CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. ANTONIO LA PERGOLA

presentadas el 15 de octubre de 1996 *

I — Introducción

1. Con las cuestiones prejudiciales objeto del presente asunto se 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 (léase transmisiones) de empresas, de centros de actividad o de partes de centro de actividad [1] (en lo sucesivo, «Directiva»), y que determine, en particular, si la resolución de una contrata de servicios de limpieza con una empresa y el hecho de encomendársela posteriormente a otra empresa reúne los requisitos de la «transmisión de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad» como consecuencia de «cesión contractual» en el sentido de la Directiva antes mencionada.

II — Los antecedentes de hecho

2. La Sra. Ayse Süzen, demandante en el procedimiento principal trabajó como limpiadora para la sociedad demandada desde abril de 1987, ocupándose de la limpieza del Aloisiuskolleg GmbH, colegio privado administrado por religiosos, de Bonn-Bad Godesberg, tras haberse encomendado a la propia demandada la contrata del servicio de limpieza de los locales.

Mediante carta de 15 de febrero de 1994 la demandada comunicó a la demandante que la contrata de que se trata terminaría previsiblemente el 30 de junio de 1994 y que, por ello, se veía obligada a resolver la relación laboral con la demandante a partir del 30 de junio de 1994, respetando el plazo de preaviso legal para el despido. En cualquier caso, en dicha carta la sociedad demandada propuso a la demandante continuar la relación laboral en el caso de que nuevamente le fuera encomendada la contrata del servicio de limpieza.

La contrata de la demandada con el Aloisiuskolleg fue efectivamente resuelta con efectos de 30 de junio de 1994. Posteriormente el Aloisiuskolleg encomendó la contrata a Lefarth GmbH, parte coadyuvante en el litigio principal en apoyo de la demandada, a partir del 1 de agosto de 1994. Por lo tanto, la demandante citó a la demandada ante el Juez *a quo* para que éste declarase la nulidad del despido por incumplimiento del plazo de preaviso legal.

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 61, p. 26; EE 05/02, p. 122.

3. Para poder resolver acerca de la legalidad del despido de la demandante, según el Juez remitente, es preciso, ante todo, determinar si en la resolución de la contrata objeto de examen frente a la sociedad demandada y en su posterior adjudicación a la sociedad coadyuvante puede reconocerse una transmisión de centro de actividad o de parte de centro de actividad en el sentido de la Directiva. Si se llegara a semejante conclusión, prosigue el Juez remitente, la relación laboral de la demandante se mantendría inalterada con la sociedad coadyuvante en el procedimiento principal. Por ello, el Juez *a quo* consideró que debía plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Teniendo en cuenta las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia el 14 de abril de 1994, Christel Schmidt (C-392/92, Rec. p. I-1311) y el 19 de mayo de 1992, Dr. Sophie Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189), ¿se aplica también la Directiva 77/187/CEE cuando una empresa resuelve la contrata celebrada con una empresa externa para cederla a continuación a otra empresa externa?

2) ¿Existe también cesión contractual en el sentido de la Directiva, en un supuesto como el que se describe en la primera cuestión, cuando no se ha cedido ningún medio de producción material o inmaterial?»

III — La normativa comunitaria pertinente

El apartado 1 del artículo 1 de la Directiva establece:

«1. 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.»

El párrafo primero del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva establece:

«1. El traspaso (léase 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.»

IV — Examen del litigio

4. Las cuestiones planteadas por el Juez remitente hacen que el Tribunal de Justicia deba elegir entre dos alternativas teóricamente posibles. Por un lado, como explicaré más detenidamente, puede considerarse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia lleva a reconocer una transmisión de empresa en los antecedentes de hecho del presente litigio. De ser así, el caso de autos estaría comprendido sin más entre los regulados por la Directiva. Por otra parte, el presente asunto nos da la ocasión para reflexionar sobre los criterios adoptados en las sentencias recaídas sobre la materia. En efecto, debe precisarse el concepto de transmisión de empresa que encontramos en la Directiva. El intérprete del Derecho comunitario, está llamado, ciertamente, a definir dichos conceptos como exige el sistema y, en particular, las disposiciones de la Directiva adoptada para proteger a los trabajadores evitando que la transmisión constituya, por sí misma, una causa de despido por parte del cedente o del cesionario. La transmisión de la empresa o del centro de actividad es un negocio jurídico cuyo contenido típico el legislador comunitario no ha previsto expresa sino tácitamente. Ahora bien, el Tribunal de Justicia ha advertido repetidamente que la figura de la transmisión de empresas a que se refiere la Directiva no puede «determinarse basándose exclusivamente en la interpretación literal, debido a [...] las divergencias entre las legislaciones nacionales en el concepto de cesión contractual». [2] No obstante, el hecho de que el concepto de transmisión de empresa varíe de un ordenamiento jurídico nacional a otro, y de que, por su parte, el Derecho comunitario no se haya remitido a ninguno de tales ordenamientos jurídicos para definir dicho concepto no impide, a mi juicio, que la Directiva haya utilizado siempre el concepto objeto de examen en un sentido técnico preciso. Al igual, por lo demás que el otro concepto que, junto al de cesión, menciona el texto de la disposición, es decir, el de fusión. Por lo tanto, el intérprete se encuentra ante la tarea de precisar, al menos, el contenido esencial y mínimo del concepto de transmisión de empresa por cesión. Se trata de la cuestión preliminar y, a mi juicio, sobre ella debe articularse la solución del asunto.

5. Si se repasa la jurisprudencia, resulta evidente que el Tribunal de Justicia se ha preocupado de considerar la transferencia de empresas, de centros de actividad o de partes de éstos, de una manera poco formalista, evitando establecer una definición de transferencia mediante criterios rígidos. Más bien se aprecia la tendencia a analizar el concepto objeto de examen y a delimitarlo progresivamente con arreglo a las peculiaridades del caso concreto. Mediante esta actividad hermenéutica el Tribunal de Justicia pretende asegurar la base más amplia posible para la valoración de cada caso concreto, sin olvidar elementos útiles para la correcta calificación del negocio a través del cual se produce la transferencia, y que la mayoría de las veces, debe recordarse, es un negocio complejo. El Tribunal de Justicia se ha limitado frecuentemente a indicar los criterios que el Juez nacional deberá utilizar para que el asunto concreto encaje en una u otra de las situaciones relevantes para el Derecho comunitario. Desde el mismo punto de vista el Tribunal de Justicia deja al mismo Juez, *dominus litis* en el procedimiento prejudicial, la tarea de realizar dicho examen, reconociendo que este último posee los datos pertinentes para la exacta reconstrucción de los antecedentes de hecho en que se basa el negocio.

2 — Sentencias de 7 de febrero de 1985, Abels (135/83, Rec. p. 469), y de 19 de mayo de 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. p. I-3189).

Los criterios anteriormente aludidos se exponen sobre todo en la sentencia Spijkers, [3] según la cual deberá tomarse en consideración el «conjunto de circunstancias de hecho que caracterizan la operación». La jurisprudencia posterior sigue reiteradamente esta dirección. [4]

6. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia [5] se desprende asimismo que un servicio accesorio de una empresa, cuando la correspondiente prestación se encomienda a una entidad tercera, adquiere su propio contenido económico y funcional autónomo; y la actividad calificada de este modo se subsume en la categoría pertinente en el sentido de la Directiva. En la sentencia Schmidt, [6] citada, por lo demás, expresamente por el Juez remitente en su petición de decisión prejudicial, se llega incluso a reconocer dicha naturaleza a la actividad desarrollada por único trabajador.

Otro dato de las sentencias pronunciadas por el Tribunal de Justicia en esta materia lo constituye la irrelevancia de la forma de cesión con la que se realiza la transmisión. Más concretamente, se ha considerado que no influye la circunstancia de que la transmisión de la empresa o de parte de ésta se produzca directamente entre dos sujetos, cedente y cesionario, o que la transferencia de titularidad, que puede llevarse a cabo mediante distintos mecanismos contractuales, se efectúe sólo indirectamente, dando paso a un negocio trilateral. Son ejemplos de esta interpretación amplia del Tribunal de Justicia las sentencias Daddy's Dance Hall, [7] Bork y otros, [8] Redmond Sitchting [9] y Merckx y Neuhuys. [10]

7. Como se ha indicado anteriormente, los criterios expuestos por el Tribunal de Justicia en otros asuntos, particularmente en la sentencia Schmidt, pueden ser utilizados para considerar que el presente asunto es análogo a los resueltos anteriormente y que está comprendido en el ámbito de aplicación de las disposiciones de la Directiva. Sería una fácil solución. Sin embargo, debo señalar que, por diversas razones, no me convence. Encomendar servicios (cualquiera que sea su naturaleza) que la empresa necesita a otra entidad es una elección que se efectúa en régimen de economía de mercado, que garantiza la competencia de más candidatos. No veo cómo puede justificarse que la empresa que presta el servicio esté obligada a mantener también al personal de la empresa que anteriormente prestaba los mismos servicios, pero que ha sido excluida, o que, por cualquier razón, no haya resultado vencedora en el concurso celebrado.

Aparte lo anterior, en el caso de autos se no existe relación ninguna entre las dos empresas que se han sucedido en la prestación del

3 — Sentencia de 18 de marzo de 1986 (24/85, Rec. p. 1119), apartado 13.

4 — Sentencia Redmond Stichting, antes citada, y sentencia de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen (C-209/91, Rec. p. I-5755).

5 — Sentencia Watson Rask y Christensen, antes citada.

6 — Sentencia de 14 de abril de 1994 (C-392/92, Rec. p. I-1311).

7 — Sentencia de 10 de febrero de 1988 (C-324/86, Rec. p. 739).

8 — Sentencia de 15 de junio de 1988 (101/87, Rec. p. 3057).

9 — Sentencia Redmond Stichting citada en la nota 2.

10 — Sentencia de 7 de marzo de 1996 (asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94, Rec. p. I-1253).

servicio. El único elemento que, de algún modo, podría resultar común a ambas lo constituye precisa y únicamente la presencia de la misma entidad destinataria del servicio. [11] Sin embargo, considero que ello no basta para asimilar el presente litigio los anteriormente examinados por el Tribunal de Justicia en los asuntos Daddy's Dance Hall, Schmidt y Merckx. Debe observarse, y, por lo demás, así lo ha señalado la parte demandada en el presente asunto, que en los asuntos que anteriormente resolvió el Tribunal de Justicia existía siempre una relación con una entidad de la cual, en realidad, dependían las empresas entre las que se consideró que tenía lugar la transmisión. Así ocurrió, por ejemplo, también en el citado asunto Redmond Stichting: dos fundaciones obtenían sus recursos económicos del Estado (*rectius*, el ayuntamiento de Groninga), del que, por tanto, dependía su existencia, y que condicionaba su comportamiento. Por consiguiente, se pudo considerar, aunque implícitamente, que en dicho caso las cesiones se realizaron a causa de la unidad de intereses y de que había una única voluntad, de hecho, la del Estado, del que las fundaciones obtenían sus medios de subsistencia. Ambas fundaciones cooperaban entre sí en el marco de la dependencia común de la autoridad pública y, en realidad, habían celebrado un acuerdo para la transferencia de conocimientos y recursos.

Ahora bien, en el presente asunto es evidente que falta dicho elemento voluntarista que caracteriza la transmisión de empresas o de centros de actividad, tanto si se manifiesta en forma consensual en el caso de cesión como si tiene lugar mediante fusión.

11 — Véase al respecto la solución que dio el Tribunal de Justicia en la sentencia de 19 de septiembre de 1995, Rygaard (C-48/94, Rec. p. I-2745) a un asunto muy similar al que es objeto de examen.

8. No obstante, un aspecto básico del presente asunto, relacionado con la segunda cuestión planteada por el Juez *a quo* requiere aún algunas consideraciones; se trata, precisamente, del relativo al propio concepto de cesión de empresas, de centros de actividad o de partes de éstos. Como hemos visto, el Tribunal de Justicia interpreta dicho concepto en sentido amplio y, por otra parte, considera que las peculiaridades de la transmisión deben determinarse en cada caso. Es un punto de vista que permite la necesaria flexibilidad de criterios frente a las diversas situaciones que pueden producirse en el contexto de la economía comunitaria. No obstante, la ventaja de esta solución no impide que, como se ha señalado, sea siempre necesario especificar el contenido *esencial* de la transmisión de empresa. Debe aclararse a qué requisito indispensable está supeditada la aplicación de la Directiva. Pues bien, no considero que el criterio establecido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Spijkers fijara claramente la distinción entre el caso de que se transfiera la empresa o el centro de actividad y aquel en el que no concurren los requisitos de semejante negocio.

9. Por ello considero que la transferencia de empresa debe más bien definirse y caracterizarse en relación con otras situaciones no previstas por la Directiva. Por lo demás, el presente asunto es representativo de la necesidad que existe de delimitar claramente el concepto que nos ocupa. Una cosa es resolver una contrata de servicios con una empresa y encomendársela a continuación a

otra empresa, como ocurre en el caso de autos, y otra distinta es la transmisión.

La característica mínima esencial de esta última figura —y en ello estoy de acuerdo con las alegaciones de los Gobiernos británico, francés y alemán, así como con la parte demandada en el procedimiento principal— debe consistir en la *efectiva* transferencia de bienes materiales o inmateriales, siempre, por supuesto, sobre la base *voluntarista* de la relación que debe existir entre cedente y cesionario. Otro criterio, como sería el de la mera prosecución de la actividad anteriormente desarrollada por otra empresa, sin que tenga lugar la transferencia de bienes o derechos, no ofrece suficientes garantías para distinguir un caso de otro. [12] En cambio, es cierto lo contrario: el paso de un sujeto a otro de bienes materiales o inmateriales junto con la continuación de la actividad de que se trate puede constituir por sí mismo el elemento decisivo para reconocer que se dan los presupuestos para la aplicación de la Directiva.

A mi entender, el hecho de que las empresas que prestan servicios como los considerados se caractericen por operar con un inmovilizado muy reducido no invalida en modo alguno la conclusión a que he llegado. De cualquier modo, la cesión de derechos y de bienes que contribuyen a formar y a identificar la empresa, aunque sea de un importe mínimo, se da igualmente en el caso de transmisión de empresas o de centros de actividad que operan en el sector de los servicios.

10. Una última consideración sobre el elemento relativo el mantenimiento del personal por la nueva empresa. No cabe duda de que el fin que la Directiva pretende alcanzar es la tutela del mantenimiento del puesto de trabajo en los supuestos que prevé. Ahora bien, a mi juicio, la circunstancia de que la mayor parte de los trabajadores que se dedican a una actividad específica hayan sido posteriormente empleados, con sus tareas correspondientes, por otra empresa, no constituye el criterio determinante, el «controlling test» para considerar que la actividad de que se trate reúne las características de autonomía organizativa que distinguen el concepto de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad. Es una circunstancia que, por sí sola no permite afirmar que se da la transmisión de empresa, con el resultado necesario de dejar intacto el contrato de trabajo del personal que no pasa a trabajar para la empresa que se hace cargo de la actividad o del servicio de que se trate. En su caso, como ya ha afirmado en otras ocasiones el Tribunal de Justicia, [13] el hecho de que el núcleo esencial del personal pase a trabajar para esta última empresa sólo puede representar un elemento de valoración que habrá que tener en cuenta junto con los demás criterios definidos por la jurisprudencia para apreciar si prosigue o no la actividad. Unicamente en el caso de que continúe la actividad y, al mismo tiempo, una empresa haya cedido a la otra bienes inmateriales y materiales existirá transmisión de empresa, de centro de actividad o de parte de centro de actividad con arreglo a la Directiva.

12 — Sentencia Rygaard, citada en la nota 11.

13 — Sentencias Spijkers, citada en la nota 3, y Watson Rask y Christensen, citada en la nota 4.

V — Conclusión

11. En consecuencia, a la luz de las anteriores consideraciones propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas por el Arbeitsgericht Bonn:

«A falta de otros elementos que puedan calificar la situación de distinta forma, no está comprendido en 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 centro de actividad el hecho de resolver una contrata de servicios de limpieza con una empresa y encomendar a otra empresa la misma contrata de servicios.»