

ANTONIO TAPIA HERMIDA

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

(Comentario a la STJCE de 9 de diciembre de 2004, Asunto C-460/02) *

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia de referencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) constituye un episodio destacado, llamado a tener un gran protagonismo en el futuro, de la tensión entre dos principios básicos del sistema económico de libre mercado característico de la Unión Europea, el de libre competencia y el de estabilidad en el empleo.

Ciertamente la sentencia objeto de comentario no lleva a cabo un enjuiciamiento global del que resulten los criterios que han de presidir la relación entre aquellos grandes principios Constitucionales, pero no por ello deja de tener importancia.

Aparentemente su objeto es limitado, pues trata sobre si un determinado Estado miembro ¹ ha llevado a cabo correctamente la adaptación de su derecho interno al dictado de una determinada Directiva. No obstante su contenido excede el mismo, por cuanto:

- A) Pone contundentemente de manifiesto cómo uno de los fenómenos jurídico laborales aplicativos del principio de estabilidad en el empleo, la «sucesión de empresa», excede el campo jurídico laboral o social, instalándose en el de la libre competencia.
- B) Establece, bien que en relación con dos normas jurídicas, que una de ellas es «derrotable», frente a la otra. Esto es, que la «sucesión de empresa» cede ante la liberalización del mercado de servicios de *handling*.

* Véase el texto íntegro de esta Sentencia en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Legislación, Jurisprudencia)*. CEF. Núm. 264, marzo 2005.

¹ República italiana.

En el fondo de estas cuestiones laten dos de los grandes desafíos o cambios sociopolíticos europeos actuales. El primero de ellos relativo al pleno desarrollo del sistema económico diseñado en la Constitución Europea (CEu) («economía social de mercado, altamente competitiva»). Se trata de implementar los principios que informan una «economía abierta altamente competitiva» (correspondiente a la «era de la economía financiera o de las finanzas», una vez superadas la fase de economía productiva, industrial y postindustrial), sin renuncia al estado de bienestar o logros sociales alcanzados, sino incrementándolos al compás del desarrollo económico. Se trata de un tema que excede de este comentario y que basta aquí con dejar indicado.

El segundo de aquellos desafíos también excede a este comentario, pero es inevitable referirlo, siquiera brevemente, pues ésta es su base. Se trata de determinar hacia dónde camina Europa. La creación del ente político Unión Europea, según la CEu, supone un cambio trascendental, por cuanto se trata de la creación de una nueva entidad dotada de soberanía («nace de la voluntad de los ciudadanos y de los Estados de Europa», art. 1.º de la CEu).

Se trata de un ente político construido según la teoría política occidental, dotado de soberanía en cuanto que conferida por el «pueblo europeo» (directa e inmediatamente, «los ciudadanos europeos», y a través de sus entidades políticas representativas, los distintos Estados europeos) como el único detentador (derivado, al serlo originariamente sin posibilidad de sustitución, según el principio democrático, el «pueblo europeo») de la misma, con el consiguiente «provincialismo» de las actuales entidades políticas dotadas, hasta ahora, de soberanía, los Estados.

En tanto que poder soberano la Unión Europea, a imagen de lo que aconteció históricamente con los Estados-nación, se constituye en el creador de Derecho (transitoriamente el principal creador de Derecho, tendencialmente el único, sin perjuicio del poder reglamentario de las demás instituciones políticas), de ahí que el artículo I-6 de la CEu establezca:

«La Constitución y el Derecho adoptado por las instituciones de la Unión en ejercicio de las competencias que se le atribuyen a esta primera sobre el Derecho de los Estados miembros.»

Al efectuarse el análisis de las «competencias» establecidas en la Constitución (Título III) se advierte que los actos legislativos de la Unión Europea creadores de Derecho pasan a denominarse «leyes», lo cual no puede considerarse un cambio meramente semántico (debe afirmarse que el lenguaje nunca es intrascendente y menos en el campo del Derecho ²), sino confirmador de la aparición de una nueva entidad soberana, con el inevitable periclitar y extinción de cualesquiera otras entidades soberanas (los Estados).

No se trata de que por una cuestión del «efecto útil» o de eficacia de las normas europeas sea preciso afirmar que en caso de conflicto entre una norma comunitaria y otra de un Estado miembro

² Vid. ZACCARÍA, G. [2004], *Razón jurídica e interpretación*, Thomson-Civitas, Madrid.

prevalezca la comunitaria, sino que se trata de una cuestión de mucho más largo alcance, ni más ni menos que del surgimiento del nuevo creador de Derecho, por antonomasia, en Europa, la Unión Europea.

Ratificado el tratado correspondiente (Tratado por el que se establece una CEu) por los Estados miembros y legitimada la Constitución por referéndum popular, con su entrada en vigor (el 1 de noviembre de 2006, art. IV-447 de la CEu) se inicia una nueva etapa política europea, de ahí que la inteligencia de la postura mantenida por nuestro Tribunal Constitucional en su decisión de 13 de diciembre de 2004 (DTC 1/2004), que distinguiendo entre «supremacía» y «primacía» llega a la conclusión de que no existe contradicción entre nuestra Constitución y la CEu (bien que quepa al respecto una razonable duda, sin que sean sin embargo convincentes las argumentaciones manifestadas por los Magistrados disidentes en sus Votos Particulares. La razón debe buscarse en que no es posible crear una Unión Europea soberana manteniendo la soberanía de los Estados miembros, por ello no se puede juzgar la CEu desde las Constituciones de los Estados miembros)³.

³ No es cuestión de referir el contenido completo de aquella decisión pero sí debe destacarse el siguiente contenido de la misma:

«Definidos los elementos esenciales del marco normativo en el que se sitúa el precepto sobre el que se proyectan las dudas del Gobierno, debe destacarse que éste hace suyas las dudas expresadas por el Consejo de Estado en su Dictamen de 21 de octubre de 2004 acerca de la compatibilidad de este artículo con la Constitución, identificando como posible precepto Constitucional contradicho su artículo 9.º 1, que proclamaría un principio de supremacía de la Constitución sobre el que se fundamenta el Título IX de la norma fundamental ("Del Tribunal Constitucional") y cuya garantía se procura con las previsiones del Título X ("De la reforma Constitucional"). En realidad, atendidos los términos en que se plantea la cuestión, la contradicción advertida no podría dejar de extenderse al propio artículo 1.º 2 de la Constitución, pues la supremacía pretendidamente puesta en riesgo por el Tratado se predica de una norma que la disfruta, en tanto que expresión del ejercicio de la voluntad constituyente del Estado por el pueblo español, en quien reside la soberanía nacional.

No obstante, de inmediato veremos que tal contradicción no existe.

Que la Constitución es la norma suprema del Ordenamiento español es cuestión que, aun cuando no se proclame expresamente en ninguno de sus preceptos, se deriva sin duda del enunciado de muchos de ellos, entre otros de sus artículos 1.º 2, 9.º 1, 95, 161, 163, 167, 168 y disposición derogatoria, y es consustancial a su condición de norma fundamental; supremacía o rango superior de la Constitución frente a cualquier otra norma, y en concreto frente a los tratados internacionales, que afirmamos en la Declaración 1/1992 (FJ 1). Pues bien, la proclamación de la primacía del Derecho de la Unión por el artículo I.6 del Tratado no contradice la supremacía de la Constitución.

Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación. La supremacía de la Constitución es, pues, compatible con regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro Ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya así dispuesto, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su artículo 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de una institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa de materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su artículo 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a ese Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el artículo I.6 del Tratado.

II. ESTABILIDAD EN EL EMPLEO (SUCESIÓN DE EMPRESA) VERSUS LIBRE COMPETENCIA

2.1. Aspectos generales.

Atendiendo al contenido de los artículos 59 y 61 del Tratado que fijaron como objetivo la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios en el mercado único de la Unión Europea como parte del marco de la política común de transportes, los Reglamentos (CEE) números 2407/92, 2408/92 y 2409/92, del Consejo Europeo han realizado aquel objetivo por lo que se refiere a los servicios de transporte aéreo propiamente dicho.

Quedaba por llevar a cabo esa misma liberalización respecto de los servicios de asistencia en tierra. Mediante 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, habida cuenta del carácter indispensable de tales servicios para la buena ejecución del transporte aéreo y de que representan una contribución fundamental al uso eficaz de las infraestructuras del transporte aéreo.

Con aquella Directiva se pretendió la apertura del acceso al mercado de la asistencia en tierra como medida que contribuiría a reducir los costes de explotación de las compañías aéreas y que mejoraría la calidad ofrecida a los usuarios. Se consideró que para el logro de aquellas finalidades debía excitarse la competencia entre agentes de asistencia en tierra (toda persona física o jurídica que preste a terceros una o varias categorías de servicios de asistencia en tie-

Y así han sido las cosas entre nosotros desde la incorporación de España a la CEU en 1986. Entonces se integró en el Ordenamiento español un sistema normativo autónomo, dotado de un régimen de aplicabilidad específico, basado en el principio de prevalencia de sus disposiciones propias frente a cualquiera del orden interno con las que pudieran entrar en contradicción. Ese principio de primacía, de construcción jurisprudencial, formaba parte del acervo comunitario incorporado en virtud de la Ley Orgánica 10/1985, de 2 de agosto, de autorización para la adhesión de España a la CEU, pues se remonta a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades con la sentencia de 15 de julio de 1964 (*Costa contra ENEL*).

Por lo demás nuestra jurisprudencia ha venido reconociendo pacíficamente la primacía del Derecho comunitario europeo sobre el interno en el ámbito de las "competencias derivadas de la Constitución", en cuyo ejercicio España ha atribuido a las instituciones comunitarias con fundamento, como hemos dicho, en el artículo 93 de la Constitución Española (...) este Tribunal no aprecia contradicción entre los artículos I-6 del Tratado y 9.º 1 de la Constitución Española, no dándose, en definitiva, el supuesto normativo del artículo 95.1 de la Constitución Española.

En el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución Española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia CEU fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución en que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes, ello aparte de que la salvaguarda de la referida soberanía siempre resulta a la postre asegurada por el artículo I.60 del Tratado, verdadero contrapunto de su artículo I.6, y que permite definir en su real dimensión la primacía proclamada en este último, incapaz de sobreponerse al ejercicio de una renuncia, que queda reservada a la voluntad soberana, suprema, de los Estados miembros.»

rra). Para que la competencia fuera efectiva se entendió que al menos uno de aquéllos debía ser, en un futuro, independiente tanto de la entidad gestora ⁴ como de la compañía aérea dominante.

Habida cuenta de que se trataba de un mercado limitado y de que la mayoría de los Estados miembros tenían un sistema cerrado de prestación de aquellos servicios de asistencia en tierra en los diferentes aeropuertos o sistemas aeroportuarios, sin que se produjera competencia efectiva, la adaptación de los mismos al contenido de la Directiva determinaba la actuación en ese mercado de nuevos operadores o empresarios que «sucedian» en la explotación de la actividad al, hasta entonces, generalmente único actuante en el mismo, lo cual tenía que producir consecuencias en relación con el mantenimiento del empleo.

Se producía así una tensión evidente entre el estimado «incremento de la eficacia económica», mediante la liberalización de la prestación de los servicios, y la inevitable «pérdida de eficacia económica» que supondría el mantenimiento del empleo (sucesión de empresa), tanto por el posible desaliento a participar en ese mercado para algunos agentes económicos como por los costes laborales que habrían de asumir quienes quisieran participar en ese mercado.

La asunción por el Derecho comunitario de aquella contraposición entre eficiencia económica y estabilidad en el empleo, en ese momento, constituyó una problemática novedosa, que no obstante parece propicia a desarrollarse en el futuro, ante al mandato de la futura CEU de que las políticas económicas de los Estados miembros de la Unión Europea se llevasen a cabo «de conformidad con el respeto al principio de una economía de mercado abierta y de libre competencia» ⁵.

2.2. La adaptación de los derechos nacionales a la Directiva 96/67/CE.

La sentencia objeto de comentario se dictó como consecuencia de la adaptación efectuada por la República italiana de su ordenamiento interno al contenido de la Directiva 96/67/CE, mediante Decreto Legislativo número 18, de 13 de enero de 1999.

En el artículo 14 del indicado Decreto Legislativo número 18 de 1999, se establecía:

- Que debería «asegurarse el mantenimiento de los niveles de empleo y la continuidad de las relaciones laborales del personal dependiente de la anterior entidad gestora de los servicios».
- Que «sin perjuicio del supuesto de transmisión de una parte de la empresa, cualquier transmisión de actividades que afecte a una o más categorías de servicios de asistencia en tierra

⁴ Entidad gestora: la entidad que, conjuntamente o no con otras actividades y en virtud de las disposiciones legales o reglamentarias nacionales, tenga por misión la administración y la gestión de las infraestructuras aeroportuarias y la coordinación y control de las actividades de los distintos operadores presentes en el aeropuerto o en el sistema aeroportuario correspondiente.

⁵ Artículos III.69.2, *in fine* y III.70 del Proyecto de tratado por el que se instituye una Constitución para Europa.

de las mencionadas (...) llevará aparejada la transferencia del personal, determinado por las empresas interesadas de común acuerdo con las organizaciones sindicales de los trabajadores, desde la anterior entidad gestora de esos servicios a la empresa que se haga cargo de ellos en una medida proporcional a la parte del tráfico o de las actividades de que se haga cargo esta última».

Sin detenernos más que ocasionalmente en el contenido de la adaptación realizada a la Directiva por el legislador italiano y en la compatibilidad de dicha adaptación con el Derecho comunitario de la competencia, la sentencia objeto de comentario da ocasión, por su contenido, para tratar de la compatibilidad de la estabilidad en el empleo-sucesión de empresa con la libre competencia-eficiencia económica, en un sistema de «economía de mercado abierta», tomando como referente la adaptación efectuada por nuestro legislador nacional.

Nuestro legislador nacional llevó a cabo aquella adaptación mediante Real Decreto 1161/1999, de 2 de julio, modificado por Real Decreto 99/2002, de 25 de enero, con menor generosidad que el legislador italiano, pues tras limitarse a establecer en el artículo 4.º de la norma precitada que los agentes de asistencia en tierra establecidos en un Estado miembro de la Unión Europea, habilitados, podían prestar servicios de asistencia a terceros en los aeropuertos de interés general, y que en determinados aeropuertos, el número de agentes de asistencia en tierra que podían prestar las categorías de servicios de rampa quedaba limitado a dos por categoría de servicio y en los demás a un solo agente por categoría, en el artículo 14 de la misma norma estableció que la selección de los agentes de asistencia en tierra para los servicios de rampa en los casos procedentes requería la aprobación por Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (o Dirección General de Aviación Civil) de los pliegos de condiciones o especificaciones técnicas a las que debían atenerse los interesados. Pliegos de condiciones que:

Harían, cuando procediese, «referencia a la obligación de la subrogación del personal de agente de asistencia a relevar».

La duración de la contrata se limitó a un período de siete años y si un agente de asistencia cesaba en su actividad antes de que expirase el período para el que había sido seleccionado, sería sustituido por el mismo procedimiento.

Ha de repararse en que la Directiva comunitaria, en lo que interesa, estableció que en caso de que los Estados miembros estableciesen la necesidad de elaborar un pliego de condiciones o especificaciones técnicas a las que debían atenerse los agentes de asistencia, aquel pliego de condiciones podría establecer determinadas condiciones estándar o las especificaciones técnicas, sin precisarse en aquella norma comunitaria si entre ellas era posible especificar o establecer la subrogación en los contratos del trabajo existente con el anterior adjudicatario.

Efectivamente la norma comunitaria se limitó a establecer, en su artículo 18, que los Estados miembros podían establecer las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores y, en su artículo 19, que los adjudicatarios estaban obligados a cumplir la legislación vigente en el Estado miembro correspondiente.

III. ¿DEBE CONSIDERARSE QUE LA ACCIÓN REGLAMENTARIA DE LOS ESTADOS MIEMBROS ESTÁ SUPEDITADA A LA CONSECUCCIÓN DE LOS OBJETIVOS DE LA DIRECTIVA (LIBERALIZACIÓN DE MERCADO Y COMPETENCIA EFECTIVA)?

Semejante cuestión se plantea el Abogado general en sus conclusiones ⁶ indicando como posibilidad alternativa:

«¿Debe considerarse que la acción reglamentaria de los Estados miembros está supeditada a la consecución de los objetivos de la Directiva (...) o, por el contrario, hay que interpretarla (...) en el sentido de que otorga un cierto margen de autonomía reglamentaria a los Estados miembros por lo que respecta a la protección social en el marco de la aplicación de la Directiva?»

En su respuesta aquel Abogado general va a seguir muy de cerca la posición de la Comisión de la CEu, según la cual la obligación impuesta por la normativa italiana de adaptación de aquel ordenamiento jurídico nacional a la Directiva 96/67/CE (que imponía a los agentes de asistencia en tierra la obligación de garantizar las transferencias del personal del anterior agente de asistencia en forma proporcional al volumen de las actividades de que se hicieran cargo) resultaba incompatible con la Directiva citada.

Aquella institución comunitaria precisó también que en el artículo 18 la indicada normativa comunitaria sobre la protección de los derechos de los trabajadores se admita «siempre que no se oponga a la aplicación efectiva de ésta en relación con los servicios de asistencia en tierra».

El Abogado general precisa: «pienso, al igual que la Comisión, que estas medidas (de derecho interno o nacional) no deben poner en peligro los objetivos ni el efecto útil de la Directiva». Para, de seguido, justificar esa posición, examinando el contenido de la indicada norma comunitaria «siguiendo los métodos de interpretación aplicados por el Tribunal de Justicia».

Señala el mismo Abogado general que ese efecto útil de la Directiva no es incompatible, en principio, con una cierta estabilidad en el empleo. En ese sentido el artículo 18 de aquella norma comunitaria es el siguiente: «sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva y respetando las demás disposiciones de Derecho comunitario, los Estados miembros podrán tomar las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores». Disposición que debía ponerse en relación con el vigésimo cuarto consero de la misma norma, a cuyo tenor «los Estados miembros deben conservar la facultad de garantizar un nivel adecuado de protección para el personal de las empresas que prestan servicios de asistencia en tierra».

⁶ Sr. PHILIPPE LEGER, en la conclusión 30 de su escrito de conclusiones presentado el 9 de septiembre de 2004.

El razonamiento del Abogado general es contundente y significativo respecto de la evolución que puede entreverse en una prudente prospectiva hacia un Derecho único, unificado, que no es lo mismo que uniforme, de la Unión Europea. Por ello y porque forman parte de la sentencia, merecen ser recogidas con la amplitud pertinente.

Señala el Abogado general que del contenido de la Directiva 96/67/CE «se desprende que los Estados miembros pueden establecer medidas de protección social en el marco de aplicación de dicha Directiva», pero que «el tenor de dichas disposiciones no confiere a los Estados miembros una competencia reglamentaria ilimitada en materia de protección social», precisando que el ejercicio de aquella competencia por un Estado miembro está limitada por las siguientes tres condiciones, a saber:

- No debe obstaculizar, en el ejercicio de la indicada competencia, la aplicación del conjunto de la Directiva.
- Debe respetar las demás disposiciones de Derecho comunitario.
- Las medidas adoptadas deben ser necesarias para garantizar la protección de los derechos de los trabajadores.

Esas tres condiciones deben ser consideradas con detenimiento, lo que se hace a continuación:

A) La sucesión de empresa como obstáculo a la libre competencia.

Según la primera de aquellas condiciones, es relevante la justificación misma de la Directiva precitada, esto es, sus fines. Según el Tribunal de Justicia la normativa (italiana) de adaptación:

«Obstaculiza(ba) la consecución de la finalidad perseguida por dicha Directiva, a saber, la apertura de los mercados de que se trata y la creación de las condiciones adecuadas para permitir la competencia intracomunitaria en este sector.»

Utilizando como referente la argumentación del Abogado general que, a la postre, es recogida implícitamente por el Tribunal de Justicia, se advierte que la resolución que se comenta hace prevalecer las reglas comunitarias atinentes a la libre competencia sobre las que protegen la estabilidad en el empleo, con la consecuencia de una interpretación restrictiva de la «sucesión de empresa».

Indica el Abogado general que «la finalidad de la Directiva (96/67/CE) según aparece enunciada en los considerandos de dicho acto es doble». Esto es:

- Por un lado se trata de realizar progresivamente el libre acceso al mercado.

- Por otro (se trata) de introducir una competencia efectiva ⁷ y leal en el mercado de la asistencia en tierra.

Asimismo, continúa precisando que «el conjunto de las disposiciones (de la Directiva) se refiere a las modalidades de acceso al mercado de la asistencia en tierra», de la «preocupación por la protección social (que) únicamente aparece después del conjunto de disposiciones relativas al acceso al mercado de la asistencia en tierra y del imperativo respeto de la seguridad y de la protección por parte de los Estados miembros», y de la «posición sistemática de la disposición relativa a la protección social» en la estructura de la Directiva («el art. 18 es prácticamente uno de sus últimos artículos»), se infiere que:

«Las consideraciones en materia de protección social tienen un carácter complementario» y «la finalidad de la Directiva no debe verse comprometida por la adopción por parte de los Estados miembros de medidas sociales».

Según se indicó, aquel Abogado general considera preciso que los Estados miembros en el ejercicio de sus competencias de adaptación respeten la totalidad del Derecho comunitario y que las medidas adoptadas deben ser sólo las precisas para garantizar, en lo posible y en tanto no contradigan la finalidad de la Directiva, la protección de los derechos de los trabajadores. Esos dos aspectos son objeto de su detenida consideración, llegando a la conclusión de que la adaptación realizada por el legislador (italiano):

- Supuso «una protección adicional» ⁸ a la que se derivaba de la normativa comunitaria sobre transmisiones de empresas, por cuanto «la disposición legislativa nacional impone en la práctica a todo nuevo competidor, como protección social adicional, la obligación de hacerse cargo del personal del anterior agente de asistencia en una medida proporcional a la parte del tráfico o de las actividades de que se haga cargo».
- «Excede de las medidas que pueden considerarse necesarias para la protección de los derechos de los trabajadores (...) dicha medida establece que el nuevo agente debe hacerse cargo de manera sistemática del personal, es cierto que en una medida proporcional a las actividades de que se hace cargo, pero de manera incondicional (...) tales disposiciones son desproporcionadas.»

Todo ello, según el Abogado general, podía «poner en peligro la apertura del mercado» de la asistencia en tierra y «tener como consecuencia menoscabar el efecto útil de la Directiva».

⁷ A un concepto restrictivo de la «sucesión de empresa», en aras del mantenimiento de la capacidad empresarial y una competencia efectiva, aluden las SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004, cuando precisan que uno de los obstáculos para admitir que la asunción de la plantilla se convierta en un criterio determinante del fenómeno sucesorio laboral, «se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas», pues «la subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa (como conjunto de bienes) 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».

⁸ Vid. SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004.

Según el Abogado general «la Directiva tiene por objeto abrir a la competencia un mercado que, en el pasado, funcionaba como un monopolio (...) debe permitirse que las nuevas empresas se hagan cargo de las actividades hasta ahora ejercidas por una única entidad (...), esta apertura gradual debe permitir la utilización racional de las infraestructuras de los aeropuertos y la reducción de costes». Sin embargo, continúa afirmando el mismo Abogado general que aquella normativa nacional:

«Tiene como consecuencia perjudicar a los nuevos competidores potenciales con respecto a las empresas ya establecidas (...). En efecto, las empresas interesadas en acceder al mercado de la asistencia en tierra ven cómo se les prohíbe la posibilidad de seleccionar a su propio personal. En el marco de las actividades de que se trata, es decir de una actividad de prestación de servicios, el elemento constituido por la selección del personal tiene una importancia determinante, ya que es el personal el que se encarga de la prestación de los servicios. El limitar la selección y la libertad de organización de su personal en el caso de las nuevas empresas que deseen penetrar en este nuevo mercado competitivo, la disposición (nacional) establece unas limitaciones que tienen graves consecuencias para ellas. Esas limitaciones tendrán el efecto de perjudicar a estas nuevas empresas en beneficio de la empresa ya establecida.»

B) Los límites de la aplicación de la normativa nacional y comunitaria sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas (sucesión de empresas).

Se viene afirmando por la jurisprudencia comunitaria que la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, tiene por «objetivo general de protección de los derechos de los trabajadores en caso de transmisiones de empresas que persigue la Directiva al prever, en su artículo 3.º, apartados 1 y 2, la transferencia al cesionario de los derechos y obligaciones que incumben al cedente como consecuencia del contrato de trabajo, de la relación laboral o de los convenios colectivos»⁹, y que por ello cualquier excepción a dicha regla ha de ser interpretada de manera restrictiva¹⁰.

No obstante el Tribunal de Justicia, siguiendo el criterio expuesto por la Comisión de las Comunidades Europeas, en la sentencia objeto de comentario redefine su alcance en clave del mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado y libre competencia.

⁹ Sentencia de 4 de junio de 2002, Asunto C-164/00, *Beckmann*.

¹⁰ Como se indica en la STJCE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98, *Telecom Italia*, «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, tal como se define en el apartado 1 del artículo 1.º, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal transmisión. La Directiva pretende de este modo 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 (Ss. de 5 de mayo de 1988, *Berg y Busschers*, asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Rec. pág. 2.559, apdo. 12, y 25 de julio de 1991, *D'Urso* y otros, C-362/89, Rec. pág. I-4105, apdo. 9)».

La Comisión consideró que las medidas relativas a la estabilidad en el empleo que podían disponer los Estados miembros en la adaptación de sus ordenamientos nacionales a la Directiva 96/67/CE, tenían que ajustarse a la Directiva 2001/23/CE. Precizando que para poder aplicar esta última Directiva:

«La transmisión debe referirse a una entidad económica, es decir, a un conjunto de personas y elementos organizados que permitan llevar a cabo una actividad económica dirigida a alcanzar un objetivo determinado» y que «el mero hecho de que los servicios prestados por el agente anterior y los prestados por el nuevo sean análogos no permite llegar a la conclusión de que se ha efectuado una transmisión de una entidad económica entre las dos empresas (...) que, de hecho, una entidad no puede reducirse a la actividad que le ha sido encomendada y su identidad está constituida por otros elementos como el personal, la organización del trabajo, así como sus métodos y medios de gestión», además de ser preciso «un acuerdo negociado, expreso o tácito, o un acto de la autoridad pública».

El TJCE si bien parece inclinarse por un criterio más amplio que el aludido de la Comisión, para considerar una «transmisión de empresas» en que opere el principio de estabilidad en el empleo, al indicar que el «criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión», a los efectos de la Directiva 2001/23/CE, «es 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»¹¹.

No obstante, tras resaltar que «la importancia que debe darse a los distintos parámetros que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa, centro de actividad o partes de empresas o centros de actividad, en el sentido de la Directiva 2001/23/CE varía en función de un gran número de parámetros», concluye que sólo en razón de las «particularidades de cada transmisión de actividades que afecte a una o varias categorías de servicios de asistencia en tierra» puede afirmarse si procede reconocer el principio de estabilidad en el empleo («sucesión de empresa») a favor de los trabajadores afectados, y que como la normativa nacional de adaptación establecía que se aplicaba la sucesión del nuevo operador en tierra en los contratos de trabajo del anterior agente a «cualquier transmisión de actividades» entre los mismos:

«Tal concepto de transmisión es manifiestamente más amplio que el establecido en la Directiva 2001/23/CE», y consecuentemente «es incompatible con la Directiva 96/67/CE».

Pero en realidad no lo era, sino que en esta resolución el Alto Tribunal acogiendo la línea interpretativa de su propia jurisprudencia más restrictiva sobre el concepto contenido en la Directiva

¹¹ Precizando, sin embargo, que para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de tal entidad, «han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades».

2001/23/CE sobre «transmisión o sucesión de empresas con derecho al mantenimiento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores que prestan servicios en las mismas»¹², concluye redefiniendo el concepto mismo de «sucesión de empresa» y, a la postre, afirmado la prevalencia del principio de «economía abierta y libre mercado» sobre el de estabilidad en el empleo.

Esa jurisprudencia atiende primordialmente al mantenimiento del sistema vigente en la Unión Europea de «economía social de mercado, altamente competitiva» sólo «tendente al pleno empleo y al progreso social», en el que rige el principio de «economía abierta y libre mercado», que se considera necesario, imprescindible e inevitable en un marco económico globalizado o mundializado. Precisamente esa jurisprudencia más restrictiva se produce cuando se pone en relación la Directiva 2001/23/CE con otra norma comunitaria, normalmente otra Directiva que incrementa la competencia en un determinado mercado (definido con referencia a una actividad). Basta aquí con recordar

¹² Por contra a la jurisprudencia más restrictiva, otra línea jurisprudencial del mismo Tribunal comunitario, recogida ejemplarmente en la sentencia de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00, *Temco*, establece que «la Directiva pretende garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en el marco de una entidad económica, independientemente de que cambie su propietario, de modo que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión en el sentido de esta Directiva consiste en saber si la entidad de que se trate conserva su identidad (véase, en particular, la sentencia de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, 24/85..., apdo. 11). En consecuencia, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se límite a la ejecución de una obra determinada (véase, en particular, la sentencia de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, C-48/94..., apdo. 20). Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95..., apdo. 13) (...). Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o 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. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (véanse, en particular, las sentencias..., *Spijkers*, apdo. 13, y *Süzen*, apdo. 14) (...). En sus sentencias de 14 de abril de 1994, *Schmidt* (C-392/92...); *Süzen*..., y 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal* y otros (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97...), el Tribunal de Justicia ya tuvo que conocer de la cuestión de la transmisión de una entidad económica en el sector de la limpieza. Consideró que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 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 de centro de actividad de que se trate. **Por lo tanto, en particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial, 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** (sentencia *Süzen*..., apdo. 18) (...). Así, 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. Por consiguiente, 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 (sentencia *Süzen*..., citada, apdo. 21). Por lo que se refiere a una empresa de limpieza, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción (sentencia *Hernández Vidal* y otros..., apdo. 27)».

que la línea más restrictiva ¹³ de aquella jurisprudencia ¹⁴, «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, 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» ¹⁵.

¹³ Ejemplo de una línea intermedia es la sentencia de 25 de enero de 2001, Asunto C-172/99, *Liikenes*, según la cual «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. En efecto, tal 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 (Ss. *Süzen*, apdo. 15, *Hidalgo* y otros, apdo. 30, y *Allen* y otros, apdo. 27, antes citadas; véase igualmente la sentencia de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal* y otros, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97..., apdo. 30)». Precizando que si bien «en verdad, 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 (Ss. *Süzen*, apdo. 18, *Hernández Vidal* y otros, apdo. 31, e *Hidalgo* y otros, apdo. 31...) (...). Sin embargo, no puede considerarse que el transporte por autobús sea una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes (véase, para la misma afirmación en lo que respecta a la perforación de galerías mineras, la sentencia *Allen* y otros, antes citada, apdo. 30). Por consiguiente, la inexistencia de transmisión del antiguo al nuevo concesionario de los elementos materiales del activo utilizados para la explotación de las líneas de autobuses de que se trata constituye una circunstancia que ha de tomarse en consideración» y si bien «no se puede discutir (...) en las circunstancias de una contrata que es objeto de renovación» resulta que «el valor de dicho activo inmaterial (la contrata en sí misma) llega en principio a ser nulo al expirar el contrato del antiguo concesionario, puesto que, precisamente, la contrata ha sido puesta nuevamente en liza», y si bien «es cierto que, si un procedimiento de adjudicación, como el controvertido en el litigio principal, establece que el nuevo concesionario asumirá los contratos en curso con la clientela, o si puede considerarse que la mayor parte de la clientela es cautiva, procede no obstante estimar que existe transmisión de clientela. Sin embargo, en un sector como el transporte público regular por autobús, en el que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad, el hecho de que no se transmitan del antiguo al nuevo concesionario en una medida significativa dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que ésta no conserva su identidad. De ello resulta que (...) la Directiva 77/187 no se aplica cuando no existe transmisión de elementos materiales significativos entre el antiguo y el nuevo concesionario».

¹⁴ Sentencia de 11 de marzo de 1997, Asunto C-13/95, *Süzen*, reiterada en la de Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, según la cual, «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, reproduciendo los términos de la Sentencia *Rygaard* (...), 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».

¹⁵ Sentencia de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-234/98, *Allen*, en la que también precisa lo siguiente:

«Con arreglo a su artículo 1.º, apartado 1, la Directiva se aplica a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión. A tenor de su artículo 2.º, letras a) y b), se entiende, respectivamente, por "cedente" y "cesionario" cualquier persona física o jurídica que, a causa de una transmisión en el sentido del apartado 1 del artículo

A esta jurisprudencia comunitaria se ha opuesto que «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 (...). 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 causa determinante de la transmisión»¹⁶. No obstante se trata de un razonamiento muy lineal que utiliza relaciones de causalidad casi físicas y se olvida de que cuando se alude a trabajadores en realidad se está haciendo referencia a una actividad considerada como tal (prestaciones voluntarias de servicios a terceros que no pueden tener sino una base contractual laboral previa) que continúa y por eso la referencia a la asunción del personal aparece como causa y como consecuencia si se utiliza aquel método de razo-

lo 1.º, pierda o adquiera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad. (...) La Directiva es, pues, aplicable desde el momento en que, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión, se produce un cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa y que, como tal, contrae las obligaciones de empresario frente a los trabajadores de la empresa, independientemente de que se transfiera la propiedad de la empresa (Ss. de 17 de diciembre de 1987, *Ny Mølle Kro*, 287/86... apdo. 12, y 10 de febrero de 1988, *Tellerup*, llamada "*Daddy's Dance Hall*", 324/86... apdo. 9). (...) De ello se deduce que el objetivo de la Directiva es regular toda mutación jurídica de la persona del empresario, siempre que se reúnan los demás requisitos que determina, y que, por tanto, puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades filiales de un mismo grupo que constituyen personas jurídicas diferentes que mantienen, cada una por su lado, relaciones laborales específicas con sus trabajadores. La circunstancia de que las sociedades de que se trata tengan no sólo los mismos propietarios, sino también la misma dirección y las mismas instalaciones, y trabajen en la misma obra es indiferente a este respecto. (...) Esta conclusión no queda invalidada por la sentencia *Vihó/Comisión*, antes citada, en cuyos apartados 15 a 17 el Tribunal de Justicia manifestó que el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente, art. 81 de la CEU, apdo. 1) no es aplicable a las relaciones entre una sociedad matriz y sus filiales cuando estas sociedades constituyen una unidad económica en cuyo interior las filiales no disfrutan de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado, sino que aplican las instrucciones que les imparte la sociedad matriz que las controla al 100%. (...) En efecto, este concepto de empresa es propio del Derecho de la competencia y se explica por el hecho de que, cuando no existe un concurso de voluntades económicamente independientes, las relaciones en el seno de una unidad económica no pueden constituir un acuerdo o una práctica concertada entre empresas, restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. (...) Nada justifica que, para la aplicación de la Directiva, la unidad de comportamiento en el mercado de la sociedad matriz y de sus filiales prevalezca sobre la separación formal entre estas sociedades que tienen personalidades jurídicas distintas. En efecto, una solución de esta naturaleza, que tendría la consecuencia de excluir las transmisiones entre sociedades de un mismo grupo del ámbito de aplicación de la Directiva, iría precisamente en contra del objetivo de ésta que, según el Tribunal de Justicia, es garantizar, en la medida de lo posible, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario, permitiéndoles seguir al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones que las pactadas con el cedente (véanse, especialmente, las sentencias antes citadas *Ny Mølle Kro*, apdo. 12, y *Daddy's Dance Hall*, apdo. 9). (...) Por lo tanto, procede responder a la primera parte de la primera cuestión que la Directiva puede aplicarse a una transmisión entre dos sociedades de un mismo grupo que tengan los mismos propietarios, la misma dirección, las mismas instalaciones y que trabajen en la misma obra.»

¹⁶ SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004. En términos de esta última, «en realidad 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 orienta bien a una nueva contratación de unos trabajadores con experiencia, previa en la actividad que continúa o bien a establecer una garantía adicional para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en desempleo».

namiento, por ello no se entiende bien una jurisprudencia que subordina la operatividad del principio de estabilidad en el empleo a las «descentralizaciones productivas estratégicas» e incluso parece admitir el fraude de ley ¹⁷.

En la adaptación de nuestro ordenamiento jurídico a la Directiva 96/67/CE, la jurisprudencia acerca de si se produce «sucesión de empresa» en la adjudicación de los servicios de *handling* a nuevos operadores, dista de ser pacífica. Ha de comenzarse señalando que la «transmisión de empresas» conocida en nuestro sistema jurídico positivo como «sucesión de empresa», está regulada por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en cuyo contenido y ajuste a la normativa comunitaria no es necesario insistir, porque, como ha expuesto la jurisprudencia menor, «no cabe duda (...) 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» ¹⁸, además de que se «deba seguir ese criterio por el principio

¹⁷ Efectivamente la jurisprudencia indicada en el apartado anterior acaba señalando que aquellas garantías contra 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. 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 TSJ 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. (...) 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».

¹⁸ Una interpretación cumplida del mismo en relación con la normativa comunitaria procura la STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2004, según la cual:

«A) El artículo 44 del ET regula la sucesión de empresa. Precepto que, desde la promulgación del Estatuto no había tenido cambios, hasta que la Ley 12/2001, de 9 de julio, ha introducido novedades en su contenido, sustancialmente debidas a la necesidad de adaptar nuestro derecho interno a la normativa comunitaria, no sólo a causa de la modificación operada en ésta por la Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, sino por la falta de incorporación a nuestro ordenamiento de determinados mandatos de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977. Normativa comunitaria constituida, al tiempo de promulgarse la Ley 12/2001, por la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001.

Una de las consecuencias de la sucesión de empresa que dispone el artículo 44 del ET en su apartado 1, mantenida tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral, de tal forma que ésta no se extingue por el hecho mismo del cambio de titularidad, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones del anterior. Otra, señalada en su apartado 3, es el efecto extensivo en la responsabilidad, en virtud del cual el nuevo titular pasa a compartir con el anterior, solidariamente y durante tres años, las obligaciones laborales que éste tuviera, nacidas antes del cambio, y no estuvieren satisfechas; además, si la transmisión fuese declarada delito, será el anterior titular quien deba compartir con el nuevo las obligaciones posteriores al cambio.

de vinculación a la doctrina comunitaria»¹⁹. No obstante en la aplicación de aquel precepto estatutario y la indicada jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario, pueden distinguirse dos posiciones antagónicas:

a) La primera que considera que en la adjudicación de los servicios de *handling* no se produce «sucesión de empresa», representada por la doctrina legal o jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), Sala 4.ª de lo Social, desde la sentencia de 29 de febrero de 2000.

Esta doctrina legal partiendo de 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 infraestruc-

Una precisión sobre esos efectos: si bien para que surja el subrogatorio es preciso que el contrato de trabajo esté vivo al tiempo de la transmisión, no ocurre igual respecto al extensivo de la responsabilidad por deudas anteriores, que alcanza indistintamente a los trabajadores subrogados y a quienes no lo fueron porque su contrato de trabajo se extinguió previamente (STS de 15 de julio de 2003).

Normas de rango legal que no dejan margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de esos concretos efectos en el caso de que concurra el supuesto de sucesión de empresa ahí previsto, por lo que cualquier convenio colectivo o pacto (individual o colectivo) que lo niegue, lo condicione o límite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho [art. 3.º 1 c) e inciso inicial del art. 85.1 del ET].

- B) Ahora bien, entre los cambios introducidos en el artículo 44 del ET por la Ley 12/2001 se incluye la noción misma de sucesión de empresa, al establecerse en el apartado 2 del precepto que, a efectos de lo previsto en ese 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. Descripción del fenómeno regulado que supone una evidente innovación respecto a la noción anterior, al alterar de manera esencial la descripción del objeto de la transmisión, que ya no se define como una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma (pese a lo que parece del inicio del apdo. 1), sino en los concretos términos del apartado 2, dadas las taxativas palabras con que éste se inicia y hemos dejado remarcadas.

Variación de suma trascendencia cuando se advierte que esa nueva descripción de la transmisión de empresa en nuestro derecho interno resulta ser copia literal de un precepto de la Directiva 98/50/CE [art. 1.º 1 b)], mantenido en la Directiva 2001/23/CE [art. 1.º 1 b)], cuando señala que se considerará traspaso, a efectos de esas Directivas, 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. 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 (Ss. *Süzen*, de 11 de marzo de 1997, *Hernández Vidal*, de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, 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.»

¹⁹ SSTs de 20 y 27 de octubre de 2004.

tura u organización básica de la explotación ²⁰, 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» ²¹. Llega a la siguiente conclusión:

«Lo acaecido en el caso aquí enjuiciado (sucesión en los servicios de asistencia en tierra, *handling*) no se corresponde con la expresa situación de hecho (sucesión de contrata), porque no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni 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 en régimen de monopolio, de lo que hay que deducir que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere.»

La argumentación no es convincente pues no se atiende al contenido de la norma poniendo los límites arbitrarios, 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/CE.

²⁰ La doctrina general existente se explica claramente por la STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de marzo de 2004, que precisa «la STS de 5 de abril de 1993 ha afirmado que la contrata no es una empresa sino el derecho a la prestación de un servicio a un tercero, por lo que si en determinadas ocasiones ha podido jugar a efectos del precepto legal como unidad productiva autónoma, en general no se impone la "fuerza de Ley" que tiene la subrogación en cabeza del nuevo empresario. Destaca la Sentencia que generalmente no hay transmisión de contrata, sino finalización de contrata y comienzo de otra, formal y jurídicamente distinta, aunque los servicios que se presten sean los mismos. La continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo adjudicatario puede establecerse en los pliegos de condiciones, o en la normativa sectorial aplicable, despojando cualquier duda al respecto. Pero cuando no es así, sólo cabrá la subrogación cuando la nueva concesión "lleve aparejada la entrega al concesionario de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación del servicio", o sea, la puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, como ya dijeron las SSTS de 22 de enero y 13 de marzo de 1990. Se produce así una progresiva separación de los supuestos regulados en el artículo 44 del ET de las contrata del artículo 42 del ET y se distingue entre el supuesto de contrata de la misma actividad del titular de la explotación, de la cesión de la unidad productiva que revierte el cedente al que se aplicaría el artículo 44 del ET (STS de 19 de abril de 1990). El criterio discriminante al respecto es la existencia o no de una entrega de infraestructura u organización empresarial básica para la protección del servicio, pues sólo si concurre esa entrega cabe apreciar sucesión de empresas y aplicar el artículo 44 del ET. Sólo la transmisión que afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional más allá de una mera actividad y de los contratos de trabajo que haya vinculado, podría determinar, en su caso, la subrogación por aplicación del artículo 44 del ET; en los demás casos, el no concurrir esa puesta a disposición de los elementos patrimoniales fundamentales de la explotación, faltan los presupuestos necesarios para apreciar una sucesión de empresa y por ello sería inaplicable el citado precepto legal (SSTS de 14 de diciembre de 1994 y 9 de febrero de 1995). La regla dominante ahora es la inaplicación del artículo 44 del ET, salvo que haya algo más que una mera continuidad de actividades. Si existe una transmisión de elementos patrimoniales, de infraestructura productiva, ello implica una sucesión de empresarios, un cambio de titularidad de la empresa que continúa».

²¹ Recogida en las SSTS de la misma Sala de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996 y 27 de diciembre de 1997.

Cuestión diferente es que por razón de lo establecido en aquella norma comunitaria, la «justificación» o finalidad que se pretende de la normativa reguladora del fenómeno laboral conocido como «sucesión de empresa» o «continuación del contrato de trabajo o de la relación laboral, sin modificaciones, con el cesionario, con el fin de impedir que los trabajadores afectados por la transmisión de la empresa queden en una situación menos favorable por el mero hecho de que se haya producido dicha transmisión»²², ceda ante la «justificación», finalidad y superior interés de liberalizar el mercado de *handling*, en aras de la política económica de «mercado abierto y libre mercado» que caracteriza al sistema comunitario europeo.

No obstante nuestra jurisprudencia ha insistido en aquella línea jurisprudencial cuya doctrina legal, según la 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 Pleno o Sala General de esta misma Sala de lo Social del TS 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 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

²² STJCE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98, *Telecom Italia*.

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».

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.»

b) La segunda que, contenida en alguna jurisprudencia menor, considera la adjudicación a nuevos agentes de los servicios de *handling*, generadora de «sucesión de empresa».

Según esta doctrina ejemplificada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Canarias, Sala de lo Social, de 4 de noviembre de 2003, «hay que partir de la jurisprudencia comunitaria acerca del elemento objetivo de la sucesión, a saber, la empresa, centro de actividad o parte del centro de actividad a que hace referencia la normativa comunitaria y que el artículo 44 traduce por empresa, centro de trabajo o unidad productiva», y «esta jurisprudencia comunitaria» según entiende la Sala sentenciadora «en una primera fase, concibió el objeto de la transmisión como una entidad económica que conserva su identidad (Sentencia *Spijkers*) 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, afirma la misma doctrina, «en una segunda fase el Tribunal asume la noción funcional de la transmisión de empresas (Sentencia *Schmidt*), y a propósito de una sucesión en una contrata de limpieza 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 de limpieza, realizados anteriormente de modo directo, incluso si antes de la transmisión dichos trabajos eran efectuados por una sola empleadora». 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 que aquella jurisprudencia menor nacional 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 contra-

ta 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, continúa la meritada resolución jurisdiccional, en alguna de estas sentencias el propio Tribunal apunta 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, 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 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 *Schmidt* y la continúa la Sentencia de 25 de enero de 2001 del mismo Tribunal ²³».

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.»

²³ Según la cual «para determinar si se reúnen los requisitos necesarios a propósito de una transmisión de una entidad económica» si bien «han de tomarse igualmente en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata (entre las cuales figuran tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los elementos inmateriales, si el nuevo empresario se hace cargo o no de la mayoría de los trabajadores, si se ha transmitido o no la clientela, el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades), sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente».

Aludiendo al carácter vinculante que para los Tribunales españoles tiene la jurisprudencia comunitaria, entiende la Sala de lo Social del TSJ de Canarias que «viene pues el Tribunal de Justicia a sentar el criterio de que si hay sucesión en la actividad y se asume la totalidad o la mayor parte de la plantilla se produce la transmisión de un conjunto organizado, y, por tanto, hay sucesión en los términos de la Directiva, cuando se trata de sectores en que lo principal es la mano de obra».

Obediente a la Directiva 2001/35, a la jurisprudencia comunitaria y al «artículo 44 del ET que debe ser analizado a la luz de la Directiva y de la jurisprudencia citada», aquella Sala ²⁴ afirma lo siguiente:

«La sucesión del artículo 44 del ET opera no sólo entre empresas privadas, sino 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 conscientemente esta jurisprudencia menor de la doctrina legal contenida en la jurisprudencia del TS citada («que partiendo de la concepción empresa organización viene exigiendo la existencia de transmisión de elementos patrimoniales, rechazando la noción funcional de la transmisión de empresas»), porque «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).

Concluyendo que 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», estima la Sala *a quo* que:

«Se ha producido 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 TJCE, pues dicho precepto regula la materia de la transmisión de empresas y ha de estar acomodado a las Directivas».

²⁴ Con cita de sus propias sentencias de 5 de mayo de 2000 y 25 de octubre y 28 de mayo de 2001.

IV. CONCLUSIÓN

La sentencia objeto de comentario merece ser destacada por cuanto constituye un indicio relevante del futuro e introduce una moralización importante en la doctrina jurisprudencial nacional y comunitaria existente hasta la fecha sobre la «sucesión de empresa».

Efectivamente no se trata ya de interpretar la legislación nacional y comunitaria, a la vista de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, con sus sucesivas e importantes modificaciones, sino de contemplar el fenómeno de la «sucesión de empresa», desde los trascendentales cambios políticos, jurídicos y económicos que estamos viviendo, ejemplarizados en la CEu.

Considerado el fenómeno sucesorio laboral desde esa norma fundamental cuya entrada en vigor se producirá el próximo día 1 de noviembre de 2006 (art. IV-447 de la CEu), al tenor de los valores que la informan y en aras de la eficiencia económica, el principio de «economía abierta y libre mercado» prevalece sobre el de «estabilidad en el empleo», eliminando el carácter necesario de cualesquiera fenómenos laborales que tengan por finalidad actualizar el segundo de los principios indicados (entre ellos la «sucesión de empresa»), cuando entre la colisión con el sistema de economía de mercado constituyendo una amenaza cierta a la eficiencia económica que se entiende se procura mediante una economía abierta y la libre competencia.

Desde un punto de vista jurídico-normativo, puede afirmarse que esta sentencia pone de manifiesto un acontecimiento relativamente novedoso en el mundo del Derecho. Se trata de la «derrotabilidad» de unas normas por otras sin que la derrotada pierda su vigencia. En ese sentido puede afirmarse que las normas que regulan la «sucesión de empresa» son «derrotadas» cuando entren en confrontación con aquellas otras normas que regulan el sistema de economía de mercado abierta y libre competencia, siempre que estas últimas estén específicamente orientadas a la plena realización de aquel sistema en un mercado concreto hasta ese momento cerrado o imperfectamente instalado en la libre competencia y a mejorar definitivamente la eficiencia económica en el mismo.