

**SOBRE LA REVISIÓN DEL CONCEPTO DE TRANSMISIÓN DE
EMPRESA**

*STS (Sala de lo Social), de 21 junio de 2002. RJ 2002\7610. Recurso de casación
para la unificación de doctrina núm. 1448/2001*

TOMÁS GÓMEZ ÁLVAREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Sustitución de empresas contratistas de servicios. Prestación del servicio de asistencia en tierra a las aeronaves y pasajeros (handling) en el aeropuerto de Gran Canaria. En el pliego de condiciones para la explotación de dicho servicio se establece que en el supuesto de entrada de un nuevo adjudicatario, éste se haría cargo de la plantilla del primitivo adjudicatario. Una vez producida la entrada del nuevo contratista, ésta llega a un acuerdo con la representación de la plantilla del anterior contratista para realizar un listado del personal que se incorpora al nuevo empresario. Finalmente se decide que el personal con menor antigüedad pase a prestar servicio con el nuevo adjudicatario. Una trabajadora que se ve obligada al paso con el nuevo empresario recurre contra tal transferencia obligatoria, considerando que no es de aplicación el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) y que era necesario que se contase con su consentimiento expreso, no bastando con la existencia de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

RESUMEN: Para que se produzca una transmisión de empresa y sea de aplicación el mecanismo de subrogación obligatoria del art. 44 ET es preciso que se transmitan, siempre y en todo caso, los elementos materiales que conforman la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma.

La obligación de subrogación obligatoria del nuevo empresario recogida en un pliego de condiciones carece de valor siempre que no se transmitan los elementos materiales que conforman la empresa, el centro de trabajo o la unidad productiva autónoma. Es necesaria la transmisión de elementos materiales.

En defecto de transmisión de los elementos materiales necesarios, la subrogación producida en tales supuestos no es automática conforme al art. 44 ET, sino que es una novación contractual civil, a la que es de aplicación los arts. 1091, 1205 y 1257 del Código Civil (CC, en adelante), requiriendo el consentimiento de los trabajadores. Este consentimiento deberá ser individual por parte de cada trabajador, no bastando con un acuerdo de empresa entre el empresario y los representantes de los trabajadores.

* Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla.

ÍNDICE

1. El concepto de transmisión de empresa en derecho español
2. Análisis de las Sentencias del Tribunal Supremo: 2.1. La posición inicial del Tribunal Supremo. 2.2. La aparición de nuevos criterios. 2.3. La confirmación de la modificación de la posición del Tribunal Supremo. a) Supuesto de hecho. b) La revisión del concepto de transmisión. c) La nueva vía jurídica. d) El consentimiento de los trabajadores. e) Efectos de la falta de consentimiento
3. Conclusiones

1. EL CONCEPTO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESA EN DERECHO ESPAÑOL

Nos encontramos en este punto ante una materia que ha sufrido gran número de variaciones desde su inclusión en el ET de 1980 en el art. 44 del mismo.

Variaciones que no se han producido realmente desde el punto de vista de su contenido normativo, sino desde el punto de vista de la interpretación jurisprudencial. Esta variación del contenido jurisprudencial ha sido consecuencia de la gran inseguridad jurídica causada a nivel comunitario respecto de la interpretación del texto de la Directiva 77/187, actualmente Directiva 2001/23.

En ella se establece, en grandes líneas un régimen jurídico que se encarga de garantizar a los trabajadores que, en el supuesto en que se produzca un cambio en la titularidad de la empresa, el nuevo empresario deberá mantener los derechos que los trabajadores ostentaban frente al anterior empresario.

El régimen jurídico del mantenimiento de las condiciones de trabajo en los supuestos de transmisión de empresa regulado en el art. 44 ET tiene como punto de partida la existencia, lógica, de una transmisión de empresa. Tal como se encarga de establecer la versión “modificada”, o más bien “actualizada” del art. 44 ET¹, “se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”. Tal como ha establecido el Tribunal Supremo (TS, en adelante), “es requisito esencial en la sucesión de empresas que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación. Transmisión que puede afectar a la empresa, centro de trabajo o unidad productiva”².

A priori, parece bastante claro qué es una transmisión de empresas y qué no. Sin embargo, esta aparente claridad es algo ilusoria. Así, el TS ha tenido que pronunciarse en repetidas ocasiones para determinar en cada supuesto concreto dónde se encontraba ante un supuesto de transmisión de empresa al que aplicar el art. 44 ET y donde no era de aplicación dicho mecanismo subrogatorio. Esta indefinición también afectó al texto comunitario.

¹ Consecuencia de la modificación llevada a cabo por la Ley 12/2001, de 9 de Julio. Tiene como causa el adecuar el contenido del régimen jurídico vigente en España a las modificaciones llevadas a cabo en la Directiva 77/187 por la 98/50 y la 2001/23.

² SSTs 22-5-2000. (RJ 4624/00). UD; 12-4-2000 (RJ 3951/00).UD; y 11-4-2000 (RJ 3946/00). UD, entre otras.

Así, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo y tiene aún que realizar una ardua labor de interpretación para determinar los casos en los que es de aplicación el concepto de transmisión de empresa³.

Sin embargo, y tal como veremos a continuación, la situación de equilibrio a la que se había llegado y que otorgaba un grado de seguridad jurídica bastante considerable, se ha visto afectado; se ha realizado una modificación de gran importancia que, en nuestra opinión, más que otorgar seguridad en los mercados va a generar más inseguridad jurídica, lo que se materializará en un aumento de las reclamaciones judiciales. Analizaremos a continuación cual es la modificación que se ha producido.

2. ANÁLISIS DE LA STS DE 21 JUNIO DE 2002

2.1. La posición inicial del Tribunal Supremo

La Sentencia analizada hace referencia a un supuesto concreto y detallado: la sustitución de empresas contratistas de prestación de servicios.

Tal como hemos visto, se trata éste de un supuesto que ha sido analizado *ad infinitum* por el TS. El problema, que parecía haber sido solucionado hasta este momento, hace referencia a la consideración de sustitución de empresarios en las contrata, tanto públicas como privadas y en las concesiones administrativas, como transmisión de empresa, o no.

Básicamente la clave se encuentra en la consideración del concepto de transmisión de empresa; es decir, qué supuestos se encuentran incluidos y cuáles no.

En toda esta materia, el TS estableció una doctrina uniforme respecto de las contrata y las concesiones a partir de la STS de 5 de Abril de 1993⁴. En ella consideró que realmente una contrata no tenía la consideración de empresa ni unidad productiva autónoma, por lo que la transmisión de una contrata, *per se*, no era causa ni motivo para aplicar la normativa subrogatoria. Únicamente se consideraba aplicable la doctrina subrogatoria establecida en la transmisión de la empresa, en los supuestos en los que la contrata llevase aparejada bienes materiales económicos que la equiparase a una unidad productiva autónoma. Para que opere la subrogación obligatoria del art. 44 ET, es necesario que “se hubiese producido al nuevo concesionario los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica, pero sin que exista aquella cuando lo que hay es una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta”. Por ello, la subrogación sólo puede producirse por el juego de normas colectivas o del contenido de pliego de condiciones. Además, tomando la doctrina del TJCE, para que exista subrogación es necesario, o que exista cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial, o que el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial, en términos de número y competencia, de trabajadores que su antecesor destinaba al cumplimiento de su contrata. Parece deducirse que el requisito de la asunción de los trabajadores

³ Básicamente, SS. 19-5-1992. *Redmond Stichting*. (Asto 29/91); 12-11-1992. *Watson Rask*.(Asto 209/91); STJE 14-4-1994. *Schmidt*. (Asto 392/92); 11-3-1997. *Suzen*. (Asto 13/95); 10-12-1998. *Sánchez Hidalgo*. (Asto 173/96); 10-12-1998. *Hernández Vidal*. (Asto 127/96); 2-12-1999. *Allen*. (Asto 234/98), entre otras.

⁴ (RJ 2906/93). Posteriormente continuada por STS 17-5-2000 (RJ 4620/00). UD; 21-10-1998 (RJ 9299/98).

es un requisito cumulativo, no alternativo. Si no se dan esos requisitos, únicamente estamos ante una mera sucesión temporal de actividad, ya que dos empresas con organización diferente, ejercen una misma actividad⁵.

Como complemento a esta consideración negativa respecto a la subrogación de contratistas, se establecieron una serie de matizaciones a la afirmación general. Estas eran que aunque no existiese realmente una transmisión de empresa entendida como transferencia de elementos materiales *stricto sensu*, era posible la aplicación de la doctrina contenida en el art. 44 ET en dos casos más; en primer lugar cuando así lo establecía un convenio colectivo⁶; en segundo lugar, cuando se regulaba expresamente esta materia en el pliego de condiciones. Éste podría definirse como el conjunto de requisitos y condiciones que el contratista o concesionario acepta y que supone el régimen jurídico particular al que va a ser sometida, la relación del concesionario con la Administración matriz, y en ciertos supuestos, con los terceros hipotéticos usuarios de este servicio, condiciones que conformarían el contenido del contrato por el que se realiza la concesión de un servicio público, y que tendría el alcance de “Ley entre las partes”⁷.

2.2. La aparición de nuevos criterios

Esta consideración uniforme se quebró en dos ocasiones en el año 2000. Concretamente en las SSTs 29-2-2000 y 11-4-2000⁸; en ellas se estableció una variación a su doctrina inicial. Así se consideraba que en una concesión Administrativa en la que no se entregan los elementos patrimoniales necesarios no puede considerarse que se está ante una transmisión de empresa, por lo que no es de aplicación el art. 44 ET. La subrogación, por tanto, viene únicamente impuesta por el pliego de condiciones pactado entre la empresa propietaria y la empresa contratista. En tal caso, al producirse un cambio de contratista, no puede obligarse a los trabajadores afectados a pasar al nuevo contratista, por el juego del pliego de condiciones. “No resulta aplicable el art. 44.1 del ET, y, por ello, el Pliego de Condiciones impuesto al nuevo adjudicatario no obliga a los trabajadores que estaban al servicio de aquella empleadora que continúa prestando la misma actividad en concurrencia con la nueva, porque el tratar de imponerles el paso de una empresa a otra supone una novación de contrato por cambio de empleador (que es el deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin consentimiento de los acreedores en dicha relación obligacional, que son los trabajadores, pues lo impide el art. 1205 del Código Civil”.

Parecía que se trataba de una pequeña variación o modificación que no iba a arrojar nuevas incógnitas o consecuencias sobre la delimitación del supuesto de sustitución de

⁵ Doctrina refrendada con posterioridad por gran número de Sentencias. Entre las más recientes podemos citar las de 17-5-2000 (RJ 4620/00). UD; 11-4-2000 (RJ 3946/00).UD; 11-5-2001 (RJ 5206/01). UD; 18-9-2000 (RJ 8299/00).UD; 10-7-2000. (RJ 8295/00). UD. Por citar algunas.

⁶ Regulación detallada y resolución de cuestiones en pronunciamientos como los siguientes: SSTs 18-6-2001 (RJ 6312/01). UD; 6-6-2001 (RJ 5490/01). UD; 11-5-2001 (RJ 5206/01). UD; 18-9-2000 (RJ 8299/00). UD; 10-7-2000 (RJ 8295/00). UD.

⁷ Así lo tiene considerado el TS. Pueden citarse como muestras de la misma, las SSTs 10-11-1998 (RJ 251/99); 27-6, 21-7, 19-9, 14 y 28-11-2000 (RJ 5494, 7095, 7976, 9614 y 9625/00).

⁸ (RJ 2413/00). UD; (RJ 3946/00). UD.

contratas y concesiones y sus repercusiones sobre los derechos de los trabajadores. Sin embargo, así ha sido; es por ello necesario realizar a continuación el análisis de las nuevas Sentencias.

2.3. La confirmación de la modificación de la posición del Tribunal Supremo

a) Supuesto de hecho

El supuesto de hecho de la sentencia objeto de nuestro análisis es sencillo; hace referencia a la sustitución de empresas encargadas de la prestación de unas actividades vinculadas a una contrata. La entrada del nuevo empresario supone que los trabajadores del anterior se ven sometidos a un paso obligatorio a este nuevo empresario. Se trata de actividades de *handling* en los aeropuertos.

Este paso se produce al amparo de la corriente jurisprudencial existente que habilitaba al convenio colectivo y al pliego de condiciones como instrumentos válidos para producir efectos desde el punto de vista de la aplicación de la transmisión de empresa y de la subrogación de los contratos de trabajo. Sin embargo, ante la reclamación de los trabajadores, la cuestión llega al TS que en la solución establece una nueva construcción jurídica.

b) La revisión del concepto de transmisión

Pues bien, en la Sentencia analizada se ha modificado esta consideración. Así, se precisa siempre y en todo caso, que los sujetos se encuentren ante una transmisión de empresa considerada como tal y que requiera la entrega de los elementos materiales necesarios para ello. Es decir, la mera previsión subrogatoria recogida en el pliego de condiciones del contrato administrativo no hace que la sustitución de la contrata se equipare automáticamente con una transmisión de empresa. Realmente, se hace eco el TS de su propia doctrina jurisprudencial de alcance general, que considera que los contratos son lo que son y no lo que dicen las partes que son.

Así, vemos como, en primer lugar, para que exista una transmisión de empresa, es necesario que se transmitan los elementos patrimoniales necesarios para considerar que se está ante una empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Esto plantea diversos problemas respecto de actividades inmateriales o en las que los elementos materiales guardan menor relevancia respecto de criterios como la organización del trabajo, el *know how*, etc. Sin embargo, no es esta una materia sobre la que debamos entrar en este momento, ya que ha sido discutida, y se discute todavía sobre ella en foros doctrinales e incluso jurisprudenciales.

Partiendo del punto de partida de que sólo es transmisión de empresa la efectiva transmisión los elementos materiales constitutivos de la empresa, analizaremos a continuación cuáles son las alternativas que se plantean.

La segunda de las vías tradicionales de actuación era la vía convencional. Es decir, existía una norma colectiva que establece la subrogación del nuevo empresario en los derechos que los trabajadores ostentaban frente al anterior. Se trata en realidad de una subrogación limitada en el sentido que exige la presencia de ciertos requisitos y contenidos, normalmente de carácter material en cuanto a necesidad de antigüedad, adscripción en exclusiva a la entidad transferida, etc.

Finalmente la tercera vía era la utilización del pliego de condiciones. Es este punto sobre el que recae fundamentalmente la doctrina innovadora de la sentencia analizada en

el presente estudio. Así, tal como se encarga de establecer el TS, la doctrina de esta Sala viene admitiendo la subrogación en los contratos de trabajo, en los términos establecidos en el pliego de condiciones de la contrata, cuando se produce una verdadera sucesión en la contrata, es decir, cuando en esta última, considerada en su unidad, se produce un cambio de titularidad del contratista que va acompañada por la transmisión del antiguo al nuevo de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación”. Es decir, se desprende bastante claramente cómo, si no existe realmente una transmisión de esos elementos patrimoniales indispensables, la previsión subrogatoria contenida en el pliego de condiciones queda vacía de contenido.

En el caso en que se da la concurrencia de esos elementos patrimoniales, “puede operar la subrogación sin el consentimiento del trabajador afectado y, simplemente, con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 44.6 ET que, únicamente, impone la información a los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: fecha prevista de la transmisión, motivos de la transmisión, consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión y medidas previstas para los trabajadores”⁹.

Por ello, la pretensión del empresario cedente y del cesionario respecto de la subrogación del contrato de trabajo debe decaer. No es de aplicación la disciplina recogida en el art. 44 ET, ya que no se cumplen con los requisitos objetivos y subjetivos recogidos en la misma y que son de general conocimiento. Por tanto, el pretendido pase y subrogación automática de los contratos de trabajo no se aplica respecto de esta materia.

c) La nueva vía jurídica

¿Dónde se encuentra entonces el régimen jurídico que es de aplicación sobre el particular?

Como considera el TS, “en tal situación no se puede hablar de sucesión de empresa sino, más bien, de una novación del contrato por cambio de empleador que es deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario”¹⁰. “Siendo ello así, el hecho de intentar imponer a determinados trabajadores de la primera empresa el paso a la segunda supone una verdadera novación de contrato por cambio de empleador (deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario), y ello no puede hacerse sin el consentimiento de los acreedores en dichas obligaciones (art. 1205 del Código Civil), que son los empleados”¹¹.

La respuesta se encuentra acudiendo a las normas que son de general aplicación en el supuesto de laguna de regulación en el Derecho del Trabajo: el Derecho Civil.

⁹ STS 21-6-2002. (RJ 2002\7610). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1448/2001.

¹⁰ STS 21-6-2002. (RJ 2002\7610). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1448/2001.

¹¹ STS 6 febrero 2002. (RJ 2002\4279). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1206/2001. STS 30 abril 2002 (3) (3) (RJ 2002\5688). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3007/2000. (RJ 2002\5814). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 47/2001. Fue realizado voto particular por el Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete, al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Víctor Fuentes López, D. Luis Ramón Martínez Garrido, D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Bartolomé Ríos Salmerón, D. Arturo Fernández López y D. José María Marín Correa. En dicho voto particular se pronunciaban contrarios al procedimiento utilizado. STS 6 febrero 2002. (RJ 2002\4279). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1206/2001.

Efectivamente, los preceptos aplicables en esta materia se encuentran en los arts. 1205, 1257 y 1091 del Código Civil.

En dichos preceptos se establece la doctrina general de los contratos privados. Así, en el art. 1091 se fija que las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos. Por su parte, el art. 1205 establece que la novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo puede hacerse sin el consentimiento de éste, pero no sin el consentimiento del acreedor. Finalmente, el art. 1257 regula el efecto de las obligaciones; respecto de lo que aquí nos interesa, se establece que los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos¹².

Es decir, el TS, ante la imposibilidad de aplicar preceptos del orden laboral al no encontrarse el supuesto de hecho en cuestión incardinado en la normativa laboral, acude de forma subsidiaria a la normativa de cobertura de vacíos en el orden laboral, como es el Derecho Civil.

Así, de producirse esa alteración en la persona del empleador, no puede ser opuesta, per se, a los trabajadores. Éstos deben ser consultados y además, prestar su consentimiento a esta alteración en la persona del empleador¹³. Ahora bien, se nos plantean dos cuestiones al respecto. En primer lugar, cómo debe ser emitido ese consentimiento de los trabajadores, y en segundo lugar, qué ocurre en el supuesto en que no concurre dicho consentimiento.

d) El consentimiento de los trabajadores

Al ser necesario, como establece el TS, que los trabajadores den su consentimiento a la novación subjetiva de los contratos respecto del nuevo empresario, se nos plantea la consideración respecto al cómo realizar o emitirse dicho consentimiento.

En opinión del TS, “el requisito del consentimiento individual del trabajador puede cumplirse lógicamente en cualquiera de las formas previstas para la expresión de la voluntad, incluida la aquiescencia y el consentimiento tácito. Pero no puede ser sustituido por un mero acuerdo colectivo sobre el –método– de subrogación de personal, salvo que dicho acuerdo prevea no sólo el procedimiento y los criterios de selección de los trabajadores afectados sino también la conformidad individual de éstos a la medida de subrogación”¹⁴.

Es decir, parece no valer un consentimiento genérico de los trabajadores previo al supuesto concreto.

¹² Al respecto, y para un conocimiento más detallado de la regulación jurídica de la novación contractual. Vid. DIEZ PICAZO Y GULLON, L.: Sistema de Derecho Civil. Pp. 324 y ss. Tecnos, Madrid, 1986. PUIG BRUTAU, J.: Compendio de Derecho Civil. Pp. 125 y ss. Bosch, Barcelona, 1987.

¹³ STS 21-6-2002. (RJ 2002\7610). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1448/2001. STS 18 marzo 2002 (RJ 2002\7524). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1990/2001. STS 13 junio 2002 (RJ 2002\7203). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4445/2000. STS 30 abril 2002 (RJ 2002\5814). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 47/2001.

¹⁴ STS 13 junio 2002 (RJ 2002\7203). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4445/2000; STS 30 abril 2002 (RJ 2002\5814). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 47/2001; STS 30 abril 2002 (RJ 2002\5688). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3007/2000.

La exigencia de ese consentimiento expreso del trabajador a la hora de llevarse a cabo la transmisión parece recordarnos la situación existente en derecho alemán, donde es necesario el consentimiento del trabajador para que la transmisión de empresa suponga su paso al nuevo empresario¹⁵.

e) Efectos de la falta de consentimiento

El efecto principal de la omisión de esa obligación de contar con el consentimiento del trabajador es la nulidad de la novación contractual en la personal del empleador, y a reintegrar a las actoras en la plantilla de la anterior empresa la misma situación existente antes de la pretendida subrogación, dejando sin efecto la novación referida y todas las actuaciones subsiguientes de baja en una empresa y sucesivas altas en otra¹⁶.

El TS considera que en tal caso, “la falta de tal conformidad o consentimiento individual mantiene la relación contractual de trabajo con la empresa cedente, la cuál estaría habilitada en su caso para la adopción de las decisiones de modificación, suspensión o extinción del contrato por necesidades de la empresa previstas en el ordenamiento jurídico”¹⁷.

Se trata por tanto de una situación distinta a la de la transmisión de la empresa regulada en el art. 44 ET, en la que no es necesario el previo consentimiento de los trabajadores para que la transmisión produzca sus efectos subrogatorios¹⁸.

¹⁵ RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Transmisión de Empresas y Derecho Europeo”, en OJEDA AVILES, A.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.; GORELLI HERNANDEZ, J.: *La transmisión de empresas en Europa*. Bari, Cacucci, 1999. P. 6. KUBOSCH, J.: “La protection des travailleurs en cas de transfert d’entreprises en Allemagne”, en *Il Diritto del Lavoro*. 1992. Nº 1. P. 109. WEIL, K. G.: “Cessione parziale d’una entreprise et reprise des contrats de travail”, en *Droit et Pratique du Commerce Internationale*. 1993. Nº 1. P. 108. DAUBLER, W.: Derecho del Trabajo. MTSS, Madrid, 1994. P. 771. RUNGGALDIER, U.: “Trasferimento d’azienda e consenso del lavoratore alla cessione del contratto”, en *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*. 1999. nº 82-3. Pp. 523 y ss.

¹⁶ STS 21-6-2002. (RJ 2002\7610). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1448/2001. STS 18 marzo 2002 (RJ 2002\7524). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1990/2001. STS 13 junio 2002 (RJ 2002\7203). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4445/2000. STS 30 abril 2002 (3) (RJ 2002\5688). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3007/2000. (RJ 2002\5814). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 47/2001. Fue realizado voto particular por los Magistrados. D. Aurelio Desdentado Bonete al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Víctor Fuentes López, D. Luis Ramón Martínez Garrido, D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Bartolomé Ríos Salmerón, D. Arturo Fernández López y D. José María Marín Correa. En dicho voto particular se pronunciaban contrarios al procedimiento utilizado. STS 6 febrero 2002. (RJ 2002\4279). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1206/2001.

¹⁷ STS 13 junio 2002 (RJ 2002\7203). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4445/2000. STS 30 abril 2002 (3) (RJ 2002\5688). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3007/2000. (RJ 2002\5814). Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 47/2001. Fue realizado voto particular por los Magistrados. D. Aurelio Desdentado Bonete al que se adhieren los Excmos. Sres. D. Víctor Fuentes López, D. Luis Ramón Martínez Garrido, D. Jesús Gullón Rodríguez, D. Bartolomé Ríos Salmerón, D. Arturo Fernández López y D. José María Marín Correa. En dicho voto particular se pronunciaban contrarios al procedimiento utilizado.

¹⁸ La obligación de comunicación de la transmisión por parte del empresario a los trabajadores no supone que los trabajadores deban prestar su consentimiento a la misma. STS 25-4-1988 (RJ 3021/88). La falta de comunicación de la transmisión a los representantes de los trabajadores no es trascendente ya que el art. 44 ET no condiciona la validez de la cesión a una previa comunicación que admite puede ser efectuada incluso por el cesionario; esa falta de notificación puede llegar a tener relevancia para fijar la fecha de la cesión o la verdadera identidad del cesionario, lo que en este caso no se cuestiona al haberse sustituido por la comunicación a cada uno de los afectados con indicación precisa de tales datos. Por parte de la jurisprudencia comunitaria, STJE 5-5-1988. Berg y Besselsen. (Asto 144 y 145/87).

3. CONCLUSIONES

Nos encontramos, tal como hemos anunciado al iniciar el análisis de estas sentencias, ante un nuevo capítulo en la determinación del supuesto de hecho de la transmisión de empresa, y que va a producir gran conflictividad jurisdiccional e inseguridad jurídica.

Vemos como se ha reforzado el concepto “materializado” o “material” de la empresa y de su transmisión. Para que se produzca una transmisión de empresa y sea de aplicación el art. 44 ET y su mecanismo subrogatorio será necesario, siempre y en todo caso, la transmisión de los elementos materiales adscritos y necesarios para la misma. El mero establecimiento de una transmisión obligatoria en un pliego de condiciones no produce efectos transmisivos, ya que será necesario para que esta transmisión forzosa cumpla efectos, la transmisión de los elementos materiales indispensables. Por ello, en realidad el supuesto de establecimiento de un régimen subrogatorio en el pliego de condiciones deja ya de tener virtualidad práctica, ya que la subrogación se produce únicamente por la transmisión de los elementos materiales mínimos, no por un acuerdo subrogatorio.

La puerta a la inseguridad jurídica, que había quedado cerrada, pasa a estar entornada, abierta a la existencia de nuevas reclamaciones, que de seguro se producirán.