

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

SUCESIÓN DE EMPRESA Y REVERSIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Sentencia TSJ País Vasco, de 27 de septiembre de 2016

OLGA GARCÍA COCA*

SUPUESTO DE HECHO: La demandante ha prestado servicios en la empresa AZATRES desde el 11 de enero de 2011. Como consecuencia del contrato administrativo, para la gestión del servicio de balneario, sala de musculación y gimnasio, celebrado entre el Polideportivo de Lasasarre de Barakaldo y AZATRES, su actividad se concentraba en las citadas instalaciones municipales. Con fecha 27 de marzo de 2015, la dirección del organismo administrativo responsable (Instituto Municipal de Deportes de Barakaldo -IMD-) decide poner fin al contrato de gestión, aspecto que la empresa cesante le comunica a sus trabajadores indicándoles que el día 30 de abril de 2015 se le dará de baja en la empresa y que, por tanto, serán dados de alta en la empresa municipal para continuar su actividad profesional en ésta a los fines dispuestos en el art. 44 del ET. Con el objeto de que sus derechos laborales no se vean perjudicados por la resolución del contrato, se presentará ante el Registro del IMD un escrito acompañando copia de esta comunicación, de la relación de los trabajadores afectados y de los datos necesarios para su subrogación. Finalmente la empresa municipal no se hace cargo de los trabajadores afectados por la resolución del contrato y, por este motivo, una de las trabajadoras decide interponer demanda al Juzgado de lo Social de Bilbao, el cual declaró improcedente el despido de la actora, condenando exclusivamente al Instituto Municipal a que optase en el plazo legal predeterminado entre readmitir a la demandante o a indemnizarle por la extinción.

RESUMEN: El Tribunal Superior de Justicia del País Vasco estima el recurso de suplicación y concluye que el Instituto Municipal no está obligado a asumir a los trabajadores de la empresa concesionaria, al entender que no existen indicios suficientes que reconozcan que la situación descrita encaja dentro de los criterios de la sucesión establecida en el art. 44 del ET.

* Doctora en Derecho. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ALCANCE DE LA TRANSMISIÓN PATRIMONIAL EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA
3. LA DETERMINACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA COMO CRITERIO DETERMINANTE PARA LA SUCESIÓN DE EMPRESA
4. REPERCUSIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLA
5. VALORACIÓN FINAL

1. INTRODUCCIÓN

La delimitación del ámbito de aplicación del art. 44 del ET¹, que define lo que se entiende por sucesión de empresa, ha tenido muchas disquisiciones interpretativas a lo largo de los años casi todas basadas en lo establecido en las distintas resoluciones jurisprudenciales, las cuales han ido variando dependiendo de lo acordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Es por ello que, atendiendo a la definición de sucesión de empresa se tienen que tener en cuenta algunos requisitos para que exista esta figura y pueda ser aplicable lo establecido en la normativa laboral, relacionado con el destino de los trabajadores una vez que la contrata entre empresa cedente y cesionaria se ha extinguido. Así pues, habrá que calificar si la situación descrita en la Sentencia, objeto de este comentario, es una sucesión de empresa. Para ello, habrá que atender a uno de los criterios más importantes a tener en cuenta, basado en la determinación de la transmisión de la empresa y su afectación a una concreta entidad económica que mantenga su identidad para poder llevar a cabo una actividad productiva principal o accesoria.

Este aspecto es lo que pretende analizar la Sentencia de forma que, si la empresa cesionaria tiene obligación o no de subrogarse en los derechos y obligaciones del empresario cedente respecto a los trabajadores. La Sentencia lleva a cabo una extensa exposición de la evolución del régimen jurídico del art.44 del ET llegando a considerar que la continuación de contratos puede constituir un supuesto de sucesión de empresa, pero dando a entender que ello no significa

¹ Art.44 del ET: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. 2. A los efectos de lo previsto en el presente artículo, 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 accesoria”.

que toda sucesión de contrata lo sea, afirmando que tan sólo podrá considerarse como tal aquella situación en la que nueva contratista realice la misma actividad productiva que la anterior y que necesite para ello los medios materiales que ésta utilizaba. De esta manera se preservaría el requisito de identidad de la entidad económica transmitida.

Se podría decir que la Sentencia mantiene como ineludible para la existencia de sucesión de empresa el criterio de la transmisión patrimonial de los elementos materiales que colaboran con la realización de la actividad productiva que sea, ya que en este caso sí podría hablarse de sucesión de empresa con todos los derechos y obligaciones que ello conlleva para los trabajadores de la empresa cedente. Podría ocurrir que no fuera necesario para el seguimiento de la actividad disponer de esos medios materiales, por lo que habría que analizar si en esos supuestos se hace necesario el mantenimiento de los trabajadores en los puestos de trabajo creados en la empresa cesionaria. También en la citada resolución jurisprudencial se alude a la falta de continuidad de la actividad principal, pues está es interrumpida durante varios meses, sin que en ese tiempo haya sido necesario contar con ninguna plantilla de trabajadores.

Todo ello sin perder de vista una de las cuestiones principales de la citada resolución jurisprudencial que es aquella relacionada con la aplicación en los supuestos de reversión de los servicios públicos, tratados en la Sentencia, de las reglas habidas acerca de la sucesión de empresa analizando si se aplicarían², la forma de hacerlo. Y por último, no hay que olvidar la reflexión que se puede hacer sobre este asunto teniendo en cuenta lo establecido, si existe, en el Convenio Colectivo sobre la sucesión de empresa y en el pliego de condiciones administrativas.

2. ALCANCE DE LA TRANSMISIÓN PATRIMONIAL EN LOS CASOS DE SUCESIÓN DE EMPRESA

Como se ha señalado la importancia de la transmisión de los elementos patrimoniales es esencial para poder determinar la existencia de la sucesión

² Sobre este aspecto la Sentencia de 20 de enero de 2001 del Tribunal de Justicia de la UE viene a dejar, a nuestro entender, definitivamente claro que la Directiva 2001/23/CE, se aplica a personas jurídico públicas y privadas en el ámbito de la sucesión de contrata y define cuáles son los elementos necesarios para que exista tal transmisión. Entre ellos destaca como primordiales en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate; 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 *la duración de una eventual suspensión de dichas actividades*.

de empresa, tanto que la jurisprudencia ha establecido resoluciones sobre este aspecto que merece la pena destacar para poder aclarar si en el supuesto objeto de la Sentencia a comentar se produce la denominada sucesión de empresa³.

Así pues, existen algunos pronunciamientos que abogan por la necesidad de transmisión no sólo de los bienes materiales para la organización de la actividad productiva, sino también por el traspaso de la posición contractual y de la organización de la empresa. En este aspecto, fue importante la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1993⁴, en la cual se concluye que no se dan los requisitos de la sucesión de empresa puesto que "...no hay transmisión de empresa, no hay sucesión de empresa, no se está ante el supuesto del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores y, por ende, no hay subrogación empresarial cuando, como aquí ocurre, no se transmite la unidad productiva que la determina y define y cuando ni la normativa sectorial, ni el eventual pliego de condiciones dan tratamiento jurídico-laboral a la cuestión"⁵.

La jurisprudencia comunitaria también aborda este asunto e incluso considera, además de la transmisión de los elementos organizativos y materiales de la empresa como esencial para encontrarnos ante un supuesto de los definidos en el artículo 1⁶ de la Directiva 77/187/CEE, 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 empresas o de centros de actividad⁷, la determinación del tipo de empresa o centro de actividad que se tratase. Esta es, por tanto, la idea

³ Vid., el interesante recorrido jurisprudencial realizado en la siguiente publicación: Calvo Gallego, J.: "Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público", *Revista Temas Laborales*, núm. 114, 2012, pp. 207-221.

⁴ RJ 1190\2906.

⁵ Y fue esta doctrina la que vino a sostener la Sala de manera constante a lo largo de toda la década de los noventa, véase, Sentencia del TS 17 junio 1997 (RJ 1997\4758); Sentencia del TS de 6 febrero 1997(RJ 1997\999); Sentencia del TS de 25 octubre 1996 (RJ 1996\7793); Sentencia del TS de 9 febrero 1995 (RJ 1995\789); Sentencia del TS de 23 enero 1995 (RJ 1995\403).

⁶ Art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, de 14 de febrero: "La presente Directiva se aplicará a los traspasos 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".

⁷ Modificada sustancialmente por la Directiva 2001/23/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001 sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad.

de la Sentencia Spijkers⁸ que pretende dar una visión de conjunto de todos los medios necesarios para contribuir a una determinada actividad productiva, ya que para algunas resoluciones los trabajadores constituyen una parte principal y los elementos materiales no son tan importantes para conseguir el objetivo de la citada actividad empresarial. En sentido opuesto destaca la Sentencia Schmidt⁹ que concluye que la ausencia de transmisión de elementos patrimoniales no tiene porque provocar la no aplicación del art. 1.1 de la Directiva 77/187/CEE, pues

⁸ Sentencia Spijkers, de 18 de marzo de 1986, Asunto C-24/85: “Para determinar si se dan estas condiciones, conviene considerar todas las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, entre las cuales están, sobre todo, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el hecho de que haya habido o no una transmisión de los bienes inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades. Sin embargo, conviene precisar que todos estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse y no pueden, por tanto, apreciarse aisladamente. Las valoraciones de hecho necesarias para determinar si hay o no una transmisión en el sentido indicado competen al órgano jurisdiccional nacional, teniendo en cuenta los criterios de interpretación especificados anteriormente. Por estas razones, procede responder a las cuestiones planteada que el apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 (LCEur 1977, 67) , debe interpretarse en el sentido de que la noción de «transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario» se refiere al supuesto de que la entidad económica en cuestión conserve su identidad. Para determinar si hay o no una transmisión en el sentido indicado en un caso como el que constituye el objeto del litigio principal, es preciso valorar, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de hecho que caracterizan la operación en cuestión, si se trata de una entidad económica todavía existente que ha sido enajenada, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas”.

⁹ Sentencia Schmidt, de 14 de abril de 1994, Asunto C-392/92: “Según jurisprudencia del Tribunal de Justicia (véanse la Sentencia Spijkers, antes mencionada, apartado 11, y la Sentencia de 19 mayo 1992, Redmond Stichting, C-29/91, Rec. pg. I-3189, apartado 23 [TJCE 1992/99]), el criterio decisivo para determinar la existencia de una transmisión de una empresa o de una parte de una empresa en el sentido de la Directiva (LCEur 1977/67) es el del mantenimiento de la identidad de la entidad económica. Según esta misma jurisprudencia, el mantenimiento de esta identidad es consecuencia en particular de que el nuevo empresario continúe efectivamente o retome las mismas actividades económicas o actividades análogas. Así, en el caso del litigio principal, del que la resolución de remisión aporta todos los elementos relevantes, la similitud de las actividades de limpieza efectuadas antes y después de la transmisión, que además dio lugar a la oferta de empleo realizada a la trabajadora afectada, constituye un elemento característico de una operación que está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva (LCEur 1977/67) y que otorga al trabajador por cuenta ajena cuya actividad ha sido traspasada la protección que le ofrece esta Directiva”.

parece que para la citada Sentencia lo novedoso para certificar el ámbito de aplicación de la directiva comunitaria estaba relacionado con la simple continuación de la actividad por parte del nuevo empresario¹⁰.

Antes de abordar como estos criterios jurisprudenciales han marcado la aplicación de la sucesión de empresa a distintas situaciones desde la perspectiva de la jurisdicción española, es preciso reseñar otra importante resolución originada en el Tribunal de Justicia europeo como es la Sentencia Sūzen¹¹ que declara que la ausencia de relación entre empresarios puede ser un indicio claro de que no ha existido transmisión en el sentido de la Directiva¹², por lo que da a entender que una entidad no puede calificarse tan sólo atendiendo a la actividad que ocupa, dando prioridad a otros elementos como pudieran ser la cesión de los trabajadores¹³ que la integran o la organización del trabajo. Por este motivo

¹⁰ Sobre este asunto vid., Valdés Dal-Ré, F.: *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2011, pág. 37.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia Sūzen, de 11 de marzo de 1997, Asunto C-13/95 (TJCE 1997/45): “Pues bien, 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 aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, reproduciendo los términos de la sentencia Rygaard, antes citada (apartado 21), el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable”.

¹² Sin embargo el TS en su Sentencia de 7 de diciembre de 2011 establece que no es necesario para que exista sucesión empresarial a efectos legales que se produzca un contrato de cesión de la actividad o de medios materiales entre la antigua contratista y la nueva, sino que basta con que la suceda en la actividad, lo que ha ocurrido en el presente caso, en el que la recurrente ha sucedido en la contrata a la anterior contratista y se le han encomendado las mismas labores. Por ello, nos encontramos ante un supuesto de los llamados de «sucesión de plantillas», sin que el hecho de que la recurrente haya aportado maquinaria propia y elementos materiales desvirtúe lo dicho, porque no se ha probado la importancia de estas aportaciones materiales, mientras que si consta el valor del factor humano, al haberse dado ocupación al 80 por 100 de la anterior plantilla, a la par que los trabajos de jardinería, mudanzas, peonaje, control de acceso y de circulación, así como los de facturación no requieren por lo general una gran inversión en muebles y máquinas, sino, principalmente, en capital humano.

¹³ Esta misma idea es reiterada en la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1998 (asuntos acumulados C-173/96 y C-247/96) (TJCE 1998, 309), que señala que señal en determinados sectores económicos, como los de limpieza y vigilancia, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción. En igual dirección se pronuncia la Sentencia de 2 de diciembre de 1999, Asunto C-234/98 (TJCE 1999, 283), y la Sentencia de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) ,

existen actividades en las que los medios materiales presentan una importancia menor como pudieran ser el sector de la limpieza, vigilancia, seguridad, consejería etc., en los que la transmisión se determinaría por la continuidad de buena parte de esa plantilla de trabajadores¹⁴.

De modo que se vuelve a considerar primordial la identificación del tipo de actividad para poder certificar qué papel juegan los trabajadores de la empresa y si éste se convierte en principal y necesario para la continuidad de la actividad empresarial, o más bien para que ésta mantenga su identidad económica¹⁵. A pesar, de ser este criterio el determinante en la doctrina comunitaria para asentar las bases de la transmisión y los requisitos que tienen que darse para que pueda considerarse la misma dentro del ámbito de aplicación de la directiva comunitaria y, por tanto, una sucesión de empresa parece que hasta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004¹⁶ no se admite la sucesión de empresa por plantilla en sectores como el mantenimiento de las instalaciones¹⁷, por lo que resulta importante determinar el sector de actividad de la empresa que pone fin a la contrata.

3. LA DETERMINACIÓN Y CONTINUIDAD DE LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA COMO CRITERIO DETERMINANTE PARA LA SUCESIÓN DE EMPRESA

Llegados a este punto, conviene realizar una descripción de lo acontecido en la Sentencia objeto de este comentario en relación a la posibilidad de que exista una sucesión de empresa, y lo que es más importante la asunción de trabajadores por parte de la empresa municipal que ostenta el servicio de musculación, gimnasio y balneario.

asunto TEMCO Service e Industries, S.A. (C-51/2000). De este modo, que el elemento básico a considerar como elemento subjetivo, sea la mano de obra, elimina de facto la consideración a otros factores previstos en la norma, ya que no son necesarios para determinar la existencia de una sucesión empresarial.

¹⁴ En sentido opuesto a lo establecido en la doctrina comunitaria al considerar que la mera sucesión de personal debe realizarse de forma voluntaria por el nuevo empresario o ser impuesta por normativa convencional o por el pliego de cláusulas administrativas que corresponda, véase VV.AA.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pág.234.

¹⁵ Gómez Arbos, J.: “La sucesión de empresas. Supuestos controvertidos de aplicación del art. 44 del ET” *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 185, 2016.

¹⁶ RJ 2004, 7202.

¹⁷ Vid., Sentencia del TS de 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736); Sentencia del TS de 18 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 2891); Sentencia del TS de 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1294).

En la misma se exponen de forma clara argumentos que denotan la determinación del tipo de actividad como criterio concluyente para poder tratar las circunstancias allí descritas como sucesión de empresa en los términos previstos en el art. 44 del ET. Otro de los aspectos que trata la Sentencia que han sido abordados, también, por la ingente jurisprudencia nacional y comunitaria que es el relacionado con la suspensión de la actividad desde que se rescinde la contrata hasta que se reanuda de nuevo el servicio ofertado por el IMD de Barakaldo.

Como se ha comentado existen determinados supuestos en los que la concreción del tipo de actividad se considera fundamental para analizar si la empresa cesionaria debe asumir la sucesión de plantilla. En este supuesto, la contrata con la empresa AZATRES tiene como objetivo principal que ésta gestione el servicio de Balneario, Gimnasio y Sala de musculación del Polideportivo Lasasarre del IMD (Barakaldo) y para ello se necesita, además de elementos materiales que la empresa cedente aporta, trabajadores que la empresa cede con la finalidad de atender las necesidades de las personas que acuden al centro para realizar deporte.

Por tanto, parece evidente que sin esos medios materiales la actividad no podría continuar, sobre todo teniendo en cuenta la importancia que tiene para una sala de gimnasio o musculación la maquinaria preparada para llevar a cabo los pertinentes ejercicios deportivos. Por lo que, en este supuesto lo único que se revierte al Polideportivo son las instalaciones, sin que quede claro la actividad que se va a llevar a cabo a partir de la finalización de la contrata¹⁸. Es decir, la sucesión de contrata se da cuando la nueva contratista explote el negocio de la misma forma y con los mismos medios materiales que lo hacía la anterior, aspecto que no ocurre en el supuesto de hecho analizado en la Sentencia del TSJ del

¹⁸ Sobre este aspecto vid., la Sentencia del TS de 21 de abril de 2015 (RJ 2015\2177) en la que entiende que el fin de la explotación de la cafetería de la Intervención general del Estado no describe un supuesto sucesorio porque no se ha transmitido un conjunto organizado de bienes que posea la necesaria autonomía productiva y tampoco se han reanudado los servicios. En el mismo sentido la Sentencia del TS de 19 mayo 2015 (RJ 2015\2886. Ambas resoluciones siguen el mismo criterio que la Sentencia de 24 de enero de 2002 (TJCE 2002, 29) , asunto TEMCO Service e Industries, S.A. (TJCE 2002\29): “Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, 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 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 (véanse, en particular, las sentencias, antes citadas, Spijkers [TJCE 1986, 65] , apartado 13, y Süzen [TJCE 1997, 45] apartado 14)”.

País Vasco, ya que el IMD pretende llevar a cabo su actividad contando con sus elementos patrimoniales y personales¹⁹.

De tal forma que con estos argumentos, en este caso, es importante determinar el tipo de actividad y dejar claro que la empresa pública pone a disposición de la contrata la infraestructura de la que es propietaria. Lo único que hace es confiar a la empresa AZATRES, mediante el citado contrato de gestión de servicios, el personal y los medios materiales, por lo que cuando se ha terminado el tiempo establecido por la contrata tiene derecho a no asumir a los trabajadores y explotar su empresa con su propio personal si así lo cree conveniente. Así pues, la Sentencia entiende que no se ha producido transmisión de la identidad económica de la empresa y, por tanto, no se admite la sucesión de empresa basada en este criterio²⁰. Sin embargo, existe una parte de la jurisprudencia que aboga por la valoración en conjunto de todos los elementos transmitidos, teniendo en cuenta tanto los materiales como los personales, para poder así concretar si se trata de unidad económica autónoma que mantiene su identidad tras la transmisión²¹.

¹⁹ Queda demostrado que la actividad del IMD no tiene su parte principal en el personal como ocurriría en otros sectores en los que la mano de obra se considera primordial para la prestación de servicios, y en estos casos existen resoluciones jurisprudenciales que no admiten la existencia de la sucesión de empresa y permiten que una vez que se termine la contrata la empresa contratante pueda ejercitar su servicio con otro personal. Sobre este aspecto vid.; Sentencia del TJUE de 20 de enero de 2011, asunto C463/09 CLECE (TJCE 2011\4): "...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 aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea. En este supuesto, el nuevo empresario adquiere en efecto el conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de forma estable".

²⁰ Sobre este aspecto vid., la Sentencia del TS 9 de diciembre de 2016 (JUR 2017\25062).

²¹ En esta misma línea se han pronunciado la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2015 (AS 2015\1847): "Así, el concepto de entidad hace referencia a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Sūzen, antes citada). Para determinar si se reúnen los requisitos necesarios para la transmisión de una entidad, han de tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho características de la operación de que se trata, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, 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 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 (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Jus-

En cuanto a la continuación de la actividad se observa como en los hechos descritos en la Sentencia del TSJ del País Vasco se paraliza la actividad durante un tiempo, por lo que mal puede sostenerse la existencia de una sucesión de empresa si la actividad no es reanudada de forma inmediata a la extinción de la contrata. Es evidente que, en este supuesto no es necesario mantener a los trabajadores, como consecuencia de la interrupción del servicio, y tampoco estaría obligada la empresa a volverlos a contratar si decide finalmente explotar esa actividad con su propio personal, aspecto que la jurisprudencia admite como se ha comentado²².

Aunque existe algún pronunciamiento contrario a esta doctrina, como es el que aporta la Sentencia del TJUE de 26 de noviembre de 2015 (Asunto C-509/14)²³ que establece que basta que se transmita una entidad económica²⁴ susceptible de continuar con su actividad, aunque no se produzca en el mismo momento de terminación de la contrata, dándole cierta importancia a la mera posibilidad de que el servicio pueda reanudarse aunque luego finalmente no se haga efectivo. De otro modo, la subrogación de empresa estaría supeditada a la mera voluntad del adquirente, pudiendo dar pie a operaciones de fraude²⁵.

ticia de las Comunidades Europeas, antes citadas, Spijkers y Süzen). Es preciso valorar el conjunto de los elementos transmitidos, sumando los elementos materiales, los personales y los de naturaleza inmaterial, para determinar si existe una unidad económica con cierta autonomía y que mantiene su identidad tras la transmisión”. Vid., Sentencia del TSJ de Islas Canarias, núm. 645/2015 de 31 marzo (AS 2015\1994).

²² En la Sentencia del TS de 9 de febrero de 2016 (RJ 2016\1197): “También es piedra angular para la solución del caso nuestra doctrina respecto de que en los supuestos de sucesión de contratas no existe propiamente una transmisión de las mismas, sino la finalización de una y el comienzo de otra -formal y jurídicamente distinta- con un nuevo contratista. Por ello, para que se produzca la subrogación del nuevo contratista en los contratos de los trabajadores de la adjudicataria saliente es necesario: a) que así lo impongan la norma sectorial o el pliego de condiciones; b) en ausencia de tales prescripciones es necesario -conforme al art. 44 ET (RCL 1995, 997) - que se produzca la transmisión de los elementos patrimoniales que configuren la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación. De esta forma, la sucesión empresarial resulta inexistente cuando hay sucesión de actividad, pero ninguna norma o prescripción convencional dispongan lo contrario, o no se acompañe la contrata con entrega de soporte patrimonial alguno que merezca la consideración de unidad organizada que sirva de sustrato a una actividad independiente (en tal sentido se manifestaban las SSTs 30/09/99 (RJ 1999, 9100) -rcud 3983/98 -; y 29/01/02 (RJ 2002, 4271) -rcud 4749/00 -)”.

²³ En esta Sentencia se resuelve la cuestión prejudicial planteada acerca de establecer si se aplica las normas de la sucesión de empresa a supuestos en los que una empresa pública, titular de una determinada actividad, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa poniendo a disposición de ésta la infraestructura y servicios necesarios.

²⁴ Sobre el concepto de “entidad económica” vid., Monereo Pérez, J.L.: “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de los servicios públicos”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 290-292.

²⁵ Es obvio que la doctrina comunitaria, plasmada en la Sentencia del TJUE de 26 de no-

4. REPERCUSIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO Y EL PLIEGO DE CONDICIONES ADMINISTRATIVAS EN LA SUCESIÓN DE PLANTILLA

Si se tiene en cuenta las premisas establecidas por el Tribunal Supremo se observa como este, en muchos casos, no ampara la sucesión de plantillas como elemento determinante para la aplicación del art. 44 del ET²⁶ dejando al arbitrio de los Convenios Colectivos o del pliego de condiciones administrativas, en el caso de empresas públicas, esta posibilidad con el objetivo de que los trabajadores pudieran mantener su puesto de trabajo en esta situación, si así lo consideran necesario²⁷.

Es cierto que frente a dichas situaciones podría darse la circunstancia de no incorporar la plantilla anterior, lo cierto es que la inclusión de cláusulas en la negociación colectiva o, en los pliegos de condiciones administrativas, daría lugar a que se mantuvieran la mayoría de los puestos de trabajo, intentando paliar las

viembre de 2015, establece que la transmisión de los elementos materiales carece de pertinencia a la hora de aplicar la Directiva 2001/23 y sin embargo entiende que está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva una situación en la que una empresa pública, titular de una actividad económica de manipulación de unidades de transporte intermodal, confía mediante un contrato de gestión de servicios públicos la explotación de esa actividad a otra empresa, poniendo a su disposición los medios materiales y el equipamiento necesarios de los que es propietaria y posteriormente decide poner fin a la contrata sin hacerse cargo del personal porque en lo sucesivo va a prestar los servicios que venía prestando con su propio personal.

²⁶ Sentencia del TS de 30 diciembre 1993 (RJ 1993, 10078) ; Sentencia del TS de 25 octubre 1996 (RJ 1996, 7793) ; Sentencia del TS de 12 marzo 1997 (RJ 1997, 2318) ; Sentencia del TS 14 diciembre 1994 (RJ 1994, 10093) ; Sentencia del TS de 23 enero 1995 (RJ 1995, 403) ; Sentencia del TS de 9 febrero 1995 (AS 1995, 789) ; Sentencia del TS 29 diciembre 1997 (RJ 1997, 641) ; Sentencia del TS de 29 abril 1998 (RJ 1998, 3879) ; Sentencia del TS de 18 marzo 2002 (RJ 2002, 7524) ; Sentencia del TS de 29 mayo 2008 (RJ 2008, 4224) ; Sentencia del TS de 23 mayo 2005 (RJ 2005, 9701) .

²⁷ En la Sentencia del TS de 2 de noviembre de 2005 (RJ 2005\10100) se hace una exposición de la inexistencia de acuerdo por parte de los trabajadores en un supuesto de sucesión de plantilla en la que se iba a transferir a los trabajadores sin que éstos hubieran consentido esta posibilidad: “Lo que ha habido es una decisión de la empresa denominada 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 notorio, ha sido impugnada por un gran número de trabajadores y que ha dado lugar incluso al .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 nueva concesionaria, pero no obliga a los trabajadores que no han participado en ese concurso, y que por su condición de personas tampoco pueden ser objeto del mismo”.

consecuencias que esta doctrina pudiera tener sobre la estabilidad en el empleo al desincentivar la contratación por el nuevo empresario de trabajadores de la anterior empresa. Además, sin duda, en la mayoría de las actividades subrogadas es necesaria la asunción de la plantilla anterior por motivos puramente prácticos. El personal subrogado, ya está formado, conoce la actividad a desarrollar, y lo más importante, conoce a los clientes asumidos por la nueva empresa, por lo que son escasos los supuestos en los que se puede prescindir de una plantilla, al asumir la sucesión de un negocio. Esta interpretación jurisprudencial extensiva repercute positivamente en los derechos de los asalariados que sufren los efectos de determinados procesos económicos, al aumentar el colectivo de trabajadores incluidos en el marco tuitivo comunitario²⁸, iniciado por la citada Sentencia Sözen.

No obstante y a pesar del mantenimiento del criterio patrimonialista por parte de la jurisprudencia española, existen otras Sentencias que abogan por seguir la doctrina impuesta por la Sentencia del TS de 27 de octubre de 2004²⁹, ya que hasta ese momento la sucesión de plantilla era un aspecto regulado en el Convenio Colectivo o en el pliego de condiciones administrativas pertinentes. Sin embargo, la regulación convencional de no debe realizarse sin contemplar los requisitos establecidos en el art.44 del ET, es más puede que el Convenio Colectivo obligue a asumir a una serie de trabajadores considerados esenciales para la ejecución de la actividad y no a todos, criterio admitido por la jurisprudencia³⁰. Pero en aquellos casos en que no se asuma la mayoría de la plantilla, la situación que se plantea es muy distinta, pues si este aspecto no se ha previsto por el Convenio Colectivo o por el pliego de condiciones administrativas, debemos acudir al resto de requisitos, expuestos en la teoría patrimonialista del Tribunal Supremo. Ahora bien, es en estos casos en los que las cláusulas convencionales y los pliegos de condiciones mantienen su capacidad plena de contribuir a la estabilidad en el empleo, determinando las condiciones de la subrogación³¹.

²⁸ Rentero Jover, J, “La sucesión en la actividad tras la STS de 27 de octubre de 2004», *Revista derecho social* nº 30.2005.pág 168. Merino Segovia, A. «La transmisión de empresas en el ordenamiento laboral Español: Un marco normativo insuficiente y deficiente», *Revista derecho social*, núm. 45, 2009, pág. 81; Escudero Rodríguez, R., Estévez González, C., y Menéndez Calvo, R., «El tratamiento convencional del trabajo en régimen de contratas y subcontratas», en AA.VV., *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al Profesor Alberto Guanche Marro*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2003, págs. 239-251.

²⁹ La Sentencia del TS de 27 de octubre de 2004 se adhirió a la doctrina iniciada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y se manifestó abiertamente a favor de considerar como criterio principal en orden a determinar la existencia de una auténtica sucesión de empresa, la asunción voluntaria por el nuevo empresario de las relaciones laborales de un grupo considerable de la plantilla anterior.

³⁰ STS 4 de abril de 2005 (RJ 2005, 5736); STS 18 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 2891); social; STS 28 de diciembre de 2006 (RJ 2007, 1294) , sala social.

³¹ Gómez Arbos, J.: La sucesión de empresa..., op. cit., pp. 7-9.

En la Sentencia del TSJ del País Vasco nada se dice, en el Convenio Colectivo o pliego de condiciones administrativas, sobre la previsión de la sucesión de empresa, en lo que a los trabajadores se refiere, y de otra parte, tampoco se considera que los trabajadores constituyan un elemento primordial o relevante para el ejercicio de la actividad. Como se ha comentado el fondo de la Sentencia está en determinar si los elementos materiales son los que aportan la denominada entidad económica o si por el contrario ésta recae sobre la infraestructura o instalaciones, sin que se atienda al criterio de sucesión de plantilla como esencial para la explotación del negocio.

5. VALORACIÓN FINAL

Ante la gran dispersión doctrinal y jurisprudencial habida acerca de los distintos criterios a tener en cuenta a la hora de considerar la existencia de una sucesión de empresa, se puede decir que la Sentencia objeto de comentario no aporta claridad a este asunto dando una solución al caso (inexistencia de subrogación empresarial y asunción de responsabilidades acerca de los trabajadores por parte de la empresa contratada y no de la contratista), cuanto menos bastante discutible. Como se ha comentado en la reversión de los servicios públicos también se aplican las reglas de la sucesión de empresa, pero en este caso ha quedado acreditado que el verdadero elemento objetivo de la contrata es el Polideportivo (balneario, gimnasio y sala de musculación) que son absolutamente determinantes para el servicio que se presta mediante la concesión. Por ello, se puede denotar como el valor de este concreto activo, Polideportivo, es esencial y primordial para que pueda ejecutarse el negocio, pasando la maquinaria a ser un elemento residual comparándolo con la infraestructura en la que se desarrolla la actividad.

De modo que si tales activos han revertido en la Administración y, son tan importantes, a mi entender, para la explotación del negocio podría darse un cambio de criterio y admitir que si se dan los elementos constitutivos de la sucesión de empresa regulados en el art. 44 del ET, ya que la entidad económica del negocio recae sobre la infraestructura y las instalaciones pertenecientes a la Administración Pública.

A pesar de predominar en el momento actual la interpretación del TJUE en relación a la existencia de sucesión empresarial amparada por la normativa comunitaria basada en una concepción organizativa, de manera que para apreciar la subrogación empresarial no será suficiente el traspaso de la actividad sin transmisión de una estructura organizativa, la situación descrita podría considerarse subrogación empresarial y someterse a lo establecido en el art. 44 del ET. Resulta curioso como la Sentencia, objeto de comentario, se desvincula

de otros pronunciamientos como algunos del Tribunal Supremo en el que se establecen unas indicaciones que podrían haber resuelto el supuesto presentado quizás con mayor claridad y precisión.

Estas disquisiciones jurisprudenciales hacen que se tengan que tener en cuenta ciertos matices para una posible modificación del artículo 44 ET, ya que aunque la interpretación aplicada por el Tribunal de Justicia Europeo y Tribunal Supremo, amplía la cobertura de los trabajadores, no resuelve todos los casos que provoca una sucesión de empresas. Esta situación sigue haciendo necesaria la interpretación de los Tribunales, lo que nos sigue garantizando una abundante casuística en las resoluciones emitidas por los órganos judiciales. Por ello, es muy importante que los Tribunales trataran de evaluar, con carácter previo, si se trata de una actividad en la que los medios materiales se consideren básicos para poder continuar con la explotación del negocio, ya que de esta forma se podría delimitar el supuesto de hecho y la afectación de la identidad económica de la empresa, con la supuesta transmisión patrimonial que se diera.