CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 27 de septiembre de 2001 [1]

I. Introducción

1. En este asunto la Cour du Travail de Bruxelles solicita al Tribunal de Justicia que precise el ámbito de aplicación 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 (en lo sucesivo, «Directiva»). [2]

2. A primera vista los hechos parecen bastante complicados. El Tribunal remitente plantea la cuestión de si existe transmisión de empresa cuando una empresa A ha cedido inicialmente sus actividades de limpieza a una empresa B, que subcontrata dicha actividad a la empresa C. Como consecuencia de que la empresa B pierde la contrata, la empresa C despide a todo su personal con excepción de cuatro personas. A continuación, la empresa A confía la contrata a la empresa D, la cual emplea a una parte del personal de la empresa C en virtud de un convenio colectivo de trabajo, pero no recibe ningún elemento del activo de la empresa C, que continúa existiendo.

3. El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado anteriormente sobre el alcance de la Directiva en caso de contratación de servicios, en especial en el sector de la limpieza. [3] La remisión prejudicial de la Cour du Travail ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de aclarar su jurisprudencia.

II. Marco jurídico

A. *Derecho comunitario*

4. La Directiva establece disposiciones que son necesarias para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos. El artículo 1, apartado 1, dispone que la presente Directiva será aplicable a los traspasos [transmisiones] de empresas, de centros de acti-

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

3 — Véanse las sentencias de 14 de abril de 1994, Schmidt (C-392/92, Rec. p. I-1311); de 11 de marzo de 1997, Süzen (C-13/95, Rec. p. I-1259), y de 10 de diciembre de 1998, Hernández Vidal y otros (asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97, Rec. p. I-8179).

vidad o de partes de centros de actividad a otro empresario, como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión.

5. El artículo 2, letra a), establece que en el sentido de la presente Directiva, se entenderá por «cedente», cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso [transmisión] en el sentido del artículo 1, apartado 1, pierda la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad. El artículo 2, letra b), define como «cesionario» en el sentido de la Directiva cualquier persona física o jurídica que, a causa de un traspaso [transmisión] en el sentido del artículo 1, apartado 1, adquiera la calidad de empresario con respecto a la empresa, el centro de actividad o la parte del centro de actividad.

6. Según el artículo 3, apartado 1, los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso [transmisión] tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, serán transferidos al cesionario como consecuencia de tal traspaso.

7. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, párrafo primero, el traspaso [transmisión] de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de centro de actividad, no constituye en sí mismo un motivo de despido para el cedente o para el cesionario. Esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización, que impliquen cambios en el plano del empleo.

8. La Directiva ha sido revisada dos veces. La Directiva 98/50/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, por la que se modifica la Directiva 77/187/CEE sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad, ha codificado, en particular, algunos conceptos a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [4] Para racionalizar el texto, el 12 de marzo de 2001, el Consejo derogó la Directiva 77/187 y la sustituyó por la Directiva 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. [5]

9. En virtud de la Directiva 98/50, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva fue enumerado nuevamente pasando a ser el artículo 1, apartado 1, letra a). La Directiva 98/50 introdujo un nuevo artículo 1, apartado 1, letra b), referente al concepto de «traspaso» [transmisión] y cuyo texto tiene la siguiente redacción:

«Sin perjuicio de lo estipulado en la anterior letra a) y de las siguientes disposiciones del presente artículo, se considerará traspaso [transmisión] en el sentido de la

4 — DO L 201, p. 88. El plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva 98/50 expiró el 17 de julio de 2001.

5 — DO L 82, p. 16. A menos que se indique otra cosa, en lo sucesivo se toma como base el texto de la Directiva inicial.

presente 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.»

Esta aclaración obedece a consideraciones de seguridad y transparencia jurídicas, pero no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva tal como lo ha interpretado el Tribunal de Justicia. [6]

B. *Derecho nacional*

10. El Derecho belga fue adaptado a las mencionadas disposiciones de la Directiva mediante el convenio colectivo de trabajo nº 32 *bis*, de 7 de junio de 1985, relativo al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de cambio de empresario como consecuencia de la transmisión contractual de la empresa y por el que se regulan los derechos de los trabajadores que son empleados con motivo de la transmisión de elementos del activo a raíz de la quiebra o del concordato con abandono de bienes, convenio que fue declarado con fuerza vinculante general mediante Real Decreto de 25 de julio de 1985. [7]

11. Por otra parte, es relevante en el presente procedimiento un convenio colectivo de trabajo de 5 de mayo de 1993 relativo a la «asunción del personal en caso de cambio de contrato en los lugares de mantenimiento diario», que es aplicable al sector de la limpieza. Este convenio no guarda relación alguna con el convenio colectivo de trabajo de 7 de junio de 1985.

12. Según el artículo 3 del convenio colectivo de trabajo de 5 de mayo de 1993, la empresa que obtenga el contrato estará obligada, en la semana siguiente a la obtención del contrato, a solicitar información a la empresa que pierda el contrato sobre el personal empleado por ella y sobre las condiciones de trabajo. El artículo 4 establece que la empresa que obtenga el contrato estará obligada —dentro de las dos semanas que siguen a la obtención del contrato y en todo caso una semana como mínimo antes del reinicio de la actividad— a ofrecer, por escrito, al menos un 75 % de los puestos de trabajo que existan en el lugar de trabajo con posterioridad a la transmisión a los obreros que ella seleccione de entre los que formaban parte del equipo de la empresa que pierda el contrato, siempre que dichos obreros tengan una experiencia mínima de seis meses en dicho lugar de trabajo. La selección se hará según criterios funcionales. En virtud del artículo 5, los obreros de los que se haga cargo la empresa según lo dispuesto en el artículo 4 obtendrán un nuevo contrato de trabajo sin período de prácticas y conservando su antigüedad.

III. Hechos en el litigio principal y desarrollo del procedimiento

13. Los hechos y los antecedentes del procedimiento se pueden resumir de la siguiente forma.

14. En el período comprendido entre el 2 de mayo de 1993 y el 8 de enero de 1995, la

6 — En este sentido, la exposición de motivos de la Directiva 98/50, cuarto considerando.

7 — *Moniteur Belge* de 9 de agosto de 1985, p. 11527.

sociedad Volkswagen contrató la limpieza de algunas de sus instalaciones de producción a Buyle-Medros-Vaes Associates SA (en lo sucesivo, «BMV»). Desde el primer momento, BMV confió la ejecución del contrato a un subcontratista, General Maintenance Contractors SPRL (en lo sucesivo, «GMC»). Según alega GMC, en aquel momento la ejecución del contrato en Volkswagen constituía su única actividad. En diciembre de 1994, Volkswagen resolvió el contrato con BMV y confió dichos trabajos de limpieza, mediante contrato de 9 de enero de 1995, a la sociedad Temco Service Industries SA (en lo sucesivo, «Temco»). Para Temco el contrato con Volkswagen era uno de los muchos que tenía.

15. La elección de Temco por Volkswagen tuvo consecuencias para el personal de GMC que se dedicaba a las actividades de limpieza en Volkswagen.

16. Dado que el contrato entre Volkswagen y BMV expiraba el 8 de enero de 1995, GMC despidió conforme a Derecho a todo su personal, con excepción de cuatro personas, a saber, S. Imzilyen, M. Belfarh, A. Afia-Aroussi y K. Lakhdar, que disfrutaban de una protección especial por su condición de delegados sindicales. [8] GMC efectuó los preavisos exigidos por la Ley belga y realizó los trámites necesarios en caso de cierre de empresa y despido colectivo. El despido colectivo fue autorizado el 30 de noviembre de 1994 por la Oficina Regional de Empleo de Bruselas.

17. Aplicando el convenio colectivo de 5 de mayo de 1993, el 9 de enero de 1995, Temco se hizo cargo de cuarenta y dos de los ochenta anteriores trabajadores de GMC. No se hizo cargo de los cuatro delegados sindicales.

18. El 13 de enero de 1995, GMC, cuya única actividad en ese momento era la contrata de Volkswagen, solicitó a la comisión paritaria que reconociera la existencia de razones de carácter económico o técnico que le permitían despedir a los cuatro delegados sindicales. Dicha solicitud fue desestimada el 28 de febrero de 1995. El Tribunal du Travail, pronunciándose sobre el recurso mediante sentencia de 13 de septiembre de 1995, se declaró incompetente para conocer de la demanda. Mediante sentencia de 23 de noviembre de 1995, la Cour du Travail confirmó dicha resolución.

19. De los autos resulta que dichas cuatro personas percibieron de GMC una prestación hasta diciembre de 1995, a pesar de que GMC, según resulta de la correspondencia mantenida con Temco, estimaba que Temco ya se había hecho cargo de dichas cuatro personas con arreglo al convenio colectivo nº 32 *bis*. El 12 de diciembre de 1995, GMC despidió a los delegados sindicales.

8 — En la resolución de remisión se menciona un convenio colectivo de trabajo, celebrado el 18 de abril de 1968 en el seno de la comisión paritaria para ciento veintiuna empresas de limpieza, el cual concede a los delegados sindicales una protección idéntica a la de los miembros electos de comités de empresa y comités de seguridad e higiene y de los candidatos a estos puestos.

20. En esas circunstancias, las cuatro personas referidas ejercitaron acciones contra GMC, BMV y Temco ante el Tribunal du Travail de Bruxelles.

21. Mediante sentencia de 12 de marzo de 1998, el Tribunal du Travail de Bruxelles acordó la admisión de las demandas de las referidas cuatro personas contra Temco y las consideró parcialmente fundadas. También declaró, entre otras cosas, que los demandantes A. Afia-Aroussi y K. Lakhdar, el 9 de enero de 1995, habían pasado a ser, de pleno derecho, empleados de Temco, con arreglo a lo dispuesto en el convenio colectivo de trabajo nº 32 *bis*.

22. Contra esta resolución, Temco recurrió en apelación ante el órgano jurisdiccional remitente, que motiva las cuestiones prejudiciales de la siguiente forma.

23. La situación de hecho es especial en el sentido de que Volkswagen había encomendado la limpieza de sus instalaciones industriales a BMV, que no ejecutó el contrato ella misma, sino que lo confió a GMC que, al perder dicha contrata por la resolución del contrato entre Volkswagen y BMV, despidió a todo su personal con excepción de los cuatro delegados sindicales, pero que, no obstante, prosiguió sus actividades y buscó nuevos clientes, como resulta de las actas de las asambleas generales de GMC de 1996 y 1997. Ello confirma que su objeto social, tal como está descrito en los estatutos, es más amplio que la mera ejecución de la contrata de Volkswagen, aunque ésta fuera en 1994 su principal o única actividad.

24. Por otra parte, hasta diciembre de 1995, los cuatro delegados sindicales, que creían disponer de una protección especial contra el despido, manifestaron por su comportamiento que seguían formando parte del personal de GMC. El órgano jurisdiccional remitente señala que nunca pretendieron haber pasado a ser empleados de Temco en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo nº 32 *bis*. También GMC, a través de los procedimientos iniciados ante la jurisdicción laboral, ha considerado, aunque fuera expresando sus reservas, que los cuatro apelados continuaban siendo empleados suyos. De otra forma, los procedimientos en los que trataba de obtener el reconocimiento de las razones de carácter técnico o económico que justificaban el despido no habrían tenido ningún sentido. El hecho de que tales procedimientos no produjeran los resultados esperados carece de importancia.

25. El órgano jurisdiccional remitente observa asimismo que no existe relación alguna entre GMC y Volkswagen y que ningún elemento del activo, del tipo que fuera, pasó del patrimonio de GMC al de Temco. De los autos resulta que Volkswagen pone a disposición de las empresas contratadas todos los medios necesarios para la limpieza de sus instalaciones.

IV. Cuestiones prejudiciales

26. La petición de decisión prejudicial, planteada por la Cour du Travail de

Bruxelles (Sala Sexta) mediante resolución de 14 de febrero de 2000, se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 17 de febrero de 2000. Las cuestiones prejudiciales están formuladas de la siguiente forma:

«1) ¿Se aplica el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, cuando una empresa A, tras adjudicar los trabajos de limpieza de sus instalaciones industriales a una empresa B, ve cómo esta última confía dichos trabajos a una empresa C, que despide a todo su personal, excepto a cuatro personas, al perder la empresa B el contrato; y a continuación la empresa D, a la que la empresa A adjudica el contrato, emplea a una parte del personal de la empresa C en virtud de un convenio colectivo de trabajo, pero no recibe ningún elemento del activo de esta última, que continúa existiendo y tratando de realizar su objeto social?

2) En el supuesto de que la empresa C, que sigue existiendo, sea declarada cedente, ¿se opone la Directiva citada a que dicha empresa continúe empleando a algunos trabajadores?»

27. Temco, S. Imzilyen y M. Belfarh, A. Afia-Aroussi y K. Lakhdar, SA Three S (anteriormente GMC) y BMV, así como la Comisión, presentaron observaciones escritas. El 17 de mayo de 2001 se celebró la vista, en la que todas las partes y la Comisión aclararon sus posturas.

V. Apreciación

A. *El ámbito de aplicación de la Directiva*

Introducción

28. La primera cuestión de la Cour du Travail ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de delimitar el ámbito de aplicación de la Directiva en el caso de una empresa que ha resuelto una contrata de servicios con una empresa para proseguir a continuación el contrato con otra empresa.

29. Ésta es la cuarta vez que el Tribunal de Justicia, de conformidad con el procedimiento del artículo 234 CE, se ve confrontado con la cuestión de la aplicación de la Directiva a transacciones en el sector de la limpieza. Las situaciones de hecho eran cada vez algo distintas unas de otras. La sentencia Schmidt [9] se refería a una empresa que había transmitido contractualmente a otra empresa la responsabilidad por la ejecución de trabajos de limpieza que anteriormente realizaba ella misma. En la sentencia Hernández Vidal y otros, [10] se daba la situación contraria y una empresa, que había encargado a otra empresa la

9 — Citada en la nota 3.

10 — Citada en la nota 3.

limpieza de sus locales o de una parte de éstos, resolvió el referido contrato para efectuar ella misma en lo sucesivo los trabajos de limpieza.

30. Los hechos que dieron lugar a la sentencia Süzen [11] son los que mejor se corresponden con las circunstancias del litigio principal. Un arrendatario de servicios, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resolvió esta contrata y celebró a continuación una nueva contrata con un segundo empresario para la ejecución de trabajos similares. El Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Süzen que la Directiva no se aplica a «una situación en la que un arrendatario de servicios, que había encomendado la limpieza de sus instalaciones a un primer empresario, resuelve la contrata que lo vinculaba a éste y celebra, para la ejecución de trabajos similares, una nueva contrata con un segundo empresario si la operación no va acompañada de una cesión, entre ambos empresarios, de elementos significativos del activo material o inmaterial ni el nuevo empresario se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, de los trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata».

31. La Comisión y todas las partes, con excepción de Temco, partiendo de una interpretación amplia de los fundamentos de Derecho de la sentencia Süzen llegan a la conclusión de que en el presente caso existe cesión contractual de empresa en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva.

11 — Citada en la nota 3.

32. Sin embargo, este planteamiento no me satisface. Pienso que semejante resultado no tiene suficientemente en cuenta el contexto económico en el que tiene lugar la contrata de servicios. Las circunstancias económicas particulares en las que se produce la contrata de servicios, pero también la finalidad de la Directiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y las circunstancias del caso expuestas por el órgano jurisdiccional remitente me llevan a la conclusión de que en el caso de autos la Directiva no es aplicable.

Contrata de servicios: el contexto económico

33. Para apoyar mi planteamiento es necesario, en primer lugar, que examine más a fondo el contexto económico en el que se producen las contratas de servicios.

34. La manera de proceder de Volkswagen es típica de la actual tendencia de las empresas de encargar trabajos dentro de la empresa, que no pertenecen a la actividad principal de la misma, a empresas que se han especializado en la ejecución de servicios accesorios por encargo. Cabe pensar en empresas que se dedican a trabajos de limpieza, servicios de vigilancia, actividades de restauración, servicio a clientes, formación y cursos prácticos, suministro de hardware y software, desarrollo de productos, etc. A menudo, los prestadores de servicios actúan en un ámbito local y en pequeña escala y desarrollan sus actividades en los locales del arrendatario de los servicios, por lo que no está excluido que empresas competidoras efectúen simultáneamente trabajos para el

mismo arrendatario de servicios. [12] En estos mercados de servicios se realizan esencialmente actividades económicas por lotes específicos durante un período determinado, que puede variar desde un día, por ejemplo para el suministro de servicios de restauración con motivo de un acontecimiento específico, hasta varios años como es el caso de los trabajos de limpieza. Al término del contrato, el prestador de servicios vuelve a competir nuevamente para granjearse al arrendatario de los servicios, que escogerá a un competidor si éste ofrece mejores condiciones y prestaciones. Por ejemplo, cuando el personal de una institución se queja de los servicios de restauración, el arrendatario de los servicios buscará una contrata con otro restaurador que ofrezca mejores servicios.

35. En el marco de estas actividades económicas el factor trabajo constituye generalmente una importante partida de costes. Dado que las contratas del adjudicador con el prestador de servicios la mayoría de las veces se celebran por un período de tiempo relativamente reducido, la plantilla del personal en este sector se caracteriza por tener una gran fluidez.

36. Los mercados de estas categorías de prestaciones de servicios se encuentran en pleno desarrollo. Existe un gran y creciente número de arrendatarios de servicios y también está creciendo el número de prestadores de servicios. Ésta es una diferencia importante en comparación con las concesiones que se ofrecen en mercados en los que el número de oferentes y demandantes es relativamente reducido, como por ejemplo los mercados del transporte por ferrocarril y de las frecuencias de radio y televisión. En dichos mercados la elección de un determinado operador, que hace el adjudicador de una concesión, influye grandemente en la posición de los competidores y la pérdida de una contrata puede incluso poner en peligro la subsistencia del prestador de servicios. Tratándose de la contratación de servicios, como en el caso de autos, un oferente que pierda una contrata buscará normalmente nuevos clientes.

37. Además, los mercados de contratación de servicios se caracterizan por una gran diversidad. Se trata tanto de servicios de primer orden con un gran valor añadido, como es el caso de las actividades de software y de ingeniería, como de servicios que son ejecutados por personas de baja formación, como por ejemplo los trabajos de limpieza. Además, dentro de cada sector existen subespecialidades. El presente caso es ilustrativo de esta heterogeneidad: en la vista se ha expuesto que la limpieza de instalaciones industriales ocupa una posición particular dentro de las empresas del ramo y que no es comparable con los trabajos más generales de limpieza en escuelas y oficinas.

38. Debido al carácter heterogéneo y dinámico de estos mercados, en el caso de cambios de contratas estimo que el Tribunal de Justicia ha de mostrarse reservado en la aplicación de la Directiva. La dinámica del mercado podría verse alterada si se admitiera con demasiada flexibilidad una transmisión en el sentido de la Directiva. El riesgo de verse confrontado con la obliga-

12 — En la vista, el representante de A. Afia-Aroussi y de K. Lakhdar ha señalado que en Volkswagen varias empresas de limpieza son responsables de los distintos sectores de la fábrica.

ción de respetar los derechos de todos los miembros del personal de una empresa, *exclusivamente* en virtud de la asunción de un contrato y del hecho de hacerse cargo de una parte del personal de dicha empresa, para un posible nuevo candidato constituirá un aliciente menor para llevarse la contrata. Incluso algunas empresas podrían resistirse a competir para obtener la contrata. Todo esto puede dar lugar al inmovilismo de los mercados. Los hechos del litigio principal ofrecen nuevamente un ejemplo. Está por ver si Temco habría estado dispuesta a aceptar el contrato de trabajos de limpieza en Volkswagen en las mismas condiciones, si la empresa hubiera tenido que hacerse cargo de toda la plantilla de GMC en vez de solamente cuarenta y dos trabajadores.

39. Se podría alegar que, en este contexto, la asunción obligatoria de todo el personal constituye un elemento del riesgo normal del empresario. Esta afirmación es acertada cuando se trata de la asunción real de la explotación de una empresa, en el sentido del Derecho de sociedades. En tal caso, el cesionario hace un estudio de rentabilidad de la empresa que se propone absorber y el precio de absorción se determina basándose, entre otros elementos, en las prestaciones conseguidas en el pasado y en la asunción obligatoria del personal. Lo mismo sucede en el caso de concesiones a largo plazo y a través de licitaciones oficiales. Sin embargo, en el caso de la contratación de servicios lo esencial es exclusivamente la obtención de una contrata por un período de tiempo relativamente corto y, en mi opinión, la asunción obligatoria del personal no puede ser considerada como un riesgo del empresario.

40. La finalidad de la Directiva es garantizar la continuidad de las relaciones laborales que existen en una entidad económica independientemente de que cambie su propietario. [13] La Directiva se basa en el artículo 100 del Tratado CE (actualmente artículo 94 CE) y por ello no hay que perder de vista consideraciones de mercado y de competencia. En un mercado que se caracteriza por especialismos, contratos a corto plazo entre el arrendatario de servicios y el prestador de servicios y una gran fluidez en la plantilla del personal, la protección del trabajador encaja más bien en el marco del Derecho del trabajo clásico que en el de la protección del trabajo en caso de transmisión de empresas. [14] Si se obliga al prestador de servicios, demasiado a la ligera, a hacerse cargo de todo el personal, la finalidad de la Directiva también pierde toda proporcionalidad con el principio de libertad de contratación y de libertad de empresa.

Los criterios de aplicación de la Directiva y la evolución en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia

41. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia también se desprende que, para apreciar una transacción, se debe tener en cuenta el contexto económico en el que la misma se produce. Como es sabido, el legislador comunitario no ha dado definición alguna de los conceptos de «trans-

13 — Sentencia de 18 de marzo de 1986, Spijkers (24/85, Rec. p. 1119), apartado 11. Reiterada jurisprudencia, véase la reciente sentencia de 25 de enero de 2001, Liikenne (C-172/99, Rec. p. I-745), apartado 19.

14 — Con arreglo al Derecho del Trabajo nacional, el trabajador goza de protección en caso de que cambien las condiciones laborales, de forma que no puede ser despedido de antemano y sin que se den las razones para ello. En el litigio principal, ya en enero de 1995 GMC intentó despedir a los cuatro delegados sindicales «por razones de carácter económico o técnico», pero, según la resolución de remisión, una comisión paritaria desestimó esta solicitud (véase el punto 18 de estas conclusiones).

misión», «empresa», «cesión», «contrato» o «fusión» que figuran en el artículo 1, apartado 1, de la Directiva. Por estas razones, la función del Tribunal de Justicia es delimitar estos conceptos comunitarios. En una amplia jurisprudencia y a la luz de la finalidad social de la Directiva, dichos conceptos básicos se han interpretado de forma flexible. El Tribunal de Justicia, en vez de elaborar definiciones rígidas y precisas, ha optado por trabajar con criterios que, según las circunstancias del caso, debe aplicar el órgano jurisdiccional nacional.

42. Los criterios de aplicación de la Directiva pueden resumirse como sigue. En primer lugar, la transmisión debe referirse a una «empresa», que es definida como una entidad económica organizada de forma estable. [15] La empresa debe transmitirse en virtud de un «contrato» y a este respecto el Tribunal de Justicia ha precisado que en el marco de una relación contractual debe producirse un cambio de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de dicha entidad y que, en su condición de empresario, contrae obligaciones frente a los trabajadores de la empresa. [16]

43. A continuación, el *criterio decisivo* para determinar la existencia de una «transmisión» en el sentido de la Directiva es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas. [17] Entre tanto, la Directiva 98/50 ha codificado este criterio en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la Directiva revisada.

44. El Tribunal nacional debe dilucidar si se ha cumplido este requisito sirviéndose de los elementos de interpretación establecidos por el Tribunal de Justicia. Según el Tribunal de Justicia, el órgano jurisdiccional nacional debe considerar *todas* las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, conviene precisar que todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. [18]

45. Dado que para apreciar una transacción el órgano jurisdiccional nacional debe tener en cuenta todas las circunstancias de hecho, opino que en el caso de transacciones de contratación de servicios

15 — Sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard (C-48/94, Rec. p. I-2745), apartado 20. Véase la sentencia Liikenne, citada en la nota 13, apartado 31.

16 — Sentencia de 5 de mayo de 1988, Berg (asuntos acumulados 144/87 y 145/87, Rec. p. 2559), apartado 19.

17 — Reiterada jurisprudencia desde la sentencia Spijkers, citada en la nota 13, apartado 11.

18 — También reiterada jurisprudencia desde la sentencia Spijkers, citada en la nota 13, apartado 13.

también se deben tomar en consideración la naturaleza y las características de los mercados de prestación de servicios de que se trate. Esto puede hacerse tomando en consideración dichas características al interpretar los conceptos de «contrato» y «empresa» en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva.

46. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los mencionados conceptos ha experimentado una considerable evolución.

47. Así, la exigencia de que la transmisión debe tener lugar en virtud de un «contrato» no se limita a situaciones en las que existan relaciones contractuales directas entre el cedente y el cesionario de la empresa. Debido a diferencias entre versiones lingüísticas y entre normativas nacionales, con respecto al alcance de este concepto también se debe tener en cuenta el sistema y la finalidad de la Directiva. [19] Por esta razón el Tribunal de Justicia dio al concepto de «contrato» una interpretación tan flexible que la Directiva ya es aplicable cuando, *en el marco de relaciones contractuales,* se produce un cambio de la persona física o jurídica responsable de la explotación de la empresa que asume las obligaciones de empresario frente a los empleados de la empresa. [20] No es relevante, por ejemplo, que se produzca la transmisión de la propiedad [21] o que haya un acuerdo de voluntades dirigido a la cesión. [22] La operación por la que a la resolución de un contrato de arrendamiento de un restaurante sigue un nuevo contrato de arrendamiento con otro gerente no obsta a la aplicación de la Directiva. El razonamiento del Tribunal de Justicia es que en tal situación la transmisión se efectúa en dos fases a través de un tercero en el sentido de que, en un primer momento, el arrendatario inicial transmite la empresa al propietario, quien, a su vez, la transmite al nuevo arrendatario. [23]

48. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no ha ido tan lejos como para aceptar que pueda faltar totalmente una relación entre el cedente y el cesionario. En la sentencia Sophie Redmond, en la que la autoridad —el municipio de Groningen— cambió su política de subsidios y decidió revocar la subvención destinada a una fundación que se dedicaba a prestar asistencia a toxicómanos para transferirlos a continuación a otra fundación que tenía los mismos fines, el Tribunal de Justicia, al declarar que la Directiva podía ser aplicable, atribuyó cierto valor al dato de que la antigua y la nueva institución regularon de común

19 — Véase la sentencia de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, Rec. p. 469), apartado 13.

20 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de marzo de 1996, Merckx y Neuhuys (asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253), apartado 28.

21 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 17 de diciembre de 1987, Ny Molle Kro (287/86, Rec. p. 5465).

22 — La Directiva puede ser aplicable cuando el arrendador se hace cargo de la explotación de la empresa arrendada después de que el juez haya resuelto el contrato de arrendamiento por causa de incumplimiento. Véase la sentencia de 5 de mayo de 1988, Berg, citada en la nota 16, apartado 19.

23 — Sentencia de 10 de febrero de 1988, Tellerup, «Daddy's Dance Hall» (324/86, Rec. p. 739), apartado 10. En la sentencia Liikenne el Tribunal de Justicia no excluyó la aplicación de la Directiva a la asunción por parte de una empresa, de la explotación de líneas locales regulares de autobuses que anteriormente había realizado otra empresa, pero que fue transmitida por un procedimiento de licitación organizado de conformidad con la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1). El Tribunal de Justicia declaró que existen relaciones contractuales según la «doctrina de las dos fases» cuando una persona jurídica de Derecho público concede sucesivamente a dos empresas un contrato público para la explotación. Sentencia Liikenne, citada en la nota 13, apartados 28 a 30.

acuerdo la transferencia de pacientes, el inmueble, conocimientos y recursos. [24] En el caso en que se resolvió la concesión de ventas de vehículos de motor y se otorgó una nueva concesión a otra empresa, el Tribunal de Justicia declaró que la circunstancia de que entre el accionista principal de la antigua empresa y el nuevo concesionario se había celebrado un «convenio y garantía» con un régimen para soportar los gastos correspondientes a la transferencia del personal, era como una confirmación de la existencia de una cesión contractual con arreglo a la Directiva. [25]

49. En la sentencia Süzen el Tribunal de Justicia consideró que la inexistencia de un vínculo contractual directo entre los dos empresarios a los que se habían encomendado sucesivamente los trabajos de limpieza de un establecimiento de enseñanza no puede revestir una importancia decisiva a efectos de la aplicación de la Directiva. [26] Sin embargo, el Tribunal de Justicia mantuvo al mismo tiempo la exigencia de que, en el marco de relaciones contractuales, debe producirse un cambio en la explotación de la empresa. [27]

50. Por otra parte, abandonar totalmente la exigencia de relaciones contractuales entre el cesionario y el cedente también iría *contra legem*. El texto de la Directiva menciona, en efecto, expresamente las relaciones contractuales en forma de contrato o fusión.

51. Junto al concepto de «contrato» en la jurisprudencia también se ha desarrollado el concepto de «empresa» en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva. El Tribunal de Justicia parte de la base de que la Directiva se puede aplicar cuando la transmisión se refiere a una entidad económica organizada de forma estable, cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra terminada. El concepto de «entidad» o unidad se remite a un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio. [28] Sólo puede haber transmisión cuando se conserva la identidad de semejante unidad económica. Sin embargo, puede conservarse la identidad cuando, por ejemplo, el domicilio social se traslada a otro municipio, el cedente cesa todas las actividades después de la cesión y se despide a una gran parte de los trabajadores. [29]

52. Tal interpretación amplia también ocupa un lugar preponderante en la sentencia Süzen, en la que el concepto de «unidad económica» es considerado con abstracción de la presencia de elementos del activo. En sectores en los que una entidad económica puede funcionar sin elementos significativos de activo material o inmaterial, el mantenimiento de la identidad de dicha entidad independientemente de la operación de que es objeto no puede, por definición, según razona el Tribunal de Justicia, depender de la cesión de tales elementos del activo. El Tribunal de Justicia reconoce que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, como el sector de la limpieza, un conjunto de

24 — Sentencia de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189), apartado 27.

25 — Sentencia Merckx y Neuhuys, citada en la nota 20, apartados 30 y 31.

26 — Citada en la nota 3, apartado 11.

27 — Citada en la nota 3, apartado 12.

28 — Reiterada jurisprudencia, véase la sentencia Liikenne, citada en la nota 13, apartado 31.

29 — Sentencia Merckx y Neuhuys, citada en la nota 20, apartados 20 a 26.

trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica. Por tanto, dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión, cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable. [30]

53. Este razonamiento expone los límites de lo que el Tribunal de Justicia considera admisible para que la Directiva pueda ser aplicable. Otras sentencias no van tan lejos. La perforación de galerías de minas [31] y la explotación de líneas de autobuses [32] no son actividades que descansan fundamentalmente en la mano de obra. En la sentencia Rygaard quedó claro que el hecho de hacerse cargo de dos aprendices, un trabajador y el material con el que la empresa había comenzado una obra determinada, para terminar dicha obra con autorización del comitente, no constituye una transmisión en el sentido de la Directiva. En dicho asunto, la empresa A había aceptado un encargo para ejecutar trabajos de carpintería para la empresa B. A continuación, la empresa A, con el consentimiento de la empresa B, dejó que la empresa C ejecutara una parte de la contrata. Según el Tribunal de Justicia, en tal caso no existe transmisión entre las empresas A y C, porque la cesión del trabajo no iba acompañada de la cesión de un conjunto organizado de elementos que permitieran la continuidad de las actividades o de algunas de las actividades de la empresa cedente de forma estable. [33]

54. En la sentencia Süzen se señaló inequívocamente que la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar no es suficiente para afirmar que existe transmisión de una entidad económica. En efecto, una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa. Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone. La simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por sí sola, según el Tribunal de Justicia, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la Directiva. [34]

55. Esta jurisprudencia relativa al objeto de la transmisión en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva, demuestra que el Tribunal de Justicia interpreta ampliamente el mantenimiento de la identidad de la unidad económica, pero la identidad debe tener, sin duda, cierto grado de organización y de estabilidad y no puede tomarla exclusivamente de una contrata de un solo cliente.

30 — Sentencias Süzen, apartados 18 y 21, y Hernández Vidal y otros, apartado 27, ambas citadas en la nota 3. En la sentencia Hidalgo y otros, pronunciada el mismo día que la sentencia Hernández Vidal y otros, el Tribunal de Justicia declaró que el sector de la seguridad constituye un sector económico que a menudo sólo entraña elementos de activo que se reducen a su mínima expresión y en el que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96, Rec. p. I-8237), apartado 26.

31 — Sentencia de 2 de diciembre de 1999, Allen y otros (C-234/98, Rec. p. I-8643), apartado 30.

32 — Sentencia Liikenne, citada en la nota 13, apartado 39.

33 — Sentencia Rygaard, citada en la nota 15, apartado 21.

34 — Sentencia Süzen, citada en la nota 3, apartados 15 y 16.

La aplicación de los criterios al presente caso

56. Volvamos al asunto que nos ocupa. El órgano jurisdiccional remitente ha señalado una serie de circunstancias particulares. Volkswagen había confiado en un primer momento la contrata de limpieza a BMV, que a continuación subcontrató dichos trabajos con GMC. No existía, pues, relación contractual directa entre GMC y Volkswagen y *a fortiori* tampoco entre GMC y el nuevo contratante Temco. Por otra parte, GMC tampoco transmitió a Temco ningún elemento del activo, cualquiera que fuera su naturaleza. Bien es cierto que Temco se hizo cargo de una parte del personal, pero esto se produjo después de que GMC hubiera despedido a los trabajadores, con excepción de los cuatro delegados sindicales. La toma a cargo del personal es consecuencia de las obligaciones que para Temco resultan de un convenio colectivo de trabajo. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente señala que GMC continuó existiendo incluso después de que BMV hubiera perdido la contrata con Volkswagen. [35]

57. Dado que se trata de trabajos de limpieza, siguiendo la jurisprudencia Süzen únicamente se podría examinar si Temco continuó en Volkswagen las actividades desarrolladas por BMV-GMC y si se hizo cargo de una parte esencial del personal que GMC había empleado para realizar los referidos trabajos de limpieza. Como he dicho antes, estimo que este examen es demasiado limitado. En la apreciación de las circunstancias de hecho que caracterizan la referida transacción, también se debe tener en cuenta, según la jurisprudencia antes reproducida, la naturaleza de la empresa de que se trate, [36] así como la naturaleza de la actividad económica ejercida. [37] A este respecto, propongo a la consideración del Tribunal de Justicia que tome un punto de referencia más amplio ponderando en su examen las circunstancias económicas en que tuvo lugar la transacción.

58. Sobre este particular, me resulta difícil concluir, sobre la base de los datos proporcionados por el Tribunal remitente y en consideración del contexto económico, que en el marco de *relaciones contractuales* la *identidad* de la empresa de limpieza se hubiera transmitido al nuevo contratante. Sólo cabe deducir que Temco se hizo cargo de una parte de la plantilla del personal de GMC para ejecutar el contrato que había celebrado con Volkswagen.

59. Para empezar, es evidente que el hecho de que Volkswagen concediera a un nuevo contratante una contrata para realizar trabajos de limpieza de instalaciones industriales no constituye una transmisión en el sentido del Derecho de sociedades. Sólo hay, en efecto, un contrato para realizar determinadas actividades económicas. A la

35 — Las partes han negado parcialmente y han completado parcialmente los hechos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente. Así, BMV y GMC constituirían *de facto* una misma empresa. Además, GMC no sería más que una sociedad instrumental que ya no tendría la intención de desarrollar actividades y cuya existencia se debe exclusivamente a los procesos pendientes. Asimismo, se han expresado dudas sobre la medida en que el convenio colectivo de trabajo de 5 de mayo de 1993 sirvió como única razón para la transferencia de los cuarenta y dos miembros del personal. Temco no habría podido ejecutar el contrato con Volkswagen sin el personal especializado de GMC. Incumbe al tribunal remitente verificar estas afirmaciones. En estas conclusiones me ciño en la medida de lo posible a la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente en la motivación de la petición de decisión prejudicial.

36 — Sentencia Spijkers, citada en la nota 13; véase el punto 44 de estas conclusiones.

37 — Sentencia Süzen, citada en la nota 3; véase el punto 52 de estas conclusiones.

luz de los fundamentos de Derecho de la sentencia Süzen,[38] antes mencionados, el dato de que BMV perdió en favor de Temco la contrata de Volkswagen para la prestación de servicios de limpieza tampoco revela que hubiera transmisión de una empresa en el sentido de la Directiva.

60. Según pienso, lógicamente tampoco se puede hablar de una «transmisión de empresa como consecuencia de una cesión contractual o de una fusión» tomando simplemente como base la circunstancia de que en la contratación de servicios el nuevo adjudicatario de la contrata se haga cargo «de una parte esencial» del personal del antiguo adjudicatario. Poco importa que esta toma a cargo del personal se produzca voluntariamente, por ejemplo, porque el nuevo adjudicatario necesita el *knowhow* de los miembros del personal para ejecutar la contrata de prestación de servicios, o involuntariamente, por ejemplo, porque se lo imponga un convenio colectivo de trabajo.

61. Por lo que se refiere a la exigencia de las relaciones contractuales, no hay vínculo real alguno entre BMV-GMC y Temco, aparte del dato de que sucedieron como prestador de servicios para Volkswagen.[39] Temco se hizo cargo de una parte del personal *después de que* GMC ya hubiera despedido a su personal de forma conforme a Derecho. GMC ha declarado que en el momento en que solicitó autorización para despedir a los setenta y seis trabajadores todavía no estaba al corriente de la identidad del nuevo adjudicatario de la contrata. De los hechos relatados por el Tribunal remitente se desprende que el despido ya había sido autorizado el 30 de noviembre de 1994 por la Oficina Regional de Empleo de Bruselas, mientras que Volkswagen adjudicó la contrata a Temco en diciembre de 1994. No consta que se hubiera realizado una operación artificial entre GMC, BMV y Temco, para, por ejemplo, eludir la aplicación de la Directiva. En mi opinión, tampoco cabe hablar de una relación contractual, aunque sea indirecta. El razonamiento «en dos fases», aplicado por el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia, según el cual no es necesaria una relación contractual directa entre el cedente y el cesionario parte asimismo de la base de que existe cierta relación y mediación de la empresa «intermediaria».[40] Sin embargo, no consta que Volkswagen, como adjudicador de servicios, hubiera intervenido activamente en la relación entre el antiguo y el nuevo adjudicatario de la contrata.

62. Por otra parte, tampoco se conserva la identidad de la empresa. Dicha identidad no se puede inferir de la continuación de las mismas actividades, en el caso de autos, los trabajos de limpieza de instalaciones industriales, porque esta continuación es inherente al cambio de adjudicatario en el marco de las contratas de servicios.

63. En mi opinión, semejante entidad tampoco conserva su identidad, cuando el nuevo empresario no sólo continúa la referida actividad, sino también se hace

38 — Véase el punto 54 de estas conclusiones.

39 — Hubo ciertamente algún contacto entre el antiguo y el nuevo prestador de servicios. Consta en autos una copia de una carta, fechada el 14 de diciembre de 1994, de Volkswagen a Weisspunkt, cuyos elementos del activo y del pasivo había adquirido BMV, en la que se pone en conocimiento de esta empresa que Euroclean, que pertenece al grupo Temco, se iba a hacer cargo de las actividades de limpieza de las instalaciones industriales de Volkswagen. También consta en autos que GMC y Temco mantuvieron correspondencia en relación con el suministro de información al que se refiere el artículo 3 del convenio colectivo de trabajo de 5 de mayo de 1993.

40 — En el mismo sentido, el Abogado General Sr. La Pergola en sus conclusiones en el asunto Süzen, citado en la nota 3, punto 7.

cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencia, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. [41] Dado que los trabajadores despedidos por GMC tenían manifiestamente un conocimiento específico de las actividades en Volkswagen, [42] desde el punto de vista del mercado es absolutamente normal que Temco ofreciera un contrato a una parte del personal despedido. Estimo que la mera toma a cargo de una parte esencial del personal por el nuevo adjudicatario de la contrata en un mercado dinámico no guarda relación alguna con la identidad de una empresa y, en consecuencia, tampoco puede ser lógico. En tal caso, el nuevo empresario no adquiere el conjunto organizado de elementos con los que pueda continuar de forma estable las actividades o determinadas actividades de la empresa cedente. [43] Aunque las actividades realizadas descansan fundamentalmente en la mano de obra, la identidad de una empresa no se puede deducir solamente del número y de las competencias del personal que se ha tomado a cargo. Para determinar la identidad, también se deben tener en cuenta otros elementos que afectan al personal, como el marco de actuación, la organización del trabajo, el reparto de tareas y los sistemas de formación, remuneración y promoción. Cuando en el marco de la contratación de servicios, como consecuencia del cambio de contratas para la ejecución de dicho contrato específico, se toma a cargo una parte del personal, debido al carácter, por definición, temporal del contrato tampoco cabe hablar de una continuación duradera de la actividad de que se trate.

64. Sobre la base de cuanto precede, también opino que en el presente caso la Directiva no es aplicable. No se cumple el requisito de que en el marco de relaciones contractuales se mantenga la identidad de la empresa.

65. Ésta es también, así lo pienso, una conclusión justificada.

66. Antes que nada, otro planteamiento conduce al resultado paradógico de que la Directiva, que tiene por finalidad la protección de *todos* los trabajadores en caso de transmisiones de empresas, ya sería aplicable a la contratación de servicios si se tomara a cargo *una parte* de los trabajadores para realizar un lote de trabajo similar. Sería aún menos comprensible si la toma a cargo del personal por el nuevo contratista no se produjera voluntariamente, sino sobre la base de obligaciones que resultan de un convenio colectivo de trabajo. En tal caso, en efecto, la transmisión de una empresa es dictada por el convenio colectivo de trabajo.

67. En segundo lugar, no se explica por qué, en caso de que un prestador de servicios pierda una contrata por consideraciones económicas debido a que otra empresa ofrece mejores condiciones, el nuevo prestador de servicios deba conservar de pleno derecho la totalidad del personal de la empresa que ha perdido la contrata por la casual circunstancia de que la actividad económica descanse fundamentalmente en la mano de obra. Una consecuencia curiosa sería, por ejemplo, que en caso de cambio de restaurador en la cantina de una empresa como consecuencia del mal servicio ofrecido por el personal, el nuevo adjudicatario de la contrata se viera con-

41 — Sentencia Süzen, citada en la nota 3, apartado 21.

42 — Tal como alegó en la vista el representante de A. Afia-Aroussi y K. Lakhdar.

43 — Sentencia Rygaard, citada en la nota 33, apartado 21.

frontado con el personal con el que el arrendatario de servicios no estaba satisfecho. Desde el punto de vista del mercado, sería injustificada una concepción demasiado amplia y podría dar lugar a consecuencias enormes e imprevisibles en una realidad económica dinámica. Si se estiran aún más los criterios de aplicación de la Directiva, ello dará lugar inevitablemente a arbitrariedad e inseguridad jurídica en dichos mercados.

68. En tercer lugar, la Directiva se propone la protección del personal «existente», pero como se ha dicho antes, en el caso de la contratación de servicios, estimo que se trata primordialmente del cambio de contratas con una duración pasajera y no de la transmisión duradera de una empresa, incluido el personal presente en la misma. En el presente caso, la toma a cargo de toda la plantilla del personal con mantenimiento de los derechos de los trabajadores que resultan del convenio colectivo de trabajo con GMC, puede dar lugar a discriminación de los trabajadores de Temco. No está excluido que Temco posea personal más motivado y cualificado que, como consecuencia de la aplicación de la Directiva, quedaría excluido para trabajar en Volkswagen. Para Temco, Volkswagen no era más que uno de los muchos arrendatarios de servicios. Además, se priva a Temco de la posibilidad de buscar otro personal en el mercado laboral. De este modo, la protección de los trabajadores existentes en la empresa da lugar a una innegable postergación de los trabajadores que ingresan en el mercado.

B. *La protección de la Directiva*

69. Si el Tribunal de Justicia decide que en el presente caso no existe transmisión de una empresa, no procede responder a la segunda cuestión. Trataré brevemente esta cuestión por si el Tribunal de Justicia opina de otro modo.

70. Mediante la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que se dilucide si la Directiva se opone a que GMC, en calidad de cedente en caso de transmisión, puede no obstante continuar empleando a algunos trabajadores. En el litigio principal se produjeron tensiones porque, en relación con la protección del despido según el Derecho nacional, no se había autorizado a GMC a despedir a los cuatro delegados sindicales. Por eso, los cuatro delegados sindicales no habrían podido o difícilmente habrían podido ejercitar sus derechos con arreglo a la Directiva. De hecho, esta cuestión se reduce a saber si los cuatro trabajadores pueden invocar frente a Temco la protección que ofrece el artículo 3, apartado 1, de la Directiva, si como consecuencia de la protección contra el despido no han renunciado a una relación laboral con GMC y tampoco han sido despedidos por el cesionario.

71. Por tanto, a efectos de interpretación de la Directiva hay que examinar cuál es el significado de la normativa nacional de que se trata en relación con los actos de los referidos trabajadores.

72. La Directiva pretende proteger a los trabajadores, haciendo que en caso de transmisión éstos puedan, de pleno dere-

cho, pasar al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones laborales que habían pactado con el cedente. Las normas de la Directiva tienen, según el Tribunal de Justicia, tal carácter imperativo que no pueden establecerse excepciones en perjuicio de los trabajadores. De este modo, la transferencia de los contratos de trabajo no puede quedar supeditada a la voluntad del cedente o del cesionario. [44] Tampoco pueden disponer, de común acuerdo, en qué momento se transmite al cesionario la responsabilidad frente a las obligaciones que resultan de las relaciones laborales, porque las obligaciones se transfieren de pleno derecho al cesionario desde la fecha de la transmisión de la empresa. [45]

73. De esto se infiere que GMC, en su condición de cedente, no puede conculcar los derechos de los referidos trabajadores manteniéndolos en servicio. Pienso que no es decisiva la circunstancia de que GMC estuviera obligada a ello por el Derecho nacional. El Derecho nacional no puede, en efecto, con arreglo a la Directiva, ser interpretado en perjuicio de estos trabajadores. La jurisprudencia anteriormente mencionada se opone a semejante interpretación, que, además, menoscaba el efecto útil de la Directiva.

74. Sin embargo, el carácter imperativo del artículo 3, apartado 1, de la Directiva está limitado por el derecho que tiene el trabajador a la libre elección de trabajo. El Tribunal de Justicia ha declarado que la protección perseguida por la Directiva no es necesaria cuando el propio trabajador afectado, después de la transmisión de la empresa, no continúa voluntariamente su relación laboral con el nuevo empresario. [46] En tal caso, corresponde a los Estados miembros determinar el destino reservado al contrato de trabajo o a la relación laboral. El Derecho nacional puede prever, por ejemplo, que el contrato de trabajo se mantenga en vigor con el transmitente. [47]

75. En el caso de autos, existen discrepancias sobre si los cuatro delegados sindicales renunciaron voluntariamente a pasar al servicio de Temco. La Cour du Travail menciona en la resolución de remisión que los cuatro delegados sindicales, en el período hasta que fueron despedidos por GMC en diciembre de 1995, nunca habían pretendido haber pasado a ser empleados de Temco. Dado que creían disponer de una protección especial contra el despido, hasta el momento de ser despedidos manifestaron por su comportamiento que seguían formando parte del personal de CMC.

76. Sin embargo, GMC-BMV y los cuatro delegados sindicales niegan estas afirmaciones. Alegan que en el período comprendido entre el 9 de enero de 1995 y el 11 de diciembre de 1995 los cuatro delegados sindicales todavía figuraban en la nómina y que una parte de su salario les era pagada por GMC, sin prestar trabajo alguno por ello, pero que el motivo de esta actitud era la negativa de Temco a hacerse cargo de ellos. Por ello, no hubo renuncia voluntaria alguna a pasar a la otra empresa.

44 — Véase la sentencia de 14 de noviembre de 1996, Rotsart de Hertaing (C-305/94, Rec. p. I-5927), apartados 16 a 20.

45 — Sentencia Rotsart de Hertaing, citada en la nota 44, apartado 24.

46 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. p. 2639), apartado 16.

47 — 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), apartados 35 y 36.

77. Las observaciones presentadas y las aclaraciones de las partes en la vista no permiten determinar debidamente si los cuatro delegados sindicales renunciaron voluntariamente, por su comportamiento, a sus presuntos derechos con arreglo a la Directiva. Por tanto, hay que dejar al órgano jurisdiccional nacional, a la luz de las circunstancias de hecho, que pronuncie un juicio definitivo. Dicho órgano jurisdiccional ha de tener en cuenta que los delegados sindicales gozan de una protección especial basada en el Derecho nacional que puede explicar que dichos delegados mostraran cierta reserva a pasar al servicio de Temco. Habida cuenta de que, conforme a Derecho, las obligaciones se transmiten al cesionario en el momento de la transmisión, me parece que el órgano jurisdiccional nacional debe partir del comportamiento de los referidos trabajadores en el período en que tuvo lugar la transmisión, es decir, alrededor del 9 de enero de 1995. El principio de seguridad jurídica en relación con el cesionario y el cedente también obliga a ello.

VI. Conclusión

78. Basándome en cuanto precede, propongo a la consideración del Tribunal de Justicia que responda de la siguiente forma a las cuestiones planteadas por la Cour du Travail de Bruxelles:

«1) El artículo 1, apartado 1, 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, no se aplica cuando una empresa A, tras adjudicar los trabajos de limpieza de sus instalaciones industriales a una empresa B, ve cómo esta última confía dichos trabajos a una empresa C, que despide a todo su personal, excepto a cuatro personas, al perder la empresa B el contrato; y a continuación la empresa D, a la que la empresa A adjudica el contrato, emplea a una parte del personal de la empresa C en virtud de un convenio colectivo de trabajo, pero no recibe ningún elemento del activo de esta última, que continúa existiendo y tratando de realizar su objeto social.

2) No procede responder a la segunda cuestión.»