CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. CARL OTTO LENZ

presentadas el 4 de julio de 1996 *

A. Introducción

1. En el presente asunto, el tribunal du travail de Bruxelles ha sometido al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 3 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. [1] Dichas cuestiones se suscitaron en un litigio entre una empleada (Sra. Claude Rotsart de Hertaing, parte demandante) y sus antiguos empresarios.

2. La demandante estaba empleada desde el 1 de marzo de 1987 en la empresa Housing Service SA. Según las indicaciones de la Comisión, el 19 de noviembre de 1993, Housing Service SA cambió su razón social por la de J. Benoidt SA que, desde esa fecha, se halla en liquidación. Las actividades de J. Benoidt SA, en liquidación, fueron asumidas por una sociedad recién constituida, IGC Housing Service SA, en los mismos locales de la sociedad J. Benoidt SA. Se celebró un contrato en este sentido con efectos de 1 de diciembre de 1993.

3. El 23 de noviembre de 1993, la demandante fue despedida con un plazo de preaviso de seis meses que debía comenzar el 1 de diciembre de 1993. Según las informaciones proporcionadas por la Comisión y por el órgano jurisdiccional remitente, dicho despido fue pronunciado por la sociedad IGC Housing Service.

4. El 22 de diciembre de 1993, el liquidador de J. Benoidt SA, en liquidación, despidió a la demandante sin preaviso, por faltas graves. Mediante escrito de 8 de enero de 1994, la demandante impugnó dicho despido tanto por su forma como por su fondo. Por último, la demandante interpuso un recurso contra:

1. J. Benoidt SA, en liquidación, y

2. IGC Housing Service SA,

en el que solicitó que se condenara a las demandadas al pago, entre otras cantidades, de una indemnización compensatoria por falta de preaviso, una indemnización por despido improcedente, la decimotercera paga correspondiente al año 1993 y la liquidación de la paga de vacaciones.

* Lengua original: alemán.

1 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

5. La demandante alega que J. Benoidt SA, en liquidación, y la sociedad IGC Housing Service constituyen una única empresa. Pero, en todo caso, considera que ha sido trasladada de una empresa a otra en las condiciones establecidas por el Convenio Colectivo nº 32 *bis*. Con arreglo a dicho Convenio, el cedente y el cesionario responden solidariamente por las cantidades adeudadas a los obreros. Debido a la cesión contractual de la empresa, la sociedad Housing Service [2] llegó a ser su empleadora junto a J. Benoidt SA en liquidación.

6. La sociedad IGC Housing Service alega que nunca fue empleadora de la demandante y que, por otra parte, tampoco tenía la obligación de serlo; además, que ella no fue quien despidió a la demandante.

7. Según el órgano jurisdiccional remitente, no se discute que se trata de una cesión contractual de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 y del Convenio Colectivo nº 32 *bis*. Estima que también es indiscutible que el contrato de la demandante no fue transferido al cesionario, puesto que el contrato de cesión no establece dicha transferencia.

8. Por lo tanto, la cuestión que plantea el órgano jurisdiccional remitente es la de si el cesionario, IGC Housing Service, tenía la obligación de tomar nuevamente a su servicio a la demandante y, en caso de respuesta afirmativa, cuáles son las sanciones aplicables en caso de incumplimiento de dicha obligación. El tribunal remitente estima que la respuesta a estas cuestiones depende de la interpretación del artículo 3 de la Directiva 77/187 que dispone:

«1. Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de la transmisión tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal transmisión.

Los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha de la transmisión tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral.

2. Después de la transmisión en el sentido del apartado 1 del artículo 1, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en la misma medida en que éste las previó para el cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo.

[...]»

2 — Como se desprende de las observaciones de la demandante, con esta denominación se refiere probablemente a la recién constituida IGC Housing Service.

9. El apartado 1 del artículo 1 de la Directiva antes mencionada dispone:

«La presente Directiva se aplicará a las transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión.»

10. La adaptación del Derecho belga a lo dispuesto en el artículo 3 de la Directiva 77/187 se realizó por medio del artículo 7 del Convenio Colectivo nº 32 *bis*. Este establece:

«Los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo existente en la fecha de la transmisión tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cesionario como consecuencia de la transmisión.»

11. El órgano jurisdiccional remitente estima que el recurso dirigido contra J. Benoidt SA, en liquidación, es admisible y está fundado, al menos parcialmente.

12. Por lo que se refiere al recurso dirigido contra la sociedad IGC Housing Service, el tribunal remitente estima que, por razón de la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de febrero de 1988, según la cual, la protección garantizada por la Directiva 77/187 es de orden público y, por lo tanto, no está sujeta a la voluntad de las partes en el contrato de trabajo, [3] es necesario someter al Tribunal de Justicia, para que se pronuncie con carácter prejudicial, las cuestiones siguientes:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 3 de la Directiva 77/187 en el sentido de que todos los contratos de trabajo, existentes en la fecha de la transmisión y que afectan al personal que trabaja en la empresa cedida, se transfieren, como consecuencia de la transmisión, del cedente al cesionario sin que éstos tengan posibilidad de elección?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión,

— ¿la transferencia del personal tiene lugar de pleno derecho pese a la negativa del cesionario a cumplir su obligación?

y

— ¿la transferencia del personal se produce en la fecha de la transmisión o puede fijarse en una fecha posterior, a elección del cedente o del cesionario?»

3 — Se trata de la sentencia Daddy's Dance Hall (324/86, Rec. p. 739).

B. Definición de postura

Sobre la primera cuestión prejudicial

13. Según el tribunal remitente, se trata indiscutiblemente de un caso de cesión contractual de empresa en el sentido de la Directiva 77/187 y del Convenio Colectivo nº 32 *bis*. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar en cada caso, basándose en los criterios indicados por el mismo Tribunal de Justicia, si hay una cesión contractual de empresas en el sentido de la Directiva. [4] En la resolución de remisión, el órgano jurisdiccional nacional enumera los motivos que le llevaron a concluir que se trata de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva: la entidad económica existente ha sido transferida con efecto inmediato al cesionario que continuó ejerciendo actividades idénticas a las del cedente. En efecto, se cedió el fondo de comercio constituido por la agencia inmobiliaria, o sea, en particular, la razón social, la marca, la clientela, el material, el contrato de arrendamiento, todos los contratos de agente inmobiliario, así como los contratos de trabajo de tres empleados que fueron transferidos a partir del 1 de enero de 1994.

14. Según el órgano jurisdiccional remitente, es indiscutible que el contrato de trabajo de la demandante no fue transferido, puesto que el contrato de cesión no recoge dicha transferencia. Por otra parte, el cesionario sostiene que nunca fue empleador de la demandante, mientras que el cedente reivindica la calidad de único empleador de la demandante hasta la fecha de la rescisión del contrato.

15. Por lo tanto, la primera cuestión prejudicial pretende que se dilucide si el cedente o el cesionario tienen la posibilidad de elección o, si por el hecho de la transmisión, se ceden *todos* los contratos de trabajo existentes en dicha fecha.

16. La Comisión llega a la conclusión de que, con arreglo al apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 77/187, todos los contratos de trabajo o relaciones laborales existentes entre el cedente y los trabajadores en la fecha de transmisión de la empresa se ceden de pleno derecho al cesionario, por el mero hecho de la transmisión, puesto que el cesionario se subroga al cedente en lo que se refiere a los derechos y obligaciones que se derivan de dichas relaciones laborales. A este respecto, la Comisión se apoya en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia hasta el presente, en particular, en las sentencias Wendelboe y otros, [5] Berg y Busschers, [6] Daddy's Dance Hall [7] y d'Urso y otros. [8]

17. Debe acogerse la postura de la Comisión. A este respecto voy a referirme, en

4 — Sentencias de 18 de marzo de 1986, Spijkers (24/85, Rec. p. 1119) apartado 14, y de 19 de mayo de 1922, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189) apartados 23, 24 y 25.

5 — Sentencia de 7 de febrero de 1985 (19/83, Rec. p. 457).

6 — Sentencia de 5 de mayo de 1988 (asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Rec. p. 2559).

7 — Sentencia citada en la nota 3.

8 — Sentencia de 25 de julio de 1991 (C-362/89, Rec. p. I-4105).

primer lugar, a la sentencia d'Urso y otros. Este asunto versaba sobre la transmisión de una empresa en la que, en ejecución del contrato de cesión y de conformidad con los acuerdos sindicales a los que el propio contrato se remitía, sólo 949 de los 1.458 trabajadores fueron asumidos por el cesionario. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia tuvo que examinar si el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 77/187 debía interpretarse en el sentido de que, todas las relaciones laborales que en la fecha de la transmisión de una empresa existían entre el cedente y los trabajadores de la empresa se transfieren de pleno derecho al cesionario por el mero hecho de la transmisión de la empresa. El Tribunal de Justicia respondió a esta cuestión afirmativamente, haciendo referencia a su propia jurisprudencia. Manifestó una vez más —como ya lo había hecho en la sentencia Berg y Busschers— [9] que la Directiva pretende garantizar el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio del empresario, permitiendo que queden al servicio del nuevo empresario en condiciones idénticas a las convenidas con el cedente. «Las normas aplicables en caso de transmisión de una empresa o de un centro de actividad a otro empresario, pretende proteger, en interés de los empleados, las relaciones laborales existentes que forman parte del conjunto económico transmitido.» [10]

18. Seguidamente, el Tribunal de Justicia se remitió a su propia sentencia Daddy's Dance Hall [11] en la que ha declarado que la protección garantizada por la Directiva 77/187 es de orden público y, en consecuencia, no está sujeta a la voluntad de las partes del contrato de trabajo. Las normas de la Directiva, especialmente aquellas relativas a la protección de los trabajadores contra el despido por causa de transmisión, deben ser consideradas imperativas en el sentido de que no pueden admitirse excepciones a lo establecido en ellas, en perjuicio de los trabajadores.

19. En la sentencia d'Urso y otros, [12] el Tribunal de Justicia dedujo de ello que la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no está supeditada a la voluntad del cedente, ni a la del cesionario, ni a la de los representantes de los trabajadores, ni siquiera a la de los propios trabajadores. Por lo tanto, el contrato de trabajo no puede ser mantenido con el cedente, puesto que continúa de pleno derecho con el cesionario. No obstante, el trabajador tiene derecho, como ya se ha manifestado en la sentencia Danmols Inventar, [13] a no continuar la relación laboral con el nuevo empresario después de la transmisión de la empresa.

20. La legislación nacional es la que indica cuáles son las relaciones laborales que todavía existen en la fecha de la transmisión y que, por tanto, se transfieren al cesionario. Sin embargo, debe aplicarse siempre sin perjuicio de las normas imperativas de la Directiva relativas a la protección de los trabajadores contra el despido a causa de la transmisión. Por consiguiente debe considerarse que los trabajadores empleados en la

9 — Sentencia citada en la nota 6, apartados 12 y 13.
10 — Sentencia d'Urso y otros, citada en la nota 8, apartado 9.
11 — Sentencia citada en la nota 3, apartados 14 y ss.
12 — Sentencia citada en la nota 8, apartado 11.
13 — Sentencia de 11 de julio de 1985 (105/84, Rec. p. 2639), apartado 16.

empresa, cuyo contrato de trabajo o relación laboral haya sido extinguido con efectos en una fecha anterior a la de la transmisión, con infracción del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, continúan siendo empleados de la empresa en la fecha de la transmisión. [14]

21. Por dicha razón, propongo que se responda a la primera cuestión prejudicial que, el artículo 3 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que *todos* los contratos existentes en la fecha de la transmisión y que afectan al personal de una empresa cedida, se transfieren, como consecuencia de dicha transmisión, del cedente al cesionario, sin que éstos tengan ninguna posibilidad de elección.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

22. La primera parte de esta cuestión se refiere a la posibilidad que tiene el cesionario de impedir, con su negativa, la transferencia automática de todos los contratos de trabajo.

23. Como ya he mencionado en la respuesta a la primera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia d'Urso y otros que la efectividad de los derechos que la Directiva confiere a los trabajadores no puede estar sujeta a la voluntad del cedente ni a la del cesionario. [15] Esto significa que la negativa del cesionario no impide la transferencia de los contratos de trabajo.

24. Si se considera el objetivo perseguido por la Directiva, o sea, la protección de los trabajadores en caso de transmisiones de empresa, es evidente que la transferencia de los contratos de trabajo debe producirse independientemente de la negativa del cesionario. Si este último, con su negativa, pudiera impedir la transferencia de los contratos de trabajo, la protección garantizada por la Directiva sería ineficaz.

25. Sin embargo, no por ello el cesionario está privado de toda posibilidad de extinguir los contratos de trabajo cedidos a causa de la transmisión de la empresa. El Tribunal de Justicia ya indicaba en la sentencia d'Urso y otros que, si bien el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva excluye que la transmisión constituya en sí misma un motivo de despido, no impide los despidos por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo. [16]

26. Por lo tanto, resulta de lo que antecede que el cesionario no puede negarse a asumir el contrato de trabajo de la demandante.

14 — Sentencia de 15 de junio de 1988, Bork y otros (101/87, Rec. p. 3057), apartados 17 y 18.

15 — Sentencia citada en la nota 8, apartado 11.

16 — Sentencia citada en la nota 8, apartado 19.

27. Esta conclusión es asimismo compatible con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual, el trabajador no está obligado a trabajar para el nuevo empresario. [17] En caso de transmisión de la empresa, el trabajador se encuentra en una situación diferente de la del nuevo empresario. No ha participado en la celebración del contrato de transmisión de la empresa. Por consiguiente, según el Tribunal de Justicia, no puede ser obligado a trabajar, contra su voluntad, para el nuevo empresario. «Semejante obligación violaría los derechos fundamentales del trabajador, que debe ser libre de elegir su empresario y no puede ser obligado a trabajar para un empresario que no ha elegido libremente.» [18]

28. Por otra parte, el fin perseguido por la Directiva 77/187 es proteger a los trabajadores y no a los empresarios. Si un empleado se niega a continuar trabajando para el cesionario de la empresa, renuncia simplemente a la protección que le garantiza la Directiva. No obstante, aun cuando consienta la cesión de su contrato de trabajo, tampoco puede desconocer las normas imperativas de la Directiva. Es decir, que aun cuando lo consintiera, no puede continuar trabajando en condiciones diferentes de las que tenía con el cedente de la empresa. [19]

29. Por estas razones, propongo que se responda a la primera parte de la segunda cuestión que la transferencia de personal se produce de pleno derecho a pesar de la negativa del cesionario a cumplir sus obligaciones. Por otra parte, también es ésta la opinión de la Comisión.

30. La segunda parte de la segunda cuestión prejudicial se refiere a la fecha de la transferencia del personal, más precisamente, a si esta fecha puede ser fijada, a elección del cedente o del cesionario, en una fecha posterior a la de la transmisión de la empresa.

31. La Comisión estima que del propio tenor literal del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 77/187 resulta implícitamente que este aplazamiento de la fecha no es posible. Puesto que los derechos y obligaciones que derivan de la relación laboral se transfieren al cesionario con motivo de la transmisión de la empresa, la Comisión estima que el cesionario se subroga al cedente a partir de dicha fecha.

32. El Tribunal de Justicia también se ha pronunciado sobre dicha cuestión. En su sentencia Berg y Busschers declaró que «el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 77/187, de 14 de febrero de 1977, debe interpretarse en el sentido de que, *después de la fecha de la transmisión,* se extingue la responsabilidad del cedente respecto a las obligaciones que resulten del contrato o de la relación laboral, por el mero hecho de la transmisión [...]». [20]

17 — Sentencia de 16 de diciembre de 1992, Katsikas y otros (asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91, Rec. p. I-6577).

18 — Sentencia citada en la nota 17, apartado 32.

19 — Sentencia Daddy's Dance Hall, citada en la nota 3, apartados 14 y 15.

20 — Sentencia citada en la nota 6, apartado 14; el subrayado es mío.

33. En mi opinión, esto se deduce igualmente de la formulación del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 3. Puesto que allí se establece que los Estados miembros podrán prever disposiciones según las cuales el cedente continúe siendo, incluso después de la fecha de la transmisión, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten del contrato de trabajo, ello significa que las obligaciones del cedente cesan, normalmente, en la fecha de transmisión y que, a partir de ese momento, el cesionario es quien asume dichas obligaciones. Como ya se ha expuesto en la primera parte de las presentes conclusiones, puesto que la sentencia Daddy's Dance Hall ha establecido que las disposiciones de la Directiva son de orden público, [21] esta disposición no puede incumplirse en perjuicio de los trabajadores.

34. La sentencia Ny Mølle Kro también podría, como sostiene la Comisión, proporcionar indicaciones sobre la fecha de transmisión de los contratos de trabajo. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que la transmisión de empresa se efectúa cuando cambia la persona que asume las obligaciones de empresario frente a los trabajadores. [22] Si las dos fechas no coincidieran, sería muy difícil definir una transmisión de empresa basándose en la cesión de las relaciones laborales.

35. Por el contrario, me parece menos convincente la referencia efectuada por la Comisión sobre la sentencia Abels. Según dicha sentencia, el cesionario asume las obligaciones que existan en la fecha de la transmisión. [23] Ello no excluye que se cedan los contratos de trabajo en una fecha posterior, aunque en la forma que revestían en la fecha de la transmisión.

36. En todo caso, de la sentencia Berg y Busschers se desprende que procede responder a la segunda parte de la segunda cuestión en el sentido de que la transferencia del personal se produce en la fecha de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha posterior.

37. Por último, deseo presentar algunas observaciones sobre la aplicabilidad de la Directiva 77/187 al caso de autos. Tanto de la cuestión prejudicial como de las observaciones de la Comisión resulta que la empresa se hallaba efectivamente en liquidación en el momento de la transmisión. La cuestión prejudicial no indica claramente en qué fecha la empresa fue declarada en liquidación. Hasta el 29 de noviembre de 1993, se menciona la sociedad Housing Service como la empresa que ejerce la actividad. Según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, el liquidador de J. Benoidt SA, en liquidación (antiguamente Housing Service) no entró en funciones sino a partir del 13 de diciembre de 1993. Esto significa que, en dicha fecha, la sociedad ya se hallaba en liquidación. De las pretensiones de la demandante, citadas por el tribunal remitente, resulta que la transmisión de la empresa tuvo lugar el 1 de diciembre de 1993. No se deduce claramente si la empresa se hallaba o no en liquidación en la fecha de la transmisión.

21 — Sentencia citada en la nota 3, apartado 14.

22 — Sentencia de 17 de diciembre de 1987 (287/86, Rec. p. 5465), apartado 12.

23 — Sentencia de 7 de febrero de 1985 (135/83, Rec. p. 469), apartado 36.

38. Según las indicaciones de la Comisión, el cambio de la razón social de la sociedad Housing Service por la de J. Benoidt SA y la liquidación son de fecha de 19 de noviembre de 1993. Aunque, según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente, la sociedad Housing Service todavía ejercía su actividad en dicha fecha.

39. Por lo tanto, de los documentos presentados tampoco se deduce claramente si la empresa se hallaba en liquidación en la fecha de la transmisión. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional determinar dicho punto.

40. Si la empresa se hallaba efectivamente en liquidación en la fecha de la transmisión, como parecen indicarlo determinados elementos, cabría preguntarse si la Directiva se aplica al caso de autos.

41. El Tribunal de Justicia declaró en su sentencia Abels [24] que la Directiva 77/187 no es aplicable al procedimiento de quiebra. En el asunto Dethier Equipement (C-319/94), actualmente pendiente, el Tribunal de Justicia deberá decidir qué sucede en caso de liquidación. Si este Tribunal de Justicia llegara a la conclusión de que la Directiva no se aplica en caso de liquidación, tampoco podría ser aplicada en el presente asunto, de modo que las cuestiones antes examinadas carecerían de objeto. Corresponde al tribunal remitente resolverlo.

42. Además, los Estados miembros tienen la facultad de adoptar, con arreglo al artículo 7 de la Directiva 77/187, las disposiciones nacionales más favorables con lo que, de esta manera, la Directiva podría aplicarse asimismo en caso de liquidación. Una vez más corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si esto es así en el caso de autos.

C. Conclusiones

43. Sobre la base de las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del siguiente modo:

«1) El artículo 3 de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de

24 — Sentencia citada en la nota 23, apartado 17.

transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, debe interpretarse en el sentido de que todos los contratos de trabajo existentes en la fecha de la transmisión, y que afectan al personal de una empresa cedida, se transfieren, como consecuencia de dicha transmisión, del cedente al cesionario, sin que éstos tengan ninguna posibilidad de elección.

2) La transferencia del personal se produce de pleno derecho, a pesar de la negativa del cesionario a cumplir su obligación. Dicha transferencia se produce en la fecha de la transmisión de la empresa y no puede ser fijada en una fecha posterior, a elección del cedente o del cesionario.»