

DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y SUCESIÓN DE EMPRESAS

Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER*

SUMARIO: I. *Una vieja regla y unos nuevos problemas.* II. *El carácter convencional de la transmisión de empresa y los supuestos de transmisión indirecta.* III. *La transmisión externalizadora.* IV. *Identidad de la unidad productiva y subsistencia de los contratos de trabajo.* V. *El carácter imperativo de la regla sucesoria.* VI. *La existencia material de la unidad productiva.* VII. *La preexistencia y el mantenimiento de la unidad productiva.* VIII. *El mantenimiento de los derechos de los trabajadores tras la transmisión.* IX. *Reflexión final.*

I. UNA VIEJA REGLA Y UNOS NUEVOS PROBLEMAS

La continuidad de los contratos en la transmisión de empresa y su asignación al adquirente, nuevo titular de la empresa, regla tradicional del derecho del trabajo, que ha llegado a configurarse como una característica de la disciplina,¹ persigue que la transmisión de la empresa no perjudique al tra-

* Catedrático de derecho del trabajo. Consejero permanente de Estado.

¹ La regla se establece en España en la Ley de Contrato de Trabajo republicana de 1931, de la que pasó inalterada al texto revisado de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, y de allí, con cambios significativos de redacción, a la Ley de Relaciones Laborales de 1976, antecedente directo del artículo 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Este precepto dispone, en el caso de cambio de titularidad de la empresa o centro de trabajo, la no extinción de los contratos de trabajo y la continuidad de esos contratos transferidos con el nuevo titular y que quede el nuevo empleador subrogado en los derechos y obligaciones del anterior empleador, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de éste por las deudas laborales anteriores a la cesión. Véase Albiol Montesinos, I., *Aspectos laborales de la transmisión de empresa*, Madrid, 1984; Camps Ruiz, L. M., *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Valencia, 1993; Diéguez Cuervo, G., “La sucesión de empresa”, en

bajador, ni afecte a la subsistencia del contrato de trabajo. Al imponerse *ex lege* esa continuidad, la persona del empleador pierde importancia al vincularse el contrato a la titularidad de la organización productiva de modo que el trabajador siga trabajando en y para la misma empresa, aunque haya cambiado la persona titular de la empresa y correlativamente de los contratos de trabajo.² Con ello se asegura también la continuidad de la empresa y su circulación en el tráfico jurídico.³

La regla de la continuidad y sucesión de los contratos de trabajo se ha diseñado desde una visión patrimonial de la empresa como realidad corpórea diferenciada, que toma como modelo la fábrica industrial, y de la transmisión como una relación negocial bilateral directa entre cedente y cesionario, que justifica la cesión en bloque del conjunto de contratos de trabajo que ha de ser aceptada o asumida por el nuevo empleador, como condición legal del negocio, y a la queda sujeta el trabajador. La aplicación de esa regla no ha planteado problemas cuando existen fronteras claras de la organización productiva, se da un tracto sucesivo sin solución de continuidad entre el anterior y el nuevo titular y cuando efectivamente sea indiferente para el trabajador el cambio subjetivo de la persona del empleador, por seguir las cosas como antes.

Dada la complejidad y diversidad actual de supuestos de sucesión de empresarios, esos presupuestos no se dan en todos los casos y cada vez se están dando menos. Los cambios profundos en las estructuras productivas y en el sistema de empresas de las últimas décadas han dado lugar a muchos supuestos de transmisión de empresa que no coinciden con el tipo ideal de transmisión de una empresa como unidad patrimonial, con relación directa exclusiva entre cedente y cesionario, y sin incidencia material

Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales*, Madrid, VIII, 1998; González Biedma, E., *El cambio de titularidad de la empresa en el derecho del trabajo*, Madrid, 1989; Monero Pérez, J. L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Madrid, 1987.

² La jurisprudencia española ha afirmado que la transmisión se produce “sin que cambie nada la vida de la industria transferida, que se concibe con absoluta autonomía e inalterable unidad cualquiera que sea la persona física o jurídica que tenga su titularidad” (STS, 3 de octubre de 1984) y que la subrogación que se opera en virtud del cambio de titularidad “consiste en esencia en sustituir o poner una persona en lugar de otra” (STS, 9 de octubre de 1984).

³ Sobre la conexión entre continuidad de los contratos de trabajo e interés público a la continuidad de la empresa, véase Durán López, F., “La continuidad de las relaciones laborales y la responsabilidad de las deudas laborales en la transmisión de la empresa”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1974.

alguna en el contrato de trabajo. Las transmisiones de empresa son hoy fenómenos muy complejos y diversificados.

Las nuevas formas de organización de la producción, del capital y del trabajo y de su contratación, las transformaciones de las estructuras productivas, vinculadas a la terciarización y a las nuevas tecnologías, y la externalización de actividades o descentralización productiva, también mediante la transmisión de centros *parciales* de actividad, suponen una revisión de la visión estática del empleador, y una complejidad y movilidad de su figura.⁴

Las fronteras de la empresa adquieren una nueva dimensión por el doble proceso, vinculado al crecimiento y a la innovación, de concentración económica de las empresas y de externalización de sus actividades empleos, mediante la subdivisión de la empresa en servicios autónomos, o la descomposición y recomposición de la propia empresa. Ello está obligando a una reconsideración de la noción de empresa, a efectos del derecho del trabajo, tanto en el plano de las organizaciones representativas del personal, como con relación a la imputación de la responsabilidad de empleador.⁵

Además, con frecuencia, las transmisiones de empresa forman parte de operaciones de reestructuración o de salvamento de empresas en dificultad, con vistas a modificar o corregir una situación económico-productiva previa, lo que hace previsible que la situación laboral no se mantenga igual que antes y que el cambio de titularidad tenga trascendencia para el trabajador y en su contrato de trabajo.

La *neutralización* de la transmisión de la empresa que establece la ley laboral, imponiendo el efecto subrogatorio-sucesorio, ha traído consigo una contemplación *neutra* de los fenómenos de descentralización productiva, que pueden operar a través de la operatividad automática y *ex lege* de la sucesión en los contratos de trabajo. Se ha dicho, con acierto, que la valoración no negativa de los fenómenos de descentralización productiva se han abordado mediante la inserción de su régimen en el de figuras ya conocidas, entre ellas la transmisión de empresa, instrumentales a la externalización

⁴ Cfr. Pedrazzoli, M., “Istituti a ratio comunitaria e attività del’interprete: l’esempio del trasferimento d’azienda”, *Le trasformazioni aziendali in vista del Mercato europeo: legge e contratto collettivo*, Roma, 1992, p. 226 y ss.; Cruz Villalón, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el derecho del trabajo: aspectos individuales”, en Rodríguez-Piñero Royo, M. (coord), *El empleador en el derecho del trabajo*, Madrid, 1999, p. 35.

⁵ Cfr. Gaudu, F., “Entre concentration économique et externalisation: les nouvelles frontières de l’entreprise”, *Droit Social*, 5, 2001, p. 471 y ss.

más que mediante la consideración de esa descentralización como fenómeno separado de esas realidades preexistentes.⁶

La regla de continuidad de los contratos con el nuevo empresario cumple hoy una función ambigua; es, a la vez, un instrumento de protección de los trabajadores y del empleo, al asegurarles la continuidad de los contratos de trabajo y el mantenimiento de sus derechos en caso de cambio de empresario, y un mecanismo económico, al servicio del mercado, de su dinamismo y de la libertad de empresa, que facilita la transmisión, la circulación y la reestructuración de las empresas, y que hace posible, en interés del empresario y del buen funcionamiento del sistema económico, reestructuraciones de empresa u organizativas para hacer economías, mejorar la *competitividad* o enfrentarse a las situaciones de crisis, aunque imponiendo la carga de la continuidad de los contratos de trabajo.

Los cambios de titularidad de la empresa se llevan a cabo sobre bases jurídicas muy distintas y sus consecuencias reales son muy diferentes, también en las relaciones laborales; su problemática no se soluciona desde una visión estática e individualista, mediante el reconocimiento al trabajador del derecho individual a mantener su contrato. Las situaciones no son tan lineales como las describe y regula la regla sucesoria ni puede ser tan simplista e individualista su tratamiento. Los problemas surgidos por la aplicación de la disciplina sucesoria a nuevas realidades organizativas, y en particular a las transmisiones vinculadas a procesos de descentralización y externalización productiva, han obligado a adaptar la regla sucesoria a esas nuevas situaciones además de reconocer la dimensión colectiva de la transmisión de empresa, especialmente relevante en los supuestos de descentralización productiva.

Aparte de la necesidad de tratamiento específico de las transmisiones de empresa en casos de insolvencia, ello ha sido una de las razones de la revisión de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero sobre transmisión de empresa, que ha realizado la Directiva 98/50/CE del Consejo de 29 de junio,⁷

⁶ Fernández López, M. F., “Descentralización productiva, contratos y despido por causas organizativas”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratos*, Valencia, 2000, p. 408.

⁷ Según declara la Directiva 98/50/CE, su objetivo es modificar la Directiva 77/187/CEE “a la luz de las repercusiones del mercado interior, de las tendencias legislativas de los mercados miembros en lo que se refiere al rescate de la empresa en dificultad, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de la Directiva 75/129/

refundidas hoy ambas en la vigente Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresa o de centros de actividad.⁸

La nueva redacción de la Directiva 77/187/CEE ha tratado de clarificar los problemas suscitados en la aplicación a los supuestos de transmisión de empresa vinculados a la descentralización productiva, lo que se refleja incluso en la modificación del título de la disposición. Esa reforma comunitaria ha obligado a introducir cambios legales en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea,⁹ lo que en España ha llevado a cabo la Ley 12/2001, de 9 de julio dando una nueva redacción completa y muy innovadora al artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET). El nuevo artículo 44 ET ha incorporado un amplio conjunto de garantías colectivas,¹⁰ que han de operar en la transmisión de la empresa también en los supuestos de descentralización productiva, e introduce reformas sustanciales en las *garantías individuales*¹¹ que afectan al alcance de la sucesión contractual en los fenómenos de descentralización productiva, tal y como seguidamente se examina.

CEE sobre despidos colectivos, y de las normas legislativas ya en vigor en la mayoría de los Estados miembros". Sobre el alcance de esa reforma véase Rodríguez-Piñero Royo, M., "La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial", *Relaciones Laborales*, 1999, t. I, p. 1225 y ss.

⁸ La interpretación de la Directiva 77/187/CEE ha dado lugar a numerosas dudas que los jueces nacionales han planteado al Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas (TJCE), que ha elaborado una muy completa jurisprudencia comunitaria relativa a la problemática de la transmisión de la empresa, siendo una de las materias donde ha sido más intenso el diálogo de los jueces laborales nacionales y el tribunal comunitario. La jurisprudencia comunitaria sobre los efectos laborales de la transmisión de empresa ha ocupado la atención de la doctrina laboralista y ha influido en la revisión de la propia directiva. Véase Valdés Dal-Re, F., "Diálogos en convergencia y divergencia entre el legislador comunitario y el Tribunal de Justicia Europeo", *Relaciones Laborales*, 2000, t. II, p. 109 y ss.

⁹ Cfr. Ojeda Avilés, A., *et al.*, "Transferencia de empresas: un análisis comparado de la transposición al derecho italiano, francés, belga, alemán, inglés y español de la Directiva 77/187", *La transmisión de empresas en Europa*, Bari, 1999.

¹⁰ Véase Valdés Dal-Re, F., "Las garantías colectivas en la transmisión de empresa", *Relaciones Laborales*, 11-12, 2002, p. 199 y ss.

¹¹ Véase Rodríguez-Piñero, M., "El mantenimiento de los derechos de los trabajadores en la sucesión de empresa: aspectos individuales", *Relaciones Laborales*, 11-12, 2002, p. 169 y ss.

II. EL CARÁCTER *CONVENCIONAL* DE LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y LOS SUPUESTOS DE TRANSMISIÓN INDIRECTA

En su diseño originario, la regulación laboral de la transmisión de empresa ha tomado como presupuesto la existencia de una sucesión intersubjetiva y derivada de la titularidad de la empresa, desde la idea de que el derecho del nuevo titular de la empresa trae su causa y se adquiere del anterior titular, lo que justificaría la sustitución de la persona del empleador en los contratos de trabajo.

La Directiva 77/187/CEE en su artículo 1.1 (no modificado) establece que la misma se aplicará a los traspasos de empresas, centros de trabajo o cesiones de centros de trabajo, a otro empresario como consecuencia de una cesión contractual o una fusión.¹² Las numerosas dudas que han planteado los jueces nacionales sobre el alcance del concepto de *cesión convencional* han dado lugar a una valiosa jurisprudencia comunitaria que interpreta de forma extensiva tanto la noción de cesión como la de su carácter convencional.

Los supuestos iniciales de interpretación de la noción de cesión convencional sometidos al Tribunal Comunitario se referían a casos de extinción de concesiones, *leasings* o arrendamientos de industria, en los que el *propietario* reasumía o recuperaba la explotación de la empresa. El Tribunal Comunitario ha considerado que la *recuperación* de la unidad productiva por el propietario a consecuencia de la denuncia unilateral de ese contrato, ha de considerarse, a efectos de la Directiva, *cesión convencional* aunque viniese impuesta al anterior titular, por haber tenido lugar esa recuperación sobre la base del contrato de arrendamiento y por ser la resolución unilateral una vicisitud de ese contrato.¹³

¹² La vieja Ley de Contrato de Trabajo española así lo establecía al hablar de venta, traspaso o cesión de la industria. Sin embargo, el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, que se refiere en el título a “sucesión de empresa”, habla genéricamente de “cambio de titularidad de la empresa”, y aunque también se refiere a “cedente y cesionario”, ha permitido una lectura amplia del supuesto más allá de la estricta cesión convencional que ha acabado imponiéndose en la doctrina y en la jurisprudencia.

¹³ Se trataba de la recuperación por el propietario de un restaurante cuya explotación se había arrendado a un tercero cuyo incumplimiento provoca que el arrendador denuncie el contrato, haciendo valer una cláusula resolutoria expresa, para continuar él la explotación (STJCE, 17 diciembre 1987, asunto C- 287/86, Molle Kro). Véase Rodríguez-Piñero, M., “Las relaciones laborales y el cambio de arrendatario de empresa”, *Relaciones Laborales*, 1988, t. I, p. 54 y ss.

La calificación de contractual de la recuperación de la empresa y de la sucesión de la explotación por su propietario, que suscitara pocas dudas, se aplicará también a la restitución de la empresa al anterior transmisor a consecuencia de un contrato de *leasing* o a consecuencia de una sentencia judicial resolutoria del correspondiente contrato,¹⁴ aplicándose la disciplina sucesoria a toda *recuperación* de una empresa arrendada. Ello implica la aplicación al supuesto próximo a la descentralización productiva de arrendamiento inicial de la explotación por quien lo explotaba directamente, al arrendarlo a otra persona que asegure la cualidad de empresario-empedor.

No deja de ser significativo, a los efectos de la descentralización productiva, que se haya reconocido, al menos implícitamente, que la transmisión de empresa no requiere un cambio de propiedad, y que puede consistir en la transmisión de la disponibilidad y titularidad de la explotación de una unidad productiva, un elemento clave para algunos supuestos de descentralización productiva.

Para el Tribunal Comunitario resulta indiferente el instrumento utilizado para obtener el efecto resolutorio (declaración unilateral, mutuo acuerdo, decisión judicial) si resulta consecuencia de una relación de carácter contractual, y deduce el carácter convencional de la operación de la voluntad negocial originaria aunque no existiera en el momento de la cesión una aceptación voluntaria del cedente, que se ve obligado a perder la titularidad de la empresa por la resolución contractual o judicial.

En esos casos ha existido una relación directa y un tracto sucesivo entre el anterior y el nuevo titular, la situación es distinta cuando el propietario de la unidad productiva *recuperada* decide no reanudar por sí mismo la actividad productiva, sino contratarla con un nuevo arrendatario o concesionario, cediéndole la explotación de la empresa sin llegar a asumir la condición de empresario-empedor.

El predicar el carácter convencional no del acto de la transmisión sino del negocio que está en su base, ha permitido considerar transmisión de empresa el caso en el que, tras la recuperación de la empresa, el propietario, sin llegar a explotarla, la arrienda o la cede a un tercero, nuevo titular de la

¹⁴ STJCE de 5 de mayo de 1988, Asuntos acumulados 144 y 145/1988, Berg y Besselsen. El Tribunal declara aplicable la directiva tanto como recuperación de la posesión de la empresa cedida en *leasing* como consecuencia de la resolución del contrato en virtud de sentencia judicial, como la cesión de una empresa en virtud de un contrato de *leasing*. Véase Rodríguez-Piñero, M., “Transmisión de empresa por resolución judicial, cambio de empresario y voluntad contraria del trabajador”, *Relaciones Laborales*, 1988, t. II, p. 43 y ss.

misma. Formalmente se ha operado en dos fases: desde el arrendatario o contratista inicial al propietario o empresario *principal*, y desde éste, sin llegar a asumir la explotación del negocio, al nuevo arrendatario, contratista o concesionario. Entre el anterior y el nuevo titular no existe un acto o negocio jurídico de transmisión o cesión, ni entre ellos relación negocial o vínculo directo derivativo, ni tampoco una relación triangular del tipo del traspaso. Se trata de una operación en *etapas*; el nuevo titular no deriva su derecho de la cesión o transferencia del anterior titular, éste ha perdido sus derechos de disposición del negocio, que recobra el propietario que los cede o transfiere al nuevo titular. Entre el antiguo y el nuevo titular sólo existe una sucesión en el tiempo, pero sin vínculo jurídico directo entre ambos.

La jurisprudencia comunitaria ha entendido que en estos casos los trabajadores necesitan ser protegidos por la Directiva 77/187/CEE y por ello ha considerado transmisión de empresa ese supuesto en que, tras la extinción de un arrendamiento anterior, el propietario, sin llegar a asumir la titularidad del negocio, la transfiere a un nuevo arrendatario o concesionario, nuevo titular de la empresa al que se considera continuador o sucesor laboral del anterior titular y al que se imputan los contratos de trabajo del anterior titular pese a no haber relación negocial ni tracto directo entre ellos.¹⁵

III. LA TRANSMISIÓN *EXTERNALIZADORA*

La situación no es la misma, pero se someterá al mismo tratamiento cuando el propietario de una organización productiva es un empresario y transfiere la explotación de la unidad productiva no arrendándola para obtener una renta, sino para beneficiarse de su actividad productiva consi-

¹⁵ STJCE, 10 de febrero de 1988, Asunto C-342/82, *Daddy's Dance Hall*. Véase Rodríguez-Piñero, M., *op. cit.*, nota 13, p. 61 y ss. En esta misma línea, la jurisprudencia española no ha venido requiriendo la existencia de una relación directa entre el anterior y el nuevo titular de la empresa, ni el que la transmisión se derivara de la voluntad negocial del anterior titular. Ha admitido por ello que esa transmisión se produzca a través de fórmulas negociadoras más complejas (por ejemplo, arrendamientos o contratos, trámite de nueva contratación por el propietario o empresario principal), o a través de actos no negociales de carácter administrativo o judicial. Por ello se habla de que la causa de la transmisión es un "concepto amplio y prontamente descartado como elemento útil para la delimitación del ámbito de aplicación de la directiva", de ahí "su disolución como elemento identificador del ámbito de aplicación" (Valdés Dal-Re, F., *La transmisión de empresa y las relaciones laborales*, Madrid, 2001, p. 34).

guiente que le es suministrada *desde fuera*, sin asumir la condición y los riesgos de empresario. Este es un supuesto típico de descentralización productiva: producir a través de otros empresarios y con los trabajadores de éste, desplazar hacia unidades productivas independientes o autónomas funciones o actividades que la empresa necesita para completar su ciclo productivo.

La externalización de actividades propias cedidas o concedidas a empresas terceras, puede hacerse así mediante la transferencia de la titularidad de una parte o sector diferenciado de la empresa a un nuevo titular para que éste prosiga esas actividades, asumiendo los trabajadores asignados a ellas, pero vinculando funcionalmente esa transmisión a asegurar la obtención, en todo o en parte, de la actividad productiva correspondiente.¹⁶

Es el supuesto de la transferencia de una unidad productiva propia a otra empresa con la que se contratan los servicios o actividades productivas que realizaba originariamente esa unidad y que resultan actividades necesarias para el desarrollo del objeto productivo de la propia empresa. En el caso de servicios ya descentralizados, el supuesto de una sucesión de contratistas, ya sea porque se produce un *traspaso* entre el anterior y nuevo contratista con anuencia del empresario principal, ya sea porque se extinga la contrata o concesión, y por encomienda del empresario principal, asuma esa actividad externalizada un nuevo titular sobre el que opere el efecto sucesorio.¹⁷

Según la jurisprudencia comunitaria, estas operaciones de externalización, en las que el *cedente* pierde la calidad de empresario con respecto a la empresa o centro de trabajo y la adquiere el cesionario, pueden calificarse como cesión de empresa, siempre que a través de un acto jurídico exista una transmisión y cambio de titularidad de la empresa. La causa de la transmisión pierde función definitiva y la adquiere el objeto de la transmisión, el que sea una empresa, centro de trabajo, o parte de un centro de trabajo.¹⁸

¹⁶ Según Martín Valverde, los supuestos jurídicos de descentralización productiva no se limitan a las prácticas de encargo al exterior, de actividades desarrolladas antes en el interior de la empresa, sino también “las prácticas de transmisión de unidades productivas, que pueden ser asimismo un vehículo apropiado de operaciones de outsourcing”. (“Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas: a propósito de la tesis doctoral de Francisco Blat Gimeno”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, p. 67)

¹⁷ Cfr. Cruz Villalón, J., “Outsourcing y relaciones laborales”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, AEDTSS, p. 281 y ss.

¹⁸ En esta misma línea, la jurisprudencia española no ha venido requiriendo la existencia de una relación directa entre el anterior y el nuevo titular de la empresa, ni el que la

La descentralización de actividades productivas a través de una segmentación de la originaria organización productiva propia, puede implicar una exteriorización propia, la separación y contratación hacia fuera de determinadas fases del ciclo productivo, o una externalización impropia, de carácter económico, que no excluye, al margen de la autonomía jurídica y funcional, que la unidad productiva formalmente transferida forme parte del conjunto de la unidad económica y financiera.¹⁹ A diferencia de otros supuestos de descentralización productiva externalizada hacia terceros (*outsourcing*), se transfieren unidades productivas o *ramas* de empresa a entidades jurídicas autónomas creadas por y pertenecientes a la propia organización empresarial como entidad económica jurídica.²⁰ Ello puede realizarse a través de instrumentos jurídicos extremadamente variados, con el resultado común de la adscripción de los anteriores trabajadores propios al nuevo titular de la unidad productiva.

La descentralización productiva ha dado una nueva función a la escisión de sociedades, que no opera sólo en función de disgregación de la empresa, para *podar* alguna de sus actividades y concentrarse en otras, sino también para escindir actividades propias tratando de mejorar la competitividad o el rendimiento de las sociedades escindidas cuya producción global se mantiene. En este caso, a partir de la escisión, una parte del proceso productivo deja de realizarse directamente por la empresa principal y lo sigue desarrollando para ella la empresa escindida, se mantiene materialmente la unidad económica y productiva, pero no la laboral. Al margen de la calificación jurídica de esta operación, la externalización de la actividad

transmisión se derivara de la voluntad negocial del anterior titular. Ha admitido por ello que esa transmisión se produzca a través de fórmulas negociadoras más complejas (por ejemplo arrendamientos o contratas, trámite de nueva contratación por el propietario o empresario principal), o a través de actos no negociales de carácter administrativo o judicial. Un amplio y completo repertorio sistemático de la jurisprudencia española sobre la materia, en García Tena, J., y Alarcón Beira, F., *Sucesión de empresa*, Madrid, 1966.

¹⁹ Sobre la distinción entre descentralización técnica y descentralización económica, véase Blat Gimeno, F., “El marco socioeconómico de la descentralización productiva”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, p. 45 y ss.

²⁰ Se trata de una externalización impropia, “de un supuesto de *outsourcing* conservador, en la medida en que la alteración que se aprecia es básicamente organizativa y formal, no necesariamente material, pues la aplicabilidad del precepto legal descansa precisamente sobre la conservación de una parte de la estructura productiva original, aunque el concluir el proceso esa parte opere con independencia de la empresa madre, como una unidad empresarial diferenciada” (Fernández López, M. F., *op. cit.*, nota 6, p. 409).

o servicio se realiza mediante la fragmentación del originario patrimonio empresarial, y se mantienen vínculos jurídicos funcionales entre las sociedades que se escinden, en cuanto que la función productiva de la empresa escindida se pone al servicio de la empresa que se escinde.

Estos fenómenos de segregación o descentralización *internos* son calificables, con el consiguiente efecto sucesorio, de sucesión de empresa por transmitirse una unidad productiva autónoma, un patrimonio susceptible de explotación y un colectivo de trabajadores afecto al mismo.²¹ De este modo “las escisiones de empresa pueden y deben suponer una subrogación de los empresarios en los derechos que venían reconocidos por los trabajadores”.²²

Similar es el proceso que lleva a la fragmentación del proceso productivo mediante constitución de filiales que puede implicar, y de hecho implica con frecuencia, operaciones de transmisión de empresa, al transferirse medios productivos organizados a la filial que aparece como cesionaria y sucesora de la empresa madre y continuadora de los contratos de trabajo,²³ siempre que tenga lugar la transmisión de una unidad productiva susceptible de explotación autónoma independiente, que se escinde o transmite y que la transmisión no revele un propósito defraudador o un abuso de derecho.²⁴ La disciplina laboral sobre la transmisión de empresas ha sido un instrumento para los procesos de filialización y para la creación de los grupos de empresas.²⁵

²¹ Véase Rey Guanter, S. del, Parra Luque, M., “Descentralización productiva y relación laboral: escisión de empresas”, *Relaciones Laborales*, t. II, 1999; Fernández López, M. F., “Fusiones y escisiones: aspectos laborales”, en Baylos, A. y Collado, L., *Grupos de empresa y derecho del trabajo*, Madrid, 1994.

²² Rodríguez Ramos, M. J., “Escisión de empresas y externalización de los servicios”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, p. 365 y ss.

²³ “El efecto típico de la transmisión parcial de empresa, y la filialización no es sino uno de los supuestos de ésta, consiste en que los trabajadores adscritos a la parte de la empresa objeto de transmisión quedan desvinculados del empresario cedente y pasan a depender plenamente del cesionario, que se subroga ex lege en la posición jurídica de aquel” (Pérez de los Cobos Orihuel, F., *Filialización. Grupos de empresa*, p. 650)

²⁴ Moreno Gene, J., “Algunas cuestiones sobre la determinación del empresario en los procesos de filialización”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas de trabajo*, p. 710 y ss. Sobre la inexistencia de fraude a la ley para que la operación de filialización sea considera lícita, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., *op. cit.*, nota 23, p. 145 y ss.

²⁵ Monereo Pérez, J. L., *op. cit.*, nota 1, p. 418; Camps Ruiz, L. M., “La problemática jurídico laboral de los grupos de sociedades”, en Baylos, A., y Collado, L. (comp.) *Grupos de empresa y derecho del trabajo*; Barreiro González, G. “Notas sobre la descentralización

No faltan supuestos fraudulentos o de escisión simulada, pero lo característico de la externalización productiva actual mediante la escisión o filialización de empresas, es que no responden a una intención fraudulenta sino que son un mecanismo de especialización y diversificación de actividades, de expansión de la propia empresa o de reducción de costos; en ellas la subrogación empresarial aparece como regla de principio. Los procesos de filialización han facilitado la conjunción de dos objetivos aparentemente contradictorios del sistema de empresas, la concentración económica y la descentralización productiva. La filialización se utiliza para fragmentar el proceso productivo en fases que se asignan a una empresa filial, que las llevan a cabo con sus propios medios materiales y personales, pero estableciéndose las vinculaciones jurídicas y económicas que aseguran la unidad global del proceso productivo y de la propia actividad económica.

En los grupos de empresa también se producen reestructuraciones y cambios intersubjetivos que han podido canalizarse a través de la norma laboral sucesoria. Los grupos de empresa han venido siendo mirados con desconfianza por el derecho del trabajo, tratando, mediante el levantamiento del velo, de ir más allá de las personalidades jurídicas diferenciadas para imputar los contratos de trabajo al grupo como tal. Para evitar un perjuicio a los derechos o intereses legítimos de los trabajadores, se han establecido una serie de indicios para hacer posible *subjetivar al grupo* ante presuntas o reales situaciones de fraude de ley o abuso de derecho.²⁶ Esa imputación excepcional al grupo del contrato de trabajo confirma que el empleador no es, en principio, el grupo sino la sociedad o filial que realiza de forma autónoma y diferenciada la actividad a que está adscrito el trabajador; y ello sin perjuicio de la trascendencia que pueda tener la existencia del grupo en las relaciones colectivas de trabajo, en la imputación de responsabilidades en caso de insolvencia o en la movilidad del personal.

productiva de la empresa y su escisión interna”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 94, 1999, p. 171 y ss.

²⁶ Rivero Lamas, J., “La descentralización productiva y las nuevas formas organizativas del trabajo”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, p. 60. Véase también Cruz Villalón, J., “Notas acerca del régimen contractual laboral en los grupos de empresa”, *Temas Laborales*, 38, 1996, p. 71 y ss.; Pérez de los Cobos Orihuel, F., “El desvelo de los grupos de empresa”, *Aranzadi Social*, 5, 1998, p. 61 y ss.

IV. IDENTIDAD DE LA UNIDAD PRODUCTIVA Y SUBSISTENCIA DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

La pérdida de función definitoria de la causa o modo de transmisión ha hecho que el acento se ponga en el objeto de la transmisión. La directiva no se refiere sólo a la transmisión de empresa, sino también a la de un centro de trabajo o de una parte diferenciada de éste (Betriebssteil). Es claro que el efecto sucesorio se aplica también e incluye la transmisión de partes *separadas* o desgajables de la empresa, los establecimientos, centros de trabajo o ramas o secciones identificables de ellas.

El Tribunal Comunitario, que ha reconocido el carácter amplio y genérico del objeto de la transmisión, para delimitarlo ha prescindido de una distinción conceptual entre empresa, centro de trabajo o parte de centro de trabajo. Ha partido más bien de una noción genérica de unidad productiva aplicable tanto a una empresa en su conjunto como a un centro de trabajo, como a una sección de una u otra. Por tal, ha entendido una unidad económica con entidad propia y autónoma, un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados de forma autónoma que permita la identidad de la organización productiva y la continuidad de la actividad por el nuevo empresario.²⁷

No se trata, sin embargo, de una definición cerrada de la unidad productiva, pues el TJCE utiliza un método tópico de valoración conjunta de una serie de elementos materiales, orgánicos y funcionales que reflejen el mantenimiento de identidad de la entidad económica, con un objetivo propio y que permitan o manifiesten la continuación de las mismas o análogas actividades económicas con los mismos trabajadores. Entiende que la continuación material de actividades y el mantenimiento del mismo personal, genera una *identidad* en la actividad y en la organización productiva, mostrando la aptitud de la entidad económica transferida a permanecer operante y vital, sin perder su propia identidad al margen de su titular en cada momento.

Para la aplicación de la normativa sucesoria se da especial relevancia indiciaria al hecho de que el nuevo empresario haya asumido la totalidad o de la mayor parte del personal del empresario anterior, lo cual no deja de

²⁷ Véase Serrano Olivares, R., “La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Relaciones Laborales*, 1997, t. II, p. 1299 y ss.; Monereo Pérez, J. L., *La noción de empresa en el derecho del trabajo y su cambio de titularidad*, Madrid, 1999.

ser significativo para algunos supuestos de descentralización productiva. Poner en conexión la consecuencia imperativa de la regla sucesoria, la continuidad de los contratos, con la delimitación del supuesto para la operatividad de esa regla, la transmisión de la empresa, podrá crear un cierto margen de inseguridad jurídica y facilitar el hecho de la transmisión, no asumiendo los anteriores trabajadores.

El Tribunal Comunitario no ha permitido esas maniobras elusivas, ni ha condicionado la aplicación de la disciplina sucesoria a la continuidad efectiva de los contratos. Considera aplicable la directiva pese a la inexistencia de personal trabajando en el momento de la transmisión, cuando la organización productiva se ha transferido en momento de suspensión temporal de actividades, con ausencia consecutiva del personal y sin trabajadores al producirse el cambio de titular.²⁸ La interrupción temporal y transitoria de la actividad de la empresa no impide la aplicación de la normativa sucesoria siempre que la empresa continuadora guarde su identidad con la anterior, al haberse transferido una entidad económica aún existente, cuya explotación, con las mismas o análogas actividades, continúe efectivamente por el nuevo titular.²⁹ Esta doctrina, sentada inicialmente para las llamadas empresas de temporada, se ha extendido a otros supuestos de descentralización productiva en los que ha transcurrido un lapso temporal entre la terminación del servicio contratado por el anterior contratista y la efectiva reanudación del servicio por el nuevo contratista.

Por otro lado, la jurisprudencia comunitaria ha interpretado de forma rigurosa el artículo 4.1 de la Directiva 77/187/CEE que prohíbe basar el despido en el hecho mismo de la transmisión de la empresa, y ha considera-

²⁸ Sentencia de 17 de diciembre de 1987 (Kro, asunto 287/86). De ahí que no sea relevante, aunque sea un elemento a valorar, el hecho de que en el momento de la transmisión la empresa de temporada estuviese cerrada y sin trabajadores a su servicio, pues, por regla general, ese cierre temporal no puede poner fin a la existencia de la empresa en tanto que entidad económica, aunque en el momento de la transmisión la empresa estuviese provisionalmente cerrada de acuerdo con los periodos de explotación habitual y no hubiese trabajadores *físicamente presentes*.

²⁹ En el asunto Spijkers (24/85, Sentencia de 18 de marzo de 1986) el tribunal ha sostenido la necesidad de tomar en cuenta el conjunto de todas las circunstancias que concurren en cada caso, entre ellas lo que se transfiere, el que se asuma el esencial de los efectivos por el nuevo empresario, la transferencia de la clientela, el grado de similitud de actividades antes y después de la transmisión, y la duración de la suspensión eventual de esas actividades. Todos esos elementos son sólo aspectos parciales de la necesaria valoración de conjunto y por ello no pueden ser decisivos aisladamente. Lo esencial es que la entidad económica transferida guarde su entidad económica.

do no sólo ilegítimo el despido vinculado con la transmisión sino que el mismo no exime al nuevo empresario de su obligación de asumir al trabajador indebidamente despedido,³⁰ considerado a esos efectos empleado por la empresa en el momento de la transmisión.³¹ Los beneficios de la directiva sólo pueden invocarse por los trabajadores adscritos a la unidad productiva que se transmite y la vigencia de sus contratos ha de apreciarse en función del respectivo derecho nacional, siempre que se respeten las reglas imperativas de la directiva relativas a la protección de los trabajadores contra el despido en el caso de transmisión de la empresa, por lo que deben contemplarse con reservas los despidos realizados por el cedente o el cesionario que coincidan con el momento de la transmisión.³²

V. EL CARÁCTER IMPERATIVO DE LA REGLA SUCESORIA

La continuidad del contrato con el nuevo titular de la empresa que vincula la condición de empleador a la titularidad de la empresa sin consideración, salvo excepciones, de sus características personales, se aplica de forma imperativa e inderogable, y excluye la relevancia de la voluntad de las partes del contrato de trabajo para que se produzca el cambio de empleador.

Este cambio se impone desde luego al nuevo empleador, por el carácter indisponible e irrenunciable de los derechos conferidos al trabajador. El Tribunal Comunitario ha afirmado que “un trabajador no puede, frente a su nuevo empleador, renunciar a los derechos que le confieren las disposiciones imperativas de la directiva”, pues ésta trata de asegurar a los trabajadores el mantenimiento de sus derechos laborales en caso de transmisión de empresa, protección de orden público sustraída a las disponibilidad de las partes del contrato de trabajo.

³⁰ Según el TJCE, la aplicación del citado artículo 4.1 impediría entender que las relaciones de trabajo habrían cesado efectivamente pues dicho precepto “tiene como efecto limitar la posibilidad de despidos si el reinicio de la actividad de la empresa estaba previsto desde el principio” (STJCE 12 de marzo de 1998, C-319/94, Dethier).

³¹ El artículo 4.1 de la directiva obliga a considerar vigentes los contratos de trabajo y trabajadores existentes a los despedidos por la empresa por el anterior titular en el momento de la transmisión y por consecuencia de ella, con la consiguiente aplicación del efecto subrogatorio (STJCE, 15 de julio de 1988, asunto 107/87, Bork).

³² STJCE 15 julio 1988, Asunto C-101/87, Bork y otros. Véase Rodríguez-Piñero, M., “Sobre el despido de los trabajadores en caso de transmisión de empresas”, *Relaciones Laborales*, 1988, t. II, p. 59 y ss.

Las reglas de la directiva, y en particular las relativas a la protección contra el despido, deben considerarse imperativas “en el sentido de que no se permite derogarlas en un sentido desfavorable a los trabajadores”. Ello no significa que rija un principio de favor en el sentido que sea invocable por el trabajador para oponerse a la cesión del contrato que no sea la solución más favorable para él. Según el tribunal, la regla de la irrenunciabilidad de los derechos *no está afectada* por la circunstancia de que el trabajador, como contrapartida a los inconvenientes que resulten de la modificación contractual obtenga nuevas ventajas que hagan que globalmente su situación no sea menos favorable que la de que anteriormente gozaba.³³

El principio de favor sólo permite que la legislación del Estado, siempre que sea una condición más favorable para el trabajador, pueda reconocer al trabajador la facultad de optar por continuar el contrato de trabajo con el anterior empleador, si así lo desea,³⁴ pero no implica otorgar al trabajador un derecho de oposición a ser cedido al nuevo titular ni de mantener vigente su contrato de trabajo con el anterior empleador, ni siquiera de denunciarlo por incumplimiento imputable al empresario cedente. Sin embargo, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que la directiva no impone al trabajador continuar el contrato con un nuevo empresario y que no puede ser obligado a trabajar con un empleador que no ha elegido libremente, pero ello a efectos de reconocer al trabajador la facultad de negarse a seguir trabajando con el cesionario, dimitiendo con las consecuencias que disponga la legislación de cada Estado miembro.

El que las relaciones de trabajo existentes formen parte del conjunto económico transferido justifica que la sucesión de empleador se produzca independientemente de la voluntad de los trabajadores cedidos y que no pueda ser evitada por éstos, aunque éstos hubieran preferido continuar con el anterior empresario y no cabe optar en función de conveniencias o deseos entre seguir con el anterior empleador o con el nuevo. El trabajador tampoco puede oponerse a la liberación del cedente de las deudas laborales precedentes. El cedente queda liberado de su condición de empleador y de

³³ “Un trabajador no puede renunciar a los derechos que le confieren los preceptos imperativos de la Directiva 77/187 aunque los inconvenientes que le ocasione esta renuncia estén compensados por beneficios que globalmente supongan que se mantiene en una situación no menos favorable” (STJCE, 10 de febrero de 1988, Asunto 324/86, Daddy Dance Hall). Véase sobre esta sentencia, Rodríguez-Piñero, M., “El carácter indisponible del artículo 44 ET”, *Relaciones Laborales*, 1988, t. I, p. 68 y ss.

³⁴ STJCE, 16 de diciembre de 1992, Asuntos acumulados 132, 138 y 139/91, Katsikas.

las obligaciones laborales “aun en el supuesto de que los trabajadores empleados en la empresa de que se trate no aprueben semejante efecto jurídico o se pongan al mismo”.³⁵

El que la voluntad del trabajador sea irrelevante para el cambio de empleador y se imponga de forma imperativa y necesaria,³⁶ resulta decisivo en los supuestos de descentralización productiva, sobre todo en aquéllos en los que la transmisión implique una fragmentación de la empresa originaria que continúa realizando directamente el resto de la actividad productiva, y en los que puede ser alternativa a la sucesión o al despido el continuar al servicio del empleador originario.³⁷ Tampoco en este caso se ha reconocido al trabajador adscrito a la unidad productiva que se transmite un derecho a continuar al servicio de la empresa originaria.³⁸

La consecución del efecto subrogatorio y sucesorio puede perseguir, de forma fraudulenta, la pérdida de la condición y cualidad de empleador de unos trabajadores, cuestión que han puesto de actualidad los fenómenos de descentralización productiva. El derecho del trabajo conoce de mecanismos para detectar esos fraudes que invalidarían la transmisión misma, además de esa ineficacia el carácter abusivo y fraudulento de la transmisión puede dar lugar a un ilícito penal.³⁹ Pero, más allá de esas situaciones ilícitas,

³⁵ STJCE, 5 de mayo de 1988, Asuntos acumulados 144 y 145/87, Berg y Besselsen. Por ello, la directiva no prevé la continuación del contrato de trabajo con el cedente en el caso de que el trabajador no quiera continuar trabajando con el cesionario. Véase Rodríguez-Piñero, M., *op. cit.*, nota 14. La STJCE de 24 de enero de 2002, Asunto C-51/00, Temco, reitera la facultad del trabajador a negarse a que su contrato de trabajo sea transferido al cesionario, dependiendo entonces la situación del trabajador de lo que disponga la legislación de cada Estado miembro. En el asunto Mikkelsen, el Tribunal Comunitario ha dado relevancia al hecho de que el trabajador hubiera decidido por sí mismo y voluntariamente no proseguir la relación de trabajo con el nuevo titular de la empresa, incluso en *obiter dicta* conecta esa voluntariedad a un posible acuerdo con el cedente o con el cesionario.

³⁶ Cfr. Runggadler, U., “Trasferimento d’azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto”, *Relaciones Laborales*, 1999, t. I, p. 523 y ss.

³⁷ Véase Ionescu, “Le droit d’opposition des salariés au transfer de leur contrat de travail: mythe ou réalité”, *DS*, 5, 2002, p. 507 y ss.

³⁸ Sobre la posible configuración legal de un derecho individual de oposición a la transferencia del trabajador a la filial, reconduciéndose como un supuesto de cesión del contrato de trabajo, véase Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, Granada, 2002, p. 257 y ss.

³⁹ Según el párrafo segundo del número 3 del artículo 44 ET el cedente responde solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión cuando la cesión fuera declarada delito. Véase Sala Franco, T., “Las exigencias legales para una lícita sucesión de la empresa”, *Poder Judicial*, 14, 1988.

la transmisión puede suponer un perjuicio a los trabajadores si el nuevo empleador resulta menos solvente. Por ello algunos ordenamientos han establecido cautelas a la liberación de responsabilidad del cedente, que la directiva no impone pero tampoco impide, haciendo solidariamente responsable de las obligaciones laborales existentes en el momento de la transmisión.⁴⁰

Los límites y condicionamientos *sociales* de la transmisión de empresa no impiden la descentralización productiva, para la que resulta indispensable que la sucesión de empleadores no esté condicionada ni dependa de la aceptación de los trabajadores afectados. Esas cautelas, y en particular la responsabilidad solidaria (que opera también en supuestos de descentralización productiva sin transmisión de empresa), no suponen límites significativos para la operatividad de la descentralización productiva que en buena parte ha perdido el carácter patológico desde el que se había enfocado con desconfianza por el derecho del trabajo, y se utiliza al servicio de la mejora de la productividad y de la competitividad.⁴¹

La operatividad automática o *ex lege* de la regla sucesoria, el que se imponga a los trabajadores al margen de su opinión o de su voluntad, ha permitido realizar procesos de reestructuración y de externalización de las actividades productivas bajo la cobertura de transmisiones de empresa, que sin la aplicación de la regla sucesoria hubieran sido inviables. Calificar como transmisión de empresa la transferencia de servicios o actividades de la empresa, como unidades productivas autónomas, facilita, e incluso legítima,⁴² procesos de descentralización productiva y de *outsourcing*, estrategias organizativas de fragmentación del ciclo productivo, y de externaliza-

⁴⁰ Como hace en España el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) al imponer la responsabilidad solidaria del cedente respecto las obligaciones laborales anteriores a la transmisión.

⁴¹ Sobre la *fisiología y patología de la descentralización productiva*, véase Martín Valverde, A., *op. cit.*, nota 16, p. 68 y ss.

⁴² Según Fernanda Fernández, la consulta a la más reciente jurisprudencia muestra hasta qué punto ha tomado carta de naturaleza entre nosotros, como un fenómeno lícito, normal en el desenvolvimiento de las organizaciones productivas, la cesión de partes autónomas de la organización empresarial, y la asunción de éstas por una empresa cesionaria que hace propio al personal afectado, subrogándose en la posición de la empresa principal, desplegando su eficacia y su abanico de garantías el artículo 44 ET, sin especiales dificultades interpretativas en la doctrina judicial (“Descentralización productiva, contrata y despido”, p. 411), lo que, como la autora indica, trata de evitar que la decisión de descentralización suponga el despido de los trabajadores por causas organizativas cuando se demuestre que la descentralización mediante la utilización de la contrata sea un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad (STS, 21 de marzo de 1997).

ción o desplazamiento de funciones o actividades del ciclo productivo propio a otras empresas.⁴³ Ello incluso en los casos en que la externalización se ha utilizado *en clave expulsiva*,⁴⁴ para fragmentar la empresa, separar porciones del centro de trabajo y liberarse de trabajadores incorporados a ella transmitiéndolas a otro empresario, con la consiguiente supresión de actividades y puestos de trabajo directos.

La regla sucesoria se ha aplicado tanto a la contratación externa del suministro de obras o servicios y de sucesión de contratistas, como a la escisión, filialización y creación de grupos de empresas. Para justificarlo, la jurisprudencia comunitaria ha puesto de relieve que la Directiva 77/187/CEE tiene también como finalidad adicional facilitar las transmisiones totales o parciales de empresa o centro de trabajo a otros empresarios; trata de proteger “en la medida de lo posible” a los trabajadores en caso de cambio de empresario, pero no pretende establecer obstáculos a la transmisión de empresas, ni, por ello, a la descentralización productiva.

VI. LA EXISTENCIA *MATERIAL* DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Ya se ha dicho que la jurisprudencia comunitaria no ha pretendido trazar límites claros y definidos entre las nociones tradicionales de empresa, establecimiento o centro de trabajo,⁴⁵ que, en vez de ello, ha utilizado una noción genérica de unidad productiva autónoma relevante para los supuestos de transmisión y que para la configuración de ese concepto ha tenido en cuenta como elementos valorables en su conjunto, los elementos patrimoniales, materiales, incluso el elemento locativo y geográfico, los elementos inmateriales, los medios personales y un factor organizativo y directivo

⁴³ Véase Rivero Lamas, J., *op. cit.*, nota 26, p. 17 y ss.

⁴⁴ *Cfr.* Ciucciovino, S., “Trasferimento di ramo d’azienda ed esternalizzazione”, *ADL*, 2, 2000, p. 392.

⁴⁵ También por la diversidad de estos conceptos en los distintos ordenamientos de los Estados miembros. *Cfr.* Remy, P., “Le groupe, l’entreprise et l’établissement: une approche en droit comparé”, *Droit Social*, 5, 2001, p. 505 y ss. En el Estatuto de los Trabajadores español se ha establecido el concepto de centro de trabajo, especialmente relevante a efectos de la representación del personal, la contratación colectiva y la movilidad geográfica, pero que no resulta decisivo a efectos de la transmisión de empresa pues el propio artículo 44 ET se refiere además a “una unidad productiva autónoma” que es el que a la postre resulta relevante. Véase Miñambres, C., *El centro de trabajo. El reflejo jurídico de la unidad de producción*, Madrid, 1985.

cuya conjunción permite la realización de una actividad productiva. En los supuestos de descentralización productiva es donde se han planteado más problemas para la identificación de la identidad autónoma de la unidad productiva que se transmite, en especial para determinar los elementos que han de operar de forma decisiva para reconocer su existencia, sobre todo porque el proceso, muy vinculado al fenómeno de externalización, de desmaterialización de las actividades económicas y la economía de los servicios, ha hecho que los elementos materiales y locativos hayan perdido peso, dificultando la delimitación de la noción de unidad económica que se transmite.

Los supuestos de descentralización productiva están vinculados con frecuencia a las subcontratas de obras y servicios, las cuales se han venido distinguiendo de los supuestos de mera cesión o préstamo de trabajadores.⁴⁶ Mientras que el contratista es un empresario real, titular de una organización empresarial con medios materiales e inmateriales de producción y con trabajadores propios, dando lugar a una verdadera gestión empresarial y a una actividad productiva propia con la asunción de los riesgos inherentes, en la cesión de trabajadores hay un mero suministro de mano de obra, sin poner a contribución los elementos materiales e inmateriales que conforman una estructura empresarial,⁴⁷ de modo que la actividad la organiza, dirige y asume los riesgos la empresa contratante, y no la presuntamente contratista.

⁴⁶ En el ordenamiento español las contratas y subcontratas de obras y servicios, que son lícitas y están reguladas en el artículo 42 E. T., imponiendo con determinados límites una responsabilidad del empresario principal, y la cesión temporal de trabajadores a otra empresa prohibida por el artículo 43.1 E. T. salvo que se efectúe a través de empresas de trabajo temporal autorizadas. Véase García Murcia, J., “Cesión de trabajadores”, en Borrajo (dir.), *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, t. VIII, 1988; Llano Sánchez, M., *Responsabilidad empresarial en las contratas y subcontratas*, Madrid, 1999; Martín Valverde, A., “Artículo 42” y “Artículo 43”, en Monereo Pérez, J. L. (ed.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1998; Monereo Pérez, J. L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Madrid, 1994; Rodríguez-Piñero B-F, M., “Interposición y trabajo en contratas”, *Estudios de derecho del trabajo en homenaje a Gaspar Bayón Chacón*, Madrid, 1980; Rodríguez-Piñero Royo, M., *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Madrid, 1992; Ramírez Martínez, J. M., y Sala Franco, T., “Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, p. 109 y ss.

⁴⁷ SSTs, 19 de enero de 1994 y 12 de diciembre de 1997. Véase Martínez Fons, C., “Los límites en la descentralización productiva. Las fronteras en la cesión ilegal de trabajadores”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, p. 119 y ss.; Salinas Molina, F., “Contratas y subcontratas en la jurisprudencia unificadora”, *Revista de Derecho Social*, 5, 1999, p. 21 y ss.; Rodríguez Ramos, M. J., *La cesión ilegal de trabajadores tras la reforma de 1994*, Madrid, 1995.

La jurisprudencia comunitaria no ha partido de esa distinción, pero la ha tenido en cuenta implícitamente al definir el objeto de la transmisión. El Tribunal Comunitario ha venido requiriendo la existencia de un soporte patrimonial mínimo, que se lleve a cabo la transmisión de “una identidad económica organizada de forma estable”,⁴⁸ cuya actividad no se limita a la ejecución de una obra determinada.⁴⁹ La regla que impone la continuidad de los contratos de trabajo, presupone así que se transmitan los elementos materiales e inmateriales necesarios para asegurar la continuidad de la explotación, un complejo de bienes organizados y coordinados en funcionamiento que permitan continuar el proceso productivo.

Ello no plantea dudas cuando la transmisión de elementos materiales o inmateriales sea importante y manifiesta, pero sí cuando hay una sucesión de actividades sin transmisión de elementos patrimoniales relevantes, porque en la transferencia, mediante contrata u otro negocio jurídico, de una rama o sección de la empresa, el núcleo fundamental que se transmita sea la actividad o servicio que se externaliza, o cuando, ya externalizada, en la llamada sucesión de contrata, se extinga la contrata anterior y se celebre una nueva contrata con un tercero,⁵⁰ sin que en esos casos haya existido una transmisión relevante de elementos materiales o físicos, sobre todo cuando el servicio o actividad se preste en los locales de la empresa principal.

Ya se ha dicho que la transmisión de empresa no implica necesariamente una transferencia de propiedad de la empresa. Por otro lado, está muy vinculada a la naturaleza de la actividad la relevancia de los elementos materiales o patrimoniales para asegurar la continuidad de la actividad y la identidad de la unidad económica transferida. No es lo mismo la producción

⁴⁸ STJCE, 10 de diciembre de 1998, Asunto 173 y 247/96, Aser.

⁴⁹ Véase STJCE, 19 de septiembre de 1995, Asunto 48/1994, Rygaard. El Tribunal afirma que la transmisión sólo puede incluirse en el ámbito de la directiva si se acompaña de un conjunto organizado de elementos que permitan la continuación de las actividades o de algunas actividades de la empresa cedente de forma estable, pero no cuando la empresa cedente se limita a poner a disposición del nuevo empresario algunos trabajadores y los materiales destinados a garantizar la realización de los trabajos para la finalización de unas obras. *Cfr.* Cruz Villalón, J., *op. cit.*, nota 17, p. 283.

⁵⁰ Véase sobre el tema González Biedma, E., “Los efectos jurídico laborales de la sucesión de empresas contratistas de servicios”, *Relaciones Laborales*, 1993, t. II, p. 258 y ss.; Martínez Moreno, C., “Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación”, *Relaciones Laborales*, 1999, t. I, p. 601 y ss.; García Ortega, J., “La sucesión de contratistas”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, p. 322 y ss.

material que la realización de un servicio, e incluso en los servicios el grado de cualificación de las tareas y del personal. En los servicios cualificados la importancia del *know-how* puede facilitar las cosas, sin embargo el tema es más difícil cuando se trata de servicios poco cualificados, en los que tampoco es fácil trazar la distinción entre contrata y cesión de mano de obra. Desde la lógica de cesión ilegal de mano de obra, o sea del uso directo de trabajadores sin asumir la condición del empleador, podrá negarse la pérdida de condición de empleador a quien transmita una mera actividad o servicio.

La no sucesión en los contratos de trabajo, y el que la actividad productiva continúe con otros trabajadores, puede suponer para los trabajadores que antes realizaban la extinción de sus contratos de trabajo, ya sea por tratarse de contratos de obra o servicio determinados, ya por suponer esa circunstancia la existencia de razones económicas y organizativas para la supresión de sus empleos. De este modo, para el trabajador la transferencia de su contrato “se configura como una solución más favorable respecto a la hipotética en vía alternativa, del despido, como consecuencia de la permanente y definitiva supresión de la actividad a la que el trabajador estaba adscrito”.⁵¹

El Tribunal Comunitario ha sido sensible a esa problemática y al riesgo que para la continuidad del empleo puede suponer la externalización de servicios y actividades. Para evitarlo, ha considerado aplicable a la directiva la continuación por un contratista de unas actividades de limpieza, desempeñadas hasta entonces por una trabajadora propia, y a ese contratista, continuador de la actividad segregada, subrogado y sucesor en el contrato de trabajo de la limpiadora, pese a no haber recibido medios materiales de la empresa cedente.⁵²

Se trataba de un supuesto límite, pero la aplicación de la directiva a supuestos de continuación en un servicio sin recibir medios materiales, chocaba con la situación de aquellos ordenamientos que han venido justificando el efecto sucesorio en el desplazamiento patrimonial y que han rechazado que exista sucesión de una unidad productiva en los casos de sustitución de contratistas. Ello puede explicar el “verdadero revuelo”⁵³

⁵¹ Ciucciovino, S., *op. cit.*, nota 44, p. 392.

⁵² STSJ, 14 de abril de 1994, Asunto 392/92, C. Schmidt. No ha dejado de ser relevante para la solución del caso el que esa trabajadora, de no ser asumida por la contratista, hubiera perdido su empleo por supresión de su puesto de trabajo.

⁵³ Cristóbal Roncero, M. R., *Los derechos de los trabajadores en la transmisión de empresa*, Madrid, 1999, p. 94.

que en algunos países, sobre todo en Alemania afectada directamente por la decisión, generó que el Tribunal Comunitario declarara que no excluía por sí misma la aplicación de la directiva ni el hecho de que la transmisión afectara a una actividad de la empresa cedente sin relación necesaria con su objeto social, ni que no fuera acompañada de transmisión de elementos del activo, ni el grado de analogía de las actividades ejercidas, ni la eventual suspensión de actividades.

La severa crítica formulada por un sector de la doctrina a esta sentencia ha sido uno de los elementos desencadenante de la reforma de la Directiva 77/187/CEE, pero también han producido una cierta rectificación o matización por el TJCE de esa doctrina, adoptando una noción más funcional y organizativa de la empresa, que entiende que la mera continuidad de la actividad no basta para que exista transmisión de empresa aunque pueda servir de confirmación de que ha habido tal transmisión.⁵⁴

Desde la importante Sentencia Sützen,⁵⁵ el Tribunal Comunitario sostiene que la mera circunstancia que el servicio efectuado por el antiguo y el nuevo contratista sea similar, no permite deducir que haya la transmisión de una actividad económica, pues una entidad no podría ser reducida a la actividad que realiza, sino que su identidad resulta de otros elementos como el personal que la compone, su encuadramiento, la organización de su trabajo, sus métodos o, en su caso, los medios de explotación a su disposición.

⁵⁴ STJCE, 7 de marzo 1996, Asuntos 171 y 172/94, Merckx relativo a la transferencia de una concesión de venta de automóviles a otra empresa que asume parte del personal y se beneficia de una promoción comercial para asegurar la continuación de la venta, en otro lugar, sin transmisión de elementos del activo y sin relaciones directas entre el anterior y el nuevo concesionario. El tribunal sostiene, que teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad, la transmisión de elementos del activo no es determinante para que la entidad en cuestión conserve su identidad, aunque ello resulte en particular del hecho que su gestión prosiga o se reanude efectivamente; al mismo tiempo destaca que la continuidad de la actividad en sí misma no basta para que exista transmisión de empresa siendo necesario tener en cuenta un conjunto de elementos, entre ellos la continuidad de la actividad que puede servir de confirmación de que ha habido transmisión. *Cfr.* Serrano Olivares, R., *op. cit.*, nota 27, p. 1317.

⁵⁵ STJCE, 11 de marzo 1997 causa C-13/95. Se trataba de un supuesto en el que un empresario que había contratado los trabajos de limpieza de sus locales a un primer contratista, resuelve el contrato de limpieza y celebra un nuevo contrato con otro contratista, sin que la operación fuera acompañada de una cesión entre uno y otro empresario de elementos patrimoniales, materiales e inmateriales, significativos, ni de la asunción de una parte esencial, en términos de número y competencia, del personal del predecesor en la ejecución del contrato.

Hoy es jurisprudencia consolidada que, para que la Directiva 77/187/CEE sea aplicable, debe tener lugar la transmisión de una entidad económica organizada de manera estable, suficientemente estructurada y autónoma, o sea un conjunto organizado de personas y de elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica con un objetivo propio,⁵⁶ y que para ello han de tenerse en cuenta y valorarse en su conjunto las circunstancias del caso, entre ellas el tipo de empleo o establecimiento, la transmisión o no de elementos corporales, el valor de los elementos incorporeales, la asunción o no de lo esencial de los efectivos del nuevo empresario, la transferencia o no de la clientela, el grado de similitud de las actividades ejercidas antes y después y la duración de una eventual suspensión de actividades.⁵⁷

Esa noción jurisprudencial de la entidad económica que se transmite, ha sido expresamente incorporada al texto de la Directiva 77/187/CEE por la Directiva 98/50/CE que, al codificarla, ha tratado de evitar nuevas vacilaciones de la jurisprudencia y, sobre todo, de imponer una solución armonizada del tema a los ordenamientos y a los órganos judiciales nacionales.⁵⁸ Esta definición de la entidad económica tiende a *podar* la línea jurisprudencial que se centraba en la continuación de la actividad, y a consolidar la jurisprudencia posterior convirtiéndola en norma vinculante para el Tribunal Comunitario, para los ordenamientos nacionales y para los jueces nacionales que han sido algo renuentes a aceptarla.⁵⁹ Ello ha obligado a introducir en ordenamientos de los Estados miembros reformas legales para la incorporación de esta novedad que contiene la Directiva 98/50/CE, entre las que se encuentra la nueva redacción del artículo 44.2 ET. Éste ha reproducido

⁵⁶ La STJCE de 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-234/98, Allen), reitera, con amplia cita jurisprudencial, el concepto de entidad económica como conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

⁵⁷ SSTJCE de 10 de diciembre de 1998, Asuntos C-127 y 229/96 y 74/97, Hernández Vidal, y C-173 y 247/96, Sánchez Hidalgo. No basta la mera continuidad de las tareas efectuadas por el anterior y el nuevo contratista si el nuevo empresario no ha adquirido un conjunto organizado de elementos que le permita continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable.

⁵⁸ El ahora artículo 1.b de la Directiva 2001/23/CE, define como traspaso de empresa, a efectos de la Directiva, “el de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”. Véase, al respecto, Rodríguez-Piñero Royo, M., *La reforma de las directivas sobre reestructuración empresarial*, p. 1238 y ss.

⁵⁹ Valdés Dal-Re, F., *op. cit.*, nota 15, p. 41 y ss.

literalmente la definición comunitaria, aunque redactándola de modo imperativo (“se considerara que existe sucesión de empresas cuando”).

La nueva redacción del artículo 44 ET obliga a una rectificación de la jurisprudencia española precedente, que ha venido entendiendo que la sustitución en la prestación de servicios no es encuadrable en el supuesto de hecho del artículo 44 ET⁶⁰ y que ha sido contraria, en principio, al aplicar la normativa subrogatoria en los supuestos de sucesión de contratistas no acompañados de la aportación de elementos patrimoniales fundamentales, configuradores de una infraestructura organizativa empresarial, además de la continuación efectiva de la actividad económico productiva.⁶¹ El cambio obligado del punto de vista habrá de afectar también al enfoque de la problemática de otros supuestos de descentralización productiva.⁶²

VII. LA PREEXISTENCIA Y EL MANTENIMIENTO DE LA UNIDAD PRODUCTIVA

Un segundo problema que se plantea en los casos de descentralizaciones productivas y externalización de actividades es el de la preexistencia para

⁶⁰ González Biedma, E., “Los efectos jurídicos laborales de la sustitución de empresas contratistas de servicios”, *Relaciones Laborales*, 1993; Monereo Pérez, J. L., *Las relaciones de trabajo en la transmisión de empresa*, Madrid, 1988, p. 401 y ss; García Ortega, J., *op. cit.*, nota 50, p. 346.

⁶¹ Sobre el contraste entre la posición de la jurisprudencia española y la nueva regulación comunitaria, véase Cruz Villalón, *op. cit.*, nota 17, p. 283, que se refiere al contumaz apego al componente material y físico del traspaso por parte de nuestro Tribunal Supremo, elevando a categoría jurídica lo que no es sino un mero indicio instrumental, teniendo en cuenta, además, la gran cantidad de actividades económicas cuya base sustentadora reside en el *know how* y en el capital intelectual. También Rivero Lamas afirma que la jurisprudencia europea establece un concepto de empresa más flexible, si bien más inseguro a efectos de la transmisión, que el Tribunal Supremo español, acentuando la jurisprudencia comunitaria “la protección de los intereses de los trabajadores más que los intereses de los contratistas y de las empresas comitentes, en contraste con la posición última a la que ha llegado nuestro Tribunal Supremo (*op. cit.*, nota 26, p. 57).

⁶² Como indica G. Santoro Passarelli, también en esos casos la *azienda* ha de entenderse como articulación funcionalmente autónoma de una actividad económica organizada, como complejo de bienes y relaciones organizadas para ejercer una de las actividades que entran en el ciclo productivo de la empresa o sean funcionales al desarrollo de la actividad principal, no destinadas necesariamente a operar directamente en el mercado (Santoro Passarelli, G., “La nozione di azienda trasferita tra disciplina comunitaria e nuova normativa nazionale”, *ADL*, 2001, p. 582).

mantener su identidad, de la correspondiente unidad productiva, es decir si es exigible que la misma tenga autonomía y entidad diferenciada antes de la transmisión o puede ser producto o consecuencia de esa transmisión.

La nueva definición comunitaria se refiere a “llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Esta referencia al carácter esencial o accesorio de la actividad económica sólo puede entenderse referida a los casos de descentralización productiva, puesto que, sólo en ellos puede aplicarse el carácter esencial o accesorio de la actividad productiva. La regla deja claro que la normativa sucesoria opera no sólo cuando se transmiten y externalizan actividades accesorias o muy especializadas (el caso originario de *outsourcing* relacionado con los servicios informáticos), sino también cuando se trata de *propia actividad* del objeto de la empresa principal.⁶³

Al igual que sucede con las contrataciones de obras o servicios, la jurisprudencia comunitaria no establece obstáculos para la transmisión de unidades productivas para externalizar actividades propias de la empresa, desprendiéndose de una rama del negocio y produciendo, mediatamente, lo mismo a través del cesionario al que se ceden, a consecuencia del efecto sucesorio, los contratos de trabajo y los trabajadores hasta entonces adscritos a esa actividad. Por otro lado, para “la jurisprudencia comunitaria resulta indiferente el tipo de actividad descentralizada, así como irrelevante la fase externalizada”.⁶⁴

La importancia de esa consecuencia obliga a evitar artificios formales a través de los cuales pudiera ser posible desprenderse de trabajadores. Para ello es necesario que la externalización a través de la transmisión presuponga que lo que se transmite se trate de una realidad técnico-organizativa previa, pues, para que pueda operar el efecto sucesorio, es necesaria la autonomía de la unidad productiva que se transmita.

La referencia expresa a actividades esenciales o accesorias puede dar a entender que no existen obstáculos para que la exigencia del *mantenimiento* de identidad de la organización productiva no implique una realidad autónoma y diferenciada preexistente, sino que esa identidad pueda confi-

⁶³ El concepto de propia actividad es utilizado en el artículo 42 ET para imponer la responsabilidad solidaria del empresario que contrate la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad. Véase sobre el tema, por todos, Rey Guanter, S. del, “A propósito de los requisitos del artículo 42.1 TRET, y en especial sobre la ‘propia actividad’: notas a la luz de la STS de 24 de noviembre de 1998”, *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo*, p. 327 y ss.

⁶⁴ Cfr. Cruz Villalón, J., *op. cit.*, nota 17, p. 282.

gurarse aislando en el momento, y con vistas a la transmisión, una unidad técnica organizativa. Ello resulta especialmente relevante para los casos de reorganización productiva con externalización de actividades operada a través de la transmisión a un tercero de una parte o sector de la empresa con entidad propia, pero cuyo aislamiento e identificación resultan precisamente de la decisión de externalización.

No es claro si esa entidad propia ha de ser *preexistente* o que se trate de actividades “potencialmente susceptibles de organizarse para un fin productivo, pero que, antes del contrato de cesión de la rama de empresa, no hayan sido utilizadas unitariamente como tales por el cedente”, en las que el vínculo organizativo entre las actividades cedidas fuera meramente potencial, y no estuviera hasta entonces delimitado por el empresario cedente de forma completa e independiente.⁶⁵

No faltan quienes afirman que la articulación diferenciada debe preexistir y debe conservar la propia identidad en la transmisión, no siendo posible la autonomía de cedente y cesionario de determinar en el momento y con vistas a la transmisión la articulación autónoma objeto de transferencia y la individualización de los trabajadores afectados por ella. Se entiende que de lo contrario el ámbito de aplicación de la normativa inderogable no estaría objetivamente determinado sino remitido a la voluntad del empleador cedente y cesionario, en contraste con la *ratio* de la propia normativa.⁶⁶

No es lo mismo disponer de las consecuencias de la norma que de la configuración del supuesto fáctico que determina su aplicación, teniendo en cuenta además que llegar a esa conclusión excluyente puede ser la solución menos favorable para los trabajadores cuando no es seguro que esa exclusión suponga la continuidad en el futuro de los contratos de trabajo con un empleador, el cedente, que ya no necesitará sus servicios y puede suprimir esos puestos de trabajo. Por ello, cuando exista la transmisión al cesionario de los elementos de la infraestructura y organización empresarial que hagan posible la continuidad de la actividad empresarial por el nuevo titular, como adquirente de una unidad productiva separada y autosuficiente, puede entenderse cumplido el supuesto definido en la regla comunitaria aunque no hubiera existido una previa delimitación funcional y orgánica

⁶⁵ Ciucciovino, S., *op. cit.*, nota 44, p. 400.

⁶⁶ Santoro Passarelli, G., *op. cit.*, nota 62, p. 583. Sin embargo, el autor llega a esta conclusión para afirmar que el trabajador no está obligado a continuar la relación con el cesionario, pero sin que tenga derecho a continuar la relación con el cedente.

diversificada, sino que esa delimitación se haya establecido con vistas a la transmisión, para transmitir una unidad productiva viva y en funcionamiento.

Lo que en todo caso es necesario es la idoneidad objetiva por el tipo de actividad y la cohesión organizativo-funcional, de funcionamiento autónomo de la unidad que se transmite, que no se trate de un mero conjunto de actividades no organizadas ni aislables técnicamente, o la cesión de un conjunto de bienes *inertes*. Para verificar la “potencialidad objetiva que contribuye a calificar un complejo organizado de bienes como ramo de empresa” puede ser útil la existencia de una vinculación negocial entre el contrato de transferencia de la empresa y la contratación externa de la actividad que es propia de los supuestos de externalización.⁶⁷ En efecto, si existe contrata ha de existir una unidad productiva propia, lo que excluye la existencia de una mera cesión de trabajadores, lo que no impide que esa contrata se refiera a la propia actividad de la empresa principal.⁶⁸

VIII. EL MANTENIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES TRAS LA TRANSMISIÓN

La directiva comunitaria, y en general, la regulación la laboral, que impone la subrogación de los contratos por el nuevo empleador, tratan de asegurar para el futuro el mantenimiento de los contratos y los derechos del trabajador. Con ello se trata de tutelar el interés prevalente del trabajador a mantener su contrato, y a que no se extinga a consecuencia de la transmisión.

La conexión entre la descentralización productiva y la sucesión de empresa, hace más compleja la identificación y tutela de los intereses en presencia, y, en particular, crea una dialéctica entre la continuidad de la empresa y la continuidad de las relaciones laborales. La regla sucesoria en su origen partía de la coincidencia de una y otra continuidad, tuteladas al mismo tiempo por la regla de la despersionalización del titular de la empresa que

⁶⁷ Ciucciovino, S., *op. cit.*, nota 44, p. 403, quien afirma que la consideración unitaria de los dos contratos permite identificar la entidad económica cedida y su aptitud para que pueda considerarse una empresa que, garantizando la continuidad ocupacional de los trabajadores adscritos al ramo, pueda considerarse objeto de transferencia y valorar la licitud de la externalización realizada respecto a la prohibición de cesión de trabajadores.

⁶⁸ En el caso español si se trata de una contrata relativa a la propia actividad, se aplica la responsabilidad solidaria del empresario principal que impone el artículo 42 ET, véase Folguera Crespo, J., “La responsabilidad salarial del empresario en contratas y subcontratas: su alcance objetivo”, *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, p. 196 y ss.

facilita la transmisibilidad de la organización productiva y su conservación y, con ella, la de los contratos de trabajo. La regla comunitaria no tutela un interés de los trabajadores a la no fragmentación de la empresa, decisión que se sobreentiende pertenece a la esfera propia de la libertad de empresa; sólo impone que esa fragmentación, en tanto suponga una transmisión de una unidad productiva, no provoque la extinción de los contratos de trabajo y que éstos continúen con el nuevo titular de la explotación, sea quien sea.

En los casos de descentralización productiva, dada la continuidad de la empresa *madre*, teóricamente cabría asegurar la continuidad de los contratos de trabajo manteniendo los contratos frente al empresario originario, pues éste, pese a la externalización parcial de actividades, prosigue la producción, sin adquirir o mantener la condición de empleador directo, lo cual estaría menos justificado para los trabajadores que hasta entonces lo hubiesen tenido como empleador. Frente al interés de ese empresario de descentralizar, jurídicamente tutelado desde la libertad de empresa, podría oponerse el interés de los trabajadores a no ser externalizados. También las empresas cesionarias pueden tener interés en adquirir en su caso un área de negocio sin trabajadores o a desprenderse de los trabajadores propios una vez que cese su actividad. Esa conjunción de intereses contrasta con la unilateralidad de perspectiva con que opera la regla sucesoria.

Por otro lado, los fenómenos actuales de descentralización productiva están cuestionando la hipótesis de la indiferencia para el contrato de trabajo y para el trabajador del hecho de la transmisión, y, sobre todo, que el aseguramiento de la continuidad del contrato mediante el cambio de la empresa empleadora garantice para el futuro a ese trabajador que para él las cosas seguirán como antes. La neutralización de la transmisión de empresa y la sucesión de los contratos, no corresponden con una realidad en la que los fenómenos sucesorios se conectan a procesos de reestructuración de organizaciones productivas, que pueden suponer reestructuraciones de plantilla y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

La conexión de la transmisión de unidades productivas con la reestructuración de las empresas implica que esa transmisión puede afectar al contenido y al desarrollo de los contratos de trabajo, no por sí misma sino por las circunstancias que la rodean y que la han motivado. En muchos casos de transmisión, en particular los vinculados a una descentralización productiva, puede ser *ocasión* para introducir modificaciones en las condiciones de trabajo, con una justificación diferente del hecho mismo de la transmisión, que puede estar también en la base de ésta.

El objetivo de mantenimiento de los empleos y de conservación de la unidad productiva, que subyace en la disciplina sucesoria, está haciendo primar ese mantenimiento y esa conservación frente al interés individual del trabajador al mantenimiento sin cambios y en sus iniciales términos de su contrato y sus condiciones de trabajo. Ello explica la posible exención de la aplicación de la normativa sucesoria a las empresas en dificultad,⁶⁹ para evitar que su aplicación rigurosa impida el salvamento de la empresa y con ello la consecución del objetivo de asegurar *en lo posible* la conservación del empleo. Este criterio también puede ser tenido en cuenta en supuestos de transmisión y descentralización productiva con vistas a asegurar la viabilidad de la empresa fuera de procedimientos de insolvencia. La regla comunitaria no prevé directamente esta posibilidad de modulación, aunque ello no haya impedido que en la realidad se haya venido modulando la aplicación de la regla en función de la problemática de cada caso.

En unos casos, ello ha podido operar a través del ejercicio unilateral del poder empresarial o por la existencia de pactos o acuerdos con el trabajador. El carácter imperativo de la regla de la continuidad de los contratos de trabajo no excluye, como es común en el desarrollo del contrato de trabajo, un margen de disponibilidad bilateral sobre el supuesto de hecho y sus efectos. Además, la regla sucesoria no cambia el margen empresarial de introducir cambios en las condiciones de trabajo.⁷⁰ La jurisprudencia comunitaria ha declarado que la directiva no es un obstáculo a esas medidas de reestructuración, ni excluye que la transmisión pueda ser *ocasión* para introducir modificaciones o reducciones de plantilla, siempre que tengan

⁶⁹ La Directiva 98/50/CE, con el propósito de garantizar la supervivencia de empresas insolventes, permite la inaplicación de determinadas reglas a las transmisiones de empresas efectuadas en el marco de un procedimiento de liquidación. Véase Valdés Dal-Re, F., *op. cit.*, nota 15, p. 126 y ss.; Monereo Pérez, J. L. *Transmisión de empresas en crisis y procedimiento concursal. Estudio crítico del ordenamiento interno y comunitario*, Granada, 1999, p. 78 y ss.; Rodríguez-Piñero Royo, M., *op. cit.*, nota 7, p. 1245 y ss. La jurisprudencia comunitaria ya había excluido la aplicación de la Directiva 77/187/CEE a las transmisiones de empresas operadas en el marco de un procedimiento concursal, pero no a otras transmisiones en situaciones de insolvencia realizadas con vistas a salvar la empresa. SSTJCE, 5 febrero 1985, asunto C-135/83, Abels y 25 de julio 1991, asunto C-362/89, Urso.

⁷⁰ El problema se plantea cuando se trata de acuerdos individuales en masa, al margen sindical, pudiendo constituir una conducta antisindical, sobre todo teniendo en cuenta los derechos de información consulta y negociación que hoy se reconocen en los casos de transmisión de empresas y de descentralización productiva. En cuanto a estos últimos, véase Albiol Montesinos, I., "Derechos colectivos en materia de contrata y subcontratas", *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, p. 322 y ss.

una justificación distinta al mero hecho de la transmisión, o estén basadas en causa vinculadas directamente a aquélla.⁷¹

El mantenimiento de los derechos de los trabajadores, que asegura la disciplina sucesoria, no supone así un *plus* de inmodificabilidad o de estabilidad y tanto el cedente como el cesionario conservan plenas facultades como empresarios para modificar o, en su caso, extinguir el contrato de trabajo con el límite de que ello no puede basarse o justificarse tan sólo en la transmisión en sí misma.⁷² Se mantiene el derecho a despedir por razones económicas, técnicas o de organización, tanto del cedente como del cesionario,⁷³ o de proceder a reestructuraciones de plantilla o modificaciones de las condiciones de trabajo, que hubieran sido posibles al margen del fenómeno sucesorio,⁷⁴ ello siempre que la medida no suponga renuncia a los derechos que reconoce la directiva.⁷⁵

Donde la posibilidad de adaptación de la regla sucesoria es mayor, es en el amplio margen reconocido hoy a la autonomía colectiva en los casos de transmisión de empresa. Ello resulta del reconocimiento en la directiva comunita-

⁷¹ El segundo párrafo del artículo 4.1 de la directiva aclara que el que la transmisión de una empresa no constituya en sí misma motivo de despido ni para el cedente ni para el cesionario “no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo”. Según el núm. 2 del artículo 4, si el contrato de trabajo se rescinde como consecuencia de que la transmisión de empresa ocasiona una modificación sustancial de las condiciones de trabajo en perjuicio del trabajador, esa “rescisión del contrato... se considerará imputable al empresario”. Pero esta regulación, *a contrario sensu*, ha sido interpretada como permitiendo modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo no por causa o por el hecho de la transmisión, sino por otras razones económicas, técnicas u organizativas.

⁷² Es el hecho mismo del cambio de empresario lo que se neutraliza como motivo o razón autónoma que justifique de por sí extinciones o modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, en ningún caso la transmisión de la empresa puede constituir en sí misma la modificación o extinción del contrato, pero en lo demás se mantienen las reglas generales sobre extinción y modificabilidad del contrato de trabajo. *Cfr.* STJCE, 10 de febrero de 1988, asunto 324/86, Daddy Dance Hall.

⁷³ STJCE, 12 de marzo de 1998, C-319/94, Dethier.

⁷⁴ Según la STJCE de 14 de septiembre de 2000, Asunto C-343/98, Collino, la Directiva 76/187 no se opone a que el cesionario modifique las condiciones de las relaciones laborales en la medida que el derecho nacional admita tal modificación fuera del supuesto de la transmisión de empresa, debiendo quedar claro que la transmisión de empresa no sea por sí misma el motivo de la modificación.

⁷⁵ El Tribunal de Justicia ha declarado (STJCE, 10 de febrero de 1988, Asunto C-342/82, Daddy’s Dance Hall) que, la directiva no se opone a una modificación de la relación laboral concertada con el nuevo empleador si el derecho nacional aplicable admite dicha modificación al margen del supuesto de transmisión de empresa.

ria de una serie de garantías colectivas (incorporadas ahora al artículo 44 ET) que han abierto un significativo espacio de disponibilidad a la negociación colectiva, para pactar, respetando la regla imperativa de la continuidad de los contratos, la inaplicación del convenio colectivo vigente en la unidad productiva en el momento de la transmisión hasta su expiración o la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo, salvo pacto en contrario una vez consumada la transmisión, o para proponer o acordar con el nuevo titular de la empresa las medidas laborales que se adopten con ocasión de la transmisión.⁷⁶

Si la disciplina de la transmisión de empresa significa dar relevancia jurídica autónoma “al factor organizativo de la empresa como dimensión típica y caracterizadora de la actividad de empresa”, ese factor organizativo de la empresa no puede dejar de influir también cuando tiene lugar un evento tan importante en la organización como el cambio de titularidad, que se refleja en el contrato de trabajo en una modificación subjetiva,⁷⁷ pero también se refleja en el conjunto de esa unidad productiva, repercutiendo en el plano colectivo en cuanto afecta al conjunto de los trabajadores y puede traer consigo de hecho modificaciones organizativas que habrán de afectar, directa o indirectamente a las relaciones laborales, a los contratos de trabajo, y a la evolución del empleo.

La posibilidad de tratamiento colectivo de la incidencia del cambio de la persona del empleador en las relaciones laborales, en las condiciones de trabajo y en el desarrollo del programa contractual que ese cambio es relevante, lo será especialmente en los supuestos de descentralización productiva como la experiencia española viene demostrando.⁷⁸

IX. REFLEXIÓN FINAL

El jurista del trabajo se encuentra obligado hoy a mirar con ojos nuevos reglas *viejas*, a las que están dando un nuevo papel y alcance las profundas

⁷⁶ Un examen completo del tema en Valdés Dal-Re, F., *op. cit.*, nota 10.

⁷⁷ Liebman, S., “Diritti individuali e autotutela sindacale nel trasferimento d’azienda”, *ADL*, 1995, 2, p. 157.

⁷⁸ Sobre la participación de los trabajadores en los procesos de *filialización*, los compromisos de recolocación, no amortización de puestos de trabajo y mantenimiento de condiciones, y otras garantías adicionales, véase Baz Rodríguez, J., *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, p. 248 y ss.

transformaciones económicas y productivas actuales. El derecho del trabajo ha tratado de conformar el mercado, pero la viveza y movilidad de ese mercado ha permitido crear intersticios a través de los cuales, pese a los propósitos perseguidos por las normas laborales, acaban imponiéndose las exigencias del mercado. Ello es así también porque las reglas jurídico laborales, al establecer requisitos y exigencias *sociales* al ejercicio de los poderes empresariales, a la vez que condicionan las decisiones económicas, le dan cauces, las hacen posibles e incluso las legitiman.

Por otro lado, la regulación laboral suele contemplar supuestos aislados y aislables y no tiene en cuenta los efectos sinérgicos de diversas reglas laborales cuyo funcionamiento en conjunto puede alterar la función y los efectos de lo que sería la aplicación aislada de cada uno de ellos. Para el caso de la descentralización productiva, ello ha ocurrido con la aplicación conjunta de la regulación de la contratación de obras y servicios, y la disciplina relativa a la transmisión de empresa, ambas han tratado de proteger al trabajador, pero su aplicación conjunta ha dotado al empresario de un precioso instrumento para reorganizar su producción mediante fórmulas de descentralización y externalización.

De este modo, una regla *social*, que establece la continuidad de los contratos de trabajo en caso de transmisión de empresa, opera también como una regla *económica*, que tutela la continuidad de las empresas, su transmisibilidad y facilita la reestructuración y reorganización de las empresas al imponer también a los trabajadores la sucesión en sus contratos de trabajo, facilitando la operatividad de la descentralización productiva. La regla laboral sirve hoy a una diversidad de intereses, y su aplicación a una realidad cambiada y cambiante ha permitido reconducir estos nuevos fenómenos, cumpliendo un papel que no coincide enteramente con el propósito que la inspiró.

La tutela de los intereses del trabajo se muestra en la realidad actual mucho más compleja y difícil y por ello no puede ser contemplada mediante una solución simplista, no adaptable a las circunstancias de cada caso. La lección más clara de todo ello es que la vinculación del contrato de trabajo a una organización productiva ha de implicar también el reconocimiento de la dimensión colectiva de los fenómenos que afectan a esa organización productiva, lo que ha de tener como consecuencia que la autonomía colectiva adquiera en estos casos un papel y un protagonismo que hasta ahora no ha tenido.