

Sucesión empresarial con garantía de empleo

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

Algunos Convenios Colectivos introducen entre sus cláusulas las denominadas «garantías de empleo». Se trata de un compromiso que adquiere la empresa de mantener el empleo aunque surjan circunstancias que avalarían la extinción del contrato de trabajo. Generalmente se trata de empresas tecnológicas con procesos de innovación permanente que requieren cambios técnicos con periodicidad. Se cuestiona aquí si la transmisión de la empresa supone el incumplimiento de dicha cláusula convencional, toda vez que los trabajadores pasan a depender de otra empresa distinta, aunque conserven su puesto de trabajo.

1. La aplicación del Convenio Colectivo de la empresa Euskaltel, S. A., ha planteado recientemente esta cuestión al incorporar entre su articulado un epígrafe con garantía de empleo para sus trabajadores. Euskaltel, S. A., es operadora de telecomunicaciones en el País Vasco y ofrece servicios de telefonía fija, móvil, internet y televisión digital, en la actualidad con una titularidad mayoritaria de capital social privado. Uno de sus departamentos, el de Desarrollo y Operaciones, se encarga del mantenimiento y programación de las aplicaciones e infraestructuras relacionadas con los sistemas de información de Euskaltel, S. A., creando, desarrollando e instalando programación informática y ofreciendo mantenimiento informático.

Euskaltel, S. A., decide firmar un contrato con la empresa GFI en virtud del cual la segunda asume el mantenimiento y desarrollo de las aplicaciones e infraestructuras relacionadas con los sistemas de información de Euskaltel y los servicios de ejecución de proyectos específicos que se definen como esenciales para el correcto y adecuado desarrollo de la actividad

de Euskaltel. GFI se compromete a adquirir mediante compra o, en su caso, autorización para su uso elementos materiales de Euskaltel, S. A.; esta última garantiza a GFI la titularidad de las licencias de *software* cuyo uso le autoriza, empleando GFI las licencias de *software* única y exclusivamente dentro del ámbito de prestación de los servicios tal y como se definen en el contrato marco, sin posibilidad de utilizarlas para otros servicios propios o de terceros. Asume esta última todo tipo de compromisos de servicio (gestión de incidentes, gestión de peticiones, mantenimiento evolutivo, resolución de avisos, averías, procesos de lanzamiento y gestión de productos, proceso de facturación, carga de información crítica, servicios de albergue, etc.).

2. Desde la perspectiva laboral, el proceso conlleva la externalización de treinta y tres trabajadores de una unidad productiva de Euskaltel, S. A., en la que trabajan un total de sesenta y tres. Ante la consideración sobre una posible transmisión de la empresa en esta operación, la

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril del 2016 (Ar. 105673) analiza si los elementos nucleares de aquélla están presentes en el supuesto descrito.

GFI ha asumido los trabajadores que formaban parte del Departamento de Desarrollo y Operaciones de Euskaltel, S. A., personal cualificado en materia de programación, instalación y mantenimiento de sistemas. Pero los sindicatos consideran que aquél no constituye un área dentro del Departamento de Operaciones de Sistemas ya existente, sino que ha sido creado artificialmente, en breves fechas anteriores, como consecuencia de la movilidad de los trabajadores pertenecientes a otras áreas de la empresa. Por lo demás, en el proceso se transfieren las personas y los trabajadores, pero los medios productivos asociados son servidores y equipos que pertenecen a Euskaltel, S. A., son propiedad de Euskaltel, S. A., y se encuentran en sus propias instalaciones. Tampoco puede entenderse que haya existido sucesión de empresa por «sucesión de plantilla», dado que sólo se transmiten treinta y tres de los sesenta y tres trabajadores del departamento afectado, no tienen autonomía para funcionar por sí mismos y no existe una organización y dirección en la nueva empresa que vaya a tomar decisiones sobre la labor que van a desempeñar los trabajadores transferidos, ya que Euskaltel, S. A., mantiene las actividades de gobierno y control de su trabajo, puesto que determinadas funciones nucleares no han sido transmitidas. Por otra parte, la infraestructura para llevar a cabo la actividad es fundamental, no marginal, y no ha existido una transmisión de elementos patrimoniales básicos.

3. Si se atiende a lo dispuesto en el artículo 44.2 del Estatuto de los Trabajadores, existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecta a una entidad económica que mantiene su identidad, entendiéndose como tal un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica esencial o accesorias. Como es sabido, el precepto es fruto de la transposición de la normativa comunitaria. Esta última alude a «traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad» (art. 1ª de la Directiva 2001/23), en tanto el artículo 44.1 del Estatuto de los

Trabajadores se refiere a «cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma», utilizándose en el apartado 2 de dicho artículo 44 la expresión «transmisión».

La Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril del 2016 (Ar. 105673) recuerda que el elemento relevante para determinar la existencia de una transmisión a efectos laborales consiste en precisar si la entidad de que se trata mantiene su identidad, lo que se desprende, en particular, de la circunstancia de que continúe efectivamente su explotación o de que ésta se reanude (SSTJUE de 20 de noviembre del 2003, as. C-340/01, Ablar y otros, y de 15 de diciembre del 2005, ass. C-232/04 y 233/04, Guney-Gorres). La transmisión ha de referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada (STJUE de 19 de septiembre de 1995, as. C-4888/94, Rygaard), atribuyéndose el concepto de *entidad* a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

A tal fin, habrán de tenerse en cuenta todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trate, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad, el que se hayan transmitido o no elementos materiales como los edificios y los 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 de la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente (STJUE de 11 de marzo de 1997, as. C-13/95, Süzen).

En este punto se cuestiona también si la «transmisión» de un conjunto de medios organizados necesarios para llevar a cabo su actividad abarca sólo la transmisión de propiedad del cedente al cesionario o no es necesario que el cesionario

adquiera la propiedad de tales elementos para que exista sucesión empresarial. La jurisprudencia europea admite cualquier supuesto que implique un cambio sin que resulte decisivo si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (SSTJUE de 17 de diciembre de 1987, as. C-1992/84, My Molle Kiro; de 12 de noviembre de 1992, as. C-209/91, Watson Rask). No obsta, pues, a la transmisión que el título de cesión sea un contrato de arrendamiento, ya que para ser empresario no es necesario ser propietario de los bienes de la empresa (SSTS de 11 de diciembre del 2002, Ar. 1961, y de 12 de diciembre del 2007, Ar. 1460). Por lo demás, la inexistencia de vínculo contractual entre el cedente y el cesionario no puede revestir una importancia decisiva a este respecto, a pesar de que puede constituir un indicio de que no se ha producido ninguna transmisión en el sentido de la directiva (STJUE de 11 de marzo de 1997, as. C-13/95, Süzen). De hecho, se admite que la cesión pueda producirse en dos etapas o a través de tercero (STJUE de 7 de marzo de 1996, ass. acumulados C-171/94 y C-72/94, Mercks y Neuhyus).

4. Considerando lo expuesto, el tribunal entiende que se ha producido una transmisión entre Euskaltel, S. A., y GFI. Esta última ha asumido los trabajadores que formaban parte del Departamento de Desarrollo y Operaciones y,

en la actividad de este departamento, «el elemento humano es esencial por su dominio de la programación informática y del mantenimiento informático. Han pasado a GFI todos los trabajadores de Euskaltel, S. A., que prestaban servicios en el citado departamento, con los mandos intermedios y los medios materiales con los que se lleva a cabo dicha actividad —ordenadores, permisos de uso de las licencias de *software*—. No se imparten instrucciones por parte de Euskaltel, S. A., a los trabajadores de GFI, recibiendo instrucciones de esta empresa» (STS de 14 de abril del 2016, Ar. 105673, FJ 13).

5. En conclusión, la externalización se considera ajustada a Derecho puesto que, como consecuencia de ella, no se ha generado excedente alguno en la plantilla, sino que todos los trabajadores se han recolocado en la nueva empresa, cumpliendo así con la previsión convencional de referencia. No obstante, si se entiende que la garantía de empleo pactada en el Convenio Colectivo implica el mantenimiento del contrato de trabajo, la cláusula convencional se ha cumplido, tal y como consta en la sentencia; si, por el contrario, se considerara que la pretensión incluida por los negociadores en el citado acuerdo colectivo supone la estabilidad en la empresa, la voluntad de aquéllos ha de estimarse incumplida.