

Revista del Foro Canario



JURCOM Y LEGISCOM, S.L.
Calle Elfo 14, entreplanta C - Madrid - España
Impreso por Omagraf, S.L.
I.S.S.N.: 0211-0903
Depósito Legal: G.C. 258-1980

**A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
DE FECHAS 7 DE MARZO DE 1996
("Asunto Merckxs/Neuhuys")
Y DE 11 DE MARZO DE 1997 ("Asunto Süzen");
EL CONCEPTO DE TRANSMISIÓN
DE EMPRESAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
EN CONTRAPOSICIÓN CON LA JURISPRUDENCIA
DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO**

*Accesit del Decimocuarto certamen del Premio de Estudios
Jurídicos "Foro Canario" 1998-1999, del Ilustre Colegio de
Abogados de Las Palmas.*

Don José Losada Quintas

Abogado y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Don Venancio Carmelo Batista Machín

Abogado y profesor asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la
Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

“A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS DE FECHAS 7 DE MARZO DE 1996 (“Asunto Merckxs/Neuhuys”) Y DE 11 DE MARZO DE 1997 (Asunto “Süzen”); EL CONCEPTO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS EN CONTRAPOSICIÓN CON LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO”

SUMARIO

I-. Justificación del trabajo.

II-. Antecedentes jurisprudenciales y doctrinales sobre la transmisión de empresas por actos “inter vivos”.

III-. La sentencia de 7 de marzo de 1995 (Asunto “Merckxs/Neuhuys”):

a) Supuesto de hecho objeto del litigio; b) Análisis jurídico de la solución adoptada.

IV-. La sentencia de 11 de marzo de 1997 (Asunto “Süzen”):

a) Supuesto de hecho objeto del litigio; b) Análisis jurídico de la solución adoptada.

V-. La incidencia de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el ordenamiento jurídico laboral español. En particular,

a) posiciones en la doctrina científica española;
b) las propuestas de revisión del ámbito de aplicación de la Directiva y las modificaciones introducidas en la Directiva 98/50/CE.

VI-. Bases de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre supuestos de “transmisión de empresas”.

VII-. A modo de breves conclusiones.

I-. JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO.

Las siguientes consideraciones tienen como objetivo ofrecer un análisis descriptivo de los cauces por los que discurre en la actualidad una hipotética revisión de los supuestos constitutivos de "sucesión empresarial" regulados en el artículo 44 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, T.R.L.E.T.); esta situación se suscita ante las interpretaciones sugeridas en algunos círculos de investigación y a través de opiniones doctrinales que surgen coincidiendo con la publicación de las dos más recientes resoluciones dictadas sobre esta materia por el Tribunal de Justicia de las la Unión Europea (TJUE).

En particular, asistimos a la formulación de propuestas de revisión de los criterios de nuestra Jurisprudencia en materia de supuestos de "subrogación empresarial" al introducirse, al socalce de aquellas resoluciones, interpretaciones en términos tanto de que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales no comportará la imposibilidad de aplicar el mecanismo subrogatorio cuando haya cambio de titularidad, así como de que se precisa una flexibilización de la acepción de "empresa transferida" en línea con la doctrina del T.J.U.E. para la revisión de los fenómenos sucesorios.

Será referencia imprescindible ulterior en este estudio el revisar la Jurisprudencia y la doctrina de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia en cuanto referente obligado de contraste con esta producción de resoluciones judiciales comunitarias. Hemos de buscar la contraposición de una y otra, por cuanto no advertimos una línea de discurso paralela.

Pero además esta nueva (s) línea (s) de doctrina surgida (s) a partir de ambas resoluciones judiciales del Alto Tribunal europeo sobre el fenómeno de la transmisión empresarial constituyen un aspecto de análisis imprescindible, a nuestro criterio, aunque con las precisiones que realizaremos; la actividad judicial del Tribunal Supremo sucesiva a la publicación de las resoluciones del Tribunal Europeo no se ha traducido en una alteración acorde con los criterios de decisión sobre los supuestos que se plantean para su solución por el Alto Tribunal. Asistimos por lo tanto a unas posiciones jurisprudenciales que no asumen aunque sí revisan los criterios ni los razonamientos de la producción del Tribunal comunitario, y que consagran una línea de actuación anterior que queda inmodificada a posar de estos postulados novedosos en la jurisprudencia comunitaria.

Esa falta de adaptación ha sido objeto de crítica doctrinal y la determinado la aparición de propuestas de revisión de las posiciones jurisprudenciales para así adecuar las resoluciones judiciales a la línea de interpretación que abrirían estas novedosas posiciones del T.J.U.E.

Adelantamos nuestra posición contraria a las nuevas interpretaciones sugeridas en la doctrina científica más innovadora y cuestionamos el análisis que a menudo se ha ofrecido de las resoluciones del T.J.U.E. tan repetidas. Estas soluciones originan propuestas para flexibilizar el concepto de "empresa transferida" o para la actualización de los supuestos en que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales no comportará la imposibilidad de aplicar el mecanismo subrogatorio cuando hay cambio de titularidad empresarial, pero desde unas interpretaciones que sobrevaloran el contenido deseable de una resolución judicial que habrá de producir el nacimiento de relevantes responsabilidades empresariales.

Como alternativa, proponemos en este trabajo una lectura y un análisis más detenido de ambas resoluciones judiciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para llevar al lector a la conclusión de que, a nivel técnico, se advierten debilidades argumentales en estas resoluciones. Cuestionamos el que contengan elementos que permitan hacer, como efectivamente lo hacen, equivalentes la existencia de una institución jurídica tanto por la mera generación de sus efectos naturales como por la concurrencia de sus elementos ontológicos -por ejemplo, la asunción de una parte de la plantilla de la entidad supuestamente cedente, como veremos a continuación-. Resulta una situación que a nivel técnico jurídico parece difícilmente explicable. Las resoluciones analizadas incurrir en falta de coherencia argumental y precisarían mayor claridad en las soluciones alcanzadas.

Sin embargo, y a pesar de la trascendencia de la revisión de instituciones como la "sucesión de empresa" a la luz de una realidad socio-económica cambiante y en la que las prácticas mercantiles han superado a las legislaciones vigentes en innumerables aspectos, creemos que constituyen propuestas sin otra virtualidad que la descrita, sin que lleguen a comportar un instrumento para la transición hacia un estadio diverso del descrito. Si se llegase a la convicción de que ese tránsito es imprescindible dentro de la inamovible e incuestionable necesidad de garantizar la protección de los derechos de los trabajadores en supuestos de cambio de titularidad empresarial, es irrenunciable que la alteración se produzca a nivel legal y sobre unas bases que ofrezcan seguridad a los destinatarios de las

normas; seguridad que no es predicable de la más reciente producción del Alto Tribunal comunitario. Elementales exigencias de seguridad jurídica comportarán la necesidad de que en tal caso esas modificaciones no se produzcan desde un giro en la uniforme doctrina jurisprudencial en esta materia que dé lugar a soluciones dispares a las actuales a los litigios que se planteen en lo sucesivo, siempre desde nuestra perspectiva técnica. Si las modificaciones son precisas, incluso desde una perspectiva estrictamente histórica, atendiendo al notable tiempo transcurrido desde la producción de esas normas, deberán ir precedidas de la oportuna adaptación del derecho positivo vigente.

II-. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESAS POR ACTOS "INTER VIVOS".

El artículo 44 apartado 1º del T.R.L.E.T. atribuye a un supuesto de hecho, constituido por el cambio de titularidad de la empresa o de una determinada parte de ella, una serie de consecuencias: la subrogación contractual del nuevo titular en la posición del anterior unida a ciertas responsabilidades del precedente, de acuerdo con la opinión de CAMPS RUIZ¹. Esta disposición legal prevé las consecuencias del cambio tanto "mortis causa" como "inter vivos" en la titularidad de una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, señalando que origina la subrogación del nuevo titular o cesionario en los derechos y obligaciones derivados de la relación laboral con el empresario cedente.

En la Jurisprudencia, en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de octubre de 1938², se ha caracterizado el "cambio de titularidad", literalmente, como:

"(...) un concepto con gran amplitud que comprende, cuando se trata de transmisión "intervi-

vos", no sólo las figuras de la cesión, venta o traspaso a que aludía el artículo 79 de la antigua Ley de Contrato de Trabajo, sino también cualquier otro negocio jurídico de transmisión e incluso hay que admitir que la continuación de hecho en la titularidad por otra persona física o jurídica acreditada que se ha producido un <cambio> de los previstos en la norma, con la consecuencia que ésta contempla para tales supuestos (...)"

La normativa que impone la sucesión legal en los supuestos de transmisión de empresa parte de la contraposición de dos intereses que en la doctrina³ se apuntan como expresivos de principios socioeconómicos: el principio de conservación-continuidad de la empresa, y el principio de estabilidad e inamovilidad en el empleo. No concebimos en la situación normativa actual que los postulados originales hayan permanecido inalterables; sobre la base del carácter tuitivo del derecho laboral, en defensa de los intereses de la posición más débil en la relación bilateral empleador-operario. Frente al interés empresarial por obtener óptimas condiciones de sucesiva alteración y adecuación a sus necesidades organizativas y productivas del contenido de las relaciones con sus empleados, debemos situar el legítimo interés de los trabajadores de que se garantice la estabilidad y continuidad del vínculo laboral en situaciones en que peligre la pervivencia del mismo por variadas causas.

A partir de esta aproximación, y sentado lo precedente, deben delimitarse los criterios en virtud de los que puede discernirse si concurre o no la existencia de una transmisión de empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma. A nuestro criterio, deben destacarse las notas de:

- a) Cambio de titularidad empresarial⁴.
- b) Identidad de la empresa antes y después de

¹ CAMPS RUIZ, LUIS M. en "Transmisión de empresas: efectos laborales según la Jurisprudencia (I)"; Actualidad Laboral; n° 16/1991; páginas 203 a 213; Madrid.

² (Ar/7553)

³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS; en "Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa"; Colección tesis doctorales; Centro de Publicaciones Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; Madrid; 1987. MONEREO PEREZ sostenía que a la fluidez del capital debe corresponder la fluidez o versatilidad en el trabajo. Supone la adaptabilidad de la fuerza de trabajo a las exigencias cambiantes del capital, en cuanto que indiferencia cabal con respecto al contenido determinado del trabajo y al desplazamiento de un sector a otro de la producción.

⁴ CAMPS RUIZ, LUIS M.; en "Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa"; Ed. Tirant Lo Blanch; Colección Laboral n° 50; Valencia; 1997. Advierte de que "cambio de titularidad" no tiene porque ser algo necesariamente equivalente a "cambio de propiedad". Parece relevante una apreciación semejante y que compartimos

la transmisión⁵. No de la actividad⁶, sino del conjunto de elementos necesarios para la continuidad de la actividad empresarial.

c) Voluntariedad de la transmisión para cedente y cesionario. Aspecto relativizado en supuestos como la venta judicial, la expropiación forzosa y similares⁷.

d) Relación o tracto directo entre cedente y cesionario. Es sin duda el elemento más cuestionado jurisprudencial⁸ y doctrinalmente⁹, atendiendo a que la finalidad perseguida con la normativa sucesoria es la asunción sucesiva de la explotación, con lo que prescindiremos de que la sustitución se hubiese producido a través de una tercera persona diversa de cedente y cesionario.

El cambio de titularidad de la empresa por actos "inter vivos" se producirá entonces a través de una extensa gama de mecanismos y se caracterizará por la concurrencia de diversos elementos esenciales; era una situación que ya apuntaba la sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de fecha 2 de diciembre de 1983¹⁰, en términos de que:

" (...) ya sea por cualquier tipo de convención -cesión, permuta, venta, etc.- o por circunstancias impuestas -venta judicial, caducidad de servicios, etc.-, que vienen a constituir la especie

del cambio "transparente", como las ocurridas por simples factores o circunstancias <de facto> -mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social y plantilla total o parcial-, que a su vez integran el requisito del <tracto directo> (...) que constituyen los cambios no transparentes (...)".

En la doctrina, y siguiendo a SALA FRANCO¹¹, se han sistematizado las siguientes hipótesis de "cambios de titularidad"¹² a efectos de la correspondiente clasificación, a saber:

- I) cambios transparentes de carácter negocial.
- II) cambios transparentes no negociales.
- III) cambios no transparentes.

Es necesario hacer mención además a los artículos 49 apartado 1º g) y 51 apartado 11º del T.R.L.E.T., en cuanto a que prevén las consecuencias para la continuidad o no de las relaciones laborales en los supuestos de muerte, jubilación e incapacidad del empresario y de venta judicial de la empresa, respectivamente. Existe en ambos preceptos una explícita remisión al mecanismo subrogatorio del artículo 44 del T.R.L.E.T.

I) En los cambios transparentes negociales pueden incluirse la compraventa, la permuta, el

plenamente en cuanto a que a menudo ha suscitado entre la doctrina notables divergencias interpretativas por exigirse en muchos casos que la sucesión lleve aparejada la titularidad dominical del cesionario de los medios productivos.

⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de 28 de mayo de 1996 (AS 1996/1628). Al tiempo de expirar el contrato de venta y distribución de mercancías de una determinada marca de productos alimenticios para una concreta zona geográfica, la nueva entidad concesionaria comunica a la precedente que procede a iniciar sus actividades. La anterior concesionaria despide al trabajador que tenía encomendada la distribución de los productos de esa marca en el ámbito geográfico de referencia. Sometida a la consideración del Tribunal la existencia de subrogación empresarial de la nueva distribuidora, la solución es negativa en términos de que "(...) La Empresa ha venido considerándose como (...) una organización de bienes, actividades y relaciones de muy variada condición constitutiva de un todo único susceptible de ser objeto de negocios jurídicos; unidad socioeconómica de producción constituida por factores técnicos, organizativos y patrimoniales (...); organización económica de elementos productivos encaminada a la producción de bienes o servicios (...); organización de medios materiales y personales encaminada a la realización de la actividad que constituye su objeto (...). La realización de unos servicios carece de todo elemento patrimonial que los soporte, e incluso la pura organización no es transmitida sino sustituida (...)".

⁶ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de diciembre de 1996 (AS 1996/3966). En la referida resolución se deniega eficacia para determinar si ha existido subrogación al dato aislado de la identidad en el factor humano -en concreto, Dirección de la empresa, administrativos y vendedores- que han continuado trabajando para la entidad que sustituye la actividad de otra dedicada a idéntico objeto. Pero además, señala que: "(...) al faltar los requisitos establecidos por el artículo 44 del T.R.L.E.T. no existe legalmente sucesión de empresa; lo cual es también concepto distinto de la **adquisición de una licencia exclusiva de explotación de una marca o de un conjunto de marcas, cuando ésta se lleva a cabo con una infraestructura empresarial propia y distinta de la que poseía la anterior empresa licenciataria** (...)". Destacamos al efecto el dato relativo a la identidad en la explotación de "marcas" sucesivamente por las pretendidas cedente y cesionaria, en el sentido de que aisladamente considerado o tan sólo unido a la identidad del factor humano no originan la sucesión empresarial.

traspaso, el arrendamiento y otras figuras afines. En general, son todas ellas figuras aptas para que opere válidamente la institución de la subrogación por cambio de titular, si bien el arrendamiento de empresa y la sucesión en contratos de ejecución de obra o de prestación de servicios plantean dificultades técnicas para la identificación del empresario real, para la primera, y la continuidad en la ejecución con independencia de la efectiva transmisión de la organización empresarial, en la segunda.

II) Respecto a los cambios transparentes no negociales se incardinan las ventas judiciales de empresa y las concesiones administrativas.

a) La venta judicial se regula en el artículo 51 apartado 11º del T.R.L.E.T. en el sentido de que conllevará la subrogación con los efectos del artículo 44 del mismo texto legal siempre que los objetos patrimoniales adquiridos sean suficientes y permitan por sí continuar la actividad empresarial; si el comprador decide no continuar o suspender la actividad el anterior titular, procederá a la extinción de los contratos o a obtener la oportuna autorización administrativa para suspenderlos.

b) Las concesiones administrativas originan básicamente la determinación de cuándo el nuevo concesionario o la propia Administración Pública asumen responsabilidades por cambio

⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 18 de noviembre de 1997 (AS 1997/4028). Se trata de un supuesto de "sucesión empresarial" por reversión de la concesión administrativa al titular por rescisión de la contrata; es una planta envasadora de agua propiedad de un Ayuntamiento que se adjudica a un particular según un pliego de condiciones económico administrativas aprobadas en un pleno de la Corporación. Previamente a esta adjudicación, el Ayuntamiento había venido explotando directamente la planta envasadora, transmitiendo con la concesión una serie de bienes muebles, inmuebles y el personal que había venido prestando servicios con anterioridad en el centro de trabajo objeto de la concesión. A raíz de la falta de pago de salarios por parte del concesionario de la planta, los trabajadores inician una huelga; se desconvoca y se atiende un pedido urgente, abonando el Ayuntamiento concedente los salarios por la atención de ese pedido urgente. Por un nuevo acuerdo plenario se pone fin a la concesión, acordando el rescate de la planta envasadora y solicitar a la Autoridad Laboral la suspensión del contrato de trabajo de los empleados de la misma. En concreto esta resolución judicial señala que "(...) cuando el Ayuntamiento denuncia la concesión lo que hace es recuperar aquella Empresa con su organización o sustrato material, su clientela, y por lo tanto todo lo positivo de la misma; se produce una reversión automática de la Empresa a su antiguo titular y lo que se plantea es la duda acerca de si revertirán también o no lo harán los trabajadores al servicio de la misma, y la solución en tal caso no puede ser otra que la de entender que también reversion las cargas laborales, pues eso es precisamente lo que dispone el artículo 44 apartado 1º del TRLET (...). Otra solución se daría si lo transferido en su origen fuera algún servicio sin infraestructura o medios de funcionamiento, pues no tendría la condición de empresa o unidad autónoma que el artículo 44 requiere, pero tratándose de una empresa en funcionamiento la sucesión opera <ipso iure> tanto en la ida -concesión- como en la vuelta -reversión- sin que pueda considerarse suficiente el hecho de que en el pliego de condiciones de la concesión se dijera que el concesionario se haría cargo de los trabajadores, pues tal condición, entendida como lo hace el recurrente, habría de entenderse contrario a Derecho, dado que la subrogación se produce <ope legis> cuando se dan las condiciones legales, y sin que una de las partes pueda evitarla con programas o decisiones previos o posteriores (...)".

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1989, que advertía que "(...) tampoco se opone a esta conclusión el hecho de que la transmisión se opere a través de un acto de un tercero y no mediante negocio jurídico directo entre el primer titular y el sucesor, pues es criterio reiterado de la Sala que la transmisión puede operar de forma directa o indirecta, incluso cuando entre el inicial titular y el sucesor se interpone un tercero, y también si ese tercero es un órgano de la Administración que hubiera contratado con carácter administrativo en momentos sucesivos (...)".

⁹ MONEREO PEREZ, JOSE LUIS; en "El concepto comunitario de Empresa a efectos de la Directiva Social sobre transmisión de empresas"; "Tribunal Social" nº 80-81; Páginas 7 a 27; Editorial CISS; Valencia; 1997. Destaca la irrelevancia de este elemento, toda vez que resulta innecesario que entre los empresarios sucesivos exista un negocio jurídico "inter vivos" como expresión del acuerdo directo sobre la transmisión de la empresa entre el empresario originario y el sucesivo. Lo determinante será que el precedente titular y el nuevo titular se hagan cargo sucesivamente de la empresa sin que la intervención de un tercero intermedie en la posición de transmitente sea obstáculo a tal efecto. Ver en este sentido la sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 26 de febrero de 1930 (Ar. 1087), entre otras.

¹⁰ (Ar/10440).

¹¹ SALA FRANCO, TOMAS en "Derecho del Trabajo"; Ed. Tirant Lo Blanch; Undécima Edición; Valencia; 1997.

¹² vid. la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1988 (R.J. 1988/560).

en la explotación de la concesión, cuestión generalmente resuelta en términos de que constituye una figura que tampoco implica un supuesto de transmisión de empresa ni para el concesionario inicial ni para el que le sucede, ni para la Administración que hipotéticamente asumiese el objeto de aquélla en régimen de gestión directa. La Administración concedente no tiene ninguna responsabilidad en materia de derechos de los trabajadores que prestaban sus servicios en la concesión, salvo disposición en contrario en los pliegos de condiciones de la concesión, generalmente en supuestos de asunción directa de la explotación por parte de la propia Administración, o en supuestos en los que la concesión conlleve la entrega o puesta a disposición de la infraestructura empresarial necesaria para ejecutar la actividad, tal y como recuerda **la Sala IV del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 1996**¹³. Por contra, generalmente esos mismos pliegos prevén que el nuevo concesionario asume la posición de nuevo empresario respecto del per-

sonal afecto a la concesión por la empresa cesionaria saliente.

III) Entre los cambios no transparentes podemos citar aquéllos que tienen lugar por simples factores o circunstancias de hecho que se concretan en datos o indicios no explícitos, tales como el mantenimiento del mismo negocio o actividad, domicilio social o plantilla total o parcial¹⁴. Se diferencia de figuras transparentes como la compraventa, el arrendamiento o la venta judicial en cuanto a que externamente no hay ninguna actuación que permita vislumbrar el cambio, pero sí es reconocible o reconstruible a partir de indicios que permitan presumir la existencia de una misma empresa que continua su actividad a cargo de un titular distinto, al menos aparentemente. En idéntico sentido se pronuncia la Jurisprudencia¹⁵ en un supuesto en el que coinciden entre la Empresa cedente y cesionaria los siguientes elementos: objeto y domicilio social; coincidencia de uno de los socios fundadores; y asunción de la totalidad de

¹³ (R.J. 1996/115). A través de una concesión administrativa se encomendaba la ejecución de unos concretos servicios mediante la puesta a disposición por el organismo autónomo otorgante en favor del concesionario de toda una serie de elementos materiales que incluían desde el propio local hasta la maquinaria y herramientas precisas al efecto. El relato fáctico permite extender al supuesto los efectos del fenómeno subrogatorio obligando al concesionario entrante, aún cuando no exista previsión de cláusulas en tal sentido ni en el pliego de condiciones ni en la norma convencional de referencia. Es aparentemente el conjunto organizado de medios que permitirán continuar la actividad. En el supuesto de referencia no operó en favor de los actores al haberse extinguido previamente las relaciones laborales mediante la suscripción de un documento con eficacia liberatoria.

¹⁴ vid. sentencia del extinto Tribunal Central de Trabajo de 6 de abril de 1983 (Ar. 1983/2783).

¹⁵ sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo de 1997 (R.J. 1997/).

¹⁶ SERRANO OLIVARES, RAQUEL (en "La noción de empresa a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea"; "Relaciones Laborales" n° 22/1997; pág. 67 a 96; Ed. La Ley; Madrid). Destaca la autora del artículo citado que "(...) Se deduce fácilmente la parcial inadecuación de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia a la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la definición de <transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad>. Así, si bien se acoge el concepto de <empresa-organización>, los elementos que lo integran no vienen modulados en función del tipo de empresa o de actividad de que se trate, de tal suerte que aquél aparece inadecuado a las nuevas estructuras productivas y organizativas cuyo desarrollo no gravita principalmente en torno a la existencia de elementos patrimoniales, sino a la noción misma de <organización> cuyo peso recae, en gran medida, en el personal especializado a quien se encomienda la actividad en cuestión (...). Resulta muy discutible ese vuelco argumental hacia el concepto de organización caracterizado a propuesta de la autora por la especialización del personal encargado de la actividad. Sería una solución que ciertamente se apartaría de la Jurisprudencia precedente y sin que se haya acompañado de una correlativa variación de las bases de su planteamiento sustantivo. Entonces, ¿cuál es su soporte?. En apariencia, se magnifica la relevancia de la actividad del personal para determinadas actividades que se incardinan en el Sector de actividad Terciario, de tal suerte que al no existir otros elementos transferibles, se tiende a la confusión de "empresa" y "trabajadores" por la vía de la simplificación argumental al "objetivar" este elemento y convertirlo en parte del patrimonio material empresarial a efectos de su transmisión. Esta tesis genera a nuestro juicio un debate diverso del aparentemente propuesto, en cuanto que se formula una concreta propuesta de extensión de los efectos de la sucesión empresarial a supuestos excluidos hasta la fecha; su tradicional exclusión no ha de ponerse necesariamente en relación con el carácter relativamente reciente de los fenómenos a que se refiere la autora con predominio del elemento objetivo reducido a un solo dato, sino sobre una línea argumental contundente y reiterada en cuanto a los elementos concurrentes -subjetivo y objetivo- para caracterizar esta situación jurídica e incardinar el supuesto de hecho objeto de controversia en el artículo 44 del T.R.L.E.T.

la plantilla de la anterior empresa. Con esa base, la Sala hace responsables solidarias a ambas entidades de las deudas por impago de cuotas de la Seguridad Social.

No faltan en la doctrina opiniones tendentes a la actualización de aspectos tales como la concreción de supuestos en que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales no comportará la imposibilidad de aplicar el mecanismo subrogatorio cuando hay cambio de titularidad¹⁶, así como la flexibilización de la acepción del concepto de "empresa transferida" para la revisión de los fenómenos sucesorios¹⁷. En ambos casos, aunque con notables divergencias en los planteamientos, se tiende a una redefinición del fenómeno sucesorio. Mostramos nuestra divergencia respecto de ambos planteamientos, porque sostienen, con los matices ya explicitados, la suficiencia para ciertos supuestos del criterio de la "transmisión de empresas" con la sola continuidad de la actividad de la empresa; se

prescinde de que es consustancial a la institución analizada el que el traspaso de una función sea acompañado de un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de la actividad de la empresa. Reiterar brevemente, para concluir, que serán dos los factores que determinen la constitución de una "entidad económica" susceptible de traspaso: la actividad o función que realiza la empresa y el conjunto organizado de elementos que permiten el desarrollo de la actividad de la empresa. La existencia de sucesión requerirá entonces no tan sólo la continuidad de la actividad o función-, sino además el traspaso por el cedente de los elementos esenciales para la continuación de las actividades empresariales por el empresario cesionario. En esta misma línea, podemos destacar los pronunciamientos contenidos en las **sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 28 de julio de 1997**¹⁸; **del Tribunal Superior de Justicia de**

¹⁷ MONEREO PEREZ (vid. supra nota 9). A su juicio, "(...) las nuevas tendencias flexibilizadoras y restrictivas del campo de aplicación del artículo 44 del T.R.L.E.T. parecen situarse <a la espalda> de estas transformaciones, ya que determinan que la empresa en el Derecho del Trabajo y las unidades productivas en ella integradas se revistan nuevamente de los rasgos más típicos del modo industrial tradicional, para entender que existe una transmisión de empresa relevante desde el punto de vista jurídico-laboral. Un desapego evidente respecto a las características de los núcleos productivos de las empresas en el sector terciario. **No es difícil apreciarlo en las más recientes orientaciones jurisprudenciales formalistas en cuanto hacen primar más una lectura literalista de la norma frente a la valorización de la ratio teleológica de la misma. Es ésta una visión ontológica y apriorística de presentación y resolución del problema práctico planteado en los supuestos de cambio de titularidad de contratos y concesión** (...). En la rigidez interpretativa del artículo 44 apartado 1º T.R.L.E.T. respecto a estos supuestos se refleja perfectamente cómo puede quedar desvirtuada in extremis la finalidad de la norma en casos límite (...). **Parece innegable la actual opción del legislador comunitario hacia un sistema de protección <abierto> basado en un entendimiento funcional del concepto global de transmisión de empresa o de actividad productiva organizada <reconstructivo> del ámbito de realidad acotado normativamente precisamente al servicio de los propios fines perseguidos por el legislador comunitario**, no limitándose a ser un mero <espejo> que se contente con <reflejar> la fenomenología de las distintas formas de empresas subyacentes susceptibles de cambio de titularidad (...). Profesamos una particular admiración y respeto académico por el trabajo del autor de este artículo, en su línea habitual de investigación profunda y exhaustiva de los temas que aborda y que además en esta materia evidencia la asunción de una posición adversa a la mayoritaria en la doctrina científica. Sin embargo, diferimos por completo de su posición. No en vano el profesor MONEREO PÉREZ ha tenido ocasión de expresar con meridiana claridad que es el momento de superar el concepto clásico de transmisión empresarial conformado por los elementos señalados objetivo y subjetivo repetidos en nuestra Jurisprudencia, abogando por una flexibilización en su concurrencia atendiendo a las nuevas realidades socio-económicas.

¹⁸ (A.S. 1397/2155). A través de procedimientos habituales en la contratación entre empresas de transporte con el fin de que unas cubran el servicio en zonas geográficas donde otras no cuentan con implantación, la entidad mercantil "Redur Norte, S.A." se encargaba de atender los encargos procedentes de la entidad mercantil "Lozano Transportes, S.A.". La primera de las entidades extingue los contratos de trabajo de sus trabajadores; por su parte, la segunda en evitación de que su clientela no se viese afectada en la zona geográfica atendida por aquella bajo su encargo o contratación mercantil, abre una delegación en Vizcaya y otra en Logroño, procediendo a retirar de la sede de "R.N., S.A." la mercancía que ésta habría de repartir por encargo de aquella. Algunos trabajadores de "R.N., S.A." pasaron a integrarse al servicio de "L.T., S.A.", quien abre esas delegaciones unos días antes de la resolución del contrato de trabajo de la plantilla de "R.N., S.A.". La entidad "L.T., S.A.", comenzó la actividad de atender directamente a sus clientes sin la intermediación de "R.N., S.A." y sin adquirir medios materiales de clase alguna propiedad de ésta última. Lo que sí hizo fue recuperar la mercancía que se hallaba en posesión y depósito de "R.N., S.A." y comenzó a distribuirla, obviando la labor de intermediación que realizaba en su favor hasta entonces la entidad mercantil desaparecida. Con estos hechos, a juicio de la Sala meditada, resultaría que: "(...) Una vez más estamos en presencia de un supuesto en que **la sucesión empresarial se fundamenta en el factor más importante económicamente: la actividad o clientela**. Si este elemento quedara fuera del campo de eficacia del art. 44 de la Ley Estatutaria, la estabilidad en el empleo (objetivo bási-

Canarias en Las Palmas de 26 de mayo de 1998¹⁹; y 6 de julio de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia²⁰, que constituyen un claro supuesto de avance hacia las posiciones que sostienen los autores citados, en particular la sustentada por MONEREO PÉREZ.

Conviene sin embargo destacar que se utilizarían criterios, a nuestro juicio, no suficientemente agotados en el análisis; requerirían una mayor concreción de los elementos caracteriza-

dores de los supuestos de concurrencia del fenómeno sucesorio, porque nada semejante aparece en las resoluciones judiciales citadas. En particular, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias abandona su criterio doctrinal sobre el particular de "cambio de concesionarios" que explotan una marca comercial, que analizó en su **sentencia de 21 de enero de 1994²¹**; no se expresan en las dos sentencias de mayo de 1998 elementos que configuren con claridad las bases que condicionan ese cambio de

co de ese precepto) quedaría seriamente recortada. Los problemas económicos de "R.N. S.A." probablemente afectarían también a la plena disponibilidad de sus medios de producción, lo cual ahuyentaría todo deseo de un tercero de adquirir sus bienes, incurriendo además así en una más clara aún sucesión empresarial, que de otro modo quedaría más difusa (...). La lectura de estos razonamientos produce a quien escribe una seria perplejidad al tiempo de transcribirlos: ¿es posible materialmente transmitir la clientela propia a uno mismo?. Es el elemento nuclear sobre el que se sustenta la resolución referida y conduce esencialmente a una solución imposible. No parece equivalente atender con los propios medios a unos clientes que antes se atendían con medios de terceros a considerar que esta situación significa obtener nueva clientela. La entidad pretendidamente cesionaria recuperó la mercancía que había confiado a la supuesta cedente y la distribuyó a través de sus propios medios al establecerse en el área donde realizaba estas actividades la entidad mercantil desaparecida; una solución como la alcanzada por la Sala meritada creo que sólo sería concebible en supuestos de hacerse cargo de los repartos de clientes ajenos con mercancías en poder de la entidad cesante en la actividad o incluso de ejecución de actividad en base a concesiones administrativas en exclusividad para zonas geográficas determinadas. A mi juicio se trata de una resolución judicial ciertamente desafortunada.

¹⁹ Recurso nº 1404/1997 y Recurso nº 576/1998 (A.S. 1998/2827). La Sala expresa con rotundidad la firme convicción sobre la aplicabilidad de la Directiva 77/187, de 14 de febrero, desde la doble perspectiva de su aplicabilidad directa y desde la base de su carácter de derecho positivo al ser incorporada a nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 44 del T.R.L.E.T.; pero, es más, y a nuestro juicio ésta es la idea innovadora en cuanto, "(...) lo que provoca la transmisión de la empresa es la «marca», cuyo valor económico y relevancia en cuanto a la organización empresarial es mayor a la transmisión de inmuebles, maquinaria o cualquier otro elemento del activo (...)". La marca es la que posibilita la actividad, a ella están afectos los clientes y los derechos de éstos sobre los vehículos de manera que el público adquiere el vehículo de una determinada marca, pero no el que vende un determinado concesionario en atención a aquella. Puede predicarse que el nuevo concesionario se queda con lo relevante de la empresa anterior, esto es, la marca por lo que so pretexto de un cambio de concesión para la distribución no podrá eximirse de las responsabilidades para con los trabajadores de la anterior concesionaria (...). Queda sin contenido esa afirmación abstracta respecto al "valor patrimonial de la marca", en el sentido de que, a nuestro juicio, sin el soporte material y humano necesarios la "marca" carece de valor; es algo semejante a aceptar, permítasenos la licencia gramatical del recurso a la exageración, que la "marca" por sí sola y sin necesidad de nada más constituye la base de una organización empresarial. Es indudable que la concesión de la marca será la base sobre la que el concesionario creará una infraestructura empresarial, pero también lo es a mi criterio que sin ésta última la marca no tiene valor tangible. Si la expresada solución es la que la Sala considera más ajustada a Derecho, ¿por qué se penaliza al concesionario?; siguiendo el hilo argumental de la resolución judicial comentada, al menos a efectos dialécticos, lo acertado sería considerar responsable al propietario de la marca. En todo caso, debe evidenciarse que el tratamiento de estas situaciones no debería en ningún caso discurrir por la vía del artículo 44 del T.R.L.E.T.

²⁰ (A.S. 1998/2987). Analiza un supuesto de sucesión en contratos y valora que el carácter de la prestación de servicios del contratista -impartir clases como monitor de una escuela deportiva municipal, en los locales y con la organización del Patronato y Ayuntamiento codemandados- permite apreciar la existencia de sucesión empresarial entre la anterior y la nueva contratista. La Sala advierte literalmente que sustenta sus criterios en la propia jurisprudencia del T.J.U.E., citando la sentencia de 11 de marzo de 1997, objeto de comentario en este estudio, en cuanto a que sería posible la transmisión de empresa sin transmisión de activos.

²¹ (A.S. 1994/189). La Sala destacaba que la "marca" tiene sustantividad y virtualidad propias, en cuanto concepto ajeno al de "empresa" que requiere un soporte para su explotación; soportarse al que debe entenderse referido el concepto de "transmisión de empresas" del artículo 44 del TRLET y no al de "marca" en cuanto a que ésta en sí, aisladamente considerada, no permite la continuación de actividad de clase alguna sin las infraestructuras y medios de producción necesarios. Se abordaba en el litigio determinar si la adquisición de "marcas comerciales" conlleva la existencia de una transmisión de empresa a los efectos de la aplicabilidad del artículo 44 del TRLET. En concreto, la Sala expresaba en el supuesto de referencia, literalmente, que: "(...) por la empresa «M., S.A.» se adquieren «las marcas comerciales» propiedad de «V., S.A.», concepto éste que, a la luz de lo dis-

criterio sustancial y trascendente, con un alcance tan relevante como el precisado. La sentencia de julio de 1997 del País Vasco es, si cabe, más pobre desde la perspectiva del planteamiento fáctico en cuanto a que la solución conduce a la perplejidad si se atiende a que partiendo de que la base del Fallo condenatorio gravita sobre la transmisión de clientela cuando la clientela era propia, luego ni siquiera se transmitía ese elemento, por otra parte ciertamente discutible por su intangibilidad y por estar afecto a factores pocas veces controlables salvo excepciones. ¿Puede si acaso hablarse de una recuperación de una clientela que con anterioridad fue propia?

III-. LA SENTENCIA DE 7 DE MARZO DE 1996 ("ASUNTO MERCKXS/NEUHUYS").

Por razones netamente metodológicas, siguiendo criterios cronológicos, utilizaremos como punto de partida la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 marzo de 1996²².

III. a) Supuesto de hecho objeto del litigio.

En síntesis, se suscitan a través de la cuestión prejudicial dos litigios; de una parte, los Sres. Merckxs y Neuhuys sostienen que el cambio jurídico operado en la entidad para la que prestaban servicios constituía un cierre de empresa y no una transmisión de actividad; de otra parte, "Ford Motors Company Belgium, S.A." plantea que al incumplir la orden de incorporación a la plantilla del nuevo concesionario se generan perjuicios para la Empresa interesando una indemnización resarcitoria por parte de los trabajadores a su vez actores en el procedimiento acumulado.

Los Sres. Merckxs y Neuhuys eran vendedores delegados de "Anfo Motors", sociedad participada por "Ford" al controlar la mayoría de su capital social. El 8 de octubre de 1987 "Anfo Motors" comunica a los Sres. Merckxs y Neuhuys que

cesaría su actividad el día 31 de diciembre de 1987 y que a partir del día 1 de noviembre de 1987 "Ford" operaría en el ámbito de la concesión con un concesionario independiente, "Novarobel", que se haría cargo de 14 de los 64 empleados de "Anfo Motors" respetando sus condiciones laborales básicas.

"Anfo Motors" remite comunicación escrita a su clientela comunicándole el cese de sus actividades y recomendándoles los servicios del nuevo concesionario. El día 27 de octubre los Sres. Merckxs y Neuhuys accionan contra la comunicación de "Anfo Motors" bajo la tesis de rescisión unilateral por parte de la empleadora y exigiendo una indemnización por despido. Con fechas 30 de octubre y 2 de noviembre de 1987 "Anfo Motors" reitera a los trabajadores meritados los términos de su comunicación precedente con transmisión del contrato a "Novarobel" comunicándoles que debían incorporarse al servicio de esta última entidad mercantil sin más demora. Los trabajadores se niegan a cumplir esa orden y accionan contra "Ford Motors Company Belgium, S.A." y "Anfo Motors" en reclamación de diversas indemnizaciones, realizando "Anfo Motors" correlativas reconveniones contra los trabajadores por pretendida resolución unilateral de sus contratos.

III.b) Análisis jurídico de la solución adoptada.

Se trata de una resolución judicial cuyo Fallo adolece de serias deficiencias argumentales que resultan técnicamente muy notables. A nuestro juicio resulta una situación harto incomprensible si aceptamos la finalidad uniformadora que ha de presidir la actividad resolutoria de controversias por parte de este Tribunal. Los defectos apuntados determinan que sentencias como la referida nos conduzcan a mantener precisamente que logra la finalidad inversa, afirmando su inoperancia y además con riesgo de generación de potenciales situaciones de inseguridad jurídica o cuando menos de incertidumbre a nivel social por permitir concebir infundadas expecta-

puesto en el art. 21.12 del Código de Comercio, tiene identidad propia, e independiente del concepto jurídico de empresa, y es aquél el que, con independencia del soporte físico para su producción, puede ser objeto de producción y comercialización por cauces ajenos a la propia entidad cedente, o vendedora, del mismo, situación legal ésta que se aparta diametralmente del concepto de subrogación de empresas contemplado en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, e invocando como fundamento legal del recurso, y que en nada tiene que ver con las vicisitudes comerciales que en torno al «nombre comercial» o «marca» puedan desarrollarse, y que habrán de incardinarse dentro de la esfera del Código de Comercio, y por ello dentro del Orden Jurisdiccional Civil. Así, mantenidos inalterados los hechos declarados probados en los que se sienta la ausencia de relación o vínculo del actor con la empresa «M.. S.A.», habrá de mantenerse la calificación jurídica de la sentencia, al estimarse únicamente la demanda con la empresa con la que el actor mantenía su relación (...)].

²² (TJUE 1996/41).

tivas de mantener vigentes vínculos laborales por la vía sucesoria empresarial. Sostenemos que contiene más elementos que conducirán a la confusión y a la inseguridad que a la concreción de unos criterios claros de solución de estas situaciones conflictuales.

No han faltado opiniones en el sentido de que aunque efectivamente la producción de este Tribunal adolece de falta de contundencia y de un exceso de "particularismo" en la exposición de sus argumentos generando altas dosis de confusión, ello no será óbice para la adecuación de las tesis jurisprudenciales nacionales a la del Alto Tribunal Europeo²³, si bien puede provocar su retraso. Disentimos de esta tesis, como oportunamente expondremos de forma detenida.

Esta resolución señalaba en su Ordinal trigésimo-primero que existe un "Convenio y Garantía" entre "Ford Motors Company" y "Novarobel", la supuesta cesionaria. La clave del sentido estimatorio de las pretensiones de los actores y que deriva en la aplicabilidad de la Directiva 77/187/CEE²⁴, de 14 de febrero -modificada por la Directiva 98/50/CE²⁵, de 29 de junio de 1998- gravita, a nuestro juicio, sobre la afirmación literal de que a raíz de la existencia de ese pacto existe sucesión. La sentencia meritada determina de forma expresa que precisamente es ése el acto jurídico que hace al Tribunal llegar a la consideración de que existe cesión contractual entre "Ford" y "Novarobel" y que hace de aplicación al supuesto de referencia las previsiones de la Directiva 77/187/CE, ahora reformada. Volveremos a insistir sobre este particular.

Debemos llamar la atención del lector sobre lo que se evidencia como una absoluta falta de relación entre el Fallo y la precedentemente expresada consideración, toda vez que el tenor literal de la resolución con plena omisión de la existencia de tal "Convenio y Garantía" puede inducir al criterio de promoción de una aplicación extensiva e indiscriminada de la doctrina contenida en esta sentencia; sugerimos que se trataría de una interpretación insostenible a la luz de las pautas que acaban de exponerse. Es tanto como afirmar que o existe un vínculo contractual de igual o similar naturaleza o no cabe esta interpretación tendente a la configuración de este supuesto como típico de sucesión empresarial; desde nuestra perspectiva éste es el núcleo de la cuestión a resolver y asumimos este razonamiento como decisivo.

El Fallo no contiene esta precisión. En los términos habituales de las resoluciones del Alto Tribunal Europeo se limita a realizar la correspondiente declaración omitiendo toda referencia a un elemento que tal y como literalmente declara el Ordinal Trigésimoprimer²⁶ del "Marco Jurídico y Hechos del Litigio Principal", de esta resolución judicial le lleva a considerar de aplicación al supuesto las previsiones de la Directiva citada.

En una solución acorde al propio tenor literal del artículo 1 apartado 1²⁷ de la Directiva, ésta limita su ámbito de aplicación a las transmisiones cuyo origen sea convencional. El elemento esencial de la transmisión sería entonces la presencia de la autonomía de la voluntad de las partes, un elemento de origen volitivo que conlle-

²³ SERRANO OLIVARES, RAQUEL (vid. supra nota n° 16).

²⁴ DOCE 61, de 5 de marzo de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

²⁵ DOCE de 17 de julio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de trabajo.

²⁶ En el Ordinal 31° del "Marco Jurídico y Hechos del Litigio Principal" el Tribunal expresa literalmente que: "(...) <Ford>, accionista principal de <Anfo Motors>, **celebró con <Novarobel> un Convenio y Garantía por el que se comprometió en particular a soportar los gastos correspondientes a determinadas indemnizaciones por resolución unilateral por no renovación del contrato de arrendamiento o por protección que <Novarobel> pudiera deber a los miembros del personal anteriormente empleados por <Anfo Motors>. Tal circunstancia confirma la existencia de una cesión contractual con arreglo a la Directiva (...)**". ¿Por qué sin embargo en el Fallo se abandona la rotundidad de tal argumento y se acude al criterio de que basta con asumir una parte del personal y beneficiarse de la promoción comercial desarrollada con la clientela, sin que se transmitan elementos del activo?

²⁷ "La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión".

varía la implícita exclusión de las transmisiones "mortis causa" y de las derivadas de ventas judiciales. Parece en todo caso una interpretación incompatible con la finalidad última que están llamadas a cumplir las previsiones de la Directiva, tendente a garantizar los derechos de los trabajadores en los supuestos de cambio de titularidad empresarial. Si se restringe el precepto legal a la transmisión voluntaria, evidentemente peligrará el cumplimiento de esa finalidad tuitiva de los derechos laborales de los trabajadores. Pero, a los efectos de la propuesta que sostenemos, lo que resulta innegable es que, en puridad, la aplicación de la Directiva al supuesto de referencia descansa sobre los Hechos meritados: la existencia de un "Convenio y Garantía" entre "Ford Motors" y "Novarobel" que da lugar a la existencia de cesión contractual. Resulta de interés completar estas ideas con la propuesta de redacción para el artículo 1, apartado 1º del Proyecto de nueva Directiva sobre transmisión de empresas²⁸.

El Fallo alude como datos definidores del sentido de su decisión a dos elementos precisos:

a) la asunción de parte del personal.

b) y el hecho de que la nueva concesionaria aprovechase la promoción comercial realizada por la propietaria de la marca objeto de la cesión.

Creemos que ambos datos son igualmente contradictorios con el contexto de la meritada resolución, máxime si se ponen en relación con el Ordinal Decimotercero²⁹, que no ofrece tampoco ningún género de duda sobre el particular y que sin embargo genera un nuevo elemento de dispersión argumental en la sentencia comentada.

No son las únicas fisuras que detectamos en la referida resolución; podemos añadir al menos las siguientes:

a) La entidad supuestamente cesionaria, "Novarobel", ni tan siquiera es parte en el meritado procedimiento. En nuestra Jurisprudencia no advertimos situaciones como la presente, con pronunciamientos que afectan a un tercero en un procedimiento en el que no es parte. Se están derivando consecuencias hacia una entidad que no tiene la condición de parte en el procedimiento. Abunda en la inobservancia de elementos básicos, en este caso de procesal, en la construcción de la resolución judicial. No proponemos un análisis de esta resolución a través de la exagerración o de la descontextualización de las situaciones, pero no es posible sino poner de relieve deficiencias técnicas de este calado. ¿Es viable la "sucesión empresarial" cuando el cesionario no es parte en el procedimiento donde se pretende discernir si concurren las condiciones para que pueda operar aquélla?. Nuestra posición es claramente contraria a la solución positiva.

b) Entre "Novarobel" y "Ford Motors Company" existía una relación mercantil más débil jurídicamente -permitásenos la licencia gramatical- que la existente entre "Anfomotors" y la segunda, en su condición de sociedad participada. La entidad fabricante de automóviles controlaba no simplemente una parte del accionariado del concesionario de vehículos de su marca, sino que era su accionista principal (Hecho 6º in fine del Litigio Principal). La sentencia no se pronuncia sobre este particular, a nuestro juicio de notable interés y que puede condicionar el sentido del Fallo; no obran argumentos o valoraciones concernientes a un aspecto de tanta relevancia que expresamente recoge el Tribunal entre los datos fácticos de la resolución judicial. No parece irre-

²⁸ El documento en el que aparecía la propuesta de nueva Directiva era el "Com(94) 330 final-Bruselas-8 de septiembre de 1994-94/0203 (CNS)". En su artículo 1 apartado 1º señalaba literalmente que "la presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario **efectuados por contrato o por disposición u operación legal, o bien por decisión judicial o en cumplimiento de una disposición administrativa** (...)". Se apreciaba una evidente extensión de los instrumentos a través de los que se materializaría el traspaso si lo comparáramos con su precedente legislativo; parecía acorde con la tendencia advertida en las sentencias objeto del presente artículo. Sin embargo, como ya se ha indicado la modificación operada a través de la Directiva 98/50/CE no ha tenido ese alcance y sólo será predicable de cesiones contractuales y fusiones, obviándose del texto de propuesta la referencia a las decisiones judiciales y al cumplimiento de una disposición administrativa.

²⁹ En el Ordinal 13º se afirma que: "(...) no se había acreditado que <Anfo Motors> hubiera transmitido su cartera de clientes a <Novarobel>". Si no se constata la transmisión de algo ciertamente tan intangible como la cartera de clientes, difícilmente puede alcanzarse a comprender cómo se valora el aprovechamiento que obtiene la pretendida cesionaria de la actividad promocional que realiza la entidad fabricante de los vehículos distribuidos por aquélla. Es evidente que se trata de una prueba compleja en atención a la intangibilidad; pero parece cuando menos desmesurado hacer derivar de la mera existencia de actividad promocional desarrollada por la propia titular de la marca en favor de las diversas entidades concesionarias, incluida desde luego "Novarobel", una solución tan drástica.

levante que el suministrador de vehículos tenga además participación accionarial en el concesionario que comercializa sus productos, relación que no consta en el relato fáctico exista con la sucesiva concesionaria, la entidad "Novarobel". Debería ponerse en relación con teorías como la del "levantamiento del velo" o de discernimiento del "empresario real", de frecuente aplicación en nuestra jurisprudencia con los requisitos exigidos repetidamente al efecto para determinar su concurrencia.

c) La resolución comentada destaca en el Hecho Décimotercero del Litigio Principal que no se acreditó que "Anfo Motors" hubiese transmitido su cartera de clientes a "Novarobel" y tampoco que se transmitiese ningún elemento material por parte de "Anfo Motors" a "Novarobel".

d) La acción ejercitada por los actores ante la justicia belga era de "extinción del contrato de trabajo por modificación de condiciones de trabajo". Los actores no planteaban la continuidad de su vínculo laboral con el nuevo concesionario, sino precisamente la pretensión de continuidad de su relación jurídica con el precedente concesionario que no había desaparecido. A efectos laborales, las consecuencias son diversas en términos de una u otra solución. Utilizar como antecedente en materia de procedimientos donde se discuta la "transmisión de empresas" una resolución con este origen procesal parece cuando menos discutible desde la técnica procesal; puede contener datos de interés para procedimientos donde la acción sea extintiva pura, pero repárese en que los actores interesan su reintegro en la plantilla de su originaria empleadora.

Por razones de elemental seguridad jurídica, nos resistimos a aceptar la solución de aplicar literalmente el tenor de un Fallo de una resolución judicial sin previamente examinar las cuestiones de fondo cuyo análisis hemos ofrecido, así como importantes deficiencias de carácter técnico-jurídicas sostenemos igual opinión a la suscrita sobre el particular por CAMPS RUIZ³⁰, que añade en su obra citada algunos elementos adicionales en igual sentido al que acaba de exponerse; entre otros los siguientes:

a) la referencia a que la nueva concesionaria "(...) se hace cargo de una parte del personal (...)" supone en su opinión **confundir el "efecto" con la "causa"**. No parece correcto decir que ha habido "transmisión de empresa" en base a que una serie de trabajadores del anterior empresario presten servicios para el segundo, especial-

mente cuando no lo hace la totalidad de la anterior plantilla. A su juicio, que el segundo empresario tenga a su servicio trabajadores del primero no es relevante en sí mismo; puede deberse tanto a una subrogación obligatoria como a contrataciones laborales "ex novo" independientes por completo del precedente vínculo, y para las que el segundo empresario haya preferido seleccionar a quienes tenían una cierta experiencia y formación para las tareas a realizar. Abordaremos detenidamente este dato en breve.

b) El Tribunal sostiene que la transmisión de elementos del activo no es determinante para que se conserve la "identidad económica" y que esta identidad económica existe porque la actividad desplegada "conserva su objeto". A su juicio, aunque el Tribunal las identifique, es claro que "identidad económica" e "identidad del objeto de la actividad" son claramente distintas. La contradicción en que se incurre es aún mayor si se atiende a que la sentencia declara que "el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión" es sólo uno de los factores a considerar junto a otros; curiosamente, el Tribunal incurre en una notable contradicción con trascendencia al olvidar rápidamente su precedente declaración hasta el punto de convertir este elemento en criterio determinante para alcanzar el sentido condenatorio del Fallo de la resolución judicial comentada.

c) La solución adoptada obliga a ignorar algunos otros aspectos del supuesto de hecho. El problema reside, en opinión de CAMPS RUIZ, en que lo relevante no es en este caso que se hayan producido despidos o que sean contrarios a la Directiva, sino quién ha decidido y llevado a efecto los despidos. Si hay transmisión y entra en juego la directiva, la subrogación habrá de producirse respecto de todos los trabajadores o centros de trabajo transmitidos, con independencia de que el nuevo titular pueda adaptar las medidas que correspondan una vez producida la transmisión y en orden a la continuidad o no de las relaciones por otras causas.

d) Tampoco resulta a su juicio explicable cómo puede transmitirse una empresa concesionaria el día 1 de noviembre de 1987 que sigue operando con identidad propia hasta el 31 de diciembre siguiente. Es un dato trascendental, toda vez que la sucesión ha de comportar precisamente el cambio subjetivo en la posición empresarial; si cedente y cesionario coexisten durante ese lapso de aproximadamente dos meses, no puede atribuirse la condición de empresario al cesionario o

³⁰ CAMPS RUIZ, LUIS M. (vid. supra nota 4).

no al menos a efectos de la asignación de las eventuales consecuencias dimanantes de la acción procesal que se ejercite.

La perspectiva desde la que aborda el T.J.U.E. sus decisiones no parece técnicamente la más idónea para determinar cuándo nos encontramos ante el cambio de titularidad que genera una sucesión empresarial. Por contra, la Jurisprudencia sobre la materia que produce nuestro Alto Tribunal se caracteriza por una mayor transparencia y coherencia, con un notable grado de uniformidad que da lugar a la seguridad jurídica que puede preconizarse en términos de generalidad respecto a los supuestos de sucesión empresarial que se someten a su conocimiento y decisión, según SEMPERE NAVARRO³¹. Si éste es el criterio uniformador y se obtiene sobre un cúmulo de particularismos y de contradicciones como las que se acaban de exponer, es evidente que resulta de mayor relieve el interés desplegado que su real virtualidad práctica. No parece razonable apartarse de unos criterios sólidos y claros hacia una posición confusa y marcada por una endeblez argumental que entraña un mayor riesgo de incurrir en interpretaciones infundadas o cuando menos poco fundamentadas, partiendo de equívocos y de "efectos" que antes fueron "causas".

Resulta a todas luces evidente que si aceptamos una solución como la contenida en esta doctrina judicial, omitiríamos las previsiones de la misma noción de "empresario" contenida en el artículo 1, apartado 2º del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con las citas al ámbito de organización y de dirección de la actividad del apartado 1º "in fine" del mismo precepto. ¿Qué organiza o dirige el nuevo concesionario de la marca coincidente con los medios de la organización del empresario precedente?

La intangibilidad de algo tan etéreo que impide su propia determinación conduce a la imposibilidad de precisar un extremo sustancial para poder verificar y constatar estas coincidencias que la sentencia comentada considera prescindibles. A igual solución se accede desde una interpretación

contextual de las previsiones del artículo 44 del T.R.L.E.T. en relación con el artículo 49, apartado 1º.g) y sobre todo artículo 51, apartado 11º del mismo texto legal; este último precepto es más explícito incluso que el artículo 44 citado, en cuanto a que utiliza expresiones inequívocas a los efectos expuestos: repárese en las referencias literales no sólo a la "(...) venta judicial de la empresa o de parte de la misma (...)", sino sobre todo y con mucha mayor claridad a "(...) elementos necesarios y por sí mismos suficientes para continuar la actividad empresarial (...)".

No consideramos razonable, ni por lo tanto asumible, una interpretación reduccionista o simplificada de tal precepto, como una peculiaridad o una situación aislada e inconexa con un todo, en relación con las previsiones del artículo 44 del T.R.L.E.T., sino que es preciso poner ambos preceptos en común para comprender el alcance de institución de la "sucesión de empresa". Puede ser igualmente útil a estos efectos traer a colación las previsiones del artículo 79 del Texto Refundido de y de Contrato de Trabajo³² como precedente de esta norma, toda vez que utiliza términos que permiten extender de forma más precisa el ámbito de aplicación de sus consecuencias en torno a un abanico de situaciones más detalladas y que desaparecen en la actual redacción literal del artículo 44 del T.R.L.E.T.; el precepto meritado se refería a la "cesión, traspaso o venta" de la industria expresando que no comportarían la extinción del contrato de trabajo. El legislador optó por reforzar el plano subjetivo -"(...) el cambio de titularidad (...)"- en aparente detrimento del objetivo o modo de operar la "sucesión empresarial"; no haría alusión a ningún acto jurídico que originase la vicisitud en la titularidad del conjunto de elementos productivos que constituyen la empresa, sino que serían términos que referirían a la consecuencia o al efecto de los actos que pudieran originarlo. Esta dicción provocó de inmediato en la doctrina y en la Jurisprudencia una aguda polémica sobre si la normativa debía ser sometida a una interpretación extensiva o restrictiva, como advierte MONEREO PERÉZ³³; la polémica se resolvía mayoritariamente sosteniendo la

³¹ SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V. en "Doctrina de Unificación del Tribunal Supremo -febrero 1997-"; páginas 25 a 29; Aranzadi Social.

³² Decreto de 26 de enero de 1994 (B.O.E. de 24 de febrero de 1994). La Disposición Final Tercera del Estatuto de los Trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo) derogaba expresamente este Texto Refundido, con expresa salvedad de las disposiciones con rango de Ley atinentes a jornada, salarios y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas en la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a mérito de las previsiones de su Disposición Final Cuarta.

³³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS (vid. supra nota 3).

interpretación extensiva como criterio más razonable, sobre la base de la propia amplitud de los términos "cesión" y "venta". Estos conceptos serían meramente enunciativos y permitirían considerar comprendidos cualesquiera cambios en la titularidad del negocio. Son aspectos en los que nos proponemos profundizar en los sucesivos apartados.

IV. LA SENTENCIA DE 11 DE MARZO DE 1997 (ASUNTO "SÜZEN").

Más recientemente, el T.J.U.E. ha tenido ocasión de pronunciarse a través de una nueva decisión en relación con una pretensión de similar naturaleza a la que acabamos de comentar; os referimos a la sentencia de 11 de marzo de 1997³⁴.

IV. a) Supuesto de hecho objeto del litigio.

En síntesis, la actora en el procedimiento, Sra. Süzen, prestaba servicios para la entidad mercantil "Zehnacker Geoäuderinigung GmbH Krankenhausservice" que la empleaba en la limpieza de las dependencias de un centro de enseñanza, el "Aloisiuskolleg", en el marco de una contrata para la prestación del servicio de limpieza en los locales de dicho centro.

En el mes de julio de 1994 se resuelve la relación contractual que unía al centro de enseñanza con la prestataria del servicio; simultáneamente, la entidad mercantil "Zehnacker" procede a la rescisión del contrato de trabajo de la Sra. Süzen y de siete trabajadores más empleados en aquella contrata.

El 1 de agosto de 1994 el "Aloisiuskolleg" encomienda la contrata de limpieza de sus instalaciones a la entidad mercantil "Lefarth". La Sra. Süzen acciona ante los Tribunales alemanes para obtener una declaración en términos de que la notificación de su despido por parte de la entidad mercantil "Zehnacker" no había puesto fin a la relación laboral que la vinculaba a esta última. Se plantean dos cuestiones: en primer lugar, si resulta de aplicación la Directiva 77/187/CEE -ahora modificada- cuando una empresa resuelve la contrata celebrada con una empresa de servicios para cederla a continuación a una empresa externa diferente; y en segundo lugar, si existe cesión en los términos de la Directiva cuando en las circunstancias referidas no ha existido traspaso o cesión de medio de producción material inmaterial.

IV. b) Análisis jurídico de la solución adoptada.

La sentencia meditada se centra en el análisis de la autonomía, identidad y viabilidad de la empresa pretendidamente cedente una vez que se ha extinguido la contrata.

Reedita algunos aspectos que ya abordó el Alto Tribunal Europeo en la sentencia precedentemente comentada, reiterando los perfiles de la doctrina comunitaria. Destacamos, en primer lugar, la advertencia de que la mera identidad en la actividad no constituye a juicio de aquél la existencia de transmisión empresarial. Pero además, en segundo lugar la fijación de un criterio hartamente controvertido como que la determinación de si ha existido o no subrogación, en sectores como el de limpieza, obligaría a analizar tanto la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial y la asunción de buena parte del personal preexistente; se sitúa así al límite de los valores aceptados comúnmente en esta materia, al determinar la existencia de una institución jurídica por sus "efectos" y no por la concurrencia de sus "elementos ontológicos". En tercer lugar, persiste en esta resolución el planteamiento de que la sucesión de empresa no requiere transmisión de activos y que ello dependerá de la actividad de que se trate.

El Alto Tribunal hace alusión expresa a la sentencia antes comentada, consolidando el criterio expuesto y que soporta la línea argumental nuclear de aquella sobre la afirmación de su conclusión última. Finalmente, destacar de entre sus postulados que la identidad de empresa podría mantenerse si el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial de los trabajadores que prestaban el servicio con el precedente, independientemente de que el pretendido cesionario adquiera o no el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar determinadas actividades que realizaba el empresario cedente. Sigue el Tribunal obviando el recurso a fórmulas jurídicas intermedias a la sucesión empresarial en sí, toda vez que cabría la contratación temporal o indefinida sucesiva de trabajadores que prestaron servicios para la cedente y que en base a su experiencia o conocimientos específicos en la actividad de que se trate son ahora contratados por la cedente.

Esa experiencia o especialización del personal no pueden configurarse como un elemento material cuya transmisión daría lugar a la aparición de una sucesión empresarial, aunque no faltan

34 (TJUE 1997/45)

opiniones en contrario en la doctrina científica³⁵. Debemos comentar la aportación crítica que realiza MORON PRIETO³⁶ en cuanto a que la pretensión de que "el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica" significa la inversión del punto de vista con que se ha analizado hasta la fecha esta cuestión; se transforma una "consecuencia" a la "causa" fundamental. Pero el autor citado establece dos importantes limitaciones a esa argumentación; a saber, en primer lugar, que el valor de la organización es menor y su sustituibilidad por otros trabajadores es mayor en atención a que son sectores con escasa infraestructura material y caracterizados por actividades poco cualificadas; en segundo lugar, esa opción de incorporación de una parte de la plantilla que prestó servicios para la contrata precedente es estrictamente voluntaria para la contrata entrante. Si se obvia este planteamiento, se da lugar a la conversión de lo anecdótico en capitál; se incurre una vez más en una sobrevaloración de elementos que no pasan del plano de lo casual y que en estas sentencias se convierten en los datos nucleares sobre los que se asientan las nuevas bases de estas resoluciones del T.J.U.E.

Aparentemente la sentencia comentada acoge criterio diverso al del Tribunal Supremo al inclinarse por la opción de que en sectores como el de la limpieza de centros de trabajo para terceros, en los que la actividad gravita sobre la mano de obra, la existencia o no de sucesión empresarial deberá apreciarse valorando fundamentalmente:

a) la cesión de elementos significativos del activo material e inmaterial.

b) la contratación de parte o de la totalidad del personal preexistente en el centro de trabajo.

Continúa aceptándose la concurrencia de los requisitos necesarios para que opere la subrogación aún cuando no se transfieran activos y enfatizando su planteamiento sobre la base de

que está en función del tipo de actividad que se realiza; si la actividad empresarial es ejecutable sin disponer de elementos patrimoniales significativos entonces no tendrá razón de ser exigir transmisión de bienes materiales para que opere esta garantía de estabilidad para los contratos de los trabajadores.

La **Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias/Las Palmas** analiza en su **sentencia de fecha 7 de noviembre de 1997**³⁷ el alcance de esta resolución judicial, realizando al efecto un detenido análisis respecto a la actual aplicación de la doctrina contenida en la misma sobre el particular de la "sucesión de empresas" en nuestro país, para llegar a la conclusión de que no existen discrepancias y que se enmarca en la línea explicitada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

V-. LA INCIDENCIA DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS SOBRE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL ESPAÑOL.

V.a) Posiciones en la doctrina científica española.

Partimos de que las Directivas comunitarias no son aplicables directamente en el Derecho interno de los países miembros de la Unión y sus destinatarios no son los sujetos particulares, sino los Estados miembros, que disponen de un término para la adaptación de su legislación interna a las previsiones de la Directiva. La regla de inaplicabilidad directa tan sólo cede cuando el Estado miembro no ha cumplido el mandato comunitario en el plazo conferido y cuando el contenido de la norma comunitaria sea inequívoco, preciso y no esté sujeto a condicionantes, apreciaciones o discrecionalidad. Ha de recordarse que la Directiva apareció con fecha 14 de febrero de 1977, modificada en junio de 1998, y que el tenor literal actual del artículo 44 del actual T.R.L.E.T. data de la redacción original del Estatuto de los Trabajadores de 1980, que ha

³⁵ SERRANO OLIVARES (vid. supra nota nº 16).

³⁶ "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": Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social nº 7/1998; páginas 253 a 262; Madrid.

³⁷ (A.S. 1997/4350). El Magistrado Ponente de esta resolución destaca que la sentencia meritada del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea exige, para llegar a la conclusión de una "subrogación empresarial", la valoración de dos extremos como son la cesión de elementos significativos de activo material o inmaterial y la asunción de buena parte del personal preexistente. A su juicio, debe entenderse que el Derecho nacional no se opone a la Jurisprudencia europea.

permanecido invariable a las reformas de que ha sido objeto el Estatuto de los Trabajadores.

En la doctrina, VALDÉS DAL-RE³⁸, ha destacado que la Exposición de Motivos de la Directiva declaraba que la adopción de medidas en los casos de transmisión de empresa era urgente atendiendo a las modificaciones provocadas por la evolución económica en las estructuras empresariales con la finalidad de proteger a los trabajadores; se trata de asegurar particularmente la conservación de sus derechos. El T.J.U.E. ha reiterado desde sus primeras resoluciones que la Directiva tiene por finalidad garantizar en la medida de lo posible el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de cambio de empresario, conservando respecto del nuevo empresario las mismas condiciones existentes con el antecesor en la explotación de la actividad. Dimensión consecuentemente social, pero a juicio de VALDES DAL-RE como visión sesgada seguramente por reduccionista o incompleta de un panorama más amplio como el que contemplaría desde su origen la norma comunitaria; se olvidaría así el objetivo de la integración del mercado o regulación de su correcto funcionamiento, lo que resultaría inaceptable. El mismo autor sostiene que se habría perseguido con la aprobación de la Directiva en su fase inicial de aplicación la promoción del mercado integrado lo que comportó establecer "cargas equiparables" a las empresas, pero que las resoluciones del T.J.U.E. habrían sin embargo incidido en el pasado con mayor énfasis en la defensa de los derechos de los trabajadores a través de la concreción de los actos de transmisión como en la configuración del objeto de la transmisión; la dimensión de protección del mercado se habría enfatizado en aquel estadio al interpretar el contenido de la tutela en

sus vertientes colectiva e individual, siempre según VALDÉS DAL-RE³⁹.

Es obvio que el legislador español considera que cumple el mandato de la Directiva referida al prever un mecanismo de garantía en caso de sucesión de empresa. ¿Puede entonces hablarse de un "déficit de transposición"? No compartimos esta posición que en ocasiones se ha derivado en la doctrina científica como consecuencia de la aparente inmovilidad legislativa nacional tras la incorporación de España a la Unión Europea. Siguiendo a ALONSO GARCÍA⁴⁰ se entenderá por desarrollo de una Directiva no sólo la promulgación de una nueva normativa a nivel nacional, sino también el mantenimiento de la ya existente por considerar que cumple los objetivos marcados a nivel comunitario. Extraer de esta situación, de mera continuidad una vez analizadas las exigencias contenidas en la Directiva y la legislación nacional de contraste, la conclusión precedentemente expuesta es desmesurado y procederá de una falta de rigurosidad insostenible.

A juicio de RODRÍGUEZ-PIÑERO⁴¹ la jurisprudencia comunitaria ha permitido que ciertas reglas contenidas en las Directivas de contenido claro, preciso e incondicionado sean "directamente eficaces", puedan conferir derechos a los particulares y que sean así tutelables por los órganos jurisdiccionales nacionales. Pero RODRÍGUEZ-PIÑERO destaca que esta circunstancia no puede suponer el reconocimiento del efecto "**horizontal**" -o "efecto entre privados"- de las Directivas que permita su plena invocabilidad también frente a los particulares. En igual sentido citar otros relevantes autores de la doctrina nacional⁴² y comunitaria, como HEPPLÉ⁴³, quien en relación con la Directiva 77/187/CE, ha afirmado que aún cuando algunos de los artí-

³⁸ VALDÉS DAL-RE, FERNANDO en "La Transmisión de Empresa: una experiencia de encuentros y desencuentros entre el derecho comunitario y los sistemas jurídicos nacionales"; "Actualidad Laboral"; n° 21/1998; Páginas 15 a 42; Madrid; 1998.

³⁹ (vid. supra nota 36; página 20 del artículo citado)

⁴⁰ ALONSO GARCÍA, RICARDO en "Derecho Comunitario. Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo"; Ed. Cívitas; Madrid; 1989.

⁴¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, JOSE M. en "La Directiva 77/187/CE y la extinción del arrendamiento de Empresa"; Tomo 1/1988; páginas 41 a 45; Ed. La Ley; Madrid.

⁴² COLINA ROBLEDO, M; RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M.; SALA FRANCO, TOMAS: "Derecho Social Comunitario"; página 50; Ed. Tirant Lo Blanch; Valencia; 1995. Una Directiva de la Comunidad Europea será aplicable directamente cuando su regulación sea autosuficiente y detallada, y siempre que haya transcurrido el plazo para su adopción.

⁴³ HEPPLÉ

culos de la Directiva son lo suficientemente claros e incondicionales como para ser directamente eficaces, sin embargo parece improbable que los trabajadores individualmente considerados puedan hacer efectivos estos artículos contra los empresarios. Repárese en que la solución contraria haría quebrar el sistema de jerarquía normativa de la legislación comunitaria, ocupando las Directivas un espacio reservado a los Reglamentos que emanen los Órganos competentes de la Unión.

Por su parte, BLANCO MARTÍN⁴⁴ sostiene que ese posible efecto directo que admiten algunas resoluciones de la Corte de Justicia de la Unión Europea requiere la concurrencia además de ese incumplimiento por parte de los Estados miembros y esa claridad en cuanto al contenido y alcance a los Estados miembros, que confiera derechos a los ciudadanos; sin embargo, destacar en su opinión que siempre que el Tribunal se ha pronunciado en esta materia lo ha hecho en conflictos surgidos entre las Administraciones de los Estados miembros, pero en ningún caso estos efectos han sido determinados en conflictos entre particulares. A su criterio, es seriamente improbable que en algún momento pueda establecerse el efecto directo de las Directivas sobre transmisión de empresas y sobre insolvencia empresarial⁴⁵, en base a la (...) oscuridad de algunos de los preceptos en que pueda no adaptarse la legislación española a la comunitaria,

como por la escasez de puntos en que no se producen concordancias (...)"

Además, las sentencias del T.J.U.E. tendrían la condición de directriz hermenéutica, pero cuando la normativa interna o la Jurisprudencia interna son claras no ha lugar a interpretación alguna, porque la labor jurisdiccional ya no sería de aplicación sino de interpretación de la Ley Nacional para aplicar la Directiva; es decir, se sustituiría así el Derecho interno y es algo formalmente imposible respecto a las Directivas, aunque sí cabe respecto a los Reglamentos comunitarios que gozan de eficacia directa, vulnerando sino el sistema de fuentes Nacional y Comunitario. Éste es el criterio de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA. **en sentencias, entre otras, de la Sala de lo social de Andalucía/Granada de 3 enero de 1997**⁴⁶.

En igual sentido, citamos también **las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de 21 de mayo de 1996**⁴⁷ y **del Tribunal Superior Justicia de Andalucía/Sevilla de fecha 30 de noviembre de 1992**⁴⁸.

V.b) Las propuestas de revisión del ámbito de aplicación de la Directiva y las modificaciones introducidas en la Directiva 98/50/CE.

⁴⁴ BLANCO MARTÍN, JOSÉ MARÍA: "El espacio social europeo"; AA. VV.; páginas 187 y 188; Ed. Lex Nova; Centro de Documentación Europeo de la Universidad de Valladolid; 1991.

⁴⁵ Directiva del Consejo 80/987/CE, de 20 de octubre de 1980, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, modificada por la Directiva 87/164/CE, de 2 de marzo de 1987, con motivo de la adhesión de España a la Comunidad Europea.

⁴⁶ Sala de lo Social de Andalucía/Granada de 3 de enero de 1997 (AS, 1997/233) que indica que "(...) Tal apoyo consiste en la Directiva 77/187 CEE del Consejo, fechada el 14 febrero 1977 (LCEur 1977/67), y cuyo artículo 3.1 establece que <los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso>. Es sabido que, en el <acquis communautaire> las Directivas son normas caracterizadas por su inaplicabilidad directa, pues sus destinatarios no son los sujetos particulares, sino los Estados miembros, a quienes el Consejo concede un término para que adapten su legislación a -valga la redundancia- las directrices de la Directiva. Es sabido también que esta inaplicabilidad directa cede excepcionalmente, cuando el Estado miembro no ha cumplido el mandato comunitario en el término al efecto conferido y cuando sus términos sean inequívocos, precisos y no sujetos a condicionante, apreciación o discrecionalidad. También es cierto que, como alega el muy certero escrito de impugnación del actor, las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 diciembre 1993 (TJCE 1993\206) y 13 noviembre 1990, indican que los órganos jurisdiccionales deben interpretar el Derecho nacional a la luz de las Directivas comunitarias cuando la materia coincide, procurando alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva, para atenerse el artículo 189.3 del Tratado (LCEur 1986\8); también es cierto que tal principio de <interpretación conforme> se impone especialmente cuando un Estado miembro ha considerado que las disposiciones preexistentes en su Derecho nacional respondía a las exigencias de la Directiva que se trataba (...)"

⁴⁷ Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Las Palmas de 21 de mayo de 1996 (AS 1996\1626).

Para concluir el presente apartado es necesario realizar un estudio de aproximación respecto a la interpretación de la Directiva 77/187/CEE, modificada por la Directiva 98/50/CE, a través de los diversos medios de análisis que se ha manifestado sobre su contenido en los últimos años. Este estudio desembocará en la Directiva referida, a cuyas novedades más relevantes acudiremos en forma detallada. Como punto de partida, destacamos el texto de la propuesta de Directiva elaborado por la Comisión (DOC 274, de 1 de octubre de 1994) que fue objeto de severas críticas tanto por el Comité Económico y Social (DOC 133/13, de 31 de mayo de 1995), que calificó aquella propuesta en forma general de "ambigua"⁴⁹, como por parte del Parlamento Europeo (DOC 33, de 3 de febrero de 1997) que introdujo numerosas enmiendas. El artículo 1 apartado 1º de la Propuesta definía la noción de transferencia a los efectos de la Directiva como "se considera cesión el de una actividad que se acompaña de la cesión de una actividad económica que mantiene su identidad. La sola cesión de una actividad de la empresa, establecimiento o parte de establecimiento, sea ejercida o no directamente, no constituye en sí una cesión en el sentido de la Directiva". El mero traspaso de una actividad se excluiría así del ámbito de aplicación de la Propuesta, condiéndose desde esta perspectiva el concepto que se define como una globalidad o conjunto de medios productivos organizados que mantendrían su identidad

aún después del cambio de titularidad operado; recibió críticas favorables en nuestra doctrina⁵⁰ sobre la base de que permitiría a la empresa contar una mayor flexibilidad y agilidad precisas para concluir negocios y contratos jurídicos que la hiciesen más rentable y competitiva y que incluso podría incidir favorablemente en la creación de empleo. Se ha explicado este cambio de postura en línea con los sistemas nacionales y con las exigencias dominantes de flexibilidad laboral⁵¹, pero advirtiendo que no constituye un cambio absoluto porque se sigue considerando traspaso a efectos de la Directiva "el de una actividad que se vea acompañada de una entidad económica que mantenga la identidad". MONEREO PÉREZ planteaba que era cuando menos dudoso a estos efectos que las modificaciones que se advertían en el texto de la Propuesta supusiesen la exclusión "per se" de las sucesiones de contratos y concesiones sin soporte material; en caso contrario se debilitarían los derechos de los trabajadores, lo que sería contrario a la finalidad explícita de la Directiva.

A continuación puede destacarse el "Memorándum sobre el Traspaso de Empresas" dictado por la Comisión Europea de 4 de Febrero de 1997⁵², que contenía una declaración en términos de su finalidad era facilitar a los ciudadanos europeos un instrumento útil para la mejor comprensión del Derecho comunitario en un ámbito que se destaca como completo y no siem-

⁴⁸ Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Sevilla (AS 1992\6595) en la que se expresa literalmente que "(...) Tampoco cabe acoger el submotivo E), en el que se denuncia infracción del art. 6.2 de la Directiva 77/187 del Consejo de las Comunidades Europeas, pues, aun cuando la misma fuera de aplicación directa, como sucede con los Reglamentos, al quedar integrados en nuestro ordenamiento, tras la adhesión de España a dicha Comunidad, es lo cierto que al disponer dicho precepto comunitario la obligación de consultar con los representantes de los trabajadores a fin de llegar a un acuerdo cuando el cedente o cesionario prevean la adopción de medidas con sus trabajadores respectivos, es clara su inaplicación al caso, pues al negarse por la empresa que haya existido dicha subrogación, la litis precisamente surge para pedir que judicialmente se declare que sí se da tal fenómeno, consecuente a la sucesión empresarial y pese a la apariencia contraria que puede derivarse de las firmas de unos finiquitos (...)"

⁴⁹ En su Dictamen, el Comité Económico y Social destaca que la distinción entre "entidad económica" y "actividad" sería de dudosa delimitación, porque no se aclara el alcance de la inclusión del segundo concepto; en este sentido, debería precisarse si el traspaso de actividad permite indagar respecto al mantenimiento o no de la identidad, como sí sucede con el primer concepto. La distinción entre "entidad económica" y mera "función" podría comportar una vuelta atrás a nivel interpretativo, atendiendo a que habrán de ser redefinidas jurisprudencialmente. El Comité sí valoraba positivamente la definición de "traspaso" por su claridad y amplitud, recomendando que se precisara que el ámbito de aplicación de la Directiva abarcaría la totalidad de los traspasos que afectasen a trabajadores.

⁵⁰ DE LAS HERAS BORRERO, JOSÉ M. Y LLADO ARBURUA, MARTA; en "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"; en "Revista Española de Derecho del Trabajo"; Páginas 393 a 417; Editorial Civitas; Madrid; 1997.

⁵¹ MONEREO PÉREZ, JOSÉ L. (Vid supra nota 9)

⁵² (LCEur 1997, 1653), sobre criterios orientativos sobre la aplicación de la Directiva 77/187/CEE.

pre de fácil interpretación. La aparición del Memorandum viene a insitir en las cuestiones básicas de la Directiva comentada, describiendo su ámbito de aplicación, las consecuencias del traspaso, los derechos de información y consulta de los trabajadores y unas breves conclusiones. Llama poderosamente la atención el Anexo I del Memorandum, que contiene "veinte preguntas y respuestas para orientar adecuadamente la protección de sus derechos" y que debe servir de guía a los representantes de los trabajadores y empresarios respecto a sus derechos y obligaciones en materia de traspaso de empresas. No nos resulta fácil explicar qué sentido tiene; parece además asumirse por la Comisión bien la inoperancia de las previsiones de la Directiva o bien las serias dificultades de la implantación de su contenido en las legislaciones de los estados miembros. En el Anexo II se incluyen las sentencias del T.J.U.E. y del Tribunal A.E.L.C. relativas a la Directiva sobre Traspasos de Empresas.

Resueltas cuando menos aparentemente las tensiones y disquisiciones surgidas sobre su alcance y contenido, fundamentalmente por las posturas de la Confederación de Empresarios Europeos por una parte y de la Comisión de Asuntos Sociales y Empleo del Parlamento Europeo por otra⁵³, finalmente la Directiva sobre transmisión de Empresa ha sido objeto de una reciente modificación, como ya hemos señalado, cuya finalidad no es otra, a tenor de su Exposición de Motivos, que aportar una "mayor seguridad y transparencia jurídica". La fórmula empleada al efecto ha sido aclarar acepciones básicas contenidas en la Directiva sobre la base de las interpretaciones que dimanaban de la labor del T.J.U.E.

Concretamente destacamos, a los efectos de nuestro estudio, la al menos aparente inalteración de la redacción del artículo 1 apartado 1º -ahora apartado 1º.a)- de la Directiva, pese a la Propuesta de revisión, y además las modificaciones operadas en la redacción del artículo 1 apartado 2º; y del artículo 4 apartado 2º de la Directiva.

En efecto, la nueva Directiva mantiene inalterada la dicción literal del apartado 1º del artículo 1 en el subapartado a), abandonando las líneas definitorias que contenía la Propuesta de la

Comisión, de modo que finalmente no se ha introducido la previsión relativa a la exclusión del ámbito de la Directiva de los traspasos de una mera actividad de la empresa, aunque en alguna medida se aborda en el subapartado b); su inclusión o no dependerá de la interpretación que continúe formulando sobre el particular el T.J.U.E. al no haber quedado clarificado en la norma.

Como acabamos de apuntar el apartado 1º.b) del artículo 1 prevé una excepción al subapartado a) en términos de considerar como traspaso el de una entidad económica que mantenga su identidad como conjunto de medios organizados que permitan desarrollar una actividad económica, estableciendo al efecto una previsión extensiva de su aplicabilidad en cuanto a que cabrá tanto en traspasos de actividades tanto esenciales como accesorias. Consecuentemente, la realidad es que sí se ha dado entrada a las previsiones de la Propuesta de Directiva y se ha descartado el supuesto de "traspaso de una función" en favor de la cesión de actividades en sentido propio. Sin embargo, a nuestro juicio la nueva redacción intrduce previsibles dificultades respecto de la interpretación de qué deberá entenderse como "actividad esencial" y por "actividad accesorias", que habrá de perfilarse en las próximas resoluciones del T.J.U.E. Debe destacarse que el artículo 2 apartados a) y b) ya preveían al definir los conceptos de "cedente" y "cesionario" a efectos de la aplicación de la Directiva, que en ambos casos los supuestos de cesión ahora se entenderían producidos además cuando se produjese la pérdida y adquisición, respectivamente, de la condición de titular de una parte del centro de actividad, y no sólo de la totalidad del mismo; del mismo modo el artículo 4 apartado 1º de la Directiva modificada también se refería al supuesto de traspaso de una parte del centro de actividad. Están en consonancia con las novedades introducidas en la redacción del artículo 1 apartado 1º.b) de la Directiva.

El artículo 4 apartado 2º de la Directiva ha sido modificado al suprimirse de su literalidad la referencia a la definición de traspaso contenida en el artículo 1 apartado 1º de la Directiva, adicionándose un artículo 4 bis, donde vuelve a hacerse alusión a los traspasos de empresas, centros de actividad o partes de empresas o cen-

⁵³ DE LAS HERAS BORRERO y LLADO ARBURUA (vid. supra nota 46). La Confederación de Empresarios sostendría la insuficiencia de la Propuesta de la Comisión interesando expresamente la exclusión de su ámbito de aplicación de todos los supuestos de contratación. La Comisión de Asuntos Sociales y Empleo propugnaría por la inclusión en el ámbito de aplicación de la directiva del traspaso de una mera función de la empresa, que los autores del artículo consideran una propuesta fuertemente influida por la situación laboral en el Reino Unido a raíz de las tensiones sociales dimanantes del proceso de privatización iniciado por el gobierno británico.

tros de actividad, para excluir del ámbito de aplicación de la Directiva las situaciones que deriven de procedimientos de quiebra o insolvencia análogos en que pueda estar incurrido el cedente. No parece que esta supresión pueda dar lugar a dificultades en la aplicación de la Directiva, en cuanto a que no se percibe como una extensión de las posibilidades de interpretación de qué habrá de entenderse por traspaso a los efectos de la Directiva, máxime cuando el añadido reproduce la literalidad del artículo al que en la redacción anterior de la Directiva se hacía remisión expresa.

VI. BASES DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE SUPUESTOS DE "TRANSMISION DE EMPRESAS".

La doctrina científica y la Jurisprudencia han coincidido en configurar la finalidad del artículo 44 del T.R.L.E.T. en el sentido de que constituye una firme garantía a la estabilidad del puesto de trabajo, presuponiendo la concurrencia de dos elementos:

a) elemento subjetivo. Transferencia directa o tracto sucesivo del antiguo empresario al nuevo adquirente; o sea, el cambio de titularidad del negocio o centro de trabajo autónomo que comprende cualquier tipo de transmisión.

b) elemento objetivo. Consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la actividad empresarial; es decir, la permanencia de ésta como unidad en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, unidad socio-económica de producción

que configura la identidad del objeto transmitido. No bastará al efecto la mera transmisión de bienes o de elementos patrimoniales, sino que éstos deberán permitir mantener la actividad precedentemente desarrollada por el transmitente con ese mismo soporte económico.

Esta referencia a ambos elementos no requiere remontarse excesivamente en el tiempo en nuestra Jurisprudencia; la **sentencia de 23 de septiembre de 1997**⁵⁴ revisa directamente esta tesis construida en torno a la concurrencia de ambos datos y lo hace además al socaire de las previsiones legales tanto de los artículos 44, 49 apartado 1º g) y 51 apartado 11º del T.R.L.E.T. como de las disposiciones concordantes de la Directiva Comunitaria 77/187/CE, modificada por la Directiva 98/50/CEE, de 29 de junio de 1998. Desde la consideración conjunta de tales preceptos sustantivos nacionales y comunitarios reedita la previsión jurisprudencial meritada, sin que los antecedentes judiciales comunitarios analizados en los dos primeros ordinales de este trabajo hayan comportado una variación, o la menos no de carácter sustancial, en los planteamientos del Alto Tribunal nacional. En igual sentido citar la **sentencia del Tribunal Supremo de 29 de diciembre de 1997**⁵⁵ y más recientemente la **sentencia de 3 octubre de 1998**⁵⁶.

¿Puede hablarse en algún sentido de omisión de la aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o de una deficiente trasposición a nuestro ordenamiento jurídico de los postulados de la Directiva comentada? Parece evidente que no hay tal omisión ni tampoco una "minus trasposición" de la Directiva a nuestro ordenamiento interno.

⁵⁴ (R.J. 1997/6582)

⁵⁵ (R.J. 1997/9641). Destacar la advertencia relativa a que: "(...) reiterada doctrina de esta Sala exige para que se produzca la sucesión de empresas prevista en dicho precepto <artículo 44 del T.R.L.E.T.> con el consiguiente efecto subrogatorio la entrega o transmisión del cedente al cesionario de la infraestructura o de los elementos patrimoniales fundamentales de la organización empresarial para la prestación del servicio (...).

⁵⁶ (R.J. 1998/7804). Se aborda en esta sentencia una vez más si existe o no sucesión empresarial en los supuestos de cambio de concesionario de servicios de recaudación de contribuciones. A nuestros efectos, destacamos que reproduce en gran medida los terminas de la sentencia de la misma Sala de fecha 23 de septiembre de 1997 (R.J. 1997/6582) ya citada, en cuanto a que la consideración conjunta y armónica de los distintos preceptos que integran la norma sobre sucesión de empresa -artículo 44 del T.R.L.E.T., artículo 49.1.g) del T.R.L.E.T. y artículo 51 apartado 11º del T.R.L.E.T., y disposiciones concordantes de la Directiva comunitaria sobre transmisión de empresa- permitiría identificar como requisitos constitutivos, los siguientes: el cambio de titularidad de la empresa o de al menos elementos significativos del activo de la misma; y que los elementos cedidos o transmitidos sean necesarios y suficientes para continuar la actividad empresarial. Se realiza en esta resolución referencia a la sentencia del T.J.U.E. de 11 de marzo de 1997 (TJCE 1997/45) analizada en este estudio, señalando que la decisión del Alto Tribunal ea acorde con la doctrina contenida en la misma al no tratarse de un sector en el que el núcleo de la actividad transmitida descansa en el elemento subjetivo -los trabajadores-.

Existe una línea jurisprudencial clara en sus planteamientos y además transparente en las soluciones que ahora advierte la aparición de dos inconexas resoluciones judiciales del Alto Tribunal Europeo sin una línea argumental que le permita redefinir sus soluciones. A partir de la lectura exclusivamente del Fallo de la sentencia 7 de marzo de 1996 (asunto "Merckxs/Neuhuys"), sin más consideraciones, sí sería factible esa redefinición, pero en los términos del análisis ofrecido en el segundo ordinal de este trabajo nos parece actualmente impracticable. No existe en la línea argumental del T.J.U.E. un conjunto de elementos diferenciadores de estas situaciones que permitan su aplicación extensiva a los diversos supuestos a resolver sobre una base fáctica determinada y en general básicamente coincidente, si como cabe esperar se tiende hacia una línea uniformadora de las resoluciones judiciales; nos encontramos con una sentencia que resuelve una concreta cuestión advirtiendo la presencia de ciertos elementos configuradores de la situación de cambio de titularidad que después desaparecen y sobre los que no se ha hecho ningún análisis particular -recordar la alusión tanto a que "Ford Motors Company" era accionista de "Anfo Motors" como a la existencia de un "Convenio-Garantía" entre "Ford Motors Company" y "Novarobel"-.

Otra cuestión que merece nuestro interés lo constituye la concreción de las relaciones laborales transmisibles, en cuanto a la necesidad de que nos encontramos en presencia de un vínculo contractual subsistente al tiempo de producirse la hipotética subrogación empresarial. Deben revisarse en este contexto, respecto a la vigencia o extinción previa de los contratos de trabajo al operar el "cambio de titularidad", las previsiones del artículo 3 apartado 1º de la Directiva referida. Reiterando la postura ya expresada de HEP-LE, se trataría de uno de esos artículos claros e incondicionales como para ser directamente aplicados. En términos inequívocos, se expresa la inaplicabilidad de la Directiva 77/187/CEE,

modificada ahora por la Directiva 98/50/CE, si el contrato está extinguido, al prever que los derechos y obligaciones derivados para el cedente de una relación de trabajo o de un contrato de trabajo existente en la fecha de la transmisión deben ser transferidos al cesionario por el hecho de esta transmisión. El alcance del término "existente" a que alude el artículo 3 apartado 1º de la Directiva fue abordado en la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 7 de Febrero de 1985⁵⁷ a juicio de RODRIGUEZ-PIÑERO⁵⁸ ello se confirma además por razón de la dificultad que tendría el cesionario potencial para poder determinar con una mínima precisión la medida de su hipotética responsabilidad respecto de anteriores trabajadores, dificultad que a su juicio prodría tener un efecto disuasorio de la adquisición y transmisión de la de la empresa contraria al objetivo esencial de la Directiva, que además trata de permitir la transmisión inmodificada al nuevo titular de unas relaciones laborales y consiguientemente garantizar la permanencia de éstas. En este sentido, debemos recordar nuestra alusión a la trascendencia de lograr el equilibrio entre dos intereses contrapuestos como son de una parte el de la estabilidad del empleo de los trabajadores afectados y de otra el de la conservación-continuidad de la empresa. Por su parte, MONEREO PEREZ⁵⁹ recuerda que esa extinción previa a la transmisión y por cualesquiera motivos impide la continuidad de la relación laboral que prevé el artículo 44 del T.R.L.E.T.; se contrae a la continuidad de la relación, pero no eliminará la solidaridad respecto del cumplimiento de obligaciones nacidas e incumplidas con anterioridad a la transmisión.

Abundando en el alcance del término "existente" a que alude el artículo 3 apartado 1º de la Directiva en la doctrina del meritado Tribunal, fue igualmente abordado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia Europeo de igual fecha a nuestra precedente referencia doctrinal -concretamente de fecha 7 de febrero de 1985, en una sentencia 135/1983("asunto Abels")⁶⁰ -.

⁵⁷ Sentencia de 7 de febrero de 1985 (TJCE 1983/19. "asunto Wendeböe") fue resuelto en términos de que "(...) Tiende a asegurar en lo posible la continuidad de la relación de trabajo, sin modificación, con el cesionario, (...) protegiendo a los trabajadores de los despidos motivados por el solo hecho de la transmisión; **estas disposiciones (artículo 3.2 y artículo 4.1. Directiva) sólo contemplan a los trabajadores al servicio de la empresa en el momento de la transmisión con la exclusión de aquellos que hubieran ya abandonado la empresa en esa fecha** (...). Los derechos y obligaciones de las personas que han cesado de estar empleadas por la empresa en el momento de la transmisión no son transferidas al cesionario en virtud de la Directiva (...).

⁵⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO. JOSE M. en "La subsistencia de la empresa y de los contratos laborales y la Directiva 77/187"; Tomo I/1988; páginas 46 a 53; Ed. La Ley; Madrid.

⁵⁹ MONEREO PEREZ. JOSE L. (vid. supra nota 3).

La sentencia no deja lugar a dudas sobre el particular específicamente sometido a su conocimiento, en concreto cuáles son los derechos y obligaciones transmitidas, pero matiza con contundencia que sólo respecto a contratos de trabajo existentes en el momento de la transmisión. Puede parecer un elemento de análisis dispensable a priori por obvio y desde una lectura superficial de las notas senciales de un supuesto de hecho dado, pero en la práctica ha sido tradicionalmente objeto de controversia y sin duda seguirá siéndolo si se atiende a la frecuencia con que un fenómeno incardinable como "sucesión empresarial" se ve precedido de un despido colectivo o de un expediente de regulación de empleo. Sin embargo, existe una notable solidez argumental en la solución jurisprudencial en estos supuestos. Al efecto, inicio este análisis ofreciendo las cuestiones que se abordan en la sentencia de **24 de julio de 1995**⁶¹ dictada en unificación de doctrina que casa y anula la **sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 13 de septiembre de 1994**. El objeto del litigio consiste en que los accionantes en un procedimiento sobre "derechos" para el reconocimiento de una pretendida mayor antigüedad son trabajadores con contrato extinguido a través de un expediente de regulación de empleo que concluyó con acuerdo. Los actores fueron después contratados por la nueva titular del que había sido su centro de tra-

bajo; accionan para el reconocimiento de su antigüedad en la relación extinguida por aquella vía para su eficacia con cargo a la nueva Empresa. El Tribunal Superior de Justicia de Navarra dio lugar a la pretensión de los actores, siendo revocada su sentencia por el Tribunal Supremo. La Sala IV resuelve que si antes del cambio de titularidad se produjo la extinción de los contratos de trabajo a través de la vía del artículo 49 apartado 9º de la Ley del Estatuto de los Trabajadores -hoy artículo 49 apartado i) del T.R.L.E.T.-, luego no cabe exigir reconocimiento alguno porque el vínculo es inexistente y no se despliegan las garantías del artículo 44 del T.R.L.E.T.

Más recientemente, la sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de **20 de enero de 1996**⁶² revisa esta misma situación y llega a idéntica solución a la expuesta. A juicio del Alto Tribunal concurrían los elementos necesarios para que operase la subrogación, aún cuando se trataba de una concesión administrativa que encomendaba la ejecución de unos concretos servicios mediante la puesta a disposición por el organismo autónomo otorgante en favor del concesionario de toda una serie de elementos materiales que incluían desde el propio local hasta la maquinaria y herramientas precisas al efecto. Se trataría aparentemente del conjunto organizado de medios que permitirían continuar la activi-

⁶⁰ Sentencia 135/1983 ("asunto Abels"); sobre el particular que abordamos se pronuncia en términos de que "(...) las obligaciones transferidas son sólo las concernientes a los trabajadores empleados en la empresa en el momento de la transmisión (...)".

⁶¹ Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1995 (R.J. 1995\6331). En concreto, esta resolución prevé que "(...) Si habiéndose producido con anterioridad la extinción de un contrato de trabajo en virtud de resolución administrativa dictada en expediente de regulación de empleo, el nuevo empresario debe mantener o no la vigencia de dicha relación, aunque se dedique en mayor o menor medida a la misma actividad en base al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Hay que entender que se ha producido la aplicación indebida del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores puesto que este precepto contiene una garantía de los derechos de los trabajadores en el supuesto de que se produzca una novación subjetiva en la persona de su empleador, de forma que el cambio de titularidad empresarial no puede extinguir -por sí mismo, como explicita el Texto Legal-, las relaciones laborales preexistentes, sino que el nuevo empresario queda subrogado por imperativo legal en los derechos y obligaciones del anterior. Pero tal mecanismo de garantía no puede operar si, previamente al cambio de titularidad, ha existido una válida extinción del contrato en base a una causa prevista en la ley, como ocurre en el presente caso, con la causa de extinción contemplada en el artículo 49.9 del Estatuto de los Trabajadores -en su primitiva redacción- y desarrollada en su artículo 51, es decir cuando ha habido resolución administrativa firme que ha declarado la extinción de los contratos en expediente de regulación de empleo con el percibo de las correspondientes indemnizaciones (...)". En algún sentido se expone la imposibilidad material de poner fin a lo que ya fue extinguido previamente. Repárese en el énfasis que se hace en la sentencia meritada del Tribunal Supremo sobre la forma en que concluye el período de consultas del expediente, por lo que evidentemente no se prescinde en el análisis de la forma en que se obtuvo la extinción de los vínculos, en términos literales de que "(...) Hay que recordar, por otra parte, que existió acuerdo entre la Dirección de la empresa y el Comité de empresa en el trámite de Consultas conforme al citado artículo 51.5, ratificado por resolución de la Autoridad Laboral, lo que excluye toda idea de abuso o manipulación; resolución que pudo recurrir el Comité de empresa, primero a través de recurso en la esfera administrativa y luego por la vía contencioso-administrativa, si estimaba que era contraria a los intereses de los trabajadores (...)".

⁶² (R.J. 1996/115).

dad. El relato fáctico permite extender al supuesto los efectos del fenómeno subrogatorio obligando al concesionario entrante, aún cuando no existía previsión de cláusulas en tal sentido ni en el pliego de condiciones ni en la norma convencional de referencia. En el supuesto de referencia la sucesión empresarial no operó en favor de los actores al haberse resuelto previamente las relaciones laborales mediante la suscripción de un documento con eficacia liberatoria.

En igual sentido debe traerse a colación, aunque con la cautela cuando menos formal por la referencia explícita contenida en dicha resolución que a continuación expondremos, que la Sala IV ha reiterado esta interpretación en la **sentencia de 27 de mayo de 1997**⁶³. El Tribunal Supremo recuerda en esta resolución que el mecanismo de garantía de los derechos de los trabajadores que contiene el artículo 44 del T.R.L.E.T. no puede operar si previamente a que se haya producido la transmisión se han extinguido los contratos de trabajo con base en alguna de las causas resolutorias contempladas en el artículo 49 del T.R.L.E.T., pero advierte -y ésta es la matización- que deberá actuarse de forma muy comedida en esta materia analizando con detalle las circunstancias concurrentes para proteger en todo caso los derechos de los trabajadores afectados. Se reafirman los términos básicos de las exigencias contenidas al efecto en la Jurisprudencia precedente, con esa previsión necesaria de que la relación laboral objeto de pretendida sucesión por un cambio en la titularidad de la actividad se mantenga en vigor, aunque reeditando una situación que en absoluto puede considerarse novedosa, toda vez que ha

estado presente en la producción jurisprudencial invariablemente; recordar al efecto por ejemplo la sentencia citada del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1995 en la que se analizó y revisó de forma exhaustiva la vía a medio de la cual se habían extinguido las relaciones laborales de los actores, convalidando esa fórmula legal y precisando que había existido un abandono de los medios legales a su alcance ante la Jurisdicción competente -en tal caso, la Contencioso Administrativa- para expresar su desacuerdo con la extinción y obtener hipotéticamente una solución diversa.

En igual sentido citamos **las sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo de 22 de abril de 1988**⁶⁴ y **de 17 de enero de 1989**⁶⁵, o **la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 18 de febrero de 1994**⁶⁶; de forma inequívoca para la subrogación de los contratos de trabajo será imprescindible que no se hubieran extinguido con anterioridad. La subrogación laboral requiere que en el momento de cambio de titularidad exista un vínculo contractual establecido, aunque no hubiera una prestación de servicios efectiva, según CAMPS RUIZ⁶⁷.

No faltan sin embargo referencias doctrinales en sentido diverso del expresado, a cuyo efecto, y con finalidad meramente ilustrativa ofreceremos en concreto **las sentencias de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia de Valencia de fecha 8 de octubre de 1996**⁶⁸ y **del País Vasco de fecha 28 de julio de 1997**⁶⁹. Procedemos a un somero análisis de los hechos objeto de debate de la primera de las

⁶³ (R.J. 1997/6128)

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 22 de abril de 1988 (Ar.1988/2650).

⁶⁵ Sentencia de 17 de enero de 1989 (AL ref. 1989/323)

⁶⁶ (A.S. 1994/511). Ofrece en su Fundamento Jurídico Tercero una visión inequívoca de la relevancia de la previa extinción de los contratos de trabajo por la vía del expediente de regulación de empleo con las inevitables consecuencias que para los contratos determinan los artículos 49 apartado 1º.g) y 51 del T.R.L.E.T. Sin embargo, parece de un elevado tono la reflexión relativa a la falta de oposición en la vía administrativa a la resolución que autorizaba las extinciones vía expediente. Al efecto, destacar que "(...) quien desatiende su defensa y en ejercicio del poder dispositivo de su voluntad abandona medios al efecto puestos en su mano por el Ordenamiento, debe enfrentarse inexorablemente al resultado de sus propios actos, cuyos efectos ningún Tribunal podrá desconocer ni -sin incidir en la descarnada arbitrariedad- pasar por alto (...)". Aún compartiendo el razonamiento nuclear y la conclusión final en sí, la exposición es ciertamente dura en su tono y posiblemente fuera de lugar.

⁶⁷ CAMPS RUIZ, LUIS M. en "Transmisión de empresa: efectos laborales según la Jurisprudencia (y II)"; Actualidad Laboral nº 17/1991; páginas 215 a 229; Madrid; 1991.

⁶⁸ (A.S. 1996/4248)

⁶⁹ (A.S. 1997/2155)

sentencias referida que pondremos en relación con los criterios recién expuestos y que permite constatar que se apartan de los mismos. Así, señalar que dio lugar a una nulidad de actuaciones que no permite extraer ningún viso de hipotética solución contradictoria a las analizadas, al margen de que no se trate de infracción de Jurisprudencia; la Sala de lo Social de Valencia devuelve las actuaciones al Juzgado de lo Social para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de despido, declarando competente a la Jurisdicción Laboral aún habiéndose extinguido la relación laboral del actor a través de Despido Colectivo autorizado administrativamente.

Deben igualmente señalarse otras resoluciones judiciales en que se llega a idéntica solución a la expuesta en los dos antecedentes recién comentados, pero desde unos razonamientos mucho más ajustados a las directrices que hemos defendido. Se trata de supuestos donde en base a la utilización fraudulenta de los expedientes de regulación de empleo, o actualmente de los despidos colectivos, se persiguen eludir los efectos de la "sucesión empresarial". Así, **la sentencia de 5 de febrero de 1997 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña**⁷⁰, concluye que existe subrogación empresarial entre una entidad que procede a la extinción vía expediente de regulación de empleo de la totalidad de los contratos de trabajo de su personal y se limita a desplazar medios de pro-

ducción -maquinaria-, la propia actividad y una parte de su plantilla al ámbito de otra mercantil constituida por familiares directos de las personas que controlaban la titularidad de la actividad empresarial en la entidad de origen.

¿Cuáles son las claves sobre las que basa sistemática y repetidamente sus decisiones nuestra Jurisprudencia?, más coherente y clara en esta materia que las soluciones emanadas del Tribunal Comunitario. Las modificaciones advertidas en los criterios de decisión que esgrime el T.J.U.E. a partir de las dos sentencias comentadas no han significado alteración de clase alguna en los criterios del Tribunal Supremo. Entre los antecedentes jurisprudenciales debemos destacar la sentencia de la **Sala de lo Social de 13 de marzo de 1990**⁷¹; su tenor es claro respecto a la necesidad de que:

a) la transmisión debe afectar a un conjunto de elementos patrimoniales⁷².

b) esos elementos patrimoniales deben ser susceptibles de explotación económica independiente.

En segundo lugar, **la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1991**⁷³, expresa los siguientes criterios:

a) necesidad de transmisión de bienes, de derechos o de una actividad individualizada.

⁷⁰ (A.S. 1997/728). El Tribunal destaca que la evidente finalidad de "(...) dejar morir la actividad para proseguirla escasamente tiempo después mediante una sociedad que pertenece a la misma familia (...)" encierra un fraude no amparable, al llegar a la convicción de que se han intentado eludir las consecuencias del artículo 44 del T.R.L.E.T., aunque las causas para la extinción a través de expediente de regulación de empleo fuesen reales. Es un dato que no puede derivarse desde la resolución analizada, en atención a que se alcanzó acuerdo con la parte social en el período de consultas, si bien también debe ponerse de relieve que no se abonaron las cantidades pactadas en concepto de indemnización. Destacamos la claridad del tenor de esta resolución a los efectos comentados, en términos de que: "(...) Se trata de la misma actividad realizada en parte con los mismos trabajadores y con la misma maquinaria. En definitiva se ha redimensionado la empresa prescindiendo de la parte de plantilla innecesaria y del pasivo insoportable de Industrias <K. S.A.>, pero beneficiándose del fundamental activo, la maquinaria (...).

⁷¹ Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo (R.J.1990\2069).

⁷² (R.J. 1998/7583) de fecha 29 de septiembre de 1998. Una empresa del sector de construcción y obras públicas traspasa a otra de forma sucesiva en el tiempo una serie de vehículos y además un número importante de trabajadores de la primera pasan a integrarse en la plantilla de la segunda. La Sala deniega la pretensión de que haya operado una sucesión de empresa; sería a su criterio incardinable como constitutivo de una transmisión de una unidad productiva. Al no haberse constatado el traspaso de la principal actividad de la Empresa no entran en juego las garantías previstas en el artículo 44 del T.R.L.E.T. para los trabajadores que no están afectados a esa unidad productiva transferida, pese a la similitud de la actividad empresarial de ambas entidades mercantiles entre las que no existe coincidencia en la composición accionarial y aunque exista traspaso de infraestructura productiva; a criterio de la Sala no puede comportar la automática deducción de que existe cambio en la titularidad empresarial al completo.

⁷³ Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo (R.J. 1991\3798).

b) la coincidencia en la actividad productiva no significa que exista transmisión⁷⁴.

Enfatizamos la atención del análisis sobre el particular relativo a la irrelevancia que a los efectos sucesorios presenta la mera identidad en la actividad, en los términos literales expuestos, frente a las tesis expresadas por algunos de los autores citados en el sentido diametralmente opuesto. Puede ser un elemento adicional que, en el seno de la concurrencia de los restantes elementos que caracterizan esta situación, permitan llegar a una solución conforme a la Jurisprudencia, pero en realidad se tiende en la práctica a desdibujar el global aislando algunas de las notas definidoras para caracterizarlos como supuestos típicamente sucesorios. La solución jurisprudencial no deja lugar a dudas sobre la intrascendencia, en particular, de este elemento aisladamente considerado.

Finalmente, en tercer lugar, traemos a colación **la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1994**⁷⁵ de la que destacaremos la exigencia de la necesidad de transmisión de elementos materiales de la unidad productiva para que exista sucesión en una actividad. Significar su continuidad en las sentencias ya citadas de fechas **23 de septiembre de 1997**⁷⁶ y **29 de diciembre de 1997**⁷⁷. Se rompería así la exigencia de analizar

su viabilidad en supuestos en que no existiese transmisión patrimonial material de clase alguna, sino simplemente y por ejemplo la plantilla de trabajadores que prestaron servicios para el posible cedente.

En esencia, hemos tratado de sintetizar las líneas de interpretación que definen la producción del Tribunal Supremo en materia de transmisión de empresas con la finalidad de poner de relieve en primer lugar la coherencia en sus planteamientos con una marcada perspectiva de las bases sobre las que resolver los supuestos que se someten a su resolución y en segundo lugar la ya apuntada falta de coincidencia con respecto a los criterios manejados en las sentencias analizadas del T.J.U.E.

7 - . A MODO DE BREVES CONCLUSIONES.

Apreciamos desde nuestro análisis que se ha derivado hacia un absoluto casuismo, como consecuencia de una constante relativización de los propios postulados doctrinales sobre los que se argumentan las soluciones judiciales; este exceso de casuismo neutraliza en gran medida los beneficiosos efectos uniformadores de la actividad de los Tribunales inferiores y origina un elevado grado de inseguridad.

Es precisamente la antítesis de lo que sería deseable de una actividad como la que desarro-

⁷⁴ Atendiendo a las previsiones literales de la meritada sentencia, se expresa que "(...) Los términos amplios en que está redactado el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, ha dado lugar, como resume la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1990 (RJ 1990\2069), a que los supuestos de transmisión de empresas en él previstos sean configurados, bien acentuando la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o por el contrario haciendo pie en la sucesión de la actividad, por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma. Ahora bien, en cualquier caso, siempre es necesario para que pueda configurarse la sucesión de empresas, que implica el cambio de titularidad, que no supone por sí mismo la extinción de la relación laboral a que se refiere el art. 44.1 del Estatuto, que exista la transmisión de un elemento individualizado de un titular a otro. Y es este supuesto básico el que está ausente en el caso enjuiciado, ya que ni hay transmisión de bienes, ni de derechos ni de actividad individualizada, **ya que el coincidir en una misma actividad productiva, evidentemente no es transmisión de esta actividad**, como tampoco lo es que cierto número de personas físicas coincidan como socios integrantes de una y otra persona jurídica, y como son éstos los dos únicos hechos sobre los que el recurso pretende aplicar el art. 44.1 del Estatuto, es claro que debe ser desestimado como dictamina el Ministerio Público (...).

⁷⁵ Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo (R.J. 1994\9245). Literalmente, prevé que "(...) No cabe entender, por tanto, que concurre en el caso la premisa fáctica, sobre la que descansaban las previsiones del artículo 79 de la Ley de Contrato de Trabajo y sobre la que ahora lo hace el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, ya que no ha habido transmisión del conjunto organizado, para fines productivos, de los elementos personales y materiales que configuran la identidad de una empresa (...).

⁷⁶ (R.J. 1997/6582)

⁷⁷ (R.J. 1997/9641). Las actoras reclaman deudas salariales de forma solidaria a dos sucesivas empresas concesionarias en régimen de contratos del servicio de limpieza de un Organismo Público; la empresa inicial no satisfizo las liquidaciones a las trabajadoras al extinguirse su contrato y pasar a cargo de la empresa concesionaria sucesiva. El Tribunal desestima el recurso de casación sobre la base de la inexistencia de una sucesión empresarial en los términos previstos en la jurisprudencia.

llan las instancias de cierre del sistema judicial y que debería dimanar naturalmente de la función revisoria de un Tribunal de las características del Alto Tribunal Europeo. Ese exacerbado casuismo impedirá una aplicación general de sus soluciones y la obtención de unos criterios básicos sobre los que inspirar la actividad judicial. Esta situación es, si cabe incluso, más criticable si se atiende a que se propugna una uniformidad en la legislación de los Estados miembros, que deberá igualmente traducirse en una mayor uniformidad en las decisiones judiciales. No perdemos de vista el planteamiento general de un cierto grado de autonomía para las legislaciones internas en la aplicación de las normas desde el respeto de las pautas básicas contenidas en las Directivas, pero no parece razonable ensanchar su interpretación sobre la base de esa relativa autonomía legislativa nacional.

A nivel técnico, hemos tratado de poner de relieve, desde un análisis pormenorizado de estas dos resoluciones judiciales, la notable endeblez argumental de que adolecen ambas. Cuestionamos el que contengan elementos que permitan hacer, como efectivamente lo hacen, equivalentes la existencia de una institución jurídica tanto por la mera generación de sus efectos naturales como por la concurrencia de sus elementos ontológicos -por ejemplo, la asunción de un parte de la plantilla de la entidad supuestamente cedente-. Resulta una situación difícilmente argumentable, tal y como hemos destacado a través de su estudio, y que se hacen especialmente patentes con el análisis pormenorizado de las argumentaciones que contienen. Las resoluciones analizadas adolecen de falta de coherencia argumental y de claridad en razonamientos que dan lugar a las soluciones alcanzadas.

Estas soluciones aisladas del Tribunal de Justicia Europeo han tenido efectivamente eco en la doctrina nacional, en términos de la aparición de propuestas de flexibilización del concepto de "empresa transferida" o de actualización de los supuestos en que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales no comportará la imposibilidad de aplicar el mecanismo subrogatorio cuando hay cambio de titularidad empresarial. También apreciamos su recepción a nivel de las sentencias publicadas de Tribunales Superiores de Justicia de nuestras Comunidades Autónomas, aunque todavía de forma muy limitada, y unas primeras referencias entre las resoluciones de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo posteriores a su publicación.

Sin embargo, y a pesar de la trascendencia de repensar instituciones como la "sucesión de

empresa" a la luz de una realidad socio-económica cambiante y en la que las prácticas mercantiles han superado a las legislaciones vigentes en innumerables aspectos, creemos que son propuestas sin otra virtualidad que la descrita, sin que lleguen a comportar un instrumento para la transición hacia un estadio diverso del referido. No apreciamos profundidad en las argumentaciones ni en los análisis, sino una aparente aplicación apriorística del Fallo de esas sentencias. Se asume así el riesgo de provocar idéntico efecto en las resoluciones de los tribunales internos de los países miembros, cuando insistimos en el alto nivel de casuismo que se aprecia en sus contenidos.

Si se llegase a la convicción de que ese tránsito es imprescindible dentro de la inamovible e incuestionable necesidad de garantizar la protección de los derechos de los trabajadores en supuestos de cambio de titularidad empresarial, sostenemos que sería irrenunciable que la alteración se produjese a nivel legal. Elementales exigencias de seguridad jurídica comportan la necesidad de que las modificaciones no se produzcan desde un giro en la uniforme doctrina jurisprudencial en esta materia que dé lugar a situaciones de inseguridad jurídica, no deseables desde una perspectiva estrictamente técnica. Desde esta perspectiva, añadimos el marco de referencia que pueda constituir la modificación operada a través de la Directiva 98/50/CE ahora para abordar esa tarea a nivel nacional.

Es indudable, siempre a juicio de quienes suscriben estas notas, que será preciso repensar la situación que genera la vigencia de la Directiva, recientemente modificada; baste el dato tal vez secundario, pero consideramos que es también elocuente, del mero transcurso de más de veinte años desde su aparición. Se atisbaban en el proyecto de reforma de la Directiva algunas líneas de replanteamiento de la situación que sin embargo no han cristalizado en el texto final de la Directiva. Se advierte en su resultado una notable falta de definición, una ausencia de claridad en las líneas directrices de ese articulado que exigirá una mayor concreción, sino quiere incidirse en situaciones de aplicación como la analizada en este estudio y que ya dio lugar en el pasado más reciente a soluciones tan inidóneas como la reciente publicación de un memorándum con un cuestionario explicativo de los supuestos de aplicación y del alcance de la Directiva vigente. Ahora deberá esperarse a los futuros pronunciamientos del Tribunal en aplicación de las reformas que ha sufrido la Directiva 77/187/CEE a través de la Directiva 98/50/CE.