

Cambio de contratista, continuidad de las relaciones laborales y transmisión de empresa: discrepancias entre la doctrina nacional y la comunitaria (A propósito de la Sentencia del TJCE de 24 enero 2002, Asunto *Temco*)

Ana de la Puebla Pinilla

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario: *I. El presupuesto aplicativo de la disciplina sobre transmisión de empresas: el cambio de titularidad y la entidad económica. II. La noción de empresa en la doctrina nacional y en la comunitaria: coincidencias y divergencias. III. La Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 enero 2002 y sus precedentes: la plantilla de trabajadores como entidad económica. IV. Transmisión de plantillas y sucesión empresarial. Algunos problemas: 1. ¿Los contratos de trabajo como objeto de negocios jurídicos?; 2. Continuidad de las relaciones laborales y sucesión de empresa.*

I. EL PRESUPUESTO APLICATIVO DE LA DISCIPLINA SOBRE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS: EL CAMBIO DE TITULARIDAD Y LA ENTIDAD ECONÓMICA

La disciplina de la sucesión de empresas constituye probablemente una de las cuestiones más complejas y delicadas de nuestro sistema de relaciones laborales. La transmisión de una empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma suscita múltiples interrogantes que afectan a cuestiones tan variadas como las condiciones laborales aplicables a los trabajadores de la entidad transmitida, el régimen de responsabilidad por las deudas que estuvieran pendientes en el momento de la transmisión, la aplicabilidad de los convenios colectivos afectados o el destino de las estructuras de negociación y de representación existentes.

Sin duda, todos estos son aspectos importantes y controvertidos en la disciplina de la sucesión empresarial. Con todo, uno de los que mayores problemas ha suscitado es precisamente el de la delimitación del supuesto de hecho que pone en marcha todo el régimen jurídico de la sucesión de empresas previsto en el artículo 44 ET y que permite, por tanto, garantizar la continuidad de las relaciones laborales y el mantenimiento del estatuto jurídico laboral de los trabajadores afectados.

Éste es además uno de los aspectos que más escasa atención ha recibido del

legislador, al menos si se atiende al esfuerzo de delimitación del supuesto de hecho contenido en la normativa sobre transmisión de empresas. Al respecto, el artículo 44 ET se limita a mencionar «el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma» como fenómenos que ponen en marcha el aparato garantista previsto en dicho precepto.

La escasa precisión del legislador ha sido suplida por una ingente labor doctrinal y jurisprudencial dirigida precisamente a desentrañar el fenómeno de la transmisión de empresa. Fruto de esa tarea, se han identificado los dos elementos cuya concurrencia determina la existencia de una sucesión empresarial. Conforme a esa elaboración se requiere la concurrencia de un doble presupuesto: por un lado, «la existencia de una unidad productiva organizada, autónoma y suficiente» y, por otro, «la presencia de un nuevo titular». Se exige, pues, que el cambio de titularidad afecte, como mínimo, a una entidad económica entendida como unidad productiva que reúna tales características. Ambos aspectos, objetivo y subjetivo, han sido objeto de especial atención por la doctrina.

Durante mucho tiempo, el cambio de titularidad y, en particular, el tipo de negocios o actos jurídicos aptos para articular la transmisión ha centrado el interés de los diversos operadores jurídicos. Hoy, sin embargo, esta es una cuestión ya superada dado que, conforme a una consolidada interpretación jurisprudencial, se admite sin dudas que «el concepto de cambio de titularidad tiene un alcance omnicompreensivo, integrando cualquier negocio jurídico lícito utilizado para transmitir la propiedad de una empresa o su mero goce o disfrute»¹. Similar interpretación se mantiene en el ámbito comunitario en el que el Tribunal de Justicia atribuye un carácter abierto y flexible a la causa jurídica a través de la que se instrumenta la transmisión de modo que ésta abarca prácticamente todos los negocios jurídicos. Ello ha determinado que, tanto en la jurisprudencia comunitaria como en la de nuestro Tribunal Supremo, el elemento causal de la transmisión haya perdido su función tipificadora recayendo ahora dicha función sobre el elemento objetivo de la transmisión².

De esta forma, la empresa, en cuanto objeto afectado por el cambio de titularidad, adquiere en la disciplina de la transmisión empresarial una im-

¹ VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales, Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, MTAS, 2001, pg. 46.

² Se ha señalado al respecto que la causa de la transmisión, a la que el TJCE dedicó un especial interés en sus primeros pronunciamientos sobre la aplicación de la Directiva 77/187/CEE, presenta hoy una «relativa ineficacia» en cuanto criterio útil para acotar las situaciones a las que resulta aplicable la protección dispensada por la normativa comunitaria (SERRANO OLIVARES, R.: «La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *RL*, 1997, II, pg. 1301). Así lo advierten también RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS, F. y CASAS, M. E.: «La Ley 12/2001 y la consolidación de la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», *RL*, núm. 17, 2001, pg. 14.

portancia esencial. Es por ello que buena parte de los esfuerzos doctrinales y jurisprudenciales se han dirigido precisamente a identificar el concepto de empresa al que alude el artículo 44 ET porque sólo cuando el cambio de titular afecte a aquello que se conciba como empresa podrá aplicarse el régimen jurídico previsto en este precepto³.

II. LA NOCIÓN DE EMPRESA EN LA DOCTRINA NACIONAL Y EN LA COMUNITARIA: COINCIDENCIAS Y DIVERGENCIAS

Al igual que ocurría respecto al tipo de negocios jurídicos aptos para determinar un cambio de titularidad, también en lo que se refiere a la noción de empresa es posible advertir una identidad, al menos en los planteamientos iniciales, entre nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Ambos órganos judiciales rechazan una definición de la empresa que la identifique con el mero desarrollo de una actividad y ambos asumen igualmente una noción de empresa que la concibe como entidad económica constituida por una organización de elementos personales y patrimoniales aptos para desarrollar una actividad productiva.

En efecto, si bien es cierto que en algún momento se ha producido una seria divergencia entre la noción de empresa manejada por el Tribunal Supremo y la utilizada por el Tribunal comunitario, esas diferencias han quedado subsanadas a través de la rectificación que este último órgano judicial ha llevado a cabo de su propia doctrina. Aquella divergencia se produjo, en particular, a raíz de una serie de pronunciamientos del Tribunal comunitario en los que se inclinaba claramente por un concepto de empresa que identificaba a ésta con la actividad. Esta es la interpretación que se elaboró en la Sentencia de 14 abril 1994 (Asunto *Cristel*), referido a un supuesto en el que la actividad de limpieza de una entidad bancaria se descentralizó a un empresa ajena, en la que el Tribunal sostuvo que la mera continuidad en la actividad empresarial, aunque no vaya acompañada de la transferencia de elementos del activo es suficiente para apreciar la existencia de transmisión de empresa. La interpretación se mantuvo, con algunos matices, en la posterior Sentencia de 7 marzo 1996 (Asunto *Mercks/Ford Motors*, referida a un cambio de concesionario de venta de automóviles de una determinada marca en una zona geográfica delimitada). Pero dicha solución suscitó una seria oposición no sólo en los Estados miembros, por los efectos que podía

³ La tarea de identificar un concepto de empresa útil a efectos de la aplicación de la disciplina sucesoria resulta extremadamente complicada, no sólo por la dificultad de definir un concepto jurídico-laboral de empresa sino también por la profunda transformación que la fisonomía de las entidades económicas ha experimentado en los últimos tiempos. La terciarización de la economía, la incorporación de nuevas tecnologías o la revalorización de activos intangibles son factores que han afectado profundamente al modelo tradicional de empresa y que obligan a replantearse sobre nuevos parámetros la delimitación del objeto de transmisión en la disciplina de la sucesión de empresas. Sobre estas cuestiones vid. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Las nuevas formas de empresa en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*, UAM, 2002, ejemplar multicopiado.

producir sobre todo en el ámbito de la sucesión de contratistas o concesionarios, sino también en el seno de la propia Comisión que rápidamente se aprestó a proponer una nueva redacción de la Directiva 77/187 que excluyera expresamente la aplicación de ésta a supuestos como los descritos.

Pero más importante que esto fue la reacción del propio Tribunal que en posteriores pronunciamientos matizó la interpretación sostenida en el Asunto *Schimdt* y recuperó la noción de empresa organización. El cambio se anunció ya en la Sentencia de 11 mayo 1997 (Asunto *Suzen*, referida a una trabajadora que desarrollaba tareas de limpieza en un colegio y que fue despedida con motivo de la finalización de su contrata) y se confirmó en posteriores pronunciamientos como los Asuntos *Sánchez Hidalgo* y *Hernández Vidal*, ambos de 10 diciembre 1998 (referido a la sucesión en la concesión administrativa de un servicio de ayuda a domicilio para personas discapacitadas). Con esta recuperación de su doctrina más tradicional se superaron, al menos formalmente, las divergencias entre la jurisprudencia nacional y la comunitaria.

Con todo, la coincidencia entre nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal comunitario resulta ser en la práctica más nominal que real. Y es que partiendo de una misma noción de empresa entendida como organización, las diferencias comienzan a la hora de valorar los elementos que integran la organización empresarial. Así, mientras que el Tribunal Supremo pone el acento en los elementos materiales, de modo que la existencia de una transmisión de empresa se hace depender de la efectiva transmisión de elementos tales como las instalaciones, locales, enseres o utillaje, el Tribunal europeo mantiene una interpretación más amplia y flexible en la que se valoran elementos o circunstancias distintas a las puramente materiales. La continuidad de la clientela, la transmisión de conocimientos o técnicas de producción, o la continuidad de la plantilla de trabajadores son, entre otros, elementos que adquieren especial importancia a la hora de apreciar si se ha producido la transmisión de una entidad económica en la doctrina comunitaria⁴.

La actual redacción del artículo 44 ET, incorporada por la Ley 12/2001, parece marcar un punto de inflexión en esta historia de desencuentros entre la doctrina judicial nacional y la comunitaria. De hecho, la reforma de este precepto se efectúa con la finalidad de completar la adaptación de nuestro ordenamiento a la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas. Con esa intención, se incorpora al texto legal una expresa definición de la noción de empresa al señalar, en fiel transposición del texto comunitario, que «se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmi-

⁴ Sobre la concepción materialista de transmisión de empresa manejada por nuestro Tribunal Supremo, vid. MARTÍNEZ MORENO, C.: «Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresa y subcontratación», *RL*, 1999, I, pg. 606. Vid. también, poniendo de manifiesto las diferencias entre la doctrina del Tribunal Supremo y la del Tribunal comunitario en este punto, DE LA PUEBLA PINILLA, A.: *Las nuevas formas de empresa en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores*, cit., pgs. 99-114.

sión 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, principal o accesoria». Como se ha señalado, corresponde ahora a nuestros tribunales acomodar su doctrina no ya a la jurisprudencia comunitaria sino a los propios mandatos de nuestra normativa interna derivados de la transposición de la Directiva⁵. Pero mientras la adaptación se produzca, lo cierto es que subsisten las diferencias entre ambos órganos judiciales.

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 24 ENERO 2002 Y SUS PRECEDENTES: LA PLANTILLA DE TRABAJADORES COMO ENTIDAD ECONÓMICA

La Sentencia de 24 enero 2002 (Asunto *Temco*) aporta un nuevo ejemplo de esta diferente concepción de la empresa o entidad económica objeto de transmisión que sostienen Tribunal Supremo y Tribunal comunitario⁶. La sentencia declara que la Directiva sobre transmisión de empresa es aplicable en un supuesto en el que la operación entre cedente y cesionario no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, pero el nuevo empresario se hace cargo de una parte del personal del anterior. No se trata de una decisión absolutamente novedosa, pues ya pronunciamientos anteriores habían avanzado esta solución, pero la insistencia y reiteración del Tribunal de Justicia en admitir que el mantenimiento de la plantilla puede ser, por sí solo y sin otras exigencias, decisivo para determinar la aplicación de la Directiva profundiza la divergencia con la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, reticente a apreciar fenómenos

⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales», *RL*, núms. 11/12, 2002, pg. 192. No obstante, y aunque quizás es demasiado pronto para hacer balance, no parece que la modificación del art. 44 ET vaya a alterar la doctrina de nuestros tribunales. Desde la doctrina se ha señalado que el añadido al art. 44 ET tiene únicamente el valor de precisión conceptual sin que suponga una efectiva modificación del objeto de la transmisión. En este sentido, vid. MARTÍN VALVERDE, A.: «La doble función de la Ley 12/2001, de 9 de julio, de reforma del mercado de trabajo», *Derecho de los negocios*, septiembre 2001, pg. 76. Vid. también SEMPERE NAVARRO, A. V. y F. CAVAS MARTÍNEZ: «Claroscuros en el nuevo régimen jurídico de la sucesión de empresa», *AS*, núm. 10, 2001, pg. 12, y GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.: «La transmisión de empresas en la Ley 12/2001, de 9 de julio. Una primera aproximación al nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores», en AA VV, *La reforma laboral de 2001 y el Acuerdo de Negociación colectiva para el año 2002*, Lex Nova, 2002, pgs. 237-238.

⁶ Sobre esta Sentencia, vid. CABEZA PEREIRO, J.: «La subrogación empresarial en las contrataciones de limpieza sí se ampara por la Directiva 23/2001/CE. STJCE, de 24 de enero de 2002», *AL*, vol. 1, 2002, pgs. 1097-1103, GARCÍA ROMERO, B.: «Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de traspaso y negociación colectiva (Estado de la cuestión tras la STJCE de 24 enero de 2002, Asunto *Temco*)», *RDS*, núm. 18, 2002, pgs. 129-143 y GÓMEZ ABELLEIRA, F.: «Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *AL*, núm. 16, 2002, pgs. 315-336.

de transmisión de empresa cuando no existe transmisión de elementos patrimoniales.

El conflicto que motiva la Sentencia de 24 enero 2002 se produce en torno a una sustitución de empresas. Volkswagen había contratado la limpieza de algunas de sus instalaciones industriales a la empresa BMV –la cual, a su vez, había subcontratado esta actividad con su filial GMC–. Finalizada la contrata, Volkswagen decidió contratar los servicios de limpieza con otra empresa, Temco, que, en aplicación del convenio colectivo vigente en el sector, requirió a BMV para que le informase sobre el personal que había estado destinado a dicha contrata y se hizo cargo, también en cumplimiento del convenio, de una parte del personal de GMC. Cuatro trabajadores que no fueron contratados por Temco demandaron a ésta y a GMC por despido obteniendo sentencia estimatoria que apreció la existencia de transmisión empresarial y declaró que los trabajadores demandantes habían pasado de pleno derecho al servicio de Temco. En el marco de la resolución del recurso frente a esta Sentencia, el órgano judicial competente decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal una cuestión prejudicial en relación con la aplicación de la Directiva sobre transmisión de empresas a un supuesto como el controvertido.

Respondiendo a la cuestión planteada, el Tribunal de Justicia afirma que la Directiva es aplicable a «una situación en la que un arrendatario de servicios, que había confiado contractualmente la limpieza de sus locales a un primer empresario, el cual hacía ejecutar dicho contrato por un subcontratista, resuelve dicho contrato y celebra, con vistas a la ejecución de los mismos trabajos, un nuevo contrato con un segundo empresario, cuando la operación no va acompañada de ninguna cesión de elementos del activo, materiales o inmateriales, entre el primer empresario o el subcontratista y el nuevo empresario, pero el nuevo empresario se hace cargo, en virtud de un convenio colectivo de trabajo, de una parte del personal del subcontratista, siempre que el mantenimiento del personal se refiera a un parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que el subcontratista destinaba a la ejecución del subcontrato».

Como se anticipaba, no es ésta la primera ocasión en la que el Tribunal europeo toma en cuenta, a la hora de valorar la existencia o no de una transmisión de empresa, la circunstancia de que la plantilla de trabajadores continúe vinculada con el nuevo empresario tras el cambio de titularidad de una actividad. De hecho, desde la Sentencia de 18 marzo 1986 (Asunto *Spijkers*) el Tribunal viene señalando que para determinar la existencia de una transmisión es preciso considerar todas las circunstancias que caractericen y acompañen la operación. En particular, deben tomarse en cuenta circunstancias como «el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los 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 las actividades». Todas estas circunstancias actúan en la práctica como indicios de que lo transmitido es una entidad económica –ya sea una empresa o una parte de ésta– y por ello, como indica el propio Tribunal, ninguna de estas circunstancias puede apreciarse aisladamente pues todas ellas son únicamente aspectos parciales de una valoración de conjunto.

En concreto, la continuidad de las relaciones laborales con el nuevo empresario ha resultado una circunstancia relevante en varios pronunciamientos anteriores al que ahora se comenta. Ya en la Sentencia de 14 abril 1994 (Asunto *Schimdt*), el Tribunal había afirmado que «cuando un empresario encomienda, mediante contrato, la responsabilidad de explotar un servicio de su empresa, como el que consiste en efectuar trabajos de limpieza, a otro empresario que asume, como resultado de ello, las obligaciones del empresario frente a los trabajadores por cuenta ajena que estaban destinados allí, la operación puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva». Con ello se apuntaba ya la importancia que, a efectos de apreciar la existencia de transmisión, puede adquirir el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo de los trabajadores del anterior.

Este aspecto de la transmisión de empresas vuelve a ser utilizado en la Sentencia de 11 marzo 1997 (Asunto *Süzen*) y en este caso, además, con una trascendencia decisiva para la solución de la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal. En este caso, se debía resolver si la Directiva 77/187 resultaba aplicable en un supuesto en el que una empresa contratista que venía prestando servicios de limpieza para la empresa principal es sustituida por otra contratista distinta. Son muchos los aspectos relacionados con la transmisión los que este pronunciamiento aborda y en él se recogen afirmaciones de sumo interés que permiten corregir o matizar anteriores pronunciamientos aclarando la interpretación del Tribunal comunitario respecto al ámbito de aplicación de la Directiva 77/187⁷. Sin embargo, lo que ahora interesa es poner de relieve la afirmación contenida en este pronunciamiento conforme a 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». Esta afirmación se reitera, además, en el fallo de la sentencia

⁷ En particular, aun sin indicarlo expresamente, el Tribunal corrige la doctrina fijada en la Sentencia *Schimdt*, para negar que la mera sucesión en la actividad cuando no va acompañada de la transmisión de elementos del activo, pueda determinar la existencia de transmisión de empresa.

que, enunciado en negativo, señala que no procede la aplicación de la Directiva cuando la operación consistente en resolver una contrata y celebrar otra «no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata».

El Tribunal atribuye, así pues, una importancia decisiva a efectos de apreciar la existencia de transmisión a la circunstancia de que el empresario se haga cargo de los trabajadores del anterior hasta el punto de que, en determinados casos, esta circunstancia puede ser determinante de la existencia de transmisión de empresa, aunque no concurra la transmisión de ningún elemento del activo patrimonial de la empresa. Dos observaciones acompañan a esta afirmación. Por una parte, el Tribunal insiste, como lo hizo en la Sentencia *Schmidt*, en que la continuidad de los trabajadores es un elemento relevante de cara a la existencia de transmisión en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Por otra, el Tribunal exige que el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial «en términos de número y competencias» de los trabajadores del anterior contratista. La matización es importante⁸, porque la existencia de transmisión no viene determinada por la transmisión de cualesquiera trabajadores sino únicamente de aquellos que, por su cantidad y sus conocimientos, permitan el desarrollo de la actividad que anteriormente desarrollaba el anterior empresario. Con ello se viene a corregir la interpretación excesivamente rigurosa sostenida en la Sentencia *Schmidt* en la que el número de trabajadores que prestaban sus servicios en el marco de la contrata se limitaba a uno y, sin embargo, el hecho de que el nuevo contratista estuviera dispuesto a asumir a dicho trabajador fue suficiente para aceptar la existencia de una transmisión de empresa⁹.

Idéntica afirmación se reproduce en las Sentencias *Hernández Vidal y Sánchez Hidalgo*, ambas de 10 diciembre 1998. En la primera de ellas se resolvían tres asuntos acumulados, todos ellos relativos a la sucesión de contratistas de limpieza. En la segunda se trataba de dos asuntos acumulados, el primero de ellos referido a la sustitución de una empresa que gestionaba, a través de una concesión, un servicio de ayuda a domicilio y el segundo a la sustitución de una empresa contratista de los servicios de seguridad. En ambas Sentencias el Tribunal reitera que, en aquellos sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, los trabajadores que

⁸ Aunque plantea muchas incertidumbres, como advierte MORÓN PRIETO, R.: «El concepto de transmisión de empresa de la Directiva 77/187/CEE: divergencias interpretativas entre las decisiones del TJCE y la doctrina del Tribunal Supremo (Comentario a la STJCE de 11 de marzo de 1997)», *RMTAS*, núm. 7, 1998, pgs. 260-261.

⁹ Vid., en este sentido, HERNÁNDEZ MARTÍN, A.: «Las contratas de limpieza en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: de la Sentencia Cristel Schmidt a la Sentencia Hernández Vidal», *AS*, 1999, vol. 5, pg. 430.

prestan servicios en dicha actividad pueden constituir una entidad económica de forma que si el nuevo empresario continúa con la misma actividad y se hace cargo de esos trabajadores, puede entenderse que existe transmisión de empresa. Sin embargo, en estos pronunciamientos, el Tribunal no incorpora esta afirmación al fallo de las sentencias, limitándose a señalar que la Directiva es aplicable cuando, al finalizar la contrata o la sucesión, la actividad es continuada por un nuevo empresario siempre que se transmita entre ambas empresas una entidad económica. Para definir ésta, el fallo de las sentencias se limita a indicar que «el concepto de entidad económica remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio».

También la Sentencia de 2 diciembre 1999 (Asunto *Allen*)¹⁰ insiste en la relevancia de este criterio para acreditar la existencia de transmisión de empresas. Se trataba, en este caso, de una empresa que había obtenido la contrata para desarrollar trabajos de perforación en unas minas de carbón y que, después de ejecutar por sí misma los trabajos, decidió subcontratar dicha prestación con otra empresa perteneciente al mismo grupo empresarial. Tras obtener una nueva contrata, la contratista optó por no subcontratar nuevamente la actividad y ejecutar directamente la obra contratada. En cualquier caso, los trabajadores que se encargaron de ejecutar las obras fueron siempre los mismos, sucediéndose los despidos y contrataciones en función de la empresa que se encargara de la ejecución de la contrata. A efectos de determinar si resulta aplicable la normativa comunitaria sobre transmisión de empresas, el Tribunal recuerda una vez más que el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo de los trabajadores contratados por el anterior para el desarrollo de la misma actividad puede ser un criterio determinante de la existencia de transmisión de empresa. Sin embargo, es evidente que en este caso fallaba la premisa sobre la que la doctrina comunitaria apoya el recurso a este criterio, esto es, el que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra y que la entidad económica funcione sin elementos significativos de activo material e inmaterial. El Tribunal es consciente de ello. Por eso, la Sentencia reconoce expresamente que «bien es verdad que, en el asunto principal, la perforación de galerías de minas no puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra, puesto que exige un material e instalaciones importantes» y entre las empresas implicadas no ha habido en ningún momento transmisión de activos. El Tribunal salva este obstáculo apreciando que en el sector minero es habitual que los instrumentos necesarios para la realización de los trabajos sean suministrados por el propietario de la mina, por lo que «la circunstancia de que la propiedad de los activos necesarios para la explotación de la empresa no haya sido transmitida al nuevo empresario no consti-

¹⁰ Vid. el comentario a esta Sentencia de GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B.: «Sucesión de empresa entre sociedades de un mismo grupo empresarial: primacía de la forma jurídica sobre la realidad económica, Comentario a la STJCE de 2 diciembre 1999, Asunto C-234/1998, *Allen* y otros frente a *Amalgamated Construction co. Itd.*», *AL*, 2000, 1, pgs. 687-693.

tuye un obstáculo para que exista una transmisión». En suma, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo de los trabajadores del anterior recupera su valor dirimente para apreciar la existencia de transmisión.

Posteriormente, la Sentencia de 25 enero 2001 (Asunto *Pekka Liskojärvi*) vuelve a acudir a este mismo criterio de la continuidad de las relaciones laborales aclarando su alcance. El problema se refería, en este caso, a una empresa que, por decisión de la autoridad municipal competente, obtuvo la explotación de siete líneas locales de autobuses que anteriormente explotaba otra empresa con una flota de veintiséis autobuses y cuarenta y cinco trabajadores. De estos, treinta y tres fueron contratados nuevamente por la nueva adjudicataria del servicio aplicándoseles el convenio colectivo correspondiente que preveía condiciones laborales menos favorables que las que se les venían aplicando en su anterior empresa. Estos trabajadores interpusieron una demanda por estimar que se había producido una transmisión de empresa y que, por tanto, tenían derecho a seguir disfrutando de sus anteriores condiciones de trabajo. En este caso, se rechazó la aplicación de la Directiva porque «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».

En definitiva, la jurisprudencia comunitaria aporta, a través de los pronunciamientos analizados, una novedosa noción de empresa que permite identificar a ésta, al menos en determinados sectores productivos, con el conjunto de trabajadores que desarrollan la actividad. En estos casos, basta con que los trabajadores destinados a tal actividad sigan prestando sus servicios con el nuevo empresario para que pueda apreciarse la existencia de una transmisión empresarial. Esta doctrina es la que fundamenta el fallo en el Asunto *Temco* y la que permite aplicar la Directiva en el supuesto allí controvertido.

La interpretación sostenida por el Tribunal comunitario en esta serie de pronunciamientos contrasta radicalmente con la noción de empresa y el concepto de transmisión predominante en nuestra jurisprudencia. En este punto se abre un brecha decisiva entre la doctrina comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ambos órganos judiciales exigen la transmisión de una entidad económica como presupuesto aplicativo de la disciplina sucesoria pero las diferencias radican precisamente en la identificación de esa entidad económica. Mientras que nuestro Tribunal Supremo sigue insistiendo en que ésta consiste en una estructura organizativa patrimonial, el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha admitido ya que un conjunto de trabajadores pueden constituir una entidad económica que, si se transmite, determina la transmisión de empresa. Y ello significa aplicar todas las consecuencias y efectos jurídicos que se anuden a dicho fenómeno: reconocimiento de antigüedad, mantenimiento de todas las condiciones laborales disfrutadas por el trabajador, responsabilidad del nuevo empresario respecto de las deudas laborales nacidas con anterioridad a la transmisión –incluso las referidas a trabajadores que ya no forman parte de la plantilla– y, por supuesto, la obligación del nuevo empresario de mantener las relacio-

nes contractuales con todos los trabajadores que estuvieran destinados al cumplimiento de la actividad que éste asume.

La interpretación apuntada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resulta, cuando menos, sugerente. Y ello sobre todo porque abre nuevas posibilidades de aplicación de la normativa sobre transmisión de empresas a supuestos en los que no existe transferencia de elementos patrimoniales entre los empresarios que se suceden en el desarrollo de una actividad y que, por ello, han quedado hasta ahora al margen de la disciplina sucesoria. No es difícil pronosticar los efectos favorecedores de la estabilidad en el empleo que, de asumir esta interpretación, se generarían en el ámbito de la transmisión de empresas y, en particular, en los supuestos de sustitución de contratistas y concesionarios. Pero a la vez no puede dejar de señalarse que el criterio manejado por el Tribunal comunitario es susceptible de algunas críticas. Hay, en efecto, importantes argumentos de carácter estrictamente jurídico que impiden aceptar que la transmisión de empresa se produzca a través de la mera transmisión de las relaciones laborales. A esas razones se añaden otras de orden práctico que afectan directamente a la propia eficacia de la normativa sobre transmisión de empresa y que ponen de manifiesto el peligro que puede acompañar a una interpretación que, en principio, se presenta como favorable para los trabajadores.

IV. TRANSMISIÓN DE PLANTILLAS Y SUCESIÓN EMPRESARIAL. ALGUNOS PROBLEMAS

1. ¿LOS CONTRATOS DE TRABAJO COMO OBJETO DE NEGOCIOS JURÍDICOS?

En efecto, la identificación del concepto de empresa con la mano de obra plantea problemas jurídicos difícilmente superables¹¹. De hecho, si el conjunto de trabajadores destinados al desarrollo de una actividad productiva puede constituir una entidad económica, la transmisión de ésta requerirá necesariamente transmitir las relaciones laborales afectadas a dicha actividad o, lo que es lo mismo, los negocios de transmisión de la empresa tendrán por objeto las relaciones laborales afectadas a la actividad empresarial. Ello implica reconocer al empresario un poder de disposición, una capacidad para convertir los contratos de trabajo en objeto de negocios jurídicos, que ni la disciplina comunitaria sobre transmisión de empresa ni mucho menos nuestro ordenamiento jurídico le atribuye.

En efecto, en el diseño de la normativa sobre sucesión empresarial contenida en el artículo 44 ET, la continuidad de los contratos de trabajo con el nuevo titular de la empresa opera como fórmula de garantía de la estabilidad en el empleo y de conservación de las unidades productivas. La finalidad de garantizar esa continuidad de las relaciones laborales en los supues-

¹¹ Incluso aunque esa identificación se reserve para los casos fijados por el Tribunal europeo, esto es, para aquellos sectores o actividades en los que una entidad económica puede funcionar sin elementos de activo material o inmaterial.

tos de transmisión de empresa se articula imponiendo sobre el nuevo titular de la entidad económica la obligación de subrogarse en la posición contractual de empleador respecto de los trabajadores que prestaban servicios laborales en dicha empresa. Debe advertirse que esta subrogación impuesta legalmente tiene un sentido bidireccional de modo que se impone tanto al nuevo empresario, que se subroga en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social derivados de las relaciones laborales, como a los propios trabajadores, que quedan obligados a aceptar un nuevo empleador. La sustitución del empleador no es una causa que, en nuestro ordenamiento, legitime al trabajador para solicitar la resolución indemnizada del contrato de trabajo de modo que la única opción posible es la de extinguir la relación laboral a través de la dimisión sin derecho a indemnización¹².

Este régimen de subrogación legal constituye una excepción al régimen general previsto en el artículo 1205 CC que, al regular la novación subjetiva, establece como condición de validez el consentimiento del acreedor. Pero precisamente por ese carácter excepcional, la subrogación prevista en el artículo 44 ET sólo opera cuando existe una efectiva transmisión de empresa. Cuando no concurre este presupuesto, decaen las razones que explican y justifican la subrogación obligatoria.

La configuración de las relaciones laborales o de los contratos de trabajo como parte de los medios o bienes que integran la empresa implica una dificultad teórica referida al objeto mismo de los negocios de cesión de la propiedad o del disfrute del complejo empresarial. Si la empresa se identifica con las prestaciones laborales, los negocios traslativos de la empresa convierten a éstas en objeto de tráfico jurídico. Esta consecuencia es incompatible con la noción de actividad laboral como expresión de la personalidad. Las relaciones de trabajo siguen la suerte de la empresa pero no como bienes o servicios de ésta sino por una especie de accesión que impone el artículo 44 ET. Por ello, cuando no hay transmisión de empresa conforme al artículo 44, el cambio de empleador no puede imponerse al trabajador en contra de su voluntad¹³. Prueba de ello es que la libertad de trabajo permite siempre la dimisión del trabajador de modo que los negocios transmisivos podrían, en estos casos, quedar vacíos de contenido o limitados úni-

¹² Vid., al respecto, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del trabajo*, MTSS, 1989, pgs. 254-257.

¹³ En este sentido, señala PEDRAJAS MORENO, A. («Relaciones de carácter interempresarial: subcontratación, cesión, sucesión, grupos de empresa», en AA VV, *Unificación de doctrina del Tribunal Supremo en material laboral y procesal laboral, Homenaje al Profesor Efrén Borrajo*, Tirant lo Blanch, 1999, pg. 255) que «si una empresa procede a externalizar mediante contrata de servicios una actividad determinada que, hasta ese momento venía cubriendo con su personal, no puede compeler a los trabajadores propios, que hasta ese momento venían efectuando el servicio, a que se incorporen a la plantilla de la empresa contratista, salvo que se transmita a ésta una auténtica unidad autónoma de producción con la correspondiente infraestructura patrimonial afecta a la misma».

camente a los derechos derivados de los pactos de permanencia, aunque es dudoso que continuaran vigentes tras el cambio de empresario¹⁴.

Esta es una interpretación que el Tribunal Supremo ha sostenido en reiteradas ocasiones. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 enero 1990 (RJ 1990, 180) se pronuncia en este sentido en un supuesto en el que, tras constatar que no ha existido transmisión de empresa, la Sala IV afirma que no puede imponerse al trabajador un cambio de empleador. Se trataba de un supuesto en el que una empresa, que había atendido las labores de limpieza de sus locales e instalaciones a través de sus propios trabajadores, decide, en un momento determinado, contratar dicha actividad con una empresa contratista. Por ese motivo, comunica a los trabajadores que dicha empresa se haría cargo de las tareas de limpieza indicándoles, de esta forma, que pasaban a prestar servicios para la misma. La Sentencia afirma que «en el presente caso no ha sido objeto de transmisión un conjunto de elementos patrimoniales de la empresa que como unidad organizada pueda servir de soporte a una actividad independiente, sino que, por el contrario, la cesión se limita únicamente a unos contratos de trabajo que pertenecen a la plantilla normal de la empresa y que no sólo carecen de cualquier sustantividad como sustrato productivo de una actividad autónoma, sino que, incluso, desde el momento inicial de la pretendida transmisión aparecen funcionalmente ligados a la continuación de la actividad en la misma empresa». La inaplicabilidad del artículo 44 ET determina que el cambio de empleador deba contemplarse a partir de la norma general del artículo 1205 CC.

Esta interpretación determina relevantes consecuencias porque si bien la subrogación legal, derivada de la transmisión, se impone al trabajador de forma que éste no puede oponerse a la misma ni tiene derecho a extinguir su contrato con derecho a una indemnización, por el contrario, en el caso de que no proceda dicha subrogación, sólo la aceptación por el trabajador permitirá la sustitución del empleador, sustitución que se producirá en los términos y con los efectos que se pacten. Pero si el trabajador se opone a dicha subrogación, la decisión de su empleador de ceder su contrato sólo puede constituir un despido que, por carecer de causa, deberá ser calificado como improcedente y permitirá al trabajador obtener la correspondiente indemnización.

El Tribunal Supremo reitera en posteriores pronunciamientos esta idea conforme a la cual la subrogación sólo puede imponerse cuando se aprecia una efectiva transmisión de empresa¹⁵. En sus Sentencias de 29 febrero 2000 (RJ

¹⁴ En este sentido, 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, pg. 253.

¹⁵ Así, en las SSTs de 25-10-1996 (RJ 1996, 7793) y de 12-3-1997 (RJ 1997, 2318). En la primera de ellas, los trabajadores a los que se había comunicado el cambio de empresario por transmisión de empresa ejercitaron pretensión solicitando la declaración de nulidad de dicha sucesión. El TS aprecia que no concurre una transmisión de empresa porque no hubo transmisión de un mínimo patrimonial y, en consecuencia, estima la pretensión de los trabajadores. En la segunda, la única trabajadora encargada de atender

2000, 2413) y de 11 abril 2000 (RJ 2000, 3946) reitera de nuevo el criterio de que, cuando no resulta aplicable el artículo 44 ET, es preciso el consentimiento del trabajador para que opere la subrogación¹⁶. En ambas Sentencias se trata de supuestos de idénticas características. El Ente público Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA) había convocado concurso público para la adjudicación, como segundo concesionario, del *handling* de pasajeros y rampa (servicio de asistencia en tierra a pasajeros y aeronaves) –en un caso para el aeropuerto de Málaga y en el otro para el aeropuerto de Barajas– servicio que hasta entonces había desempeñado como monopolista la empresa Iberia, LAE. En ambos supuestos, el pliego de condiciones señalaba que el adjudicatario del concurso asumía la obligación de subrogarse en las condiciones establecidas del personal que el primer concesionario destinaba a la prestación de ese servicio. Resuelto el concurso, AENA pactó con las concesionarias el traspaso de 68 y 97 trabajadores respectivamente siempre en contra en la voluntad de los trabajadores que se opusieron reiteradamente a dicho traspaso. Pues bien, ambas Sentencias del Tribunal Supremo, tras analizar los supuestos de hecho, resuelven que no existe transmisión de empresa entre Iberia LAE y las empresas que obtuvieron el servicio de *handling* y ello porque «no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos aún 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 en régimen de monopolio, de lo que hay que deducir necesariamente que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere».

La inexistencia de transmisión impide aplicar el artículo 44 ET y, por tanto, no es posible imponer a los trabajadores la subrogación¹⁷. Las Sentencias

el comedor de un colegio privado solicita que se declare expresamente que es trabajadora de dicho colegio y ello después de que el colegio celebrara un contrato de prestación de servicios con una empresa contratista en el que se estipulaba la obligación de la contratista de absorber a dicha trabajadora. El Tribunal aprecia que tampoco en este caso existe transmisión puesto que los servicios comprometidos carecen de soporte patrimonial y, en consecuencia, estima también la pretensión de la trabajadora.

¹⁶ Vid. un comentario a estas Sentencias en CALVENTE MENÉNDEZ, J.: «Sucesión de empresa y adjudicación de contratas: algunos comentarios sobre la variedad de pronunciamientos en la jurisdicción social y unificación de doctrina en un supuesto particular (Concursos para la adjudicación de la prestación de diversos servicios de asistencia en tierra en aeropuertos)», *CEF*, núm. 212, 2000, pgs. 153-168.

¹⁷ Sólo la aceptación individual de éstos permitiría la subrogación del nuevo titular en la posición de empresarial del contrato de trabajo. No obstante, debe advertirse que el Tribunal Supremo ha admitido la prestación de consentimiento a través de los órganos de representación colectiva. Por ello, cuando el comité de empresa o los sindicatos legitimados autorizan y consienten la operación de transmisión de los contratos prevista en el pliego de condiciones, el requisito del consentimiento exigido por el art. 1205 Cc se entiende cumplimentado. Precisamente, la circunstancia de que la subrogación fue acor-

añaden que, al no resultar aplicable el artículo 44 ET, «el pliego de condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación del contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y por ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores de dichas obligaciones (art. 1205 del Código Civil)»¹⁸.

En definitiva, cabe concluir que, en ausencia de otras circunstancias que permitan apreciar la transmisión de una entidad económica, el empresario no puede imponer a los trabajadores la obligación de aceptar una novación subjetiva en la figura del empleador, no puede, en otras palabras, decidir unilateralmente la cesión de los contratos de trabajo en favor de otro empresario. Ello impide convertir la mano de obra en objeto de negocios jurídicos con finalidad de transmitir una entidad económica. La transmisión de los contratos aparece necesariamente como una consecuencia de la transmisión de empresa sin que los términos de esta aseveración puedan invertirse.

2. CONTINUIDAD DE LAS RELACIONES LABORALES Y SUCESIÓN DE EMPRESA

Ahora bien, si la identificación de la empresa con el grupo de trabajadores que desarrollan una determinada actividad plantea serias dudas desde la perspectiva de su posible transmisión, cabe todavía plantearse si de la continuidad de las relaciones laborales con el nuevo empresario puede deducirse la existencia de una transmisión de empresa. En puridad, este es el supuesto

dada entre ambas empresas y la representación sindical de los trabajadores determinó que, en la STS de 12-4-2000 (RJ 2000, 3951) –referida a un supuesto de contratación de handling similar al planteado en las sentencias citadas en el texto– el fallo fuera de signo contrario. En este caso, el TS apreció la eficacia de la subrogación prevista en el pliego de condiciones porque existía un acuerdo de los sindicatos en el que se aceptaba dicha subrogación. Lo mismo ocurre cuando dicha subrogación se articula a través de cualquier otra modalidad de negociación colectiva de forma que es el convenio el que impone la subrogación aunque no concurren los elementos que determinan la existencia de transmisión de empresa. También en este caso existe consentimiento de los trabajadores que deslegítima e impide, conforme a la doctrina de los actos propios, su posterior oposición a que la subrogación surta sus efectos en los términos pactados.

¹⁸ Esta doctrina se reitera en los posteriores pronunciamientos del TS de 30-4-2002 (RJ 2002, 5688 y 5814), de 13-6-2002 (RJ 2002, 7203), de 18-6-2002 (Rec. 4912/2000) de 21-6-2002 (Rec. 1448/2001), de 25-6-2002 (Rec. 813/2001) y de 26-6-2002 (Rec. 614/2001), todas ellas referidas al mismo conflicto en Iberia. También la doctrina de suplicación ha acogido, en algún pronunciamiento, esta solución. Vid. en este sentido, SSTSJ Cataluña, de 13-3-1992 (AS 1992, 1709) y de 23-12-1992 (AS 1992, 6795) que admiten la posibilidad de que los empresarios que se suceden en el desarrollo de una actividad o la prestación de un servicio pacten la integración de la plantilla en la empresa del nuevo empresario con reconocimiento de condiciones y derechos adquiridos, en cuyo caso dichos acuerdos resultan vinculantes entre las partes y producen efectos en orden al reconocimiento de tales derechos. Pero ambas Sentencias añaden que dichos acuerdos «no obligan al trabajador que no acepta la integración por no existir la sucesión de empresas».

que se plantea en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas antes comentadas y, en concreto, en el Asunto *Temco*, resuelto por Sentencia de 24 enero 2002. En estos supuestos no existía entre los empresarios que se sucedieron en el desarrollo de una actividad un negocio transmisible cuyo objeto fueran los contratos de trabajo sino que la continuidad de las relaciones laborales se produjo, bien por la voluntad del nuevo empresario, bien en virtud de las previsiones del convenio colectivo aplicable. Se trata pues de supuestos en los que el mantenimiento de los mismos trabajadores es fruto de la voluntad del nuevo empresario, contando incluso con el consentimiento de los propios trabajadores.

Supuestos de este tipo han sido ya abordados por nuestra doctrina judicial. La respuesta, al menos en suplicación, ha sido la de rechazar que estos supuestos constituyan una transmisión de empresa. De esta forma, la circunstancia de que el nuevo empresario contrate o mantenga a la totalidad o a la mayoría de los trabajadores integrantes de la plantilla del anterior es insuficiente para apreciar la existencia de transmisión de empresa si la operación no va acompañada de la transferencia entre ambos empresarios de elementos de carácter patrimonial¹⁹. Pero se advierten, al menos en la doctrina de suplicación, síntomas evidentes de cambio.

Así, es apreciable el esfuerzo argumental efectuado en algunos pronunciamientos con la finalidad de rechazar que la continuidad de las relaciones laborales determine la transmisión de empresa. Así ocurre en la Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 diciembre 2000 (AS 2000, 3972), en la que se afirma que en el supuesto controvertido «no cabe hablar de una entidad económica que descansa básicamente en la mano de obra, pues se está en presencia de un Servicio de Operación, Supervisión Técnica y apoyo a las funciones administrativas de una Fundación Pública de Urgencias Sanitarias, que exige necesariamente no sólo trabajadores cualificados (operadores, radiooperadoras, etc.), sino una indispensable infraestructura económica provista de medios tecnológicos, que en ningún caso fueron transmitidos a la nueva concesionaria». El Tribunal rechaza que la mera continuidad de las relaciones laborales sea suficiente para apreciar la transmisión de empresa pero se cuida de justificar que ello es así porque la entidad económica no estaba integrada únicamente por la mano de obra sino que precisaba de un soporte material importante²⁰.

¹⁹ STSJ Las Palmas/Canarias, de 5-5-2000 (AS 2000, 3929) que señala que la simple contratación de una trabajadora por la nueva empresa contratista de los servicios de limpieza no es suficiente para apreciar transmisión de empresa.

²⁰ Esta Sentencia resuelve el conflicto colectivo planteado por una representación sindical solicitando la declaración del derecho de todos los trabajadores que prestaban servicios en la central de coordinación de urgencias sanitarias a ser subrogadas por la nueva adjudicataria del servicio. La posterior Sentencia del mismo Tribunal de fecha 21-12-2001 (RJ 2001, 3948), reitera idénticas afirmaciones para el mismo supuesto, en este caso resolviendo la demanda de despido presentada por una de las trabajadoras que, a diferencia del resto de los trabajadores adscritos al servicio, no había sido contratada por la nueva adjudicataria.

Un paso más se da en Sentencia del TSJ Castilla-La Mancha, de 30 enero 1999 (AS 1999, 162) en la que se asume plenamente la doctrina del Tribunal comunitario, seguramente porque la Sentencia de este órgano judicial de 10 diciembre 1998 (Asunto *Sánchez Hidalgo*) se dictó en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el propio Tribunal Superior de Justicia y en relación con el asunto que se resuelve en la Sentencia de 30 enero 1999. Se trataba de una empresa que, en virtud de un convenio con el Ayuntamiento, prestaba servicios de atención a domicilio a minusválidos. En una fecha determinada, los trabajadores pasaron a prestar servicios para un nuevo empresario que sustituyó, también en virtud de convenio con el municipio, al anterior en el desarrollo de las mencionadas tareas. La cuestión planteada es la de si existe sucesión de empresa que legitime la pretensión de los actores en cuanto a reconocimiento de antigüedad. La Sentencia destaca los siguientes extremos del supuesto controvertido: «a) que estamos ante una actividad en la que no es esencial la existencia de elemento patrimonial alguno para la prestación de la misma, ni de inmueble específico para ello, al ser lo esencial la prestación personal de actividad de los trabajadores a las personas necesitadas de su asistencia, y un sistema de organización de la prestación de trabajo; b) que han sido contratados los trabajadores que la prestaban con la anterior concesionaria, los reclamantes; c) la clientela es la misma, conforme a la normativa asistencial aplicable; d) no existe transferencia patrimonial entre una y otra concesionaria, ni señala nada el convenio aplicable respecto a la obligación de subrogación, ni tampoco consta que se indicara en el pliego de condiciones de la concesión». De estos elementos, deduce la Sala que existe subrogación empresarial, en franca sintonía con la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas²¹.

Lamentablemente, el Tribunal Supremo no ha tenido, al menos hasta el momento, la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión y ello no porque esta cuestión no haya sido planteada, sino porque cuando así ha ocurrido defectos de carácter procesal han impedido al Tribunal ejercer su función unificadora. Así ocurrió en la Sentencia del TS de 13 diciembre 1999 (RJ 1999, 9789) en la que se plantea abiertamente el debate en torno a si el conjunto de los trabajadores puede considerarse como una entidad económica a efectos de transmisión. La sentencia recurrida en casación para la unificación de la doctrina era la del TSJ Castilla-La Mancha, de 30 enero 1999 (AS 1999, 162). La Sentencia, como se ha señalado hace apenas unas líneas, había admitido la sucesión empresarial a partir del mero dato de la continuidad de las relaciones laborales y a pesar de que entre ambos empre-

²¹ Por el contrario, la STSJ Murcia, de 13-1-1999 (AS 1999, 1628), en cuyo proceso se habían interpuesto al TJCE las cuestiones prejudiciales que éste resolvió en la Sentencia Hernández Vidal, resolvió que no existía transmisión de empresa en un supuesto en el que, concluida una contrata de limpieza, la empresa principal, dedicada a una actividad distinta, asumió directamente la realización de dichos servicios de limpieza. Bien es cierto que, en este caso la empresa principal no se había hecho cargo de ningún trabajador de la contratista.

sarios no se produjo la transmisión de elementos patrimoniales. El pronunciamiento aportado como contraste se refería a un servicio de limpieza vial concedido inicialmente por un Ayuntamiento a una empresa y posteriormente a otra para la que igual que en la Sentencia anterior habían pasado a prestar sus servicios los trabajadores. A pesar de la similitud entre los supuestos planteados en ambas Sentencias, el Tribunal Supremo apreció falta de contradicción y ello porque en la sentencia recurrida se parte de «la falta de relevancia de los elementos patrimoniales y el carácter fundamental de la mano de obra en la prestación del servicio, en la medida en que éste puede desarrollarse sólo con el trabajo personal de los actores sin necesidad de ninguna organización productiva». Por el contrario, en la sentencia de contraste «se trata de una actividad de limpieza, pero no de limpieza de edificios y locales, sino de limpieza vial, lo que lejos de ser una actividad laboral pura exige la aportación de medios técnicos de producción significativos y concretamente vehículos con recipiente incorporado para la recogida y transporte de los residuos». En conclusión el «problema de la posible configuración del conjunto del personal como una entidad económica a efectos de transmisión no se suscita en las actividades como la limpieza vial, en las que los medios técnicos son significativos en el desarrollo de la actividad empresarial». La falta de contradicción impide al Tribunal abordar la unificación de doctrina en la materia²².

De esta forma, el debate en torno a si la continuidad de las relaciones laborales con un nuevo empresario es una circunstancia determinante de la transmisión de empresa está pendiente de obtener una respuesta en nuestra jurisprudencia. Pero no parece que ésta vaya a tardar mucho en llegar. Y ello porque, como se apunta en la Sentencia comentada, el problema se plantea, en los mismos términos que respecto a las empresas dedicadas a la atención domiciliaria, en el ámbito de las empresas de limpieza de edificios y locales.

Es ésta una actividad para cuyo desarrollo no se exigen importantes elementos materiales de modo que la entidad económica cuyo objeto sea la prestación de estos servicios puede carecer de una infraestructura material relevante —y no sólo desde un punto de vista del valor económico de los activos tangibles sino también desde la perspectiva de su esencialidad para el desarrollo de la actividad—²³. Tampoco los activos intangibles suelen presentar

²² La STS de 24-7-2001 (RJ 2001, 7923) vuelve a plantearse un supuesto de idénticas características y vuelve a declarar la inexistencia de contradicción puesto que al igual que en la STS de 13-12-1999 la sentencia de comparación se refería a una empresa que prestaba un servicio de limpieza vial.

²³ La inexistencia de infraestructura en las empresas de limpieza, más allá de la requerida para poner en relación a determinados trabajadores con las empresas que requieren sus servicios, ha sido señalada por la doctrina. Vid. al respecto, RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M. y SALA FRANCO, T.: «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores», en AA VV, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Estudios en recuerdo de Blat Gimeno, Tirant lo Blanch, 2000, pg. 117. La afirmación puede extenderse a otro tipo de empresas de servicios como aquellas que prestan servicios de fontanería,

relevancia en este tipo de empresas en las que la actividad desarrollada no presenta complejidad técnica ni profesional ni requiere modelos organizativos, licencias o patentes. En realidad, el valor de estas empresas reside casi exclusivamente en la organización de la plantilla de trabajadores, esto es, en el modo en que éstos ejecutan el trabajo, se distribuyen las tareas o se organiza la actividad por grupos de trabajadores²⁴. Estos valores son inherentes a los propios trabajadores, o al menos algunos de ellos, de modo que la continuidad de sus relaciones laborales determina que la peculiar organización de la entidad económica se transmita a un nuevo empresario²⁵. Se cumple en estas situaciones la exigencia prevista en el artículo 44 ET conforme a la cual existe sucesión de empresa porque se ha producido un cambio de titularidad sobre los medios, en este caso exclusivamente personales, necesarios y suficientes para llevar a cabo una actividad productiva.

Por eso, es razonable afirmar que cuando el empresario que asume el desarrollo de una actividad ejecutada anteriormente por otro empresario lo hace empleando a los mismos trabajadores está adquiriendo e incorporando a su propia empresa una plusvalía –la única existente en la parcela de actividad desarrollada por la anterior empresa– inherente a los propios trabajadores. La experiencia, la organización del trabajo, la distribución en grupos, son valores que, a través de la plantilla, se transfieren desde el anterior hasta

cerrajería, donde igualmente la estructura productiva exigida es escasa (NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: «Ingeniería jurídica y Empresas de Trabajo Temporal: las difusas fronteras entre las contratas y la cesión de trabajadores», *TL*, núm. 56, 2000, pgs. 237).

²⁴ Se trata de supuestos en los que la organización productiva necesaria para la explotación del servicio es absolutamente elemental, reduciéndose a la propia actividad y a unos trabajadores que la realizan, sin locales propios, sin apenas utillaje ni materias primas y sin un know-how verdaderamente consistente. En este sentido, vid. SALA FRANCO, T.: «La sucesión de contratas», en AA VV (Dir. A. PEDRAJAS) *La externalización de actividades laborales (outsourcing): una visión interdisciplinar*, Lex Nova, 2002, pg. 271. Si acaso, también constituyen elementos integrantes de este tipo de empresas dedicadas a la prestación de servicios de limpieza, la cartera de clientes y el prestigio de que goce la empresa en el sector (DE LAS HERAS BORRERO, F. M. y M. LLADO ARBURUA: «Mantenimiento de los derechos adquiridos de los trabajadores en caso de cesión de empresa conforme a la Directiva 77/187/CEE: noción, jurisprudencia y propuesta de reforma», *REDT*, núm. 83, 1997, pg. 401). Pero estos elementos sólo adquieren relevancia cuando el objeto de transmisión es la empresa en su totalidad, en cuyo caso el «precio» de la entidad económica se fija atendiendo a estas circunstancias.

²⁵ En este sentido, vid. SERRANO OLIVARES, R.: «La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», cit., pg. 1324, quien afirma que en estos supuestos el personal que desarrolla el servicio de que se trate adquiere el carácter de un elemento organizativo fundamental en detrimento de los elementos materiales, en la medida en que revela una específica y especializada actividad con exigencias de formación y cualificación. En el mismo sentido, vid., GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B.: «Sucesión de empresa entre sociedades de un mismo grupo empresarial: primacía de la forma jurídica sobre la realidad económica, Comentario a la STJCE de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-234/1998, Allen y otros frente a Amalgamated Construction co. Itd.», cit., pg. 690, «lo esencial en dichas empresas, lo que constituye la base de su volumen de negocios, es la especialización mínima de las personas empleadas en ellas».

el nuevo empresario. De esta forma, la situación que resulta de la continuidad de las relaciones laborales es asimilable a la que resulta de la transmisión de una entidad económica y ello justifica la aplicación del régimen sucesorio previsto en el artículo 44 ET.

Desde esta perspectiva, adquiere valor el criterio manejado por el Tribunal comunitario en la Sentencia de 24 enero 2002 y en las anteriores ya citadas en las que la continuidad de las relaciones laborales adquiere un carácter dirimente de la existencia de una transmisión empresarial. Es ésta una interpretación que ofrece solución a los supuestos de transmisión sobre entidades económicas en las que el valor de la empresa reside en la mano de obra.

Aun así, no puede dejar de advertirse que esta solución presenta ciertos inconvenientes prácticos. En efecto, es ésta una interpretación que aparentemente beneficia a los trabajadores –en la medida en que favorece la estabilidad en el empleo y permite romper la vinculación entre duración de la contrata y duración del contrato de trabajo– pero que puede volverse en contra de sus propios intereses.

Y es que si la mera decisión empresarial de mantener a la misma plantilla de trabajadores implica el riesgo de aplicación de toda la disciplina sucesoria²⁶ es fácil predecir que el empresario evitará ese peligro eludiendo la contratación de los mismos trabajadores que empleaba el anterior empresario. Y si es el convenio el que impone al nuevo empresario la incorporación del personal del anterior lo más probable es que estas cláusulas desaparezcan en el futuro²⁷.

No resulta sencillo ofrecer alternativas en esta delicada cuestión. Apostar por una rectificación de nuestra doctrina judicial para que se asuman los criterios de la doctrina comunitaria puede no ser suficiente y supondría únicamente trasladar a nuestra jurisprudencia las críticas y problemas que esta doctrina plantea. Posiblemente, sólo una expresa previsión legal que impusiera la aplicación de la disciplina sucesoria a los supuestos que ahora se tratan garantizaría eficazmente la protección de los trabajadores.

²⁶ Con los consiguientes efectos, entre otros, el mantenimiento de las condiciones laborales que los trabajadores vinieran disfrutando con el anterior empresario, la obligación de asumir a la totalidad de los trabajadores destinados de forma duradera a la actividad o, en su defecto, las consecuencias indemnizatorias que podrían derivarse de la decisión de no hacerse cargo de la totalidad de la plantilla, la responsabilidad solidaria por las deudas salariales y de Seguridad Social que el anterior empresario hubiera contraído con los trabajadores.

²⁷ Vid., en este sentido, DESDENTADO BONETE, A.: «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», cit, pg. 254. También GARCÍA ROMERO, B.: «Ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE, noción de traspaso y negociación colectiva (Estado de la cuestión tras la STJCE de 24 enero de 2002, Asunto Temco)», cit, pg. 143.