



Roj: **STS 6622/2004** - ECLI: **ES:TS:2004:6622**

Id Cendoj: **28079140012004100989**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **20/10/2004**

Nº de Recurso: **4424/2003**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **AURELIO DESDENTADO BONETE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veinte de Octubre de dos mil cuatro.

Vistos los presentes autos pendientes ante esta Sala en virtud del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Manuel , representado por el Procurador Sr. Fernández Martínez y defendido por Letrado, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas), de 26 de mayo de 2.003, en el recurso de suplicación nº 367/01, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de junio de 2.000 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas, en los autos nº 1024/96, seguidos a instancia de dicho recurrente contra IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., EUROPA HANDLING, AENA, sobre derechos.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de recurrido IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A. representada por el Procurador Sr. Pinto Marabotto y defendida por Letrado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El 26 de mayo de 2.003 la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) dictó sentencia, en virtud del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas, en los autos nº 1024/96, seguidos a instancia de dicho recurrente contra IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., EUROHANDLING, AENA, sobre derechos. La parte dispositiva de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) es del tenor literal siguiente: "Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Manuel contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2.000, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Las Palmas de Gran Canaria, la cual confirmamos íntegramente".

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, de 19 de junio de 2.000, dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas, contenía los siguientes hechos probados: "1º.- El 11 de octubre de 1.993, el Ente Público "Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA.) convocó concurso público para la adjudicación de la prestación del Servicio de Asistencia en Tierra a las Aeronaves y Pasajeros como segundo concesionario en el aeropuerto de Gran Canaria. Desde octubre de 1992, IBERIA, LAE, SA. tenía la concesión de primer operador. En la cláusula 16 del pliego de Explotación (el que obrando en autos se da por reproducido) se decía, entre otros extremos:

"La entrada de un segundo operador supone una sucesión en la actividad realizada por el primero en cuanto a prestaciones de handling preexistente, en la proporción de actividad que, dicho segundo operador (adjudicatario de este concurso) pase a desarrollar durante el periodo de adaptación al marco handling liberalizado. En consecuencia, el adjudicatario de este concurso tiene la obligación de subrogarse en las condiciones legalmente establecidas del personal que el primer concesionario handling destina a la prestación de este servicio, en igual proporción a la actividad en la que sea sucedido por el segundo operador.

La aplicación de la cláusula de subrogación finalizará el día 1 de abril de 1997. Al inicio de la actividad se producirá una primera subrogación por parte del segundo concesionario del diez por ciento (10%) del total del



personal del primero. En el Anexo 1 figura el personal total que el primer concesionario destina actualmente al handling, con la expresión de su categoría, nivel salarial, antigüedad y tipo de contrato (tablas 1, 2, 3, 4 y 5).

Se producirá una nueva subrogación cada vez que una compañía transportista cambie de suministrador de servicios, lo que producirá un nuevo transvase del personal que figura en el citado Anexo I proporcional al mercado ponderado que esa compañía tenía en el aeropuerto. Este mecanismo empezará a tener aplicación práctica cuando el mercado ponderado transvasado al segundo concesionario sea igual o superior al diez por ciento (10%) del mercado total...

El día 1 de abril de 1997 se producirá una regularización total de forma tal que el segundo concesionario se quede con un mínimo del treinta por ciento (30%) del personal total.

En el caso de que el mercado capturado en ese momento ya sea superior al mencionado treinta por ciento (30%), el personal a subrogarse, será el ya subrogado según el mecanismo descrito anteriormente.

Antes del inicio de la actividad de dos concesionarios elaborarán la lista de las personas afectadas para su presentación a la Autoridad laboral competente. Dicha elaboración se realizará bien por acuerdo entre ambos o en base a la aplicación de una fórmula aleatoria de sorteo si con el personal voluntario no fuera suficiente para cubrir el porcentaje establecido...".

---2º.- La concesión fue adjudicada a Eurohandling (formada por Air España SA. y FCC Agua y Entorno Urbano SA.) que comenzó a operar en el aeropuerto de Gran Canaria el 27 de marzo de 1994, sin traspaso de elementos patrimoniales desde Iberia LAE a Eurohandling. ---3º.- En Madrid los días 23 de marzo, 6, 11 y 12 de mayo de 1.994, Iberia LAE. SA., Eurohandling y el Comité Intercentros del Personal de Tierra de Iberia mantuvieron reuniones para tratar el tema de la subrogación del personal. En reunión de aquellos celebrada el 23 de marzo de 1994 acordaron: 1º) según lo estipulado en la cláusula 16 del pliego de condiciones en relación con el Anexo I del mismo, la subrogación de 69 trabajadores para el 27 de marzo de 1994; 2º) que la determinación de los trabajadores, subrogados se realizará conforme a lo establecido en la normativa laboral vigente y en el pliego de cláusulas de la explotación, debiendo concretarse por todas las partes firmantes del acuerdo antes del 15 de abril de 1994; 3º) la incorporación de los 69 trabajadores individualmente subrogados a Eurohandling antes del 5 de mayo de 1994, así como, que las relaciones laborales de tales trabajadores se regirían según Convenio vigente entre Iberia LAE. y su personal de tierra; 4º) y, el traslado del acuerdo a AENA., a la Autoridad Laboral y al Comité del Centro de Iberia-Las Palmas. El Comité de Centro de Iberia-Las Palmas, en reunión de 24 de marzo de 1994 ratificó el anterior documento de 23 de marzo de 1994, con la única salvedad de que había de ser la Comisión creada a tal efecto en Las Palmas la que había de llevar el peso de las negociaciones. CUARTO: El Comité de Centro de Iberia-Las Palmas el 22 de abril de 1994 convocó huelgas para los días 7, 8, 9, 11, 14 y 15 de mayo de 1994, por el motivo (según comunicación a la Dirección de Trabajo) de a) de falta de acuerdo y la no presencia de Eurohandling en la reunión celebrada el 15 de abril de 1994, por lo que Iberia "incumpliendo lo pactado en acta levantada el 23 de marzo de 1994 (2º punto)...quiere subrogar al personal sin la participación de los representantes legales de los trabajadores; b) "Al objeto de restablecer y reiniciar las negociaciones de lo referido en Acta reflejada en el punto anterior, y los 11 puntos reivindicativos acordados por el Comité de Centro de Iberia-Gran Canaria, en sesión celebrada el pasado 8 de abril". El Comité Intercentros convocó huelgas para los días 16 y 18 de mayo de 1994. ---5º.- En la reunión de 6 de mayo de 1994 AENA, ante la no consecución del acuerdo referido en el punto 2º del Acta de 23 de marzo de 1994, antes de que Iberia y Eurohandling procediesen a aplicar en todos los términos lo establecido en la cláusula 16 del pliego de condiciones, animó a las partes a buscar soluciones que posibilitasen el acuerdo, lo que aceptaron éstos estableciendo el referido plazo hasta el 16 de mayo de 1994. Por su parte Iberia expresó que dicho acuerdo debía suponer la desconvocatoria de las huelgas convocadas por el Comité de Centro-Las Palmas por este motivo, por lo que a ello lo supeditaba. La Representación Sindical apoyó esa desconvocatoria, supeditando la desconvocatoria de las huelgas planteadas por el Comité Intercentros para los días 16 y 18 de mayo, al desarrollo de la reunión a celebrar el 11 de mayo. ---6º.- En la reunión de 12 de mayo de 1994, se acordó, entre otros puntos:

"1- Ámbito: El personal afectado por la subrogación en el Aeropuerto de Gran Canaria es el destinado a la actividad de Handling (Unidad de Handling) en el Aeropuerto de Gran Canaria. Este criterio se analizará; en las posibles subrogaciones de otros aeropuertos.

2- En base al contenido de la cláusula 16 del Pliego de Condiciones, se subrogara el personal con menor antigüedad, en proporción al tipo de contrato y grupo laboral. A los efectos del tipo de contrato y dada la peculiaridad del aeropuerto de Gran Canaria en lo que se refiere al personal fijo discontinuo, se tendrá en consideración la circunstancia de aquellos que con este tipo de contrato trabajan la mayor parte del año.



3- En caso de que Iberia volviese a ser el único concesionario de Handling en el aeropuerto de Gran Canaria, y en función de la causa de trabajo en Iberia hiciese necesaria la contratación de personal, antes de realizar dicha contratación, el personal ahora subrogado retornará a Iberia, de acuerdo con dicha carga de trabajo...

5- La representación sindical adquiere el firme compromiso de desconvocar las huelgas convocadas por el Comité Intercentros de Iberia para los días 16 y 18 de mayo de 1994.

6- El presente acuerdo se desarrollará de forma inmediata por las partes firmantes procediéndose a la subrogación en cualquier caso antes del próximo diez de junio de 1994.

7- Los Sindicatos que suscriben el presente acta se comprometen a la ratificación del Acuerdo por el Comité de Centro de Las Palmas".

---7º.- El 16 de mayo de 1994, reunido el Comité de Centro de Gran Canaria se vota la ratificación del acta de acuerdo de 12 de mayo de 1994 con 11 votos a favor, 1 en contra y 5 abstenciones. A la propuesta de hacer un referéndum en urnas separadas para que los trabajadores ratificasen el acuerdo se obtuvo 4 votos a favor, 9 en contra y 2 abstenciones. ---8º.- En reunión de 25 de mayo de 1.994, en Madrid Iberia y los Sindicatos determinaron los 69 trabajadores que había de comprender la primera subrogación, antes del 10 de junio de 1.994. Dicho acuerdo fue aceptado por Eurohandling el 26 de mayo y ratificado por el Comité de Centro de Gran Canaria el 28 de mayo de 1994. ---9º.- En fecha 1 de octubre de 1996 Iberia y el Comité Intercentro acuerdan la forma de determinar el número de personas afectadas por una segunda fase de subrogación (se tiene por reproducido el acuerdo). Ambas partes aceptan la plena validez y eficacia de las subrogaciones realizadas hasta la fecha de este Acta, siendo de aplicación este Acuerdo a todos y cada uno de los procesos de subrogación aún pendientes no amparados por un Acuerdo que cubra la totalidad del proceso. El 2 de octubre de 1996 un nuevo Acuerdo aclara los términos del día anterior y adjuntan un cálculo de personal a subrogar en cada Aeropuerto, incluyendo al de Gran Canaria. --- 10º.- En fecha 22 de octubre de 1996 se reunieron los representantes de Iberia y Eurohandling, con objeto de abordar la problemática de la segunda fase de subrogación de personal a realizar en el aeropuerto de Gran Canaria. En este sentido acuerdan conforme a lo establecido en los puntos primero y segundo, del acta de 12 de mayo de 1994 la subrogación a Eurohandling, el día 1 de noviembre de 1996 de 91 trabajadores correspondientes al 13,26 de actividad y en anexo se relacionan nominalmente los trabajadores afectados, siendo el criterio seguido el personal de menor a mayor antigüedad según tipo de contrato y grupo laboral. Horas después el Acuerdo es sometido al Comité de Centro de Gran Canaria que lo acepta, tras exponer que "en su criterio deberla haberse utilizado la lista de personal existente en el mes de mayo de 1994". ---11º.- El actor D. Alberto , que comenzó a trabajar para Iberia LAE, SA. el día 14/11/87 con categoría de Agente de Servicios Auxiliares y con un salario día prorrateado de 5.575 ptas., figuraba en las listas de personal a subrogar. ---12º.- Las listas definitivas, tras desestimarse las reclamaciones (89 reclamaciones), se acompañan como Anexo del acuerdo de 24 de octubre de 1996 Comité de Centro-Iberia LAE. La representación de los trabajadores hizo constar que entendía que "las reclamaciones de ajustarse a derecho, podrían modificar sustancialmente la lista de afectados, por lo que manifiesta un total desacuerdo con el tratamiento dado". ---13º.- El actor que figuraba en las listas definitivas fue subrogado a Eurohandling el 1 de noviembre de 1996. ---14º.- Se ha celebrado el preceptivo acto de conciliación con el resultado de intentado sin avenencia".

El fallo de dicha sentencia es del tenor literal siguiente: "Que estimo la excepción de falta de legitimación pasiva de AENA, estimo inadecuado el procedimiento de impugnación del Acuerdo de 12.5.94, del que trae causa el proceso subrogatorio en el Aeropuerto de Gran Canaria (pretensión principal) y desestimo la pretensión deducida subsidiariamente

en su demanda por D. Juan Manuel de que su subrogación no es ajustada a derecho, absolviendo de ellas a los codemandados IBERIA LAE, SA. Y EUROHANDLING UTE (FCC AGUAS Y ENTORNO URBANO SA. Y AIR ESPAÑA SA.)".

TERCERO.- El Procurador Sr. Fernández Martínez, en representación de D. Juan Manuel , mediante escrito de 3 de septiembre de 2.003, formuló recurso de casación para la unificación de doctrina, en el que: PRIMERO.- Se alega como sentencia contradictoria con la recurrida la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2.002. SEGUNDO.- Se alega la infracción de los artículos 1205, 1091 y 1257 del Código Civil y el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. CUARTO.- Por providencia de esta Sala de 28 de octubre de 2.003 se tuvo por personado al recurrente y por interpuesto el presente recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Evacuado el traslado de impugnación, el Ministerio Fiscal emitió informe en el sentido de considerar procedente el recurso, e instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para la votación y fallo el día 14 de octubre actual, en cuya fecha tuvo lugar.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida ha desestimado el recurso del actor y ha confirmado la sentencia de instancia que había a su vez rechazado su pretensión de que se declarase que la subrogación del actor efectuada por las codemandadas ha sido efectuada en fraude de ley y es nula condenando a IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA a reintegrarle a su plantilla y puesto de trabajo. Consta en los hechos probados que, como consecuencia del concurso de adjudicación de un segundo concesionario del servicio de asistencia en tierra a aeronaves y pasajeros, la empresa EUROPA HANDLING comenzó a operar en el aeropuerto de Las Palmas el 27 de marzo de 1994, sin traspaso de elementos patrimoniales por parte de IBERIA LAE. Los términos en que debía operarse el trasvase de personal fueron objeto de reuniones entre el comité intercentros de Iberia, esta compañía, así como la nueva adjudicataria, celebradas en los días 23 de marzo, 6, 11 y 12 de mayo de 1994, alcanzándose acuerdo en la primera de las indicadas fechas, según términos que constan, y que fue ratificado por el comité de centro de Iberia-Las Palmas en reunión de 24 de marzo siguiente, salvo en lo relativo a la negociación por parte de la comisión creada al efecto en Las Palmas. Surgidas discrepancias entre el referido comité de centro y las empresas afectadas, se convocaron huelgas para varios días del mes de mayo, para cuya desconvocatoria se alcanzó el 12 de mayo un acuerdo, en el que se establecían con más precisión los términos de la subrogación, el orden de prelación y preferencias de ciertos trabajadores, así como la posibilidad de retorno a Iberia en caso de que ésta volviese a asumir el servicio como único concesionario en el aeropuerto de Las Palmas. A dicho acuerdo siguieron otras reuniones y ulteriores negociaciones y pactos. El actor figuraba en las listas de personal a subrogar, lo que aconteció con fecha de primero de noviembre de 1996. La demanda que ha lugar a las presentes actuaciones se presentó el 25 de noviembre de 1.996. La sentencia de instancia desestimó la pretensión deducida subsidiariamente por el actor en su demanda, declarando el traspaso ajustado a derecho, y apreciando la falta de legitimación pasiva de AENA y la inadecuación de procedimiento en cuanto a la impugnación del aludido acuerdo de 12 de mayo de 1994.

Se ha designado como sentencia de contraste la de esta Sala de 14 de noviembre de 2002, que a partir de unos hechos en lo sustancial idénticos a los de la sentencia recurrida, estima la demanda y declara nula la subrogación condenando a IBERIA a reintegrar al actor en su puesto de trabajo. La parte recurrida niega la existencia de contradicción. Para fundamentar esta afirmación se limita a indicar que la sentencia de contraste entiende que "no estamos ante una verdadera sucesión de empresa en los términos del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores", mientras que la sentencia recurrida sostiene que se trata de una sucesión impuesta en el pliego de condiciones del concurso. Pero es obvio que esa discrepancia se produce en la fundamentación jurídica de las sentencias con la consiguiente repercusión en el fallo y en esto reside precisamente la contradicción cuando las controversias presentan la necesaria identidad en el objeto de las pretensiones y en los hechos probados de las sentencias, que es lo que aquí ocurre, como ha quedado patente en la exposición anterior. La parte recurrida confunde los fundamentos jurídicos de las sentencias, que siempre serán discrepantes si los fallos son opuestos, con los fundamentos de las pretensiones y resistencias, que aquí son los mismos, pues en ambos casos el demandante pide porque considera que no hay sucesión y el demandado se opone porque aprecia la existencia de ésta.

SEGUNDO.- La doctrina ya está unificada a partir de la sentencia de 29 de febrero de 2000, que ha sido reiterada por otras, entre las que pueden citarse las de 30 de abril de 2002 -acordada por el Pleno de la Sala-, 17 de mayo de 2002, 13, 18, 21 y 26 de junio de 2002, 9 de octubre 2002, 13 de noviembre de 2002, 18 de marzo de 2003 y 8 de abril de 2003. Este criterio se funda en dos consideraciones. En primer lugar, porque, como señaló la sentencia de 29 de febrero de 2000, no se ha producido en el presente caso el supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, tal como ha sido delimitado por la doctrina de la Sala (sentencias de 5 de abril de 1993, 23 de febrero de 1994, 12 de marzo de 1996 y 27 de diciembre de 1997, entre otras); supuesto que requiere "la transmisión al cesionario de los elementos patrimoniales que configuran la infraestructura u organización empresarial básica de la explotación". Este supuesto no concurre en el caso enjuiciado "porque no ha existido un verdadero cambio de titularidad en la empresa contratista, ni menos aún transmisión al ulterior adjudicatario de la contrata de los elementos patrimoniales configuradores de la explotación del servicio adjudicado, con toda su infraestructura, sino que meramente se ha dado entrada a una nueva empresa que, junto con la anterior y en régimen de competencia con ella, ha venido a repartirse el desempeño de una actividad que hasta entonces venía siendo realizada por una sola en régimen de monopolio, de lo que hay que deducir necesariamente que no se ha producido una verdadera sucesión empresarial en lo que a la contrata se refiere". Por ello, se concluye que "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 (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 ( artículo 1205 del Código Civil), siendo por ello de acoger la tesis de los recurrentes, que invocan como



infringidos el precepto últimamente citado, y los artículos 1257 y 1091 del Código Civil, por inaplicación, y de la Jurisprudencia interpretadora del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, por aplicación indebida".

En segundo lugar, las sentencias de la Sala han precisado también que el consentimiento del trabajador al cambio de la persona del empleador "no puede ser sustituido por un acuerdo colectivo sobre el método de la subrogación de personal" y, por ello, "la falta de tal conformidad o consentimiento individual expreso o tácito" determina según esta doctrina que se mantenga "la relación contractual de trabajo con la empresa anterior, con la que se estableció el nexo contractual".

TERCERO.- La Sala de suplicación conoce y da cuenta de esta doctrina unificada, pero, tras aludir a ciertas vacilaciones en el criterio de la Sala, se aparta de ella acogiéndose al criterio que considera que se mantiene en esta materia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En este sentido la sentencia parte de que hay tres tipos de sucesión de empresa: la legal, que regula el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores; la convencional, que puede establecerse en un convenio colectivo y la que "resulta o se establece en un pliego de condiciones", y señala que en el caso debatido la sucesión ha sido de esta última clase, aunque requiere una concreción mediante acuerdos de la plantilla a subrogar en función de la actividad asumida por el segundo operador. Hecha esta afirmación, la resolución recurrida señala de que "ha existido una sucesión en parte de la actividad de la actividad por un segundo operador que ha asumido la parte de plantilla que realizaba tal actividad". Y partiendo de esta premisa considera que se está en la situación a que se refiere la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas cuando señala que "en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún 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 competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente en dicha tarea" (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de enero de 2002, caso Temco, apartado 26 con cita del apartado 21 de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de marzo de 1997, caso Süzen y del apartado 27 de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de diciembre de 1998, asunto Hernández Vidal). De ahí concluye la Sala de Las Palmas que en realidad lo que subyace en la presente controversia no es más que la explotación del servicio de asistencia en tierra por una nueva empresa que "asume la totalidad de la plantilla que realiza la parte de actividad que se transfiere", con lo que estaríamos en el supuesto de la "sucesión de plantilla" de la jurisprudencia comunitaria, si bien instrumentada en este caso, según se dice, por una concesión administrativa.

CUARTO.- De conformidad con el artículo 234 del Tratado de la Comunidad Europea -anterior artículo 177 -, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para esta Sala que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece, salvo que, como consecuencia del planteamiento de otra cuestión prejudicial se produzca un cambio en la doctrina comunitaria. Esta vinculación se produce, aunque el criterio del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas pueda suscitar, dicho sea con el debido respeto, ciertas reservas, como ocurrió en el caso del cálculo de las pensiones de los trabajadores migrantes (sentencia de 9 de marzo de 1999) y como sucedió también con la doctrina de la denominada "sucesión en la actividad", que, acogida en las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 14 de abril de 1994 (asunto Schmitd) y 7 de marzo de 1996 (asunto Merckx), fue luego revisada en la sentencia Süzen ya citada. Reservas similares suscita ahora también el criterio que se conoce como "sucesión en la plantilla" y que hasta el momento se ha venido afirmando en las sentencias citadas en el fundamento anterior y en la sentencia Sánchez Hidalgo de 10 de diciembre de 1998. Y es que, a juicio de esta Sala, difícilmente puede ser la asunción de la plantilla un criterio válido para determinar la existencia de una transmisión de empresa, con los efectos que de ella se derivan en nuestro ordenamiento. La primera dificultad consiste en que el efecto de la transmisión es precisamente la asunción de la plantilla de la empresa cedente por la cesionaria, con lo que no cabe, en principio, transformar ese efecto en la causa determinante de la transmisión. En realidad, la incorporación "total o parcial" de la plantilla que se produce en estos casos nada tiene que ver con la transmisión de un establecimiento empresarial, sino que se trata de decisiones de la autonomía privada o de la autonomía colectiva, que se orientan bien a la nueva contratación de unos trabajadores con experiencia previa en la actividad que continúa o bien a establecer unas garantías adicionales para el personal de la empresa saliente con el fin de evitar que la terminación de la contrata suponga para ellos la entrada en el desempleo, como ha sido el caso de las garantías contenidas en determinados convenios colectivos sectoriales, entre los que pueden citarse los de limpieza y seguridad. Pero precisamente estas garantías se han establecido porque el supuesto no era reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y si se sostiene que en estos casos hay sucesión con aplicación del régimen jurídico derivado de la misma -que no implica



sólo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual y, sobre todo, la aplicación de un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social-, la consecuencia más probable no será una mejora de la protección de los trabajadores, sino un efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger, como muestra de modo claro la comparación de las soluciones de los casos Sánchez Hidalgo y Hernández Vidal: en la actividad contratada por la empresa Hernández Vidal no se aplicaron las garantías de la sucesión, porque esa empresa no contrató a ninguna trabajadora de la empresa saliente (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Justicia de Murcia de 13 de enero de 1999), pero estas garantías sí se aplicaron en el caso Sánchez Hidalgo (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 1.999), porque la empresa había contratado a determinadas trabajadoras de la concesionaria saliente, con lo que paradójicamente basta no contratar a los trabajadores del anterior contratista para evitar la sucesión, cuando la función de ésta consiste en garantizar que los trabajadores del empresario cedente mantengan sus contratos con el cesionario.

QUINTO.- La segunda dificultad de la doctrina de la sucesión en la plantilla se relaciona con la cesión de los contratos y con las garantías de los trabajadores frente a descentralizaciones productivas estratégicas. La subrogación en los contratos está vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. Esta garantía se invierte cuando, sin que exista ese soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los "intangibles" que hacen posible su actividad, se sostiene que basta un acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, para que los contratos de trabajo suscritos con el primero se transmitan al segundo. De acuerdo con la teoría general de las obligaciones, este cambio no es posible sin el consentimiento del trabajador, pues en la relación laboral empresario y trabajador son a la vez deudor y acreedor de salario y de trabajo, y el cambio de empresario (deudor de salario) sólo puede realizarse con el consentimiento del trabajador (acreedor de salario y de las restantes prestaciones a cargo del empresario), como dice claramente el artículo 1205 del Código Civil. Esta norma general -garantía esencial para los trabajadores de mantener su vinculación a una empresa sólida y solvente- sólo tiene la excepción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, pero precisamente en este caso no se rompe la garantía porque la subrogación de los contratos sigue a la transmisión de la empresa o de la unidad productiva correspondiente. Aceptar, por tanto, la mera transferencia de la plantilla como una sucesión de empresa es alterar la significación de la garantía contenida en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en la Directiva 77/187, vigente en el momento en que se produjo la transferencia de personal aquí debatida, y deteriorar gravemente las garantías de los trabajadores. Como ya dijo la Sala en su sentencia de 22 de enero de 1990, una mera cesión de los contratos de trabajo no es una sucesión de empresa y afirmar lo contrario pone en crisis todo el sistema de protección del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

SEXTO.- Las consideraciones anteriores muestran los inconvenientes de aplicar el criterio de la sucesión en la plantilla como un supuesto de transmisión de empresa incluido en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y en las Directivas comunitarias, con independencia de que esta Sala deba seguir ese criterio por el principio de vinculación a la doctrina comunitaria. Pero lo cierto es que, aun aplicando ese criterio, de tal aplicación no pueden obtenerse las conclusiones a que ha llegado la sentencia recurrida. La Sala de suplicación se ha permitido una referencia a unas supuestas "vacilaciones" de la doctrina del Tribunal Supremo frente a la línea uniforme que se dice mantenida por aquélla. Pero hay que advertir que no hay tales vacilaciones. Como ha quedado expuesto en el fundamento segundo, la doctrina de esta Sala es constante y reiterada sobre la transferencia de personal de IBERIA a Europa Handling UTE. Si hay algunas resoluciones que han apreciado la falta del presupuesto de la contradicción en determinados casos, ello se debe a particularidades del juego de la contradicción en los correspondientes casos, pero en nada afecta a la unidad de criterio sustantivo aplicado. Lo decisivo, sin embargo, es que la solución de la sentencia recurrida no sólo es contraria a la doctrina de la Sala, como ella misma reconoce, sino que tampoco puede apoyarse en el criterio de "la sucesión en la plantilla" y ello por la sencilla razón de que es precisamente esa pretendida sucesión en la plantilla lo que se está aquí discutiendo. Lo que ha habido es una decisión de la empresa demandada IBERIA de transferir parte de su plantilla a otra empresa, fundándose en el pliego de condiciones de una concesión administrativa. Ahora bien, la decisión de una empresa de transferir su plantilla a otra no equivale a la asunción de plantilla que la doctrina comunitaria considera como un supuesto de transmisión de empresa, porque tal asunción tiene que ser pacífica, efectiva y real, y esto no sucede cuando se trata de una mera decisión unilateral de una parte, que, como es conocido, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso a conflictos colectivos. Y el hecho de que tal decisión de la empresa se apoye en el pliego del concurso aprobado por la Administración de los aeropuertos es también de todo punto irrelevante, porque tal pliego podrá ser obligatorio para la empresa que lo ha aceptado, creando para



ella la obligación de admitir a los trabajadores de IBERIA que decidan pasar a la misma, pero, desde luego, no obliga a los trabajadores que ni han participado en ese concurso, ni por su condición de personas pueden ser objeto del mismo. Lo mismo hay que decir sobre los acuerdos con los órganos de representación de personal, porque ya la Sala ha precisado, que esos acuerdos no pueden alterar el régimen legal de garantías que deriva del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, aparte de que, como también ha dicho la Sala, se trata más bien de acuerdos de "método" que de acuerdos de establecimiento de la sucesión. Podría, por último, objetarse que la transferencia de plantilla va en este caso acompañada de una sucesión en la actividad. Pero, como ya se ha establecido por esta Sala y por la propia doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la mera sucesión en la actividad no es un soporte de la transmisión de empresa. Por otra parte, resulta oportuno recordar que la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 16 de diciembre de 1.992 (casos Katsikas, Skreb y Schroll) estableció que el artículo 3.1 de la Directiva 77/187 CEE "no impide a un trabajador empleado por el transmitente en la fecha de la transmisión de la empresa se oponga a la cesión al adquirente de su contrato de trabajo", si bien la Directiva no impone a los Estados Miembros la obligación de establecer que en el caso de que el trabajador no acepte esta cesión su "relación laboral se mantendrá con el transmitente". Ya se ha dicho que en el presente caso no hay transmisión de empresa, pero, aun en el supuesto de que la hubiera, el trabajador no podría ser transferido obligatoriamente a la empresa adquirente, aunque su contrato con el cedente se vería tal vez afectado por las consecuencias derivadas de esa transmisión; cuestión que, pese a su indudable interés, no puede ser abordada aquí al quedar al margen de la decisión del pleito.

SEPTIMO.- Lo razonado en los fundamentos anteriores determina la estimación del recurso con la consiguiente casación de la sentencia recurrida para estimar el recurso de casación del actor. Esto plantea un problema adicional en relación con el fallo de instancia. En éste se declara la falta de legitimación pasiva de EUROPA HANDLING; se declara también la inadecuación de procedimiento de impugnación del acuerdo de 13 de mayo de 1.994 del que trae causa el proceso subrogatorio, y se desestima la pretensión subsidiaria de que la subrogación del contrato del actor no es ajustada a derecho. Para entender este fallo es conveniente tener en cuenta que en la demanda se contienen tres peticiones: una principal para que la subrogación se declare nula y se condene a IBERIA a reintegrar al actor en su plantilla y dos peticiones subsidiarias: la primera que impugna la subrogación por no ajustarse al pliego de condiciones y la segunda para establecer determinadas condiciones de subrogación. La sentencia recurrida no se pronuncia sobre la inadecuación de procedimiento apreciada por la sentencia de instancia, pese a que el recurrente combatió adecuadamente esta decisión en el recurso de suplicación, denunciando como indebidamente aplicado el artículo 161 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Esto podría plantear la eventual incongruencia de la sentencia recurrida. Pero, en realidad, ésta se refiere a la denuncia del artículo 161 de la Ley de Procedimiento Laboral y puede entenderse que en sus fundamentos sexto a décimo se está dando respuesta a la pretensión principal del actor, estimando así la adecuación del procedimiento. Lo que podría existir es un eventual defecto en la motivación, pero sería contrario a los principios de economía y celeridad que ese defecto determinara ahora una nulidad de actuaciones, cuando, por otra parte, y pese a la redacción poco feliz del suplico de la demanda -en especial, en la utilización del plural-, es obvio que lo que se ha solicitado, como petición principal de este proceso, no es la nulidad del acuerdo de 12 de mayo de 1.994, sino la nulidad de la subrogación EUROPA HANDLING en el contrato del actor y su reincorporación a IBERIA.

Procede, por tanto, ahora estimar el recurso de suplicación del actor y con revocación de la sentencia de instancia, apreciar la adecuación del procedimiento seguido en estas actuaciones y estimar la petición principal de la demanda, declarando que la cesión del contrato de trabajo del actor de IBERIA a EUROPA HANDLING es nula, condenando a la demandada IBERIA a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar al demandante a su plantilla y puesto de trabajo. Hay que mantener, sin embargo, la apreciación de la falta de legitimación pasiva de EUROPA HANDLING. Todo ello sin imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Juan Manuel, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas), de 26 de mayo de 2.003, en el recurso de suplicación nº 367/01, interpuesto frente a la sentencia dictada el 19 de junio de 2.000 por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas, en los autos nº 1024/96, seguidos a instancia de dicho recurrente contra IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA, S.A., EUROPA HANDLING, AENA, sobre derechos. Casamos la sentencia recurrida, anulando sus pronunciamientos y, resolviendo el debate planteado en suplicación, estimamos el recurso de esta clase interpuesto por el actor y con revocación parcial de la sentencia de instancia estimamos la petición principal de la demanda, declarando que la cesión del



contrato de trabajo del actor de IBERIA a EUROPA HANDLING es nula, condenando a la demandada IBERIA a estar y pasar por esta declaración y a reintegrar al demandante a su plantilla y puesto de trabajo. Se mantiene el pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre la falta de legitimación pasiva de EUROPA HANDLING. Sin imposición de costas.

Devuélvanse las actuaciones y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (sede en Las Palmas) ,con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Aurelio Desdentado Bonete hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ