1, de la propia Directiva»¹⁴⁹.

En tal caso, se dice que el último dueño de la entidad podría quedar «vinculado de un acuerdo colectivo en el que no (hubiese) participado», consecuencia sin duda relevante, pero que, se precisa, no sería razón suficiente para impugnar la vigencia de aquel pacto remisorio, «pues si se aprueba, hay que respetarlo», siendo así además pues «el cambio de patrono», que se produce por la transmisión o sucesión de empresa, «reviste tan poca relevancia como el de algún trabajador o del comité de empresa»¹⁵⁰. La cuestión se plantea entonces en los siguientes términos:

- Una cláusula contractual individual con contenido material, sustantivo, no admite la disyuntiva entre una interpretación «estática o dinámica», al estar ya definitivamente fijado su contenido, invariable, en el momento de la «transmisión» de la empresa.

¹⁴⁷ Indica el Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo, en su conclusión 41.

¹⁴⁸ Que establece lo siguiente: «1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso».

¹⁴⁹ Que establece: «1. El traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituirá en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo. Los Estados miembros podrán establecer que no se aplique el párrafo primero a determinadas categorías concretas de trabajadores que no estén cubiertas por la legislación o la práctica de los Estados miembros en materia de protección contra el despido». Precizando el Abogado General, que «conforme al primer párrafo del apartado 1 del dicho artículo 4, la transmisión de una empresa, de un centro de actividad o de una parte del centro de actividad no constituye en sí misma un motivo de despido que pueda aprovechar el cedente o el cesionario, lo que no impide los despidos por razones económicas, técnicas o de organización, que impliquen cambios en el plano del empleo». Sobre el tema SSTJCE de 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy's Dance Hall, 12 de noviembre de 1992, asunto C-209/91, Watson Rask y Christensen y de 14 de septiembre de 2000, asunto C-343/98, Pollino Chiappero.

¹⁵⁰ Como indica «por puro afán dialéctico», el Abogado General del asunto C-499/04, conclusión 41.

- Por el contrario, si se trata de una cláusula individual contractual remisoras al convenio colectivo cabe tanto una interpretación «estática como «dinámica», dependiendo de los términos concretos de la remisión. Si se efectuase una interpretación «dinámica» de aquella remisión, el resultado sería que se perpetuaría la remisión a los sucesivos convenios colectivos que sucedieran al que esté en vigor en el momento de la «transmisión» de la empresa.

Efectivamente, si se tratase a una cláusula contractual remisoras como si fuera una cláusula contractual individual ordinaria, no específica ni singular, resultaría que los efectos de la remisión al convenio colectivo se podrían perpetuar en el tiempo, lo que no parece razonable, pues aquellos efectos «no pueden pervivir «sine die», extendiéndose al convenio en vigor el tiempo de la transmisión y a todos los que lo sustituyan pues la inmovilización de las condiciones laborales restringe el poder de dirección de empresario y condena al fracaso cualquier intento de homogeneización»¹⁵¹.

Aquel razonamiento envuelve un sofisma, pues al mismo subyace un error conceptual, consistente en el tratamiento del convenio colectivo como si fuera un contrato y no como norma jurídica que es, inserta en un ordenamiento y por tanto necesariamente cambiante, lo contrario sería tanto como admitir la petrificación del ordenamiento jurídico.

Cuestión diferente esa que la cláusula contractual de remisión especifique que se remite a un convenio concreto, concluido por unas determinadas partes, en una fecha precisa, etc., en cuyo caso no cabría la interpretación «dinámica» de la remisión¹⁵². No obstante semejantes cláusulas remisoras al convenio colectivo pertinente, en modo son usuales, por cuanto se contradicen con el carácter de ser las relaciones obligatorias laborales de «tracto continuado» y con la naturaleza del convenio en cuanto que norma jurídica.

Puede concluirse, en una hipotética opción entre cláusulas que pueden actuar de manera «estática» o «dinámica» (dependiendo de que reenvíen a un convenio determinado y concreto o al que esté en «vigor» o aplicable en cada momento a la empresa o al sector económico en que se desenvuelve la actividad), lo siguiente:

- a) Que si se trata de una cláusula que efectúa una remisión a un concreto y definido convenio colectivo, simplemente no cabe su interpretación «dinámica».
- b) Que «no procede una interpretación "dinámica" de una cláusula de (simple) remisión (pues) hay una situación de interinidad, en la que la referida cláusula despliega todos sus efectos en relación con el convenio suscrito por el titular inicial, pero deja de producirlos en los supuestos (de) expiración, extinción o sustitución, así como, cuando el Estado miembro lo ha previsto, por el transcurso de, al menos, un año desde la transmisión de la empresa, sin que abarque los acuerdos (convenios colectivos) posteriores, salvo, evidentemente, si el nuevo empresario expresa otra voluntad»¹⁵³.

¹⁵¹ Conclusiones 47 y 48 del Abogado General, en el asunto C-499/04.

¹⁵² Se trata de la técnica usual de remisión en el tráfico internacional, so pena de una difícilmente soportable inseguridad jurídica e inasumible indeterminación de costes para cualquier operador económico.

¹⁵³ Conclusión 53 del escrito de conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo.

Aquella prolongación limitada de la vigencia del convenio se justifica además por razones de mera utilidad, pues «al ser una regulación de transición, se justifica que la coyuntura de los trabajadores del cesionario y la de los traspasados por el cedente difiera provisionalmente. La fijación de un período mínimo durante el que se ha de respetar el convenio permite que los asalariados gocen de un período de adaptación al nuevo empresario, al margen del destino de los aprobados más tarde»¹⁵⁴.

La jurisprudencia comunitaria ha zanjado definitivamente aquella polémica «estatismo-*versus*-dinamismo» de las cláusulas de los contratos individuales que efectúen remisiones al convenio colectivo¹⁵⁵, estableciendo la siguiente doctrina:

«Una cláusula de remisión a un convenio colectivo no puede tener un alcance a un mayor que el convenio al que se remite (por tanto) cuando el contrato de trabajo se remite a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte de tal convenio no queda vinculado por los convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión de la empresa o centro de actividad» (STJCE de 9 de marzo de 2006, asunto C-499/04, Hans Werhof)¹⁵⁶.

De aquella doctrina se derivan consecuencias sin duda trascendentes, que se explicitan en la misma resolución de la justicia comunitaria y que pueden concretarse en las siguientes:

a) «Las condiciones de trabajo reguladas por (el) convenio sólo se mantienen hasta la fecha de extinción o expiración del convenio o hasta la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio», pues del «tenor de la Directiva no se desprende en absoluto que el legislador

¹⁵⁴ En conclusión 55 del mismo Abogado General.

¹⁵⁵ Resuelve así el Alto Tribunal la polémica planteada en relación con el carácter «estático» o «dinámico» de aquellas cláusulas. En este punto cabe referir los términos en que se planeó aquella polémica, en la que las posiciones de las partes fueron las siguientes: a) Según la parte demandante en el litigio principal, «cuando un contrato de trabajo individual contiene una cláusula de remisión a los convenios colectivos suscritos en determinados sectores, esta cláusula tiene necesariamente carácter "dinámico" y (...) se remite a los convenios suscritos después de la fecha de transmisión de la empresa»; b) Según el Gobierno alemán «el único convenio colectivo aplicable es el vigente en la fecha de la transmisión. De no ser así, si los convenios que entraron en vigor después de la fecha de la transmisión fueran aplicables a los empresarios que no hubieran participado en las negociaciones, ello constituiría un obstáculo a la libertad contractual, lo cual equivaldría a una expropiación»; y, c) Según la Comisión de las Comunidades Europeas que la norma pertinente al caso de Directiva (art. 3, apartado 2) «contiene dos obligaciones», a saber: por una parte, «conforme a la "cláusula de equivalencia", que hace que los convenios colectivos celebrados por el cedente sean aplicables al contrato de trabajo, la obligación del cesionario de seguir pagando al demandante el salario que el cedente había convenido a título individual y las primas adicionales previstas en el convenio colectivo, sólo persiste "hasta el momento de la extinción o expiración" del convenio, y, por otra parte, el derecho alemán, al haber sido la facultad de limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo prevista por la Directiva, «la demandada también podría liberarse de la obligación de atenerse al convenio colectivo antes de la expiración de éste, una vez transcurrido un año a partir de la fecha de la transmisión».

¹⁵⁶ Indica el Alto Tribunal comunitario lo siguiente: «si (...) se hubiera hecho una interpretación "dinámica" de la cláusula contractual de remisión (...), los convenios colectivos futuros serían aplicables al cesionario que no sea parte del convenio colectivo y podría ponerse en peligro su derecho fundamental de no asociarse. En cambio, la interpretación estática de dicha cláusula (...), permite evitar que el cesionario del centro de actividad, que no se parte del convenio colectivo, se vea vinculado por el devenir de dicho convenio. De esta forma se garantiza plenamente su derecho a no asociarse», por tanto cuando el contrato de trabajo se remita a un convenio colectivo que vincula al cedente, el cesionario que no sea parte en tal convenio no queda vinculado por convenios colectivos posteriores al vigente en la fecha de transmisión.

comunitario haya querido vincular al cesionario a otros convenios colectivos distintos del vigente en la fecha de la transferencia y, por consiguiente, imponer la obligación de modificar ulteriormente las condiciones de trabajo por aplicación de un nuevo convenio celebrado después de la transmisión».

Interpretación que «es conforme con el objetivo de dicha Directiva, que se limita a mantener los derechos y las obligaciones de los trabajadores vigentes a la fecha de la transmisión. Por el contrario la finalidad de la Directiva no es proteger simples expectativas y, por tanto, beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos».

- b) «Los Estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero éste no puede ser inferior a un año», resultado que, en cierta medida, «esta limitación es subsidiaria, puesto que se aplica si no se produce ninguna de las situaciones mencionadas, a saber, la expiración, extinción del convenio colectivo existente, la entrada en vigor, o incluso la aplicación de un nuevo convenio colectivo, en el plazo de un año de a partir de la transmisión».

Además, «aunque, conforme al objetivo de la Directiva, deben protegerse los intereses de los trabajadores afectados por la transmisión, no puede hacerse abstracción de los derechos del cesionario, que debe seguir pudiendo realizar los ajustes y adaptaciones necesarios para continuar su actividad».

3. La continuidad de los «pactos extraestatutarios» concluidos por el cedente.

Ha de recordarse que la eficacia jurídica normativa de los «convenios extraestatutarios», «pactos o contratos colectivos» o «convenios irregulares»¹⁵⁷, se deriva directamente de la Constitución, pues son «expresión del derecho a la negociación colectiva reconocido a los representantes de los trabajadores y los empresarios en el artículo 37.1 de la CE», constituyendo fuentes de regulación de las condiciones de trabajo, lo que conduce a reconocerles el tratamiento de auténticas normas jurídicas¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Indica QUINTANILLA NAVARRO, R.Y.: *Los convenios colectivos irregulares*, Madrid 1999, pág. 31 que «sin duda, la expresión que más se ha generalizado en la actualidad (...) es la de "convenios extraestatutarios", denominación que comienza a utilizarse a partir de la entrada en vigor del Estatuto de 1980, para identificar a los convenios colectivos negociados al margen de las previsiones legislativas, derivados directamente del artículo 37.1 de la CE. No obstante, en mi opinión, el término que con más precisión nos acerca a esta figura es el de "convenios irregulares"». Precisa QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *op. cit.*, pág. 60, que la diferencia entre la «eficacia real de los convenios irregulares» y los «convenios estatutarios» es la siguiente: «Si bien ambos se encuadran en el género de los "actos normativos", sin embargo cada uno ocupa un lugar distinto en el sistema de fuentes estatal (...). El convenio irregular se hallaría a mitad de camino entre el estatutario y el acuerdo contractual, de modo que se definiría como un acto normativo intermedio que, apesar de no incluirse dentro del sistema formal de fuentes jurídicas estatales, poseería eficacia inderogable y automática respecto de los contratos individuales. Limitándose dicha eficacia, no obstante, a los trabajadores y empresarios afiliados a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales pactantes del acuerdo». Sobre las consecuencias de proclamar la eficacia normativa de los «convenios irregulares» págs. 60 y ss. Sobre la eficacia normativa de estos convenios SALA, T. *Los convenios colectivos extraestatutarios*, Madrid 1981, pág. 11; PALOMEQUE, M.C.: *Derecho sindical español*, Madrid 1988, pág. 347; OJEDA, A.: *Derecho Sindical*, Madrid 1992, pág. 599; GARCÍA MURCIA, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid 1998, pág. 199, entre otros.

¹⁵⁸ SSTC 179/1989 y 151/1994, de 23 de mayo de 1994.

La garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos supone que éstos están dotados de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación «de manera automática, sin precisar de auxilio de técnicas de contractualización», de modo que la facultad normativa de las partes sociales encuentra su reconocimiento jurídico en la propia Constitución ¹⁵⁹.

No obstante a aquella facultad negociadora, que deba entenderse «sometida lógicamente a la Constitución y a la regulación que el Estado establezca», dada la subordinación jerárquica del convenio colectivo respecto a la legislación (art. 3.1 de la LET), ni que el convenio colectivo haya de adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico», siendo la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado constitucionalmente legítima ¹⁶⁰.

Por ello aun partiendo de la «plena validez y fuerza vinculante» ¹⁶¹ de los pactos, contratos o convenios colectivos extraestatutarios, se les ha atribuido una eficacia limitada ¹⁶², al carecer de una regulación legal propia y regirse directamente por el artículo 37.1 de la Constitución Española y, dada la naturaleza híbrida de todo convenio colectivo, también por las normas que el Código Civil dedica a los contratos ¹⁶³ (arts. 1.091 y 1.254 a 1.258 ¹⁶⁴), sin perjuicio de aplicar, en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de «conciertos» plurales.

La principal característica de estos pactos, contratos o convenios colectivos extraestatutarios estriba en que su ámbito personal de aplicación se limita a la empresa y a los trabajadores que los concertaran inicialmente (bien por sí mismos mediante representantes específicos elegidos *ad hoc*, bien mediante «representantes unitarios» de personal, o bien a través del sindicato al que estuvieren afiliados), así como a aquellos otros que en lo sucesivo se adhieran al concierto por cualquiera de los medios previstos en la ley ¹⁶⁵.

¹⁵⁹ STC 58/1985 de 30 de abril de 1985.

¹⁶⁰ STC 92/1992 de 11 de junio de 1992.

¹⁶¹ STS de 24 de enero de 1997.

¹⁶² SSTS de 22 de octubre de 1993, 17 y 22 de octubre de 1994 y 14 de diciembre de 1996.

¹⁶³ SSTS de 2 de febrero y 21 de junio de 1994.

¹⁶⁴ STS de 14 de diciembre de 1996.

¹⁶⁵ STS de 30 de marzo de 1999. Precisa la STS de 20 de noviembre de 2003, que «tradicionalmente se ha venido admitiendo que, junto a los convenios colectivos de eficacia general regulados en el Título III del ET, existen otros pactos, también colectivos, negociados al margen de las exigencias y formalidades previstas para los estatutarios; así lo proclamó el Tribunal Constitucional (...), al declarar que "la negociación extraestatutaria está constitucionalmente protegida, al menos cuando quien negocie es un sindicato"; (...) el artículo 37.1 de la Constitución ampara por igual a los convenios colectivos estatutarios y a los extraestatutarios, ahora bien (...), la eficacia general se reconoce solamente a los convenios colectivos estatutarios, según lo dispuesto en los artículos 37.1 de la Constitución y 82.3 del ET, de manera que no es posible una equiparación absoluta de ambas especies de pactos puesto que, dada su peculiar naturaleza y el proceso que se sigue para la negociación, no tienen los extraestatutarios fuerza normativa con carácter de generalidad, sino simplemente obligacional entre quienes los conciertan y sus representados y los que puedan adherirse al pacto. La consecuencia que de todo esto se deduce es que, en el orden jerárquico de fuentes de la relación laboral que contiene el artículo 3.º del ET, el puesto que corresponde a los convenios colectivos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito de aplicación excede de lo individual».

El resultado de semejante conjunto de singularidades y características que afectan a los pactos, contratos o convenios colectivos extraestatutarios no empecen a su utilidad ¹⁶⁶, y además no son trascendentes a efectos «sucesorios» laborales.

Ciertamente la falta de su regulación expresa en nuestro ordenamiento jurídico de los pactos, contratos o convenios colectivos extraestatutarios, ha llevado a la jurisprudencia a concluir, cuestionablemente, que ocupaban un nivel inferior al asignado a los convenios colectivos estatutarios, careciendo de su eficacia normativa, que reconduce a la dimanante de la esfera de libertad contractual en que se desarrollan ¹⁶⁷.

No obstante, dado su amparo en fuerza creadora normativa de la negociación colectiva, su «fuerza vinculante» «superior a la "voluntad de las partes" expresada en el contrato de trabajo» ¹⁶⁸, y su carácter de auténticos convenios colectivos ¹⁶⁹, determina que les deban considerarse incluidos en la referencia contenida en la normativa comunitaria al «convenio colectivo», y su mantenimiento incluido en la referencia a que «el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo», sea estatutario o extraestatutario.

La referencia en la Directiva 2001/23, al «convenio colectivo», no puede tomarse como referida a lo que en nuestro ordenamiento jurídico son los convenios colectivos estatutarios, máxime cuando de nuestra Constitución se puede concluir la eficacia jurídica, como pacto o convenio colectivo, de los concluidos mediante «negociación colectiva» ¹⁷⁰, al margen del concreto procedimiento establecido por la legislación ordinaria.

Puede cuestionarse si no obstante ser el convenio colectivo extraestatutario resultado de la autonomía negocial, al producir efectos a través del contrato, como condición más beneficiosa, y jugar, según nuestra jurisprudencia, como contenido del contrato individual, esto es aplicarse como

¹⁶⁶ «Estos pactos carecen de problemas de concurrencia con convenios (se aplica el art. 3 del ET), bien que puedan considerarse interpretativos (utilización de los arts. 1.281 y ss. CC). En la práctica, su ámbito de eficacia es general y no se limita a los trabajadores afiliados al sindicato que lo negoció, incluso por "adhesión tácita" (ex arts. 1.249 y 1.253 CC) de los trabajadores no afiliados al sindicato que lo negoció, al no haber discrepado expresamente de él, pese a conocerlo y a permitir su aplicación, con el consiguiente disfrute de sus ventajas» (STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 2005).

¹⁶⁷ SSTs de 18 de febrero, 11 de septiembre y 13 de noviembre de 2003.

¹⁶⁸ GARCÍA MURCIA, *op. cit.* pág. 199.

¹⁶⁹ GARCÍA MURCIA, *op. cit.* págs. 198-199, aun cuando, precisas, aquella equiparación «deba ser matizada desde muchos puntos de vista», añadiendo, «no cabe duda de que convenio colectivo y acuerdo de empresa, aun procedentes ambos de la autonomía colectiva, constituyen a la postre dos cauces diferentes de regulación, con distintas funciones y distinto peso dentro del sistema».

¹⁷⁰ Como indica la STS de 10 de marzo de 2003, «la fuerza vinculante de los convenios consagrada en el artículo 37.1 de la Constitución Española no significa que esta fuerza venga atribuida *ex lege*, como viene diciendo reiteradamente la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, la Sentencia 58/1985, de 30 de abril) sino que la misma emana de la Constitución que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario. La facultad que poseen «los representantes de los trabajadores y empresarios» (art. 37.1 de la CE) de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia, que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional. La norma del Convenio, entonces, constituye una fuente de la relación de trabajo, tal y como se desprende de los artículos 3.º 1 b) y 82 del ET.

«condición más beneficiosa inserta en el contrato de trabajo»¹⁷¹, su tratamiento sería el propio de las cláusulas contractuales ordinarias, la respuesta es que aquel tratamiento se debe a que la jurisprudencia aludida, en un exceso de conceptualismo y probablemente excesivamente encorsetada por el derecho positivo de los códigos decimonónicos, no es capaz de intuir nuevas categorías y se mantiene en el dualismo ley-contrato, negando su carácter normativo del «convenio irregular», por lo que al afirmarse su carácter normativo no puede ser tratado como un negocio particular.

La imperatividad de la norma comunitaria y nacional reguladoras de la «sucesión» de empresa hace que deba considerarse el nuevo empresario subrogado en las obligaciones y derechos del anterior aun cuando provengan de un pacto o convenio extraestatutario¹⁷², siempre que no contraríen derechos fundamentales o la ley o implique perjuicios, en contra de lo establecido en un convenio colectivo de eficacia general (normativa), para los trabajadores (STS de 18 de febrero de 2003 y STSJ del País Vasco de 13 de septiembre de 2005)¹⁷³, y en su duración deberá aplicarse la doctrina indicada acerca de los convenios colectivos estatutarios.

¹⁷¹ QUINTANILLA NAVARRO, R.Y., *op. cit.* pág. 120.

¹⁷² *Vid.* STS de 6 de junio de 2003.

¹⁷³ Como indica la STS de 24 de febrero de 1992, serían cláusulas contrarias a normas de derecho necesario, y consiguientemente nulas.