

La sucesión empresarial en el caso de las contratas. Comentario de actualidad a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de enero de 2011.

by admin - Lunes, abril 18, 2011

<http://www.diariojuridico.com/opinion/la-sucesion-empresarial-en-el-caso-de-las-contratas-comentario-d-e-actualidad-a-raiz-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-20-de-enero-de-2011.html>

Por Fernando Vizcaíno de Sas. Socio Director Departamento Laboral JIMÉNEZ DE PARGA ABOGADOS.



La problemática sobre cuando cabe entender que se produce una sucesión de empresa en el caso de una contrata y es por lo tanto aplicable la obligación de subrogación del personal, recibe a principios de este año de 2011, un nuevo impulso con la reciente sentencia que comentamos.

La trasposición de las distintas Directivas Europeas al Estatuto de los Trabajadores, se produjo con la nueva redacción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores dada en la Ley 12/2001 de 9 de julio, que supuso una auténtica revolución en la figura de la sucesión de empresas y las garantías por cambio de empresario.

Su aplicación al mundo de las contratas de obras y servicios se estructuró jurídicamente en una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco núm. 465/2007 de 13 febrero AS 2007\1781, que marcó el camino de lo que otras sentencias dijeron desde entonces.

Recordemos las palabras de esta resolución de 2007:

“ A) El art. 44 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 (vigentes desde el 11 de ese mes), 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.

Uno de los efectos de la sucesión de empresa que dispone el art. 44 ET en su apartado 1, mantenido tras la Ley 12/2001, es el efecto subrogatorio en la posición de empresario de la relación laboral.

Norma de rango legal que no deja margen alguno a la negociación colectiva o a la autonomía de la voluntad para poder disponer de ese concreto efecto 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 limite su ámbito de aplicación resulta nulo de pleno derecho (inciso inicial del art. 85-1 ET y art. 3-1-c ET)...”.

Concretando a continuación lo que, con acierto gramatical denomina “...la noción misma de sucesión de empresa...” como uno de los fundamentales cambios de la nueva redacción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, diciendo:

“... 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 apartado 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 1998/50 / CE (art. 1-1-b), mantenido en la Directiva 2001/23 / CE (art. 1-1-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 art. 1 de la Directiva 1977/187/CEE, cuando señala que el concepto de entidad objeto de la transmisión remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencias Süzen, de 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997, 45] , Hernández Vidal, de 10 de diciembre de 1998 [TJCE 1998, 308] , Sánchez Hidalgo, de la misma fecha [TJCE 1998, 309] , y Allen, de 2 de diciembre de 1999 [TJCE 1999, 283]).

No cabe duda, vista esa identidad en la descripción, que nuestro legislador ha querido que, a partir de la vigencia de la Ley 12/2001, la noción de sucesión de empresa, en nuestro derecho interno, sea la comunitaria a la sazón vigente, abandonando la que hasta ahora teníamos. Resulta obvio que, de ser la misma, no habría sido necesario cambio alguno de regulación.

Pues bien, al identificarse ahora nuestra noción del objeto de la transmisión con la comunitaria se ha producido un efecto singular, como es la relevancia de la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que pasa a ser la autorizada intérprete de nuestra propia norma...”

Inmediatamente, nuestro Tribunal Supremo declaró el alcance de este cambio normativo en la sentencia de fecha 17/6/08 dictada en Sala General en recurso de unificación de doctrina 4426/06 (RJ 2008, 4229) manifestando:

"...el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001, de la Comunidad Europea que sustituye y refunde las Directivas 77/187 y 98/50 de la CE, como ya hizo esta Sala en sus sentencias de 20 (RJ 2004, 7162) y 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) (Rec. 4424/2003 y 899/2002), donde se vino a decir que existía sucesión empresarial cuando había transferencia de la mera actividad si la misma se veía acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, al entenderse que ese conjunto tenía el carácter de "entidad económica", razón por la que habría sucesión de empresa cuando se sucedía en la actividad y en la plantilla, supuesto también llamado de "sucesión en la plantilla" (...)

Ha de afirmarse que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) cumple a la perfección los fines que persigue el artículo 3 de la anterior Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 y de la Directiva 1998/50/CEE de 29 de junio (LCEur 1998, 2285) para el caso de afirmar que existe cesión empresarial. Resta, sin embargo, dilucidar el extremo de su existencia a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria y en particular, siguiendo los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997, 45) (asunto Süzen) que en primer lugar define el perfil general de la transmisión empresarial como "la que necesita además de la sucesión en la actividad objeto de la contrata la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial", para añadir en su Fundamento 21 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 actividad económica y por ello 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".

Nos encontramos así, con que a las posibilidades tradicionales que nuestra Jurisprudencia patria había venido perfilando como dignas de ser tenidas en cuenta a los efectos de la subrogación obligatoria del personal, se unía con luz propia la Comunitaria de lo que se denominó "sucesión de plantilla".

Por lo tanto, en general y muy en particular las referidas a los pliegos de cargos, convenios colectivos y esta nueva posibilidad, el panorama jurídico de la aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores contaba con las siguientes posibilidades de aplicación de la sucesión de empresa:

- La más general y conocida de trasmisión de la empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma; con la necesaria transmisión patrimonial, de elementos patrimoniales que hacen verdaderamente autónomo y productivo lo transmitido. Esta, era extraño se pudiera aplicar al mundo de la subcontratación ya que, normalmente, no se solía transmitir a la contrata más que la actividad y, en su caso, personal.

- Se definió además, un tipo de sucesión para el mundo de las Administraciones Públicas cuando la obligación de subrogación era una imposición del Pliego de Condiciones. Así, esta problemática de los

Pliegos de Condiciones se concreta en la reciente resolución del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de 30 enero de 2009 (JUR 2009\323511), donde declara:

“...Esta obligación de ofrecer su contratación (con respeto de antigüedad, salario etc.) a los trabajadores de la empresa saliente determina que estos tienen un derecho a pasar a la empresa nueva en los términos que impone el art. 44 del ET, pues no se le concede ninguna facultad a la patronal de rechazarlos (repetimos, aparte causas legales, que no se invocan), ya que ese realizar la oferta con carácter previo solo significa que deberá contratarlos si ellos quieren. Por ello, la solución del Juzgador de instancia ha sido acertada al concluir que se produjo subrogación porque la misma está prevista en el Pliego de Condiciones.

Y esa subrogación, sucesión de empresa en los términos del art. 44 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo es con todas las consecuencias porque está impuesta, como decimos, en el Pliego, con independencia de que se considere también el traspaso de medios y, como quedó dicho, especialmente los personales. Contra dicha conclusión no puede objetarse que la empresa adjudicataria había presentado su propuesta por un número inferior de trabajadores, pues en ese caso, impuesta la subrogación, esta no puede ser parcial, sino que la empresa que asume el servicio con el cargo de la subrogación de personal, es la que debe afrontar las medidas para adaptar su plantilla a las necesidades reales, que, por cierto, se revelan como superiores al verse obligada a contrataciones nuevas (hecho probado noveno)...”

- Por último, está el amplio campo de la subrogación cuando viene impuesta por el convenio colectivo del sector y si esta obligatoriedad es o no válida. Reconociendo la obligatoriedad se suelen citar las sentencias del de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906) , 14 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10093) , 23 de enero y 9 de febrero de 1995, 29 de diciembre de 1997 , 29 de abril de 1998 (RJ 1998, 3879) y 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 7524) y también aquellas que indican cuando el convenio colectivo o el titular del servicio imponen ese deber, queda sujeto a los términos y condiciones impuestos por la fuente que fija la obligación de subrogación (sentencias de 10 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 736) , 9 de febrero (RJ 1998, 1644) , 31 de marzo y 8 de junio de 1998, 26 de abril y 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 9100) , y 29 de enero de 2002 (RJ 2002, 4271).

Una ejemplar sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 abril (AS 2010\1110), que conviene ser leída por quien tenga interés en esta cuestión, nos dá incluso más posibilidades al respecto:

“...Así tenemos que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

- A). Art. 44 del ET, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.
- B). Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de sus requisitos previstos en los mismos.
- C). Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se

hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos. (SSTS 10-12-97, 9-2 (RJ 1998, 144) y 31-3-1998 (RJ 1998, 4575) , 30-9-99 y 29-1-2002).

D). Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET , supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de handling, (por todas STS 29-2-2000 (RJ 2000, 2413)), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código Civil (LEG 1889, 27) .

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006 (RJ 2006, 2687)) como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007 (AS 2008, 290)). Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad.

Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004 (RJ 2004, 7202) , (aun suscitando en la misma ciertas "reservas", entre otras razones, "por el 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"), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece..."

Mejor que nosotros, esta sentencia del Tribunal de Madrid nos dá un perfecto cuadro de los supuestos en los que, en el caso de las contratatas (es importante destacar que, si bien se puede extrapolar estos supuestos a la generalidad, la sentencia del TSJ de Madrid se refiere de forma expresa al mundo de la subcontratación de obras y servicios) sería de aplicación el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y obligatoria la subrogación empresarial en el personal de la cedente.

Con el matiz que nos señala también esta completa Resolución, importante por el supuesto que comentamos de la reciente sentencia Europea, que: "...la vigencia de esta doctrina continúa en lo esencial, con la única salvedad de la rectificación producida por la sentencia del Pleno de fecha 18 de junio de 2008 (RJ 2008, 4449) (recurso 1669/2007) en cuanto a las contratatas en las que se sucede la misma empresa en idéntica actividad y centro de trabajo, jurisprudencia por otra parte coincidente además con sentencias de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) (recurso 899/2003), 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736) (recurso 2423/2003) y la del Pleno de fecha 29 de mayo de 2008 (RJ 2008, 4224) (recurso 3617/2006) , con arreglo a las cuales la sucesión de contratatas no es en sí misma fraudulenta, y la existencia o no de sucesión de empresa encuadrable en el artículo 1.1 de la Directiva 77/187 CEE antes y ahora en la 2001/23 CE, con la consiguiente obligación de asumir la plantilla, dependerá de las distintas circunstancias que concurran en cada caso, tal y como se desprende de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas..."

Esta idea, nueva idea, que nos introduce otro concepto más relevante a los efectos de la sucesión como es el del mantenimiento de la identidad, es desarrollo de la no obligatoriedad estricta de transmisión patrimonial que el Tribunal Europeo indicó en sus sentencias de 17 de diciembre de 1987 (TJCE 1988, 67) , Ny Molle Kro, de 10 de febrero de 1988 (TJCE 1988, 95) , Tellerup, llamada «Daddy's Dance Hall», de 12 de noviembre de 1992 (TJCE 1992, 184) , Watson Rask y Christensen y de 5 de diciembre de 1999, Allen.

Así, para la Unión Europea parecía que el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión a los efectos de la Directiva 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 (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 [TJCE 1986, 65] , Spijkers y de 11 de marzo de 1997 [TJCE 1997, 45] , Süzen).

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 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Süzen).

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 14 de septiembre de 2000 en el asunto C-343/98 (TJCE 2000, 195) , Collino y Chiappero c. Telecom Italia SpA, ha sentado el criterio de que la Directiva sobre traspasos de empresas es de aplicación en los casos en los que una entidad que presta servicios públicos, gestionada por un organismo público integrado en la Administración del Estado, es transmitida a título oneroso en régimen de concesión administrativa, por decisión de los poderes públicos, a una sociedad de Derecho privado. Por tanto los supuestos de subcontratación de servicios públicos no quedan fuera del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria si concurren las circunstancias que configuran el supuesto de hecho de la transmisión.

Tímidamente se vislumbró una excepción a este supuesto: cuando la Administración Pública asumía directamente la explotación. Más aún, cuando retomaba esta después de haberla externalizado. Una tibia sentencia de ello es la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de de 11 diciembre -AS 2001\391- (“Tampoco puede afirmarse que se haya producido una situación de sucesión empresarial, pues en la situación analizada no se parte de un supuesto de sucesión de una empresa privada por otra de igual carácter, sino de una situación distinta, en la que se produce la disolución y liquidación de una sociedad, constituida por una Administración Pública, por ostentar pérdidas económicas importantes –superiores al 50 por 100 de su capital social–, asumiendo posteriormente aquélla los servicios que dicha sociedad venía desempeñando.”).

Si bien, la Doctrina mayoritaria fue la contraria: subrogación del organismo que retoma la actividad y, caso de no suceder al personal, despido imputable al mismo.

Así lo reconoce la también reciente sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 9 junio de 2010 (AS 2010\1705) diciendo:

“Lo que la recurrente tenía adjudicado por el Ayuntamiento codemandado era la gestión del servicio de limpieza viaria dándolo por concluido para ejercerla directamente el Ayuntamiento a partir del 1-4-09 (hechos probados tercero y cuarto) y el servicio de limpieza viaria es, como alega la recurrente, en todo caso, competencia municipal, conforme a lo que disponen los artículos 25 y 26 de la Ley 7/85 de 2 de

abril de Bases de Régimen Local (RCL 1985, 799, 1372) , constituyendo, por tanto, una de sus actividades genuinas o propia actividad y no accesoria (como en los casos de limpieza de centros de trabajo a que se refería la sentencia del TS antes recogida), con independencia de que pueda realizarlo por si misma o mediante adjudicación a otros.

Cabe además añadir que, no existiendo constancia de Convenio Colectivo propio de la entidad local codemandada, y conforme a lo que se ha establecido en doctrina unificada, de la que son manifestación las SSTs de 7-10-04 (RJ 2004, 6553) y de 1-6-05 (RJ 2005, 7320) , inexistente Convenio Colectivo propio de una entidad local, debe tenerse por referente normativo convencional de aplicación, a cada una de las diversas actividades que vengan prestadas por dicha empleadora pública, el respectivo Convenio que regula la concreta actividad particular (de guarderías, de limpieza, etc), en atención ello tanto a razones de equidad, como de evitación de tratos desiguales (artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) , artículo 17 ET (RCL 1995, 997)), a lo que, además, se debe de ser más sensible en el ámbito de las empleadoras públicas (artículo 9 CE), doctrina esta que ya ha sido aplicada con anterioridad por esta misma Sala.

Partiendo de lo anteriormente expuesto, se cumplen en el caso, en el entender de este Tribunal, todos los requisitos para la subrogación conforme a los artículos 49, 52 y 53 y a la Directiva comunitaria 2001/23 de 12-3-01 (LCEur 2001, 1026) y del Convenio Colectivo, y por tanto, cabe concluir que fue el Ayuntamiento codemandado el que incurrió en un despido improcedente de la trabajadora demandante...”

Pero también imponen la aplicación del artículo 44 en este caso de retoma de la actividad las sentencias de TSJ Castilla y León, Burgos (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 750/2008 de 18 diciembre. AS 2009\158; TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª), sentencia núm. 212/2007 de 26 marzo. AS 2007\2859; TSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 2ª), sentencia núm. 538/2006 de 27 junio. AS 2006\3242; TSJ Galicia (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 1 septiembre 2005. AS 2006\325; TSJ País Vasco (Sala de lo Social), sentencia de 8 febrero 2005. AS 2005\29; TSJ Castilla-La Mancha (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 878/2010 de 1 junio. AS 2010\1867 o TSJ Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 602/2010 de 6 mayo. AS 2010\2803, entre otras. Pero, en cualquier caso es muy mayoritaria la Doctrina que establece la sucesión de empresa y la aplicación del artículo 44 en el caso en que la empresa Principal retome la actividad subcontratada.

En este contexto, la sentencia de enero 2011, una vez analizado el convenio colectivo de limpieza de locales, el hecho de que el Principal sea un organismo público (un Ayuntamiento español) y concretada la cuestión a que dicho organismo retoma la actividad de limpieza para realizarla directamente, concluye:

“El artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que ésta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal.”

Es importante que la pregunta la realiza el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha que, como vimos, era el abanderado de la condena a la Administración en estos casos.

Destacamos los puntos más significativos de su texto:

“30 Por ello el Tribunal de Justicia ha considerado que la Directiva 77/187, codificada por la Directiva 2001/23, era aplicable a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa, que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa (véanse las sentencias de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*, C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253, apartado 28, y de 10 de diciembre de 1998, *Hernández Vidal y otros*, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 23).

31 El Tribunal de Justicia ha considerado asimismo que puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 una situación en la que una empresa que se sirve de otra empresa para la limpieza de sus locales o de una parte de éstos, decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y, en adelante, ejecutar por sí misma esas tareas (véase la sentencia *Hernández Vidal y otros*, antes citada, apartado 25).

32 De ello se desprende que no puede excluirse de entrada que la Directiva 2001/23 se aplique en circunstancias como las del asunto principal, en las que un ayuntamiento decide unilateralmente poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades de limpieza que había encargado a ésta.

33 Sin embargo, conforme al artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva 2001/23, para que ésta resulte aplicable, la transmisión debe tener por objeto una entidad económica que mantenga su identidad tras el cambio de titular.

34 Para determinar si tal entidad mantiene su identidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caracterizan a 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 hecho de que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y 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 de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, 24/85, Rec. p. 1119, apartado 13; de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, Rec. p. I-3189, apartado 24; de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, C-13/95, Rec. p. I-1259, apartado 14, y de 20 de noviembre de 2003, *Abler y otros*, C-340/01, Rec. p. I-14023, apartado 33).

35 El Tribunal de Justicia ha señalado anteriormente 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 (véanse las sentencias antes citadas, *Süzen*, apartado 18; *Hernández Vidal y otros*, apartado 31, y *UGT-FSP*, apartado 28).

36 Así, el Tribunal de Justicia ha declarado 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 (véanse las sentencias Süzen, antes citada, apartado 21; Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 32; de 10 de diciembre de 1998, Hidalgo y otros, C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237, apartado 32; de 24 de enero de 2002, Temco, C-51/00, Rec. p. I-969, apartado 33, y UGT-FSP, antes citada, apartado 29).

37 A este respecto, como se desprende del apartado 31 de la presente sentencia, poco importa que la asunción de una parte esencial del personal se realice en el marco de la cesión convencional negociada entre el cedente y el cesionario o que resulte de una decisión unilateral del antiguo empresario de rescindir los contratos de trabajo del personal cedido, seguida de una decisión unilateral del nuevo empresario de contratar a la mayor parte de la plantilla para cumplir las mismas tareas.

38 En efecto, si, en caso de asumir una parte esencial de la plantilla, la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23 se supeditara a que tal asunción tenga un origen puramente contractual, la protección de los trabajadores que constituye el objetivo de esta Directiva quedaría en manos del empresario, el cual, absteniéndose de celebrar tal contrato, podría eludir la aplicación de dicha Directiva, en perjuicio de los derechos de los trabajadores cedidos que, sin embargo, están garantizados por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/23.

39 Es preciso reconocer, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que una actividad de limpieza, como la del procedimiento principal, puede considerarse una actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra (véase, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Hernández Vidal y otros, apartado 27; Hidalgo y otros, apartado 26, y Jouini y otros, apartado 32), y, por consiguiente, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común de limpieza puede, a falta de otros factores de producción, constituir una entidad económica (en este sentido, véase la sentencia Hernández Vidal y otros, antes citada, apartado 27). No obstante, en este supuesto es preciso además que dicha entidad mantenga su identidad aun después de la operación de que se trate.

40 A este respecto, del auto de remisión se desprende que, con objeto de realizar directamente las actividades de limpieza de colegios y dependencias antes confiadas a CLECE, el Ayuntamiento de Cobisa contrató personal nuevo, sin hacerse cargo de los trabajadores anteriormente destinados a estas actividades por CLECE ni de ninguno de los activos materiales o inmateriales de esta empresa. En estas circunstancias, el único vínculo entre las actividades ejercidas por CLECE y las asumidas por el Ayuntamiento de Cobisa es el objeto de la actividad de que se trata, esto es, la limpieza de locales.

41 Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por CLECE y la ejercida por el Ayuntamiento de Cobisa sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. 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 (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, Süzen, apartado 15; Hernández Vidal y otros, apartado 30, e Hidalgo y otros, apartado 30). En particular, la identidad de una entidad económica como la controvertida en el asunto principal, que descansa esencialmente en la mano de obra, no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla.

42 De ello se desprende que, sin perjuicio de la eventual aplicación de normas de protección nacionales, la mera asunción, en el procedimiento principal, por el Ayuntamiento de Cobisa, de la actividad de limpieza encargada anteriormente a CLECE, no basta, por sí sola, para poner de manifiesto la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva 2001/23...”.

Lo importante es que, con esta sentencia, ya tenemos completo el panorama de lo que cabe entender comprende el artículo 44 del estatuto de los Trabajadores como trasunto de las Directivas Comunitarias al uso. No es garantía que algún Tribunal siga interpretando de manera distinta la cuestión, pero el cuerpo doctrinal que hemos resumido en este trabajo, es bastante sólido para que esta cuestión ya no sea controvertida.

PDF generated by Kalin's PDF Creation Station