

**TRANSMISIÓN DE EMPRESAS, SUCESIÓN DE
CONTRATAS Y SECTOR PÚBLICO**

Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, y de 6 de septiembre de 2011, Scattolon, asunto C-108/10

FCO. JAVIER CALVO GALLEGO*

SUPUESTO DE HECHO: En la primera cuestión prejudicial se plantea, en esencia, si debe o no considerarse incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, una situación en la que un ayuntamiento decide asumir con su propio personal la prestación de la actividad de limpieza de sus diversas dependencias, que anteriormente tenía contratada con una empresa de limpieza, con la que rescinde la contrata existente. El ayuntamiento en cuestión –Cobisa– contrató nuevo personal para realizar esta actividad, siendo inaplicable, por la naturaleza y actividad del ente público, el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, que sí regula la obligación de subrogación en tales supuestos.

En la segunda cuestión prejudicial se analiza la situación de la Sra. Scattolon, empleada como bedel del municipio de Scorzé desde mayo de 1980. A partir del 1 de enero de 2000 fue transferida a la plantilla del personal ATA del Estado en aplicación del artículo 8 de la Ley nº 124/99. Junto a otras cuestiones, la sentencia aborda la aplicación o no de la Directiva a un supuesto de transferencia del personal encargado de los servicios auxiliares de limpieza y mantenimiento de los edificios escolares, desde las entidades públicas locales al Estado, cuando la transferencia ha supuesto la subrogación no sólo en las actividades y en las relaciones con todo el personal empleado, sino también en los contratos celebrados con empresas privadas para prestar tales servicios.

RESUMEN: En relación con el primer caso, el Tribunal concluye su argumentación señalando que “el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), de la Directiva 2001/23/CE... debe interpretarse en el sentido de que esta no se aplica a una situación en la que un ayuntamiento, que había encargado la limpieza de sus dependencias a una empresa privada, decide poner fin al contrato celebrado con ésta y realizar por sí mismo los trabajos de limpieza de dichas dependencias, contratando para ello nuevo personal”.

* Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

En relación con el segundo, el Tribunal declara que “la subrogación por una autoridad pública de un Estado miembro en la relación laboral con el personal empleado por otra autoridad pública y encargado de la prestación a escuelas de servicios auxiliares que comprenden en especial tareas de mantenimiento y de asistencia administrativa constituye una transmisión de empresa incluida en el ámbito de la Directiva 77/187/CEE... cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno”.

INDICE

1 INTRODUCCIÓN

2 SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

- 2.1 La sucesión de contratas y concesiones en la jurisprudencia española y comunitaria: hitos de una larga evolución
 - 2.1.1 La posición tradicional de los tribunales sociales españoles
 - 2.1.2 La doctrina del Tribunal de Justicia y su evolución
 - 2.1.3 El impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo
 - 2.1.4 La Sentencia CLECE; un paso más en la lenta evolución del Tribunal de Justicia

3 TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: ALGUNAS NOTAS

1. INTRODUCCIÓN

La delimitación del ámbito de aplicación de la normativa española y de la Unión Europea sobre transmisión o traspaso de empresas, centros de actividad o de partes de aquellas ha sido, sin duda, uno de los campos en los que ha existido y existe —junto con la conocida problemática del solapamiento entre vacaciones y ciertas causas de suspensión del contrato¹— una mayor relación e influencia entre la doctrina del Tribunal de Justicia y los órganos de nuestra jurisdicción social. De hecho, basta analizar la doctrina más reciente del Tribunal Supremo en esta materia para detectar cómo en pocos años las referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se han ido multiplicando progresivamente, alterando, además, de forma sustancial la perspectiva básicamente patrimonialista con la que durante bastantes años analizó esta cuestión nuestro más alto Tribunal².

¹ Véase, por todas, el reciente Auto del TS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 26 enero 2011 (RJ 2011\3410) por el que se plantea a Tribunal de Justicia cuestión prejudicial sobre si la normativa comunitaria se opone o no “a una interpretación de la normativa nacional que no permita interrumpir el periodo vacacional para el disfrute en un momento posterior, del periodo completo -o que reste-, si la incidencia de un proceso de incapacidad temporal aconteciera de forma sobrevenida durante el periodo de su disfrute”.

² Por mencionar sólo un ejemplo, véase la STS de 23 de octubre de 2009 (RJ 5734).

Las dos sentencias objeto de análisis son, sin duda, buena muestra de esta estrecha relación. En ellas se abordan dos cuestiones intrínsecamente relacionadas, no ya tanto con la causa de la transmisión –cuestión ésta no especialmente conflictiva, sobre todo a nivel comunitario, dada la amplitud con la que desde un primer momento abordó la cuestión el Tribunal de Justicia³-, sino, más bien, con el aspecto que progresivamente se ha ido convirtiendo en el elemento nuclear de todo este debate: el objeto de la transmisión. En el primer caso, retomando la ya añeja cuestión de la aplicación de esta normativa a la sucesión o rescate de contratas, y en el segundo, analizando otro tema confuso, pero de notable actualidad en nuestro país y comunidad, como es la aplicación o no de estas reglas a supuestos de reordenación del sector público. Pero vamos por partes.

2. SUCESIÓN DE CONTRATAS Y TRANSMISIÓN DE EMPRESAS

2.1. La sucesión de contratas y concesiones en la jurisprudencia española y comunitaria: hitos de una larga evolución

Como se ha señalado ya en varias ocasiones, la cuestión de la aplicación o no de la normativa sobre transmisión de empresas a los supuestos de sucesión de contratas, de concesiones, o de rescates de aquellas por la empresa principal, no ha sido un tema tradicionalmente pacífico en la doctrina de los tribunales españoles del orden social.

2.1.1. La posición tradicional de los tribunales sociales españoles

Intentando sintetizar toda esta compleja evolución, podríamos decir que, en un primer momento, básicamente hasta el comienzo de la década de los

³ Una recopilación de esta doctrina en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Stichting, Asunto C-29/91 apartados 10-13. En relación con los supuestos aquí analizados, baste remitirnos a la recopilación de doctrina recogida en las Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00, apartado 31 y siguientes, y de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 39. Obsérvese, no obstante, que como más tarde recordaremos, en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1997, Sützen, Asunto C-13/95, si bien se vuelve a insistir en el hecho de que la inexistencia de vínculo contractual entre cedente y cesionario –como ocurre en estos casos-- “no puede revestir una importancia decisiva a este respecto”, sí resalta (apartado 11), a nuestro juicio novedosamente, que “puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva”. Pero sobre ello, y sobre el impacto de esta afirmación en la doctrina posterior del Tribunal, se volverá de forma más amplia en la nota n. 26. En la doctrina, por todos, C. Ortiz de Solórzano Arusa, “Títulos de la transmisión de la empresa y relaciones laborales: las etapas de un proceso de socialización”, en *Proyecto social: Revista de relaciones laborales*, 2003, n. 10-11, p.

noventa, la doctrina mayoritaria, si bien no uniforme, tanto del Tribunal Supremo⁴ como, sobre todo, del ya extinto Tribunal Central de Trabajo⁵, pareció inclinarse, con diversos argumentos, por aplicar la normativa subrogatoria a estos supuestos de sucesión de concesionarios o contratistas de una misma actividad⁶. Básicamente se partía de la consideración de la contrata como industria a los efectos del antiguo art. 79 de la Ley de Contrato de Trabajo⁷ --especialmente cuando se producía la continuidad con los mismos trabajadores y con las mismas condiciones del anterior contratista⁸--, señalando la necesidad de tutelar la estabilidad en el empleo o aludiendo indiscriminadamente a la aplicación tanto del art. 44 ET como del convenio u ordenanza que imponía esta subrogación⁹. Y ello porque en ocasiones se utilizaron elementos más cercanos a la regulación convencional de la subrogación que al régimen legal de la transmisión, como era, por ejemplo, el dato de que el actor estuviera destinado de forma exclusiva al centro que se consideraba objeto del traspaso¹⁰.

El punto de inflexión en esta primea posición se sitúa claramente en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de mayo de 1987 que, analizando una evidente disparidad de fallos del extinto Tribunal Central de Trabajo¹¹, reconoció la existencia de un cambio de doctrina general, concretado en la expresión de la STCT recurrida, y en virtud de la cual en estos casos no se trataba

⁴ Especialmente STS de 27 de octubre de 1983 (RJ 5161) en un supuesto de cambio de titularidad de empresas encargadas del comedor. Otras referencias jurisprudenciales en A. Desdentado Bonete, "La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 38, p. 249, n. 30 a las que por brevedad nos remitimos.

⁵ Por ejemplo, SSTCT de 12 enero de 1989 (RTCT 1989\550); de 20 abril de 1988 (RTCT 1988\2998) --por cierto de subrogación de una empresa de limpieza por una Administración pública--.

⁶ En la doctrina, véase, de forma crítica con esta posición, E. González Biedma, *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, MTSS, 1989, p. 114 y ss. En cambio, a favor de la aplicación en estos casos del art. 44 ET, J.L. Monereo Pérez, *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, 1987, p. 401 y ss.

⁷ Por mencionar sólo dos ejemplos, SSTCT de 9 de febrero de 1977 (RTCT 699) --aludiendo igualmente al art. 18 de la Ley de Relaciones Laborales-- y 27 de abril de 1977 (RTCT 2285) que cita igualmente la STS de 2 de noviembre de 1973 (RJ 4384) en un caso, parece, de sucesión de concesiones con el Ayuntamiento de Badalona.

⁸ SSTCT de 11 de mayo de 1977 (RTCT 2648); de 28 de junio de 1984 (RTCT 5768); 7 de marzo de 1985 (RTCT 1676).

⁹ STCT 6 de diciembre de 1983 (RTCT 10565).

¹⁰ STCT de 9 de febrero de 1977 (RTCT 699).

¹¹ Así mientras la STCT de 26 de febrero de 1980 al examinar la sustitución de «Segresa» por «Marriot, Sociedad Anónima» estimó que se ha producido la subrogación que regulan los arts. 18.2 de la L. R. L. de 1976 y el art. 79 de la Ley de Contratos de Trabajo de 26 de enero de 1944; en cambio, la posterior STCT de 15 de octubre de 1985, al examinar la sucesión en el arrendamiento de «Marriot», «Comefa», «Comlab» y «Mediterránea de Restaurantes» declaró inaplicable a la misma el art. 44 ET.

de una “sucesión o cambio de titularidad de empresas al ser cada una de las demandadas independientes entre sí, con personalidad jurídica propia y no han sido absorbidas ni sustituidas unas por otras”. De este modo se potenció una evolución doctrinal que tendía a excluir este supuesto del ámbito subrogatorio impuesto, ya en ese momento, por el art. 44 ET.

El siguiente paso se produce en la doctrina del propio Tribunal Supremo. Este, dejando nuevamente a un lado los supuestos en los que la subrogación se produciría por mandato convencional o por exigencias del propio pliego de contratación –básicamente en el ámbito de la Administración Pública--, vino a establecer una frontera en virtud de la cual el criterio básico para la aplicación o no del art. 44 ET sería --desde una visión esencialmente patrimonialista-- la transmisión, no sólo de la posición contractual, sino, y sobre todo, de una organización y, señaladamente de un conjunto de bienes organizados para una actividad productiva. Sin duda en este punto la pieza central fue la STS de 5 abril 1993¹², que, siguiendo la línea ya iniciada por las SSTS de 22 enero y 13 marzo 1990¹³, se apartó de manera expresa de las posiciones jurisprudenciales sostenidas con anterioridad –aunque siempre bajo la premisa de la ausencia de una posición previa clara y diáfana en nuestra jurisprudencia--, señalando, en esencia, que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del artículo 44 ET”, salvo “entrega al concesionario o al contratista de la «infraestructura u organización empresarial básica para la explotación». Y fue esta doctrina, en definitiva, la que vino a sostener la Sala de manera constante, y con el claro apoyo de un destacado sector de la doctrina, a lo largo de toda la década de los noventa¹⁴.

¹² (RJ 1993\2906).

¹³ (RJ 1990\180 y 2069).

¹⁴ Por todas, la STS 12 abril 2000 (RJ 2000\3951) de acuerdo con la cual “a tenor de reiterada doctrina de esta Sala –reflejada en sus sentencias de 5 de abril de 1993 (RJ 1993, 2906) , 23 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1227), 12 de marzo de 1996 y 27 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9639) , entre otras, se señala que «constituye requisito esencial en la sucesión de empresas regulada en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión de la titularidad, entendiéndose por tal concepto traslativo no sólo el cambio de la titularidad nominativa de la empresa, centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma de la misma, sino también la transmisión al cesionario... de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura y organización empresarial básica de la explotación». En estas misma línea suelen citarse las SSTS de 23 febrero 1994 (RJ 1994\1227), 14 diciembre 1994; (RJ 1994, 10093) , 9 de febrero de 1995 (RJ 1995, 789) , 6 de febrero de 1997 (RJ 1997, 999) , 22 de abril de 1997 (RJ 1997, 3581) , 17 de junio de 1997 (RJ 1997, 458), 9 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1644), 31 de marzo de 1998 (RJ 1998, 4575), 29 de abril de 1998 (RJ 1998, 3879), 8 de junio de 1998 (RJ 1998, 6639), 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7804), 30 de septiembre de 1999 (RJ 1999, 9100), 22 de mayo de 2000 (RJ 2000, 4624) y STS 10 de julio de 2000 (RJ 8295) –si bien esta última incorpora la referencia de la Sentencia Súzen sobre la subrogación por asunción de plantilla, concluye “no consta que se haya producido la transmisión de activos patrimoniales”–y se declara continuador de la doctrina de las STS de 5 abril y 13 marzo 1990 --.

2.1.2. La doctrina del Tribunal de Justicia y su evolución

El problema es que, al mismo tiempo que se producía esta evolución en la doctrina jurisprudencial española, aparecían ya los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión; unos pronunciamientos cuyo elemento nuclear se centró rápidamente en lo que se consideró el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión --esto es la conservación por la entidad transmitida de su identidad¹⁵--, con unas decisiones que, evidentemente, influyeron de forma decisiva en la cuestión.

En este sentido, lo primero que debe destacarse es que el Tribunal huyó, ya desde un principio, de un concepto focalizado sólo en un criterio, para acudir a varios elementos parciales, que debían evaluarse de forma conjunta y no aislada. La inmensa mayoría de ellos ya aparecían en la Sentencia Spijkers¹⁶, en la que ciertamente se destacaba la continuación efectiva --o reanudación¹⁷-- de la explotación como elemento básico a estos efectos¹⁸; pero se hacía en un marco más amplio y general en el que se reclamaba --y esto es lo importante-- la necesidad de considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizaban la operación, destacando, eso sí, y sin aparente ánimo de exhaustividad el tipo de empresa o centro de actividad del que se tratase; que hubiera habido o no transmisión de bienes materiales como los edificios o bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión¹⁹; que el nuevo empresario se hiciera cargo o no de la mayoría de los trabajadores; que se hubiera transmitido o no la clientela; la analogía o disparidad de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de la eventual suspensión de actividades.

Lejos, por tanto, de centrarse en un único aspecto, como era la transmisión de determinados bienes organizados, el Tribunal parecía postular un acerca-

¹⁵ Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 1986, Spijkers, Asunto C-24/85 apartados 11 y 12; Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 23.

¹⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de marzo de 1986, Spijkers, Asunto C-24/85.

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado 27.

¹⁸ Igualmente, y por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 23.

¹⁹ Aunque la referencia a estos elementos materiales no aparece en la versión castellana de esta sentencia, sí se encuentra en otras versiones como la inglesa o italiana. En cualquier caso véase la subsanación de este error de transcripción en la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 24. Véase igualmente, por seguir un cierto hilo temporal, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 20. Para la constante referencia posterior a estos mismos criterios tras la Sentencia Schmidt, véase infra las Sentencias reflejadas en la nota n. 25.

miento por parte de los tribunales nacionales a esta idea de conservación de entidad bajo una metodología tipológica (de aproximación a un tipo ideal) ciertamente amplia, expresamente abierta y no exhaustiva y de intensidad variable, en una matriz aparentemente compleja de indicios que debía ser resuelta caso por caso por el órgano jurisdiccional nacional. Y ello, porque en palabras de la Sentencia Spjkers –posteriormente convertida en una cláusula de estilo por el propio Tribunal-- nos encontrábamos únicamente ante “aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse” y que “no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente”²⁰.

El Tribunal no entró en aquel primer momento a ponderar o valorar contextualmente la importancia o peso relativo de cada criterio, ni tampoco a articular un proceso lógico de aplicación, sin que, por tanto, destacase si el orden de cada uno de estos elementos en su enumeración suponía una priorización de los mismos o un determinado proceso lógico en su posible valoración. Todo lo más, lo que sí aclarará, en una resolución posterior, es que el hecho de que la actividad transmitida sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesorio, sin relación necesaria con su objeto social, no da lugar a la exclusión de dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva²¹.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar ahora es que, poco después, el mismo Tribunal pareció dar un giro inesperado a esta posición en la conocida Sentencia Schmidt²². Este giro no provenía, obviamente, de la declaración del Tribunal de acuerdo con la cual el escaso número de trabajadores afectados no podía producir el efecto de excluir dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva. Si se nos apura, esta novedad tampoco radicaba en el hecho de que el Tribunal llevara al extremo sus primeras afirmaciones y sostuviera, ya con meridiana claridad, y sin mayores especificaciones, que la ausencia de toda transmisión de elementos del activo no tenía porqué provocar la inaplicación de la normativa subrogatoria –a pesar, obviamente, del impacto que esta afirmación habría de tener sobre la jurisprudencia española ya mencionada--. De hecho, y como veremos, esta afirmación será mantenida posteriormente por el mismo Tribunal, aunque de forma bastante más matizada y limitada funcionalmente.

En realidad, lo realmente novedoso, al menos a nuestro juicio, era que en este caso parecía suficiente que el nuevo empresario continuase efectivamente

²⁰ Por todas, véanse –nuevamente por limitarnos de acuerdo con el proceso cronológico propio de esta exposición, a las dictadas hasta el siguiente hito de esta evolución-- Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting. Asunto C-29/91, apartado 24; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 20.

²¹ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 12 de noviembre de 1992, Rask, Asunto C-209/91, apartado 17.

²² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 14 de abril de 1994, Christel Schmidt, Asunto C-392/92.

--o retomase-- las mismas actividades o análogas actividades económicas que el anterior empleador para aplicar la normativa comunitaria. Y ello, obviamente, parecía abrir la posibilidad de que la mera sucesión de contratas se considerase una transmisión de empresa a estos efectos, aunque no hubiera, por tanto, transmisión de activos materiales. De este modo, y como se ha resaltado autorizadamente, la Sentencia, y sobre todo su parte dispositiva, parecía acoger una concepción funcional de la transmisión de empresa²³, en la que bastaría nuevamente la continuación de la actividad --nuevamente, en este caso, en el tan traído sector de la limpieza-- para aplicar la protección subrogatoria.

Seguramente uno de los problemas del método tipológico --que como hemos dicho, asumió desde un principio el Tribunal de Justicia en este ámbito--, es que en muchas ocasiones la doctrina del Tribunal, sintetizada en su parte dispositiva, no contemplaba plenamente --sobre todo en este caso-- todos los elementos e indicios analizados a lo largo de su fundamentación, dando lugar a una posible confusión por parte del intérprete. En este sentido, es indudable que la sentencia Schmidt no incluye expresamente el conjunto de indicios que sí aparecían claramente recogidos --por ejemplo-- en los asuntos Spijkers y Stichting. Pero no lo es menos que en este caso sí existía una transmisión de una parte significativa de la plantilla --aunque sólo fuera la única trabajadora afectada-- a la que la nueva empresa sí realizó una oferta de contratación, de clientela y de actividad y que nos encontrábamos ante un sector en el que los medios materiales presentaban y aún presentan una escasa importancia. De ahí que, al menos a nuestro juicio, en este caso, no sólo hubiera una sucesión de simple actividad, sino que también se cumplirían de facto varios de los indicios que anteriormente el mismo Tribunal había aportado. Por tanto, lo arriesgado en estos supuestos sería extrapolar dicha doctrina acriticamente a otros casos aparentemente similares en los que, no obstante, no estuvieran presentes algunos de los elementos fácticos/indicios que sí estaban en el caso Schmidt, aunque seguramente estos no fueran lo suficientemente destacados y agrupados por parte del Tribunal, sobre todo en su fallo.

Por todo ello, y teniendo en cuenta el “revuelo” causado²⁴, no es extraño que el mismo Tribunal posteriormente reiterara --para la mayoría retomara--, de forma ya constante, la necesidad de una aproximación tipológica al supuesto, reiterando y convirtiendo en un “clásico” dentro de su doctrina la mención a los indicios de la Sentencia Spijkers y llegando a conclusiones que, al menos en apariencia, parecían suponer una vuelta atrás en relación con la posición adoptada en Schmidt, aunque quizás esta aparente discrepancia no sería tan

²³ Por todos, el interesante estudio de F. Valdés Dal-Ré, *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, MTAS, 2011, p. 37.

²⁴ Por todos, F. Valdés Dal-Ré, *La transmisión de empresa...*, cit., p. 38.

clara si se analizasen las diferencias casuísticas entre aquel caso y los posteriores enjuiciados por el Tribunal.

En cualquier caso, e intentando sistematizar brevemente toda esta evolución posterior, podríamos decir que la vuelta a la mención expresa de los indicios ya establecidos en *Spijkers y Stichting* aparece ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 7 de marzo de 1996, *Merckx y Neuhuys*,²⁵, en la que, además, se insiste nuevamente –recogiendo la postura ya expresamente señalada en *Schmidt*-- en el hecho de que la transmisión de elementos del activo no es un criterio exclusivo ni determinante para que la entidad de que se trate conserve su identidad económica, si bien en este caso, matizándolo por la “naturaleza de la actividad ejercida”. Y esta escueta referencia es importante –al menos a nuestro juicio-- en la medida en la que, en primer lugar, limita funcionalmente las declaraciones anteriores del Tribunal, que no condicionaba ni limitaba la ausencia de efecto enervante de esta ausencia de transmisión de bienes materiales sobre la conservación de la identidad de la entidad. Y, en segundo lugar, porque empieza a mostrar ya la existencia de ciertas reglas y procedimientos en la valoración del conjunto o matriz de indicios tantas veces mencionado.

En cualquier caso, mucho más importante es, sin duda, la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95. Y ello porque en este caso, el Tribunal no sólo declara –a mi juicio novedosamente-- que la ausencia de relación entre empresarios “puede constituir un indicio” –otro elemento más– “de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la Directiva”²⁶, sino que, corrigiendo posibles interpretaciones funcionalistas, señala ya expresamente que una entidad no puede reducirse a la actividad de la que se ocupa, por lo que la *simple* pérdida de una contrata... no puede, *por sí sola*, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva” (las cursivas son nuestras). En *Süzen*, por tanto, y a diferencia de lo

²⁵ Asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94. En esta misma línea véase igualmente, y de forma cronológica, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1995, *Rygaard*, asunto C-48/94. Por todas las posteriores, véanse Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 apartado 29; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98, apartado 26; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, *Abler*, asunto C-340/01, apartado 33 y 34; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, *Güney-Görres* (C-232/04) y *Demir* (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 33 y 34 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (*UGT-FSP*), asunto C-151/09, apartado 27.

²⁶ En este mismo sentido, posteriormente, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 (apartado 22); Sentencia del Tribunal de Justicia (Pleno) de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99, apartado 45; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, *Liikenne*, asunto C-172/99, apartado 28.

que ocurría en Schmidt, no hubo una transmisión de personal, ni una propuesta de mantenimiento de la actividad para tales empleados. De ahí y desde la matriz tipológica básica en la doctrina del Tribunal, que se llegue a la conclusión de que la simple sucesión de contratistas en una posición contractual materialmente similar no permite aplicar la protección subrogatoria, sobre todo si esta sucesión no va acompañada de otros elementos como la transmisión del “personal que la integra” o, en su caso, de “su marco de actuación, de la organización de su trabajo, de sus métodos, o, en su caso, de sus medios explotación” --nuevos elementos o indicios, por tanto, que se integran de facto y al menos en estos casos en la interpretación tipológica--.

En cualquier caso, y al menos a mi juicio, el matiz más importante de la Sentencia Sützen no es esta ampliación de elementos de la matriz de indicios, posteriormente recogida y reiterada en otras muchas resoluciones²⁷. Lo realmente importante es que, desarrollando ya el aviso a navegantes de la Sentencia Merckx, el Tribunal va a dar, en primer lugar, reglas sobre la forma de actuar frente a la clásica matriz tipológica de indicios; y, en segundo lugar, y como lógica consecuencia, va a priorizar igualmente estos criterios/indicios, dando un papel a mi juicio relevante al orden en el que los mismos fueron enumerados y ordenados desde el ya lejano caso Spijkers.

En este sentido, el Tribunal en Sützen destaca cómo al analizar estos criterios, el órgano jurisdiccional nacional debe “tener en cuenta, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate”, esto es, el primer indicio que se mencionaba. Y ello porque “la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios de la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva varía necesariamente en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados” --que se convertiría así en una disyuntiva previa en la valoración del resto de indicios--²⁸.

En particular --continuaba el Tribunal-- “en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos

²⁷ Aspectos estos reiterados, por ejemplo, por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97. apartado 30-- si bien añadiendo otro elemento de valoración de este “transmisión de entidad por plantilla” como el de “sus directivos”-- En esta misma línea Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 30; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 27; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado. 34.

²⁸ Esta misma idea late en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 28; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartados 32 y 35; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 35; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 35.

significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, depender de la cesión de tales elementos²⁹. Y de ahí que en tales sectores “dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea³⁰”.

En definitiva, el Tribunal parecería establecer una primera variable como es el tipo de actividad, o incluso los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, para luego valorar, en función de los mismos, la importancia respectiva que debía atribuirse a los criterios o indicios ya mencionados. Y dentro de ellos, además, delimitando ahora –eso sí, siempre como parte de una percepción conjunta³¹-- como elementos centrales, para un tipo de actividades, la transmisión o no de elementos patrimoniales y clientela³² --pertencieran o no a su antecesor o hayan sido puestos a disposición de los contratistas por la principal³³--; mientras que para otras, lo especialmente relevante sería la continuación de una parte significativa en número y competencias de la plantilla. De hecho, ambos elementos, medios materiales y personal, se elevan hasta incorporarlos en el propio concepto de entidad económica, entendida ahora como conjunto organizado de *personas y elementos* que per-

²⁹ Reiterando esta idea, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 31; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 29.

³⁰ En similar sentido, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 26 que, no obstante, parece avanzar aún más al señalar que un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común *puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción*” (la cursiva es nuestra).

³¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 44 “debe recordarse que la transmisión de los elementos de explotación no es más que un aspecto parcial de la evaluación de conjunto que debe efectuar el juez nacional al examinar la existencia de una transmisión de empresa o de centro de actividad”.

³² Véase paradigmáticamente la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 37 en el que la ausencia de toda transmisión de plantillas no excluye la transmisión cuando la actividad se “basa esencialmente en los equipos”. En una línea similar en relación con el transporte público regular por autobús se había movido la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado 42.

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartados 38 y siguientes, en los que se rechaza, además, que resulte “necesario que dichos elementos se hayan transferido con el fin de una gestión económica propia”.

mite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio³⁴ estable y no circunscrito a la ejecución de una obra determinada³⁵.

Por ello, cuando posteriormente esta sucesión de contratos se produce en un sector como el de la limpieza, vigilancia, mantenimiento o conserjería en el que los aspectos materiales presentan escasa o incluso nula importancia, la continuación de una parte significativa de la plantilla en personas o competencias³⁶, específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, sí produciría –o podría producir en la nueva y más cauta redacción del Tribunal-- su identificación con el tipo ideal de transmisión³⁷, con independencia del criterio que produjo dicha transmisión –por ejemplo, la imposición por convenio colectivo--³⁸. Es cierto que en estos casos deberían valorarse el número y competencias de la plantilla transmitida, así como otros elementos como la

³⁴ Sentencia de 11 de marzo de 1997, Süzen, C-13/95, apartado 13; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00, apartado 23; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 25; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 25 de enero de 2001, Liikenne, asunto C-172/99, apartado 31; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 30; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de diciembre de 2005, Güney-Görres (C-232/04) y Demir (C-233/04), asuntos acumulados C-232/04 y C-233/04, apartado 32; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, UGT-FSP, asunto C-151/09 apartado 26 al que se remite para una más amplia referencia de esta idea en la jurisprudencia del Tribunal.

³⁵ Esta referencia a la estabilidad y no conexión con una obra determina surge en la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard, C-48/94, apartado 20. Véanse, no obstante, las matizaciones en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 2 de diciembre de 1999, Allen, asunto C-234/98, apartado 37.

³⁶ Esta misma idea es reiterada en Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, apartado 32; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP), asunto C-151/09, apartado 29.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, apartado 27; Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 24 de enero de 2002, Temco, Asunto C-51/00, apartado 25 y siguientes. Y de hecho, por ejemplo en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP), asunto C-151/09, el apartado 29 señala que “*en la medida en que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica*” (la cursiva es nuestra).

³⁸ Una interesante crítica a esta doctrina S. Del Rey Guanter, D. Martínez Fons, R. Serrano Olivares “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n. 58, p. 234

organización y los métodos de trabajo³⁹ e incluso, y en su caso, los medios de explotación. Pero lo que sí era evidente es que en este tipo de sectores o actividades la ausencia de transmisión de estos medios materiales no supone necesariamente la inexistencia de una transmisión.

En cambio, en los sectores donde la actividad se basaba y se basa esencialmente en los equipos, el criterio necesario --y ello, obviamente, aunque no se produzca transmisión de la propiedad de los mismos, o incluso cuando lo que se transmita sea la utilización de medios materiales cuya titularidad última corresponda a la principal -- sería la transmisión de los elementos patrimoniales. Es cierto que en un primer momento, se insiste en que dicho elemento no es único, en la medida en la que se sigue haciendo referencia a clientela y elementos inmateriales⁴⁰. Pero no debe olvidarse cómo, poco más tarde, en *Liikenne*, el Tribunal considerará expresamente que en sectores en los que “los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de la actividad”, la ausencia de transmisión “de una medida significativa de dichos elementos, que son indispensables para el buen funcionamiento de la entidad, debe conducir a considerar que esta no conserva su identidad” a pesar de que en aquel mismo caso sí se había producido una recepción de buena parte de la plantilla del antiguo al nuevo contratista.

La clave, por tanto, pasaría a ser ahora cuándo nos encontramos o no en estos sectores en los que los elementos materiales contribuyen de forma importante al ejercicio de actividad; una cuestión ésta en la que no podemos profundizar pero sobre la que, al menos a nuestro juicio, sí quisiéramos señalar que la doctrina del Tribunal parece conducir a una ampliación de tales sectores, limitando la escasa valoración de estos medios materiales a actividades complementarias como la limpieza, vigilancia o mantenimiento⁴¹.

³⁹ Posteriormente la Sentencia del Tribunal de 6 de septiembre de 2011, *Scattolon*, asunto C-108/10 señalará que para analizar si un colectivo es suficientemente autónomo, hay que recordar que... el concepto de autonomía se refiere a las facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectado, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario (véase en ese sentido la sentencia *UGT-FSP*, antes citada, apartados 42 y 43). Si bien es cierto que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resulta afectada por la circunstancia de que el empresario imponga obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerza así una influencia amplia en las actividades de éste, es preciso no obstante que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios (véase en ese sentido la sentencia *Hidalgo* y otros, antes citada, apartado 27).

⁴⁰ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, *Abler*, asunto C-340/01, apartado

⁴¹ Los casos *Abler* --minas-- y *Liikenne* --transporte por autobús--, previamente citados, serían buena muestra de ello.

2.1.3. El impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Pues bien, aunque, como hemos visto, la doctrina del Tribunal de Justicia prácticamente se consolida con la Sentencia Súzen en 1997, la doctrina del Tribunal Supremo va a mantenerse anclada en los elementos patrimoniales prácticamente hasta la Sentencia de 20 de octubre de 2004 (RJ 7162).

Hasta esa fecha se había mantenido básicamente –y como ya hemos señalado-- la postura sustancialmente patrimonialista que analizamos previamente, y que, como se recordará, centraba su perspectiva esencial y casi exclusivamente en los aspectos materiales y organizativos, olvidando los elementos personales y abordando, además, la cuestión sin prestar especial atención al tipo de actividad o sector afectado. Sólo a partir de esta sentencia de octubre de 2004 –y sin referencias, por cierto, a la reforma legislativa de 2001 que le hubiera ofreciendo un apoyo singular para su cambio de doctrina--, es cuando claramente, nuestro Tribunal Supremo comience a admitir la sucesión de empresas por “plantilla” en sectores como el mantenimiento de instalaciones⁴². Y ello, no sin críticas a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y a sus “cambios de doctrina”; unas críticas centradas, básicamente, en “transformar el efecto en la causa” -- desde una perspectiva dogmática--, mientras que desde el plano de las consecuencias se resaltaban los perniciosos efectos que esta doctrina podría tener tanto sobre la estabilidad en el empleo --al desincentivar la contratación por el nuevo empresario de trabajadores de la anterior--, o sobre la imposición a los trabajadores de descentralizaciones estratégicas de actividad por parte de la empresa principal⁴³.

La única matización, ligada a este último temor de imponer una descentralización estratégica de la empresa principal hacia empresas contratistas, se centró en que esta transmisión de plantillas fuera –en la terminología de la STS de 20 de octubre de 2004⁴⁴-- “pacífica, efectiva y real”, lo que impediría la transmisión –y, por tanto, la transmisión necesaria de la posición contractual de empleador-- en aquellos casos en los que la decisión de una empresa de transferir parte de su plantilla a otra es impugnada por un amplio número de empleados⁴⁵ sin que exista, además, trasvase patrimonial⁴⁶.

⁴² STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202). Admitiendo esta posibilidad, pero denegándolas por las circunstancias concretas del caso SSTS de 27 junio 2008 (RJ 2008\4557); de 11 julio 2011 (RJ 2011\5667).

⁴³ Véase en este sentido, por ejemplo, la STS de 27 de octubre de 2004 (RJ 7202). Sobre estas críticas véase más detenidamente A. Desdentado Bonete, “La sucesión de empresa...”, cit., p. 253 y ss.

⁴⁴ (RJ 7162). Véase igualmente y en este mismo sentido la STS 21 octubre 2004 (RJ 2004\7341)

⁴⁵ Más recientemente STS de 29 de mayo de 2008 (RJ 4224).

⁴⁶ STS de 26 noviembre 2004 (RJ 2005\238)

En cualquier caso, y aunque en principio la doctrina del Tribunal Supremo no parecía distinguir claramente en relación con el tipo de actividad y la importancia en la misma de los elementos materiales⁴⁷, poco más tarde sí se destacará que esta continuación de plantilla no será la determinante cuando nos encontremos ante sectores o actividades que exijan material e instalaciones importantes⁴⁸, asumiendo así, plenamente, la doctrina del Tribunal de Justicia que previamente habíamos sintetizado. De ahí que, como ya señalábamos en un momento anterior, la cuestión central sin duda se trasladase –y sin duda se trasladará– a la mayor o menor importancia de los elementos materiales en la actividad o producción; un tema éste, nuevamente de grados, y que amenaza ya con ser nuevamente polémico si nos acercamos, si tan siquiera con cautela, a las no muy coincidentes opiniones de suplicación⁴⁹.

2.1.4. La Sentencia CLECE; un paso más en la lenta evolución del Tribunal de Justicia

Llegados a este punto, resulta obvio que la Sentencia que es objeto de comentario puede considerarse, en gran parte, como la definitiva consolidación de la doctrina del Tribunal de Justicia que analizamos anteriormente.

Lo es, por ejemplo, en la forma flexible en la que vuelve a analizar el concepto de cesión contractual⁵⁰, o en la forma en la que aborda otro de los aspectos sobre la que volveremos inmediatamente al hilo del asunto Scattolon: la irrelevancia a estos efectos de que la empresa adquirente sea, también en este supuesto, una entidad pública y, más concretamente, un Ayuntamiento.

⁴⁷ Véase, por ejemplo, la STS de 17 junio 2008 (RJ 2008\4229). Tampoco hace distinciones la posterior STS de 12 julio 2010 (RJ 2010\6798) pero en este caso no debe olvidarse que se trataba de la sucesión de contratistas de limpieza.

⁴⁸ Matización en la documentada STS 23 de octubre de 2009 (RJ 5734). No obstante en el caso se producía la transmisión no sólo de la plantilla, sino también de los medios materiales. En una línea similar destacando que en el caso enjuiciado –cesión de la gestión del servicio de grúa– lo importante no era la asunción de plantilla, sino la transmisión de una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada STS 30 de mayo de 2011 (RJ 5818)

⁴⁹ Así por ejemplo, la TSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia núm. 361/2011 de 20 enero (AS 2011\928) que en relación con el servicio de atención telefónica considera, al menos en principio, que, “aún admitiendo la relevancia del elemento personal” la misma “descansa, fundamentalmente en la tecnología. Y resulta acreditado que se transmitió una unidad productiva autónoma, resultando evidente que la atribución de la gestión del servicio de atención telefónica de emergencias incluía la asunción por la adjudicataria de los medios materiales necesarios”. En general, sobre todos estos temas véase el interesante trabajo de M.S. Herrainz Martín, “La sucesión de empresa en contratistas y la sucesión convencional a la luz de la nueva jurisprudencia”, en *Aranzadi Social*, 2011, n. 6 (BIB 2011\1350, a quien se reenvía para un análisis de la casuística sobre esta cuestión en los Tribunales Superiores de Justicia

⁵⁰ La inclusión del rescate de concesiones, expresamente de limpieza, ya había sido admitido sin mayores problemas y de forma expresa por la Sentencia de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros, C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179, apartado 25.

Pero en cualquier caso, lo seguramente más importante de esta resolución es que la misma viene a cimentar, aparentemente de forma ya definitiva, toda la anterior doctrina en relación con la inclusión o no en el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión, de estos supuestos de rescate o sucesión de contratas o concesiones, en especial en el sector de la limpieza.

Así, tras asumir, nuevamente de forma expresa, la lógica tipológica iniciada en *Spijkers* –esto es la necesidad de utilizar una serie de indicios y una valoración conjunta de los mismos–, y la imposibilidad de considerar la mera sucesión de actividad como un supuesto de transmisión –continuando lo establecido en *Süzen*– el Tribunal asumirá en tercer lugar, la ya comentada necesidad de distinguir, en primer lugar, en función del sector de actividad y métodos de trabajo. Y para sectores como éste, en los que “no existen elementos significativos de activo material o inmaterial”, no sólo recordará que el mantenimiento de la identidad de la entidad no puede hacerse depender de la transmisión de estos bienes, sino que también reiterará que un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad “puede” –y, obsérvese, en esta ocasión ya sólo puede– constituir una entidad económica. Y ello claro está, con independencia de la causa de esta subrogación sea voluntaria o la imposición de una norma convencional que, como se recordará en este caso no era aplicable en función de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 10 de diciembre de 2008⁵¹.

En este contexto, seguramente lo más novedoso de esta sentencia es que, nuevamente para este tipo de sectores de actividad, la transmisión de la mayor parte de la plantilla aparece no sólo como un indicio positivo, sino –y esto sería, al menos a mi juicio, un signo más de la evolución restrictiva en este punto de la doctrina del Tribunal desde la ya lejana Sentencia *Schmidt*– como una condición necesaria para admitir la aplicación de la normativa europea. De forma literal –y de manera simétrica aunque opuesta a lo que ocurriera en *Abler* para sectores en los que la actividad se basaba esencialmente en los equi-

⁵¹ No es posible entrar aquí, con detenimiento, en el tema complejo y discutido, de los límites en la aplicación de los convenios colectivos sectoriales que incorporan cláusulas subrogatorias a empresas “principales” cuya actividad no es, evidentemente, la limpieza o vigilancia y que cuentan con convenios colectivos propios. Baste señalar por tanto, como en general la doctrina del Tribunal Supremo parece rechazarla –Sentencias de 28-10-1996 (RJ 1996, 7797); 15-12-1997 (RJ 1998, 1136); 14-3-2005 (RJ 2005, 3191), resolviendo también un supuesto referido igualmente al sector de la limpieza; de 26-4-2006 (RJ 2006, 4771) y 10-12-2008 (RJ 2008, 7678)--. Véase recientemente una recapitulación de toda esta doctrina en la STS de 11 julio 2011 (RJ 2011\5667) igualmente relativa al sector de la limpieza. La cuestión, en cambio, se tornaría más compleja cuando la empresa principal/corporación local no tenga convenio colectivo propio. Véanse, aunque en relación con la regulación de otras materias, las SSTs 7-10-2004 (RJ 2005, 2167), de Pleno, y de 1-6-2005 (RJ 2005, 9663). En relación con el candente problema de los centros especiales de empleo véase la reciente STS de 21 octubre 2010 (RJ 2010\7821).

pos⁵²-- el Tribunal señalará que en entidades que “descansan esencialmente en la mano de obra” no existiría conservación de la identidad cuando “el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla”. En cambio, lo que no se señala expresamente es que sea una condición suficiente, ya que al menos teóricamente, también en estos casos se vuelve a un amplio elenco de indicios, iniciados en Súzen y que obligarían a analizar, ciertamente, el personal que la integra, pero también sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone; unos medios materiales cuyo carácter esencial, como hemos dicho, se rechaza, pero que vuelve a aparecer si tan siquiera como mero indicio en esta nueva valoración topológica.

3. TRANSMISIÓN DE EMPRESAS Y REORDENACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: ALGUNAS NOTAS

Por otra parte, esta misma sentencia Clece conecta con otra más reciente, la Scattolon, a la hora de abordar otra cuestión de notable actualidad en nuestra Comunidad como es la aplicación o no de la Directiva comunitaria al ámbito del Sector público. Y ello no sólo porque la actual redacción del art. 1.1.c Directiva 2001/23/CE excluye de su ámbito de aplicación “la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas”, sino también por el tenor literal de alguna reciente Sentencia del Tribunal Supremo –coincidente, por cierto, con las mismas dudas planteadas anteriormente por alguno de sus más destacados magistrados⁵³-, y de acuerdo con la cual “la subrogación probablemente no se compaginaría bien con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y con las normas que regulan el acceso al empleo público y la selección del personal laboral en ese ámbito”⁵⁴.

Es cierto que, al menos en apariencia, la cuestión podría parecer menor, dado el hecho de que la Directiva comunitaria es una norma de mínimos, que, en su caso, podría ser mejorada por la legislación nacional –en nuestro caso, el art. 44 ET⁵⁵-. Pero no debe olvidarse que la inclusión de estas situaciones en la

⁵² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 20 de noviembre de 2003, Abler, asunto C-340/01, apartado 37.

⁵³ Véase A. Desdentado Bonete, “La sucesión de empresa...”, cit., p. 244.

⁵⁴ STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), sentencia de 11 julio 2011.

⁵⁵ Aunque sea adelantar acontecimientos, quizás no esté de más recordar que desde el año 2001, el art. 44.2 ET se remite a los efectos de considerar la existencia de una transmisión la presencia de una entidad económica. De ahí que si la exclusión de la directiva no fuera constitutiva sino declarativa, al considerarse que la reordenación de funciones públicas no constituiría entidad económica, la exclusión de la Directiva también podría considerarse excluida del ámbito del art. 44 ET.

protección de la normativa de la Unión supondría necesariamente su inclusión y necesaria protección por parte del ordenamiento jurídico español. Y ello, no sólo por la necesidad de una interpretación conforme a la norma comunitaria del Derecho nacional, sino porque, además, y en este caso concreto, el carácter público de la entidad y las características técnicas de la propia norma –carácter preciso e incondicional– permitirían sostener el efecto directo de tales disposiciones, desde la primacía propia del Derecho Comunitario⁵⁶; una primacía que, por ende, y como se recordará, alcanza no sólo al derecho originario, sino también al derivado, proclamándose frente a cualquier norma nacional, tenga el origen que tenga, incluidas las normas constitucionales⁵⁷. De ahí que como hace ya tiempo señalara el Tribunal de Justicia “la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de

⁵⁶ Véase, por todas, la muy reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de enero de 2012, Domínguez, asunto C-282/10, de acuerdo con la cual “Es cierto que, conforme a una jurisprudencia bien asentada, una directiva no puede, por sí sola, crear obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada, como tal, contra dicha persona (véanse, entre otras, las sentencias de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 20; de 7 de marzo de 1996, El Corte Inglés, C-192/94, Rec. p. I-1281, apartado 15; Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 108, y Küçükdeveci, antes citada, apartado 46). No obstante, cabe recordar que, cuando los justiciables pueden ampararse en una directiva frente al Estado, no frente a un particular, pueden hacerlo independientemente de cuál sea la condición en que actúa el Estado, empleador o autoridad pública. En efecto, en uno y otro caso hay que evitar que el Estado pueda obtener ventajas de su incumplimiento del Derecho de la Unión (véanse, en particular, las sentencias de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 49; de 12 de julio de 1990, Foster y otras, C-188/89, Rec. p. I-3313, apartado 17, y de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, Rec. p. I-6659, apartado 22). De este modo, entre las entidades a las que se pueden oponer las disposiciones de una directiva que puedan tener efectos directos figura un organismo al que, cualquiera que sea su forma jurídica, le ha sido encomendado, en virtud de un acto de la autoridad pública, el cumplimiento, bajo el control de esta última, de un servicio de interés público y que dispone, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véanse, en particular, las sentencias Foster y otras, antes citada, apartado 20; Collino y Chiappero, antes citada, apartado 23, y de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, Rec. p. I-3067, apartado 40).

⁵⁷ Dicho principio, como se sabe, es fruto de la construcción jurisprudencial del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a partir de la Sentencia de 15 de julio de 1964 (Costa c. ENEL) y desarrollado en pronunciamientos posteriores, así las SSTJCE de 14 de diciembre de 1971 (Politi), 13 de julio de 1972 (Comisión c. Italia), 9 de marzo de 1978 (Simenthal), entre otras muchas, y significa que cualquier norma del Derecho comunitario, no sólo del primario, sino también del derivado, prevalece sobre las de Derecho interno, cualquiera que sea el rango de éstas, incluido el constitucional. Más recientemente sobre la primacía del Derecho Comunitario sobre las propias decisiones de un Tribunal Constitucional de un estado miembro, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 19 de noviembre de 2009, Filipiak, asunto C-314/08. Sobre la compatibilidad de esta primacía con la supremacía de la norma constitucional española véase la Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, requerimiento 6603-2004, formulado por el Gobierno de la Nación, acerca de la constitucionalidad de los artículos I-6, II-111 y II-112 del Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004.

un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado⁵⁸.

Pues bien, una vez sentado todo lo anterior, baste señalar -intentando sintetizar en pocas palabras el tratamiento de este problema-, que el origen del mencionado precepto de la Directiva se encuentra, sin duda, en la propia doctrina previamente establecida por el Tribunal de Justicia en esta materia. Y en ella, obviamente, no se excluía ni a la Administración Pública, ni obviamente al sector público. Muy al contrario, el Tribunal casi desde un principio resaltó la aplicación de la entonces Directiva 77/187/CEE a cualquier entidad que conservara su identidad, independientemente del estatuto jurídico de la misma y de su sistema de financiación⁵⁹. De ahí su aplicación tanto a las empresas privadas como públicas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro -como de hecho señala hoy el art. 1.1.c Directiva 2001/23/CE-. En otras palabras, el mero hecho de que el personal transferido y sus actividades estuviesen integrados o se integrasen en la administración pública, no podía excluir por sí solo a dicha entidad de la aplicación de la Directiva 77/187⁶⁰.

Es cierto que el Tribunal de Justicia excluyó del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187 la «reorganización de estructuras de la administración pública» y la «transferencia de competencias entre administraciones públicas», estableciendo una excepción recogida con posterioridad -como ya hemos señalado- en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2001/23. Pero ello en la medida en la que tenían por objeto actividades propias del poder público y en la medida en la que las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público quedarían excluidas por principio de la calificación de actividad económica⁶¹.

Por ello, y llamativamente, las dudas no venían del supuesto de transmisión del sector privado al público, planamente admitido por el Tribunal de Justicia,

⁵⁸ Sentencia de 17 diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft C--11/70

⁵⁹ Por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, asunto C-175/99,

⁶⁰ Para un caso del sector público al privado, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2000, *Collino*, asunto C-343/98 --si bien recuérdese que la Directiva no es aplicable a las personas que no estén protegidas, como trabajadores, con arreglo a la legislación nacional en materia de Derecho del trabajo, con independencia de cuál sea la naturaleza de las funciones que ejerzan dichas personas--. Para la hipótesis contraria, esto es del sector privado al público véase, por todas, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de septiembre de 2000, *Mayeur*, asunto C-175/99

⁶¹ Sentencia de 15 de octubre de 1996, *Henke*, C-298/94, , apartado 17)

y por cierto, por nuestra propia jurisprudencia⁶² y doctrina de suplicación⁶³ —a pesar, obviamente, de las dudas obiter dicta de la sentencia antes mencionada—. Para el Tribunal de Justicia el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva siempre, volvemos a repetir, que no se traten de tareas propias del ejercicio del poder público⁶⁴. Del mismo modo que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva⁶⁵.

Muy al contrario, las dudas podrían provenir del supuesto de transmisiones entre entidades de Derecho Público. Y es aquí donde —con independencia de que el Tribunal Supremo en alguna ocasión ya haya reconocido la aplicación del art. 44 ET en tales casos⁶⁶— la Sentencia Scattolon resulta clarificadora. Y es que en ella continuando la interpretación restrictiva que el tribunal viene

⁶² Véase, por mencionar alguna la STS de 3 abril 1996 (RJ 1996\2981) y la reciente STS (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 30 mayo 2011. Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2192/2010 RJ 2011\5818. Esta ha abordado la aplicación del art. 44 ET en un supuesto de asunción por parte de una Administración de un servicio prestado anteriormente por una empresa privada. De hecho, esta misma Sentencia ha recordado expresamente como “el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea declaró, mientras estaba en vigor la Directiva 77/1987 [modificada por la Directiva 98/50], que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho público, no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva (STJCE 212/2000 (sic), de 26de Septiembre , Asunto Mayeur , apartado 33; y que la misma conclusión se impone en el caso de la vigente Directiva 2001/23 [codificación de aquéllas], puesto que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades no excluye la aplicación de la Directiva”. Es cierto que la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 23 septiembre 1997 RJ 1997\6582 consideró inaplicable el art 44 ET a los trabajadores de la Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana en su proceso de integración en la Administración General, Pero este rechazo no se baso en su teórica incompatibilidad, sino, simplemente, por no conservar --al menos con la doctrina del Tribunal Supremo en aquel momento-- la entidad económica transmitida su identidad. De ahí que dada la clara existencia de esta en el caso que nos ocupa, dicha sentencia no sea relevante a los efectos que nos ocupan

⁶³ Para un estudio más detenido, J.L. Gil y Gil “Aplicabilidad de la transmisión de empresa a las administraciones públicas”, en *Capital Humano*, 2009. n. 236, p. 116 y siguientes.

⁶⁴ Junto a la Sentencia Mayeur, antes citada, véase, por ejemplo, dos casos que afectaban a entidades españolas: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de diciembre de 1998, Sánchez Hidalgo, asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 29 de julio de 2010, (UGT-FSP), asunto C-151/09

⁶⁵ Sentencias del Tribunal de Justicia de 20 de enero de 2011, CLECE, asunto C-463/09, apartado 26; de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting, C-29/91, apartados 15 a 17, y de 14 de septiembre de 2000, Collino y Chiappero, C-343/98, apartado 34

⁶⁶ Véanse, por ejemplo las Sentencias de la Sala de lo social del Tribunal Supremo de 29 junio 1994 (RJ 1994\5502) que aplicó el art. 44 ET a los supuestos de transferencia o traspaso de bienes y servicios del Estado a las Comunidades Autónomas, para el desempeño de competencias atribuidas a estas últimas, sobre la base de que las actividades administrativas desarrolladas continuaban prestándose por parte de las Comunidades Autónomas.

haciendo de las excepciones a la Directiva 2001/23, se señala que “nada justificaría ampliar esa jurisprudencia en el sentido de que los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la administración pública, no pudieran disfrutar de la protección que ofrece la Directiva 77/187 por el único motivo de que esa transferencia forme parte de una reorganización de dicha administración”. Es importante considerar al respecto que, como recordaba el propio Tribunal “si se acogiera tal interpretación cualquier transferencia impuesta a tales trabajadores podría sustraerse por la autoridad pública interesada del ámbito de aplicación de la referida Directiva, invocando el mero hecho de que la transferencia forma parte de una reorganización de personal. De esa forma, importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podrían quedar privadas de la protección prevista por esa Directiva”.

Por ello, el núcleo de la cuestión no sería la naturaleza pública de una o de las dos partes de la transmisión, sino, y sobre todo, si en el caso de reorganizaciones del sector público, nos encontramos o no ante actividades económicas en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ya que de ser calificables como actividades económicas sería aplicable la protección subrogatoria⁶⁷.

Y es aquí donde la Scattolon asume un concepto de «actividad económica» ciertamente amplio –seguramente importado del elaborado en el seno del Derecho de la competencia⁶⁸-- que comprendería, para el propio Tribunal, “cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado”⁶⁹, incluyendo, de este modo, como actividades económicas servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo⁷⁰. Desde esta perspectiva actividades como la gestión de instalaciones públicas de telecomunicaciones y su puesta a disposición de los usuarios, la limpieza o el mantenimiento, o, por mencionar un último ejemplo, la gestión de actividades ligadas a la intermedia-

⁶⁷ En un sentido similar, creemos, S. Del Rey Guanter, D. Martínez Fons, R. Serrano Olivares, “El régimen jurídico de la transmisión...”, cit., p. 224.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 14 de septiembre de 2000, Collino asunto C-343/98, apartado 33.

⁶⁹ Con cita de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 2001, *Ambulanz Glöckner*, asunto C-475/99, apartado 19; de 24 de octubre de 2002, *Aéroports de Paris/Comisión*, asunto C-82/01, apartado 79, y de 10 de enero de 2006, *Cassa di Risparmio di Firenze* y otros, asunto C-222/04, apartado 108.

⁷⁰ Véase al respecto las Sentencias de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser*, C-41/90, apartado 22; *Aéroports de Paris/Comisión*, antes citada, apartado 82, y *Cassa di Risparmio di Firenze* y otros, antes citada, apartados 122 y 123.

ción y al mercado de trabajo⁷¹ quedarían incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, quedando sólo excluidas, desde una interpretación restrictiva, la reorganización de estructuras de la Administración pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones públicas cuando afecte a actividades propias del ejercicio del poder público⁷².

⁷¹ Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 23 de abril de 1991. Klaus Höfner y Fritz Elser contra Macrotron GMBH, asunto C-41/90; y de 11 de diciembre de 1997. Job Centre, asunto C-55/96).

⁷² Sentencia de 15 de octubre de 1996, Henke, asunto C-298/94, apartados 14 y 17.