

# LA SUCESIÓN DE EMPRESAS EN LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS: UNA PROPUESTA DE REFORMA NORMATIVA

SERGIO YAGÜE BLANCO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la  
Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

## EXTRACTO

**Palabras clave:** sucesión de empresa, externalización, estabilidad en el empleo

El objeto de este trabajo es revisar críticamente la institución laboral de la sucesión de empresa aplicada en el ámbito de las contratas y concesiones de obras y servicios, detectando las principales distorsiones y problemas aplicativos que existen. Tras este diagnóstico previo, se formula una propuesta de ley ferenda que, al menos, se espera que pueda aportar nuevos elementos de valoración para el debate científico. Se propone una revisión del marco normativo interno compatible con los objetivos y finalidades de la Directiva 2001/23/CE, en tanto que es más pragmático y factible que revisar la disposición europea.

## ABSTRACT

**Key words:** transfer of undertakings, outsourcing, employment stability

The purpose of this paper is to do a critically review of the labour regulation of transfer of undertakings applied in the field of contracts and concessions of works and services, detecting the main distortions and application problems that exist. After this preliminary diagnosis, a legislative proposal is formulated which is expected to provide new elements for the scientific debate. A revision of the internal regulatory framework is proposed that is compatible with the objectives and purposes of Directive 2001/23/EC, insofar as it is more pragmatic and feasible than revising the European legislation.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. REVISIÓN CRÍTICA DEL MODELO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS APLICABLE A LAS ACTIVIDADES DESCENTRALIZADAS
  - 2.1. La sucesión de empresas de origen legal
    - 2.1.1. Reglas generales en materia de transmisión de empresas
    - 2.1.2. Cuestiones problemáticas
  - 2.2. La subrogación convencional
  - 2.3. Deficiencias del modelo legal de la transmisión de empresa
3. NUEVOS ELEMENTOS PARA EL DEBATE SOBRE UNA REFORMA LEGAL
  - 3.1. El punto de partida: la necesidad de cuestionar viejos dogmas aprendidos
  - 3.2. El riesgo empresarial como criterio determinante para la transmisión de empresa: principales manifestaciones
  - 3.3. El (re)equilibrio de los intereses empresariales y sociales
4. LA PROPUESTA NORMATIVA

## 1. INTRODUCCIÓN

La sucesión de empresas es una de las instituciones laborales que mayor conflictividad provoca. Con todo, son algunos tipos de operaciones de transmisión los que acaparan la gran mayoría de las resoluciones judiciales en la actualidad. Así, los cambios de titularidad que más ocupados han tenido tanto a nuestros órganos judiciales como al tribunal de Luxemburgo durante las últimas décadas son las transmisiones de empresa en el concurso de acreedores, en la sustitución de la empresa explotadora de una contrata o concesión administrativa y en la reversión de la actividad previamente externalizada por una entidad del sector público.

Sin lugar a dudas, las dos últimas se llevan la palma. En realidad, la problemática es la misma y puede encuadrarse dentro de la compleja acomodación de las previsiones normativas sobre sucesión de empresas a la descentralización productiva, solo que el carácter público de la empresa cesionaria provoca la interferencia con un nutrido grupo de normas administrativas que exigen matizar la aplicación de la legislación laboral.

En cualquier caso, bien es sabido que ni el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores ni la Directiva 2001/23/CE que transpone fueron diseñados para aplicarse a este tipo de transmisiones<sup>1</sup>. Ni estas normas citadas que componen el marco jurídico básico actual ni, lógicamente, sus precedentes normativos. Sobre la Directiva original se inició, a mitad de la década de los noventa, un largo proceso

<sup>1</sup> *Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo, 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 centros de actividad, que codifica la Directiva 1977/187/CEE del Consejo de 14 de febrero y la Directiva 1998/50/CE del Consejo de 29 de junio mediante la cual se reformó la primera.*

de modificación que, en esencia, pretendía resolver las distorsiones que los nuevos modelos de organización de la producción estaban causando en su aplicación<sup>2</sup>. La valoración que puede hacerse de aquella reforma no es, en absoluto, positiva. Ante la complejidad del asunto, las instituciones comunitarias adoptaron una solución tibia, neutra y poco comprometida<sup>3</sup>. Pero más decepcionante todavía fue la única adaptación que se hizo del precepto estatutario pues, el legislador estatal, apremiado por cumplir con el plazo de transposición de la Directiva 98/50/CE, dejó de lado cualquier proceso reflexivo, crítico o creativo y se limitó a transcribir, casi literalmente, la disposición europea<sup>4</sup>.

Más de treinta años después el marco normativo se mantiene inalterado y no será porque el mismo se haya erigido como un paradigma de eficacia jurídica, pues el ingente volumen de resoluciones judiciales permite corroborar que no lo es. La doctrina científica ha convergido pacíficamente al destacar su carácter insuficiente, obsoleto e inadaptado al cambiante contexto económico (Moreno Gené, 2003, p. 13; Del Rey Guanter, Martínez Fons y Serrano Olivares, 2005, p. 221). A mayor abundamiento, lo que entonces era un fenómeno productivo incipiente, a fecha de hoy ha adquirido una dimensión cualitativa y cuantitativa impensable, desbordando la capacidad de una norma «generalista» que aspira a ser aplicada a cualquier tipo de transmisión. En consecuencia, el juzgador se enfrenta a la compleja tarea de seleccionar adecuadamente los criterios hermenéuticos que deben ser aplicables a una concreta operación de traspaso, de entre una profusa jurisprudencia con décadas de trayectoria evolutiva y con innumerables ramificaciones o criterios específicos

<sup>2</sup> El proceso se inició a raíz de la STJUE de 14 de abril de 1994, *Schmidt*, asunto C-392/92 en la cual en TJUE consideró que hubo sucesión empresarial ante la mera externalización de una actividad de limpieza, sin que se transmitiese al nuevo empresario elemento material, inmaterial o personal alguno.

<sup>3</sup> Si bien el proyecto de reforma excluía el traspaso de una única función de la empresa (DOCE n.º C 274 de 01-10-94), sendos dictámenes del Comité Económico y Social (DOCE n.º C 133 de 31-05-95) y del Comité de las Regiones (DOCE n.º L 100 de 02-04-96) alertaron de que la exclusión de los procesos de subcontratación no solo produciría un retroceso en los objetivos de protección social de la norma europea, sino que podría incurrirse, además, en una discriminación indirecta por género, pues estadísticamente dejaba fuera de su campo de aplicación de manera desproporcionada sectores de actividad altamente feminizados. De modo que la redacción inicial se sustituyó por el actual art. 1.1.b Directiva 2001/23/CE que ni incluye ni excluye *per se* el cambio de empresa gestora de las actividades externalizadas.

<sup>4</sup> En la legislación española la institución está presente desde la *Ley de 21 de noviembre de 1931, de Contrato de Trabajo*. Con escasos ajustes técnicos basados en la primera jurisprudencia sobre la materia pasó al *Decreto de 26 de enero de 1944, por el que se aprueba el Texto Refundido del Libro I de la Ley de Contrato de Trabajo*. La siguiente modificación se hizo ya en la *Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales* y de esta pasó sin alteración alguna al Estatuto de los Trabajadores de 1980. Y así permaneció hasta la *Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo* mediante la cual se adaptó el art. 44 ET a la Directiva 1998/50/CE.

que son oportunos solo en algunas operaciones concretas de transmisión. Con el agravante, además, de la existencia de un doble ámbito interpretativo.

Con todo, el papel de la jurisprudencia ha sido clave para determinar cuándo una operación de externalización, cambio de contratista o concesionaria y reversión de la actividad constituyen una sucesión de empresa. Si bien, no puede afirmarse que su evolución interpretativa haya sido precisamente clara y unívoca, pues no han faltado saltos interpretativos causados, principalmente, por las tensiones dialécticas entre el pretor comunitario y el máximo intérprete español. Y es que ambos Tribunales han mostrado sensibilidades bien diferentes al aplicar una norma que, por su ambigüedad, posibilita interpretaciones discordantes.

Así, el TJUE ha sido más proclive a extender la Directiva a este tipo de traspasos mediante una interpretación flexible y finalista de su ámbito de aplicación que toma en cuenta las nuevas realidades productivas. Como se ha destacado por voces muy autorizadas, aunque el objetivo primario de la Unión Europea fuera eminentemente el económico, el intérprete europeo ha sabido reforzar la dimensión social de la norma a través de sus pronunciamientos en asuntos prejudiciales (Valdés Dal-Ré, 2001, p. 14).

Algo similar, pero en sentido contrario, ocurre en el plano nacional, pues aunque el objetivo originario y prioritario de la normativa española fue la estabilidad en el empleo (Montoya Melgar, 1978, p. 54; González Biedma, 1989, p. 39 y ss.), en las últimas décadas la jurisprudencia ha tratado de equilibrar la balanza atendiendo a los intereses empresariales y económicos, toda vez que ha explorado «vías de escape» en la inaplicación de la legislación sobre transmisión de empresas. Tendencia, esta última, que resulta palmaria en los supuestos de contrata y concesiones donde se ha llegado a hablar de un «vaciamiento relativo» del supuesto de hecho (Monereo Pérez, 2017, p. 4/42).

Habida cuenta de la elevada conflictividad y escasa seguridad jurídica que supone aplicar las reglas sobre transmisión de empresas en los supuestos indicados, consideramos que es necesaria una regulación específica que responda a las particularidades de las contrata y subcontrata. El objeto de este trabajo es, por consiguiente, revisar críticamente la institución laboral y formular una propuesta de *lege ferenda* que, si bien no pretende erigirse como una solución irrefutable para resolver la cuestión de fondo, se espera que pueda aportar nuevos elementos de valoración para el debate científico.

Antes de ello, una cuestión previa, relativa al ámbito de la reforma sugerida. Es indudable que lo deseable sería revisar la disposición europea. Sin embargo, no parece esperable en el medio plazo a la luz de la satisfacción que exhiben las instituciones europeas con la norma. Así, entienden que aquella proporciona una respuesta «global» y «transversal» para los cambios de titularidad de la empresa más actuales, incluida la externalización productiva y también cuando la misma se lleva a cabo en el marco de la contratación pública. Este es el sentir general que se

desprende de los considerandos y del propio articulado una serie de disposiciones comunitarias de muy diversa índole en las que se reafirma su plena vigencia, eficacia y utilidad para conciliar los intereses en juego y garantizar el buen funcionamiento del mercado común europeo<sup>5</sup>. En consecuencia, ante las distorsiones y problemas aplicativos que pueda suscitar en sede nacional, parece más pragmático y factible tratar de buscar un cambio normativo interno que sea compatible con los objetivos y finalidades de la Directiva 2001/23/CE.

## **2. REVISIÓN CRÍTICA DEL MODELO DE TRANSMISIÓN DE EMPRESAS APLICABLE A LAS ACTIVIDADES DESCENTRALIZADAS**

### **2.1. La sucesión de empresas de origen legal**

#### *2.1.1. Reglas generales en materia de transmisión de empresas*

- a) Para que tenga lugar una transmisión de empresas en el sentido del art. 1 de la Directiva 2001/23/CE y del art. 44 ET es necesario que se transmita una «entidad económica» que «mantenga su identidad», entendida esta como un conjunto de

<sup>5</sup> Véanse: *Memorandum from the Commission: On acquired rights of workers in cases of Transfers of Undertakings* [Brussels, 04-03-97; COM (97) 85 final]; *Commission Services' Working Document: Memorandum on rights of workers in cases of Transfers of Undertakings*; *Informe de la Comisión acerca de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001* [Bruselas, 18-0-07; COM(2007) 334 final]; *Resolución del Parlamento Europeo sobre las reestructuraciones y el empleo* (DOUE n.º C 291 E de 30-11-06); *Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para presentar el Marco de Calidad de la UE para la Anticipación del Cambio y la Reestructuración* [Bruselas, 13-12-13; COM (2013) 882 final]; *Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132*; *Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2016, sobre el dumping social en la Unión Europea* (DOUE n.º C 204 de 13-06-18). Incluso, en el ámbito de ciertos Reglamentos destinados a la ordenación de diversos servicios económicos permiten que, ante un cambio de operador de servicios público, el organismo contratante exija la empresa entrante que aplique, por su propia voluntad y sin concurrir el supuesto de hecho, las garantías de la Directiva 2001/23/CE como cláusula social en la contratación pública. Por ejemplo, *Reglamento (UE) 2016/2338 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, en lo que atañe a la apertura del mercado de los servicios nacionales de transporte de viajeros por ferrocarril*; *Reglamento (UE) 2017/352 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de febrero de 2017, por el que se crea un marco para la prestación de servicios portuarios y se adoptan normas comunes sobre la transparencia financiera de los puertos*.

medios organizados con la finalidad de llevar a cabo una actividad económica. Tras una larga evolución interpretativa tanto la jurisprudencia comunitaria e interna convergen pacíficamente al entender que, a grandes rasgos, esto ocurre cuando la transmisión se produzca en alguno de los siguientes términos:

- Cuando para la realización de la actividad se precise un conjunto de bienes patrimoniales dotado de autonomía funcional y se constate que el empresario cesionario continúa o reanuda la explotación con la misma infraestructura o los mismos factores productivos que ya empleaba el cedente –con la misma entidad económica–. Esta transmisión de medios permite entender que la organización empresarial es idéntica (mantiene la identidad) tras el cambio de empresario y, gracias a ello, la actividad económica puede seguir desarrollándose en los mismos términos, mitigando el riesgo que el empresario asumiría al emprender una actividad empresarial desde cero. Por tanto, para valorar si lo transmitido conserva la identidad se recurrirá al análisis del total de circunstancias de hecho que hayan caracterizado la operación, entre otras, la transmisión o no de bienes muebles o inmuebles, la presencia de activos intangibles y su valor, la contratación de la plantilla del cedente, la transmisión de su clientela, la analogía o similitud de la actividad antes y después de la operación, o una eventual suspensión<sup>6</sup>. Es decir, el tribunal ha de evaluar de forma conjunta una serie de indicios, con carácter abierto y no exhaustivo<sup>7</sup>, que le permitan deducir que se ha transmitido una empresa o una parte de la misma cuyo funcionamiento esté basado en equipamiento patrimonial.
- Ahora bien, cuando la realización de la actividad no precise un equipamiento patrimonial y solo requiera para su realización un conjunto de trabajadores organizados de forma estable esta organización de personas constituirá la entidad económica transmisible. En estos casos, la identidad se conservará si puede constatarse que la empresa cesionaria continúa explotando la actividad valiéndose de los mismos trabajadores que ya empleaba la empresa cedente –el conjunto de medios (personales) organizados o entidad económica–<sup>8</sup>. En este caso, la «asunción de la plantilla» será el

<sup>6</sup> Entre otras: SSTJUE de 18 de marzo de 1986, *Spijkers*, asunto C-24/85; de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C-172/99; de 9 de septiembre de 2015, *Joao Filipe*, asunto C-160/14. Doctrina comunitaria incorporada al acervo jurisprudencial interno por, entre otras, las SSTs de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 23 de octubre de 2009, rec. 2684/08; o de 27 de abril de 2015, rec. 348/14.

<sup>7</sup> De hecho, en ocasiones, se han considerado otros indicios. Véanse las SSTJUE de 10 de diciembre de 1998, *Sánchez Hidalgo*, asuntos C-173 y 247/96; de 2 de diciembre de 1999, *Allen*, asunto C-234/98; de 26 de septiembre de 2000, *Didier Mayeur*, asunto C-175/99.

<sup>8</sup> Entre otras, las SSTJUE de 11 de marzo de 1997, *Süzen*, asunto C-13/95; de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo*, asunto C-60/17. En sede nacional, por ejemplo, la STS de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16.

criterio determinante y único para aplicar las previsiones sobre sucesión de empresa. No obstante, esta doctrina se aplicará de forma subsidiaria, esto es, cuando no haya ningún otro medio de producción transmisible además del factor humano<sup>9</sup>.

- b) En síntesis, la entidad económica comprende el conjunto de personas y elementos que permiten el ejercicio de una determinada actividad empresarial. Sin embargo, la jurisprudencia tradicional del TJUE –asumida plenamente, aunque con algunas resistencias iniciales, por el Supremo– ha configurado la entidad económica como una realidad «dicotómica», según sirva para explotar una «actividad que se apoye fundamentalmente en equipamiento patrimonial» o una «actividad que se base esencialmente en la mano de obra». De modo que en aquellas actividades que requieran de instalaciones o bienes patrimoniales importantes lo determinante será que estos se adquieran o recuperen para poder continuar con ellos la prestación de la actividad. Mientras que en sectores basados en la mano de obra será necesario continuar explotando la actividad sin solución de continuidad y haciéndose cargo de una parte esencial de la plantilla de la empresa que cesa en su explotación. Así pues, la primera tarea que debe ocupar al órgano judicial es realizar una previa identificación y del tipo de actividad y, en función del tipo de que se trate, examinar si se han transmitido los medios productivos pertinentes que permitan concluir que se ha transmitido una empresa<sup>10</sup>.

### 2.1.2. Cuestiones problemáticas

Esta inicial convergencia entre ambas jurisprudencias no implica que la cuestión quede exenta de ciertos «matices» en su aplicación práctica. Matices, estos, que no son otra cosa que la consecuencia de las distintas sensibilidades en torno la institución laboral y la evolución que consecuentemente han seguido ambos tribunales. Así, hay determinados aspectos divergentes en la jurisprudencia social, que posibilitan que tanto la doctrina «tradicional» sobre sucesión de empresas como la específica de la «sucesión de plantillas» acumulen numerosos conflictos interpretativos en la práctica.

- a) Para empezar, se han detectado ciertos problemas a la hora de calificar la actividad como basada en equipamiento o en mano de obra y, por ende, para exigir unos u otros requisitos desencadenantes de la transmisión. Sobre todo, ocurre en aquellos casos en los que la infraestructura patrimonial necesaria para prestar la actividad la aporta la empresa principal o cuando hay activos

<sup>9</sup> SSTs de 29 de enero, de 3 de marzo y de 24 de septiembre de 2020, rec. 2914, 3439/17; y 300/18.

<sup>10</sup> STJUE de 19 de octubre de 2017, *Securitas*, asunto C-200/16, ap. 27-30.

patrimoniales de difícil valoración (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 22). En consecuencia, se ha llegado a entender que la actividad descansa en la mano de obra, obviando la presencia de unos elementos materiales que, si bien no los aporta esta última empresa o no son tangibles, no dejan de ser imprescindibles para la ejecución de la actividad contratada<sup>11</sup>. Es decir, ha de quedar claro de que el hecho de que la empresa contratista solo aporte un conjunto de trabajadores organizados no significa que la actividad sea necesariamente intensiva en mano de obra. La consecuencia inmediata será que, no existiendo norma pactada que imponga la subrogación o acto voluntario de la nueva empresa de asumir a la plantilla, el tribunal no apreciará la transmisión de una entidad económica por la falta de estimación de estos activos, abocando a la plantilla de la empresa cedente al despido.

- b) Una vez situados en el seno de las actividades basadas en equipamiento aparecen también numerosos conflictos jurídicos que complican el análisis judicial.
- En primer lugar, la puesta a disposición de los elementos necesarios para la ejecución también ha sido equívoca al margen de la mencionada dificultad para deslindar entre actividades materializadas y desmaterializadas. Y es que, aun no siendo dubitativo el carácter patrimonial de la entidad, se ha llegado a entender que la falta de traslación dominical de la propiedad impedía apreciar la transmisión de empresa<sup>12</sup>. Dicho con otras palabras, la mera cesión del uso de bienes del activo material por parte de la empresa principal para que el contratista explote la actividad –y en su caso la recuperación tras la extinción de la contrata– daba lugar al entendido (erróneo) de que no se produce desplazamiento patrimonial alguno susceptible de actualizar el supuesto normativo<sup>13</sup>.
  - Por otro lado, es igualmente peliaguda la tarea de evaluar la sucesión de empresa mediante el traspaso de activos inmateriales o intangibles conformados generalmente por derechos de propiedad industrial o intelectual (por ejemplo, los derechos de explotación de un *software* desarrollado para la empresa cliente). Con frecuencia, pueden encontrarse

<sup>11</sup> Con mayor detalle me remito a un estudio previo ya publicado y a las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales allí citadas (Yagüe Blanco, 2018b).

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión, me remito a otro estudio y, de igual modo, a las fuentes que analicé y cité en él (Yagüe Blanco, 2018a, p. 998 y ss.).

<sup>13</sup> Aunque en la actualidad es una cuestión ya resuelta, hasta hace bien poco, en el ámbito de la recuperación de la gestión de servicios públicos externalizados, no era difícil encontrar sentencias de diversos tribunales superiores de justicia que llegaban a conclusiones diferentes frente a supuestos de hecho equiparables. Hasta las SSTs de 19 de septiembre de 2017 (rec. 2612, 2629, 2650, 2832/16), nuestra doctrina jurisprudencial desoía el criterio contenido en la STJUE de 26 de noviembre de 2015, *ADIF*, asunto C-509/14 y en otras muchas anteriores del Tribunal de Justicia.

sentencias que no tienen en cuenta la relevancia económica que suelen tener estos activos, por lo que ante la ausencia o falta de transmisión de activos materiales, consideran que la actividad es intensiva en mano de obra<sup>14</sup>. Ahora bien, se percibe una incipiente línea hermenéutica que cada vez toma más en consideración estos activos al enjuiciar la existencia de una transmisión empresarial<sup>15</sup>. Tanto es así que, recientemente, el TJUE ha destacado la posibilidad de que junto con la «entidad económica basada en equipamiento patrimonial» y la «entidad económica que descansa sobre la mano de obra» pueda coexistir también un tercer tipo de «entidad económica que descansa en equipamiento inmaterial», siendo estos últimos los que permiten el verdadero mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión, aun cuando no se traspasen bienes tangibles ni se asuma a la plantilla de la empresa saliente<sup>16</sup>.

- Una dinámica similar se observa respecto a la transmisión de la clientela, factor que siempre ha estado incluido en el clásico listado de indicios proporcionado por el Tribunal de Justicia para constatar si ha tenido lugar una sucesión empresarial. Pero lo cierto es que ha recibido una atención escasa, salvo en supuestos de transmisiones de empresa negociadas con tracto directo en las que se cuantifica el fondo de comercio como activo patrimonial transmisible. Para el TJUE, en algún asunto prejudicial, ha sido un factor coadyuvante para comprender la operación incluida en el campo de aplicación de la Directiva el hecho de que la clientela estuviese «cautiva» en el marco de un cambio de adjudicatario en la prestación de servicios públicos de carácter económico<sup>17</sup>. Incluso, cuando el concepto de cliente no es estricto y hace más bien referencia a sujetos usuarios del

<sup>14</sup> STS de 27 de abril de 2015, rec. 348/14. En el mismo sentido, SSTSJ I. Baleares de 3 de febrero de 2017, proc. 7/16 (confirmada por STS de 2 de octubre de 2018, rec. 155/17) y de 1 de junio de 2020, rec. 433/19 (firme por ATS de 25 de febrero de 2021, rec. 2197/20) (Yagüe Blanco, 2018a, p. 1002).

<sup>15</sup> Véase la STS de 20 de mayo de 2021, rec. 145/20. También, STSJ Asturias de 21 de marzo de 2017, rec. 6/17; STSJ País Vasco de 25 de abril de 2017, rec. 754/17; STSJ Galicia de 5 de abril de 2011, rec. 2957/07.

<sup>16</sup> STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, asunto C-194/18. Se trata de una actividad de servicios de inversión que, tras cesar en ella el Banco que la prestaba, cede a otra entidad financiera al amparo de lo dispuesto en una Ley nacional los instrumentos financieros y demás activos gestionados para los clientes, la gestión de la contabilidad, servicios de inversión y servicios accesorios, así como la tenencia de archivos como la documentación relativa a los servicios y las actividades prestadas a los clientes.

<sup>17</sup> SSTJUE de 25 de enero de 2001, *Oy Liikenne*, asunto C-172/99; de 20 de noviembre de 2003, *Carlito Abler*, asunto C-340/01.

servicio como pacientes o alumnos<sup>18</sup>. Pero más recientemente ha dado un paso importante en el que considera que la cesión de la clientela puede ser un elemento clave y decisivo para que se produzca una transmisión de empresa<sup>19</sup>. También en el ámbito interno comienzan a aparecer sentencias en las que la transmisión de la clientela resulta crucial para imponer la subrogación laboral<sup>20</sup>.

- Y, en fin, una cuestión reciente sobre esta compleja jurisprudencia es la relativa a la posible interrupción de la actividad y su ulterior reanudación. El hecho de que haya un cese de actividad en la contrata o concesión y, tras un periodo de tiempo, la actividad se reanude por una nueva empresa adjudicataria o por la empresa principal tras reasumir la gestión de la actividad, plantea algunos problemas.

El primero consiste en determinar cómo influye el tiempo de suspensión de la actividad sobre el mantenimiento de la identidad de la empresa transmitida. Recuérdesse que no es imprescindible que la entidad se encuentre en funcionamiento en el momento del traspaso, ya que de ser así el fraude estaría garantizado<sup>21</sup>. Pero, por otro lado, no hay un parámetro legal que precise con certeza cuánto tiempo puede transcurrir para que se produzca una transmisión de empresa si se reanuda la actividad. Ante este estado de cosas, la interrupción de la actividad debería abocar a un análisis minucioso que tenga en consideración determinadas circunstancias fácticas como la causa del cese temporal, la posible estacionalidad de la actividad, la vocación de continuidad de la misma, el mantenimiento o pérdida de las relaciones comerciales, su afectación a la imagen externa o marca de

<sup>18</sup> SSTJUE de 19 de mayo de 1992, *Redmond Stitching*, asunto C- 29/91; de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17.

<sup>19</sup> Aunque se trata del mismo asunto citado sobre la transmisión de elementos financieros intangibles, considero que el verdadero *leit motiv* del asunto es la «cesión de la clientela», pues el TJUE considera que la cesión de clientes es el elemento determinante para la calificación como transmisión de empresa. Así, parece que la sentencia destaca como hecho desencadenante que la entidad cesante informara a sus clientes de la operación y de la posibilidad que tenían de dirigirse a la nueva empresa, ofreciéndoles ventajas particulares, y que el 91% de estos clientes aceptaran (STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, ap. 46).

<sup>20</sup> SSTSJ País Vasco de 4 y 7 de enero de 2021, rec. 1496 y 1454/20. Aunque, obviamente, todavía son mucho más numerosas las que descartan la valoración de este elemento fáctico (STSJ Extremadura de 14 y 18 de febrero de 2019, rec. 20 y 22/19; STSJ Aragón de 3 de julio de 2019, rec. 335/19, etc.)

<sup>21</sup> Desde antiguo así lo entiende el Tribunal Supremo: SSTS de 20 de marzo y de 30 de noviembre de 1950; de 31 de marzo de 1951; de 14 de febrero de 1952; de 4 de julio de 1957; de 22 de enero de 1961; de 10 de diciembre de 1973. En el mismo sentido: SSTJUE de 15 de diciembre de 2005, *Nurten Güney-Görres*, asuntos C-232 y 233/04; de 6 de marzo de 2014, *Lorenzo Amatori*, asunto C-458/12.

la empresa, el carácter precedero o no del producto o servicio ofrecido, etc.<sup>22</sup>. Sin embargo, dicho análisis no siempre se realiza –o al menos no de forma explícita– en la mayoría de fallos judiciales. En cualquier caso, importantes y recientes sentencias dejan claro que una suspensión de la actividad durante un lapso considerable no enerva la existencia de transmisión empresarial si concurren el resto de circunstancias decisivas<sup>23</sup>.

Cuestión diferente es el segundo de los problemas anunciados. Y es que, aun cuando se constate que se ha producido una sucesión de empresa, para que opere la garantía de subrogación del nuevo empresario en las relaciones laborales, estas deben estar vigentes en la fecha de la transmisión<sup>24</sup>. Por ello, en el reciente asunto comunitario *Colino Sigüenza* el Tribunal de la Unión admite, pese a constatar una efectiva transmisión de empresa ante la adjudicación del servicio municipal de escuela musical cinco meses después del abandono del anterior adjudicatario, que la nueva empresa concesionaria no estaba obligada a subrogarse en las relaciones laborales. Y es que, la Directiva no impide que puedan realizarse extinciones contractuales por razones económicas, técnicas u organizativas, tanto anteriores al traspaso realizadas por el cedente como posteriores acometidas por el cesionario. En ese concreto asunto se constató la existencia de causa económica motivadora del despido sin que pudiera trazarse ninguna conexión entre la concurrencia de la causa y el encubrimiento de una posterior transmisión. Ahora bien, si el órgano judicial estimara que los trabajadores fueron despedidos por la empresa cedente por la mera causa del traspaso, aquellos deberían considerarse empleados en el momento de perfeccionarse y, con ello, operaría la subrogación de pleno derecho. Por ello, los trabajadores deben poder invocar frente al nuevo empresario la ilegalidad de su despido, para que el tribunal pueda realizar un análisis causal de la extinción y así dirimir si esta fue producida por una causa objetiva o con el fin de evitar la transmisión<sup>25</sup>.

Pero es importante diferenciar entre que la operación de cambio de titularidad de la empresa describa una transmisión de empresa y que no pueda operar la garantía de la subrogación contractual porque las relaciones laborales no se encuentren ya «vigentes»<sup>26</sup>. Una y otra cosa no son lo mismo

<sup>22</sup> Un ejemplo paradigmático de análisis es el de la STSJ Extremadura de 9 de marzo de 2005, rec. 13/05.

<sup>23</sup> STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*; STS de 22 de abril de 2021, rec. 148/20 (6 meses).

<sup>24</sup> STS de 16 de julio de 2003, rec. 2343/02; STJUE de 20 de julio de 2017, *Piscarreta*, asunto C-416/16.

<sup>25</sup> STJUE de 12 de marzo de 1998, *Dethier Équipement*, asunto C-319/94.

<sup>26</sup> La diferencia se aprecia perfectamente en la STS de 27 de octubre de 2017, rec. 4241/15.

y confundirlas puede menoscabar las posibilidades de defensa judicial de los trabajadores afectados. En este sentido, en la jurisprudencia nacional emerge una línea interpretativa que entiende que no puede producirse una sucesión de empresa si los contratos ya están previamente extinguidos<sup>27</sup>, lo que implica las pretensiones judiciales que el trabajador pueda ejercer contra la empresa cesionaria decaigan automáticamente. Téngase en cuenta que aunque la finalización de la contrata puede constituir causa productiva y organizativa justificativa del despido objetivo o colectivo<sup>28</sup>, una posterior reanudación de la actividad con la correspondiente obligación de subrogación legal o convencionalmente establecida puede «descausalizar» el despido<sup>29</sup>. Por tanto, la interpretación restrictiva que analizamos puede impedir que el trabajador ejercite sus acciones contra la nueva empresa para acreditar que su despido no debió llevarse a cabo y que persiste su derecho a ser subrogado<sup>30</sup>.

Por otro lado, recuérdese que en el derecho interno, aun cuando el nuevo empresario no quede obligado a subrogar a la plantilla, no queda exento de responder solidariamente de las obligaciones pendientes de satisfacer o de las consecuencias de un despido anterior que nada tuvo que ver con el traspaso<sup>31</sup>. Por más cuestionable que sea este entendimiento de la responsabilidad solidaria –como más adelante expondré–, la negativa a valorar judicialmente la existencia de transmisión de empresa por la extinción previa de los contratos de trabajo es contraria a la doctrina europea.

Y, en fin, tampoco hay una postura unívoca en torno a si el requisito para la transmisión es la continuación efectiva de la actividad o la remota posibilidad de estar en disposición de hacerlo. La postura mayoritaria el Tribunal Supremo y el actual criterio del TJUE es que, como premisa para el mantenimiento de la identidad, la actividad ha de continuar prestándose, no pudiendo desencadenar la transmisión una simple reversión de medios

<sup>27</sup> Iniciada por las SSTS de 27 de abril de 2016 (3), rec. 329, 335 y 336/15 y consolidada posteriormente por la STS de 7 de octubre de 2017, rec. 2389/15. Aunque entre unos y el otro caso hay diferencias sustanciales, pues mientras que el primero se trata de una actividad intensiva en mano de obra en la que la empresa no asumió una parte esencial de la plantilla voluntariamente ni obligada por el convenio, la segunda se trata de una actividad materializada en la que sí se produjo una efectiva transmisión de empresa. Con todo, las sentencias de abril de 2017 cuentan con un importante y fundado voto particular que cuestionan el posicionamiento mayoritario de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

<sup>28</sup> Por todas, SSTS de 7 de junio de 2007, rec. 191/06; de 13 de mayo de 2019, rec. 246/18.

<sup>29</sup> STS de 9 de enero de 2019, rec. 108/18.

<sup>30</sup> En este sentido el voto particular de las SSTS de 27 de abril de 2016 (antes citadas).

<sup>31</sup> STS de 30 de noviembre de 2016, rec. 825/15.

o equipamiento sin continuar efectivamente el servicio<sup>32</sup>. Ahora bien, también hay una línea hermenéutica que impone las consecuencias de la transmisión aunque no se reanude la explotación con la finalidad de evitar el fraude de Ley, sobre todo en supuestos de recuperación de la infraestructura cedida por la empresa principal<sup>33</sup>.

- c) No menos numerosos y complejos son los problemas que pueden presentarse en el marco de la doctrina de la «sucesión de plantillas». Cuestiones como concretar qué es exactamente una parte esencial de la plantilla –hallar un equilibrio entre el elemento cuantitativo y cualitativo de la misma (“en términos de número y competencias”)- o el ámbito en que debe apreciarse cuando la contrata comprende la prestación de servicios en varios centros de la empresa principal, capitalizan el análisis para dirimir si deben aplicarse o no las garantías de la normativa laboral (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 23/40 y ss.)<sup>34</sup>. El Tribunal Supremo acaba de pronunciarse sobre la delimitación y concreción de la noción de «parte esencial de la plantilla» en un supuesto en el que la empresa entrante solo asume el 40% de la plantilla (2 de 5 trabajadores; si bien otro 40% es asumido por otra nueva adjudicataria debido a una división del objeto de la contrata)<sup>35</sup>. En este sentido advierte que “en sectores donde la mano de obra constituye lo esencial ha de valorarse de manera muy prioritaria el dato relativo

<sup>32</sup> SSTs de 17 de noviembre de 2014, rec. 79/14; de 21 de abril de 2015, rec. 91/14; de 19 de mayo de 2015, rec. 358/14. STJUE de 17 de diciembre de 1987, *Ny Molle Kro*, asunto C-287/86.

<sup>33</sup> SSTs de 5 de febrero de 1991; de 16 de mayo de 1990. Doctrina recogida en numerosas sentencias en suplicación (STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2019, rec. 289/19; SSTSJ Asturias de 22 de marzo de 2018 (6), rec. 3282/17, 117, 181, 182, 263 y 297/18, entre otras).

<sup>34</sup> Todas estas y muchas más cuestiones analizadas en el constantemente actualizado índice sistemático de jurisprudencia que alberga el blog del autor (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021).

<sup>35</sup> STS de 15 de diciembre de 2021, rec. 4236/19. El caso versa sobre la externalización de los servicios auxiliares de una comunidad de propietarios que contaba con 5 trabajadores para cubrir un puesto de trabajo 24h y otro de 22:00 a 6:00h, ambos con carácter diario. El objeto de la contrata se divide en dos con la nueva adjudicación, encargando a una empresa de seguridad y vigilancia que cubra un puesto de trabajo de carácter diario de vigilante de seguridad sin arma de 19:00 a 7:00h y a otra empresa de servicios un puesto de auxiliar de 07:00 a 19:00h todos los días. La primera subroga dos trabajadores y la segunda otros dos, por lo que el trabajador restante acciona por despido. En instancia se desestimó la subrogación condenando por despido improcedente a la empresa saliente. En suplicación se confirmó este pronunciamiento, aunque la empresa saliente condenada solo dirigió su pretensión contra la empresa entrante que se ocupaba del área de servicios (turno diario) que subrogó a 2 de los 5 trabajadores (40%). El TS imputa las consecuencias del despido a dicha contratista entrante con base en los siguientes criterios argumentales: 1) Se produce una sucesión de plantilla; 2) La reducción del objeto de la contrata implica, conforme a una consolidada doctrina, que el nuevo empresario está obligado a subrogar a la totalidad de la plantilla y proceder posteriormente a despedir al excedente de plantilla; y 3) Las circunstancias del caso revelan que las horas a cubrir conforme a la nueva configuración del objeto de la contrata precisan más de dos trabajadores.

al número o condición de quienes han sido asumidos por la nueva empleadora, al margen del título o motivo por el que ello suceda” remarcando “la trascendencia del análisis del número y competencias de la plantilla objeto de incorporación por la mercantil entrante”. Al respecto, hace referencia a ciertos parámetros cuantitativos y/o cualitativos empleados en el pasado en la jurisprudencia social, sin negar, por supuesto, la preeminencia de los primeros salvo contadas excepciones<sup>36</sup>. En consecuencia, determina que el hecho de que «el factor o elemento meramente numérico» no alcance la mitad de la plantilla, no puede condicionar la transmisión cuando “es esencial el personal en el desempeño y permanencia de los servicios auxiliares que han venido conformando la entidad económica objeto de sucesión, atendidas las condiciones de la prestación y el principio de estabilidad en el empleo”. De este modo, se asocia “la cuantía con la entidad o competencia en el desempeño de los servicios, componentes que aparecen así íntimamente relacionados, lo que evidencia la insuficiencia de examinar de manera aislada el *quatum* personal objeto de asunción, salvo cuando el alcance de la plantilla incorporada sea tan sustancial o relevante en sí mismo que permita soslayar el análisis de sus competencias”.

Aunque, sin lugar a dudas, la cuestión más difícil de digerir por nuestro Tribunal Supremo ha sido la relativa a las interferencias o distorsiones que produce la sucesión de plantillas entre el alcance y los efectos de la subrogación pactada en los convenios colectivos y la subrogación legal, como a continuación se dirá.

Por otro lado, una reciente sentencia del TJUE parece alterar las bases dogmáticas de la doctrina sobre sucesión de plantillas. Recuérdese que, como se dijo, opera solo de manera subsidiaria ante la inexistencia de otros activos patrimoniales transmisibles. Así, deben concurrir dos presupuestos: 1) que la actividad sea intensiva en mano de obra; y 2) que el nuevo empresario asuma una parte esencial de la plantilla del empresario saliente. En consecuencia, no habrá transmisión de empresa cuando el nuevo empresario asuma una parte esencial (o total) de la plantilla pero la actividad descansa en activos patrimoniales, o cuando descansa sobre la mano de obra pero la plantilla asumida no sea «esencial». Pues bien, pese a ello, recientemente el Tribunal europeo ha considerado que hay transmisión en un cambio de concesionario del servicio público de transporte de autobús cuando el equipamiento patrimonial no sea transferido (los vehículos) pero el nuevo concesionario contrate a una parte esencial de la plantilla<sup>37</sup>. Con todo, lo cierto es que la aplicación de esta doctrina más allá de las actividades intensivas

<sup>36</sup> STS de 9 de abril de 2013, rec. 1435/12 en la cual se entendió que hubo sucesión empresarial aunque se subrogó a 3 de 7 trabajadores, pues el número de personas “no representa meramente un 50% o menos sino que en realidad es parte esencial para el desempeño de la actividad si nos atenemos a las condiciones en la que la misma se lleva a cabo”.

<sup>37</sup> STJUE de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18.

en mano de obra requiere, a mi juicio, de dos premisas implícitas en el asunto prejudicial: la imposibilidad fáctica de transmisión de la infraestructura y la existencia de una plantilla altamente cualificada y experimentada, esto es, la transmisión de *know how*<sup>38</sup>.

## 2.2. La subrogación convencional

La normativa sectorial, desde los tiempos de las antiguas ordenanzas laborales, viene recogiendo ciertas previsiones para garantizar la estabilidad en el empleo en los cambios de empresas contratistas. Estas garantías sectoriales, hoy contenidas en la negociación colectiva, surgen para paliar las lagunas de protección que presenta el art. 44 ET aplicable, tradicionalmente, a un modelo de empresa básicamente patrimonial. Así, son habituales en los convenios de actividades del sector servicios altamente precarizadas y que no requieren activos importantes (limpieza, vigilancia, jardinería, etc.)<sup>39</sup>.

En consecuencia, se consolida durante años un modelo «bifocal» de tutela laboral ante cambios de empleador: los trabajadores ocupados en actividades de corte industrial cuentan con las garantías ordenadas por precepto estatutario, mientras que aquellos que trabajan para empresas del sector servicios pueden conservar su empleo si el convenio colectivo así lo establece (Yagüe Blanco, 2019b, p. 44).

En este orden de cosas, se entiende la intervención normativa de la negociación colectiva como un tipo de subrogación *sui generis* cuyos efectos no derivan de la aplicación del art. 44 ET, sino de la fuerza de obligar de los convenios colectivos a los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación (art. 82.3 ET). Así, teniendo en cuenta el carácter de derecho mínimo necesario que tiene la norma legal, el convenio puede mejorar la protección estableciendo un régimen de garantías laborales más favorable en los casos en que resulte aplicable la ley, o puede ampliarla a supuestos que quedan extramuros de su campo de aplicación (Sala Franco y Pedrajas Moreno, 2010, p. 400).

Pero este tipo de cláusulas se han caracterizado por su falta de homogeneidad, tanto en lo que respecta al conjunto de garantías que suelen contemplar como a los requisitos para que opere la subrogación (Sanguinetti Raymond, 2006). Por un lado, en cuanto a las consecuencias reguladas, es habitual que tengan un alcance material más limitado que las previstas en el ET (como imputar a cada empresario los créditos laborales derivados de su periodo de ejecución de la contrata). Incluso, su alcance puede ser más restrictivo también desde un ámbito subjetivo, siendo

<sup>38</sup> Véanse las SSTs de 24 de septiembre de 2020, rec. 300/18; de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16.

<sup>39</sup> Aunque luego se han extendido también a actividades basadas en equipamiento. Véase el listado contenido en la STSJ Madrid de 16 de enero de 2015, rec. 454/14.

posible que la cláusula no establezca la continuidad de la totalidad de la plantilla, sino que se limite a un porcentaje de trabajadores o solo a aquellos que cumplan ciertos requisitos (antigüedad, modalidad contractual, etc.). Por otro lado, su eficacia puede quedar condicionada a la observancia de determinadas exigencias formales o procedimentales. Generalmente, el empresario cedente debe aportar cierta documentación relevante relativa al personal afectado (relación de personal, contratos, certificaciones negativas de deudas de cotización, etc.).

En fin, la jurisprudencia viene estimando que, al constituir una excepción a las reglas generales sobre sucesión previstas en el art. 44 ET, la norma sectorial goza de cierta libertad en su configuración. Por tanto, la interpretación que ha de hacerse sobre estas cláusulas es restrictiva, no cabe una aplicación más favorable de la que expresamente se deduzca de sus propios términos<sup>40</sup>.

Pero estas bases tan interiorizadas por nuestra jurisprudencia se ven alteradas por las mutaciones del sistema de productivo y por la aparición de la jurisprudencia europea de la «sucesión de plantillas». De modo que, cuando nos encontremos en un sector intensivo en la mano de obra y el convenio imponga la subrogación de una parte esencial de la plantilla, se actualizará el supuesto de hecho del art. 44 ET y perderán efecto aquellos pasajes de las cláusulas convencionales que establezcan un catálogo de garantías más limitado que el precepto legal o que impongan unos requisitos que dejen fuera del ámbito tuitivo de la norma paccionada a parte de la plantilla de la empresa cesante que no los cumpla<sup>41</sup>. Así, poco importa que la sucesión de plantillas venga impuesta por el convenio o que el nuevo empresario asuma voluntariamente una parte esencial de trabajadores del anterior<sup>42</sup>, pues “la asunción de una parte esencial de la plantilla es un requisito de resultados y no de medios” (Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 18). En este orden de cosas, la litigiosidad –o, a mi juicio, las «vías de escape» para eludir la aplicación del art. 44 ET– se focalizarán en dirimir si el convenio colectivo que contiene la cláusula resulta o no aplicable, en verificar si los trabajadores cumplen o no los requisitos para que la plantilla subrogada quede por debajo del umbral de lo que se considera una parte esencial de la misma, en precisar el alcance de los incumplimientos de las obligaciones documentales por la empresa cedente, etc. (ibídem, 19)<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Por todas, STS de 8 de junio de 1998, rec. 2178/97.

<sup>41</sup> STJUE de 11 de julio de 2018, *Somoza Hermo* asunto C-69/17; STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/16. Sin embargo, hasta llegar a este punto, la jurisprudencia interna ha dado importantes saltos y vaivenes interpretativos debido a sus resistencias para aceptar plenamente la doctrina comunitaria de la sucesión de plantillas. Esta evolución la he analizado en un trabajo previo (Yagüe Blanco, 2019b).

<sup>42</sup> STJUE de 20 de enero de 2011, *Clece*, asunto C-493/09; STS de 12 de julio de 2010, rec. 2300/09.

<sup>43</sup> Con mayor detalle, el índice de jurisprudencia del blog del autor (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021).

### 2.3. Deficiencias del modelo legal de la transmisión de empresa

- a) A mi parecer, todos estos conflictos interpretativos presentados responden a dos motivos. De un lado, a la amplia diversidad de criterios hermenéuticos, que dificultan el análisis de la norma y ocasionan importantes problemas aplicativos en sede judicial. En efecto, la obsoleta y parca delimitación del supuesto de hecho y la inactividad del legislador para adaptar sus previsiones a las nuevas realidades productivas conlleva que la subsunción de todas estas nuevas operaciones vía interpretación judicial en su ámbito de aplicación requiera el manejo de una abundante y copiosa jurisprudencia vertida en multitud de tipos de transmisión de empresa. En consecuencia, es considerable la dificultad a la que se enfrentan los tribunales para resolver, con un mínimo de seguridad, los asuntos a los que se enfrentan. Del otro, es latente la doble racionalidad que subyace bajo la norma laboral (social y económica) y, por ende, las dificultades para hallar un equilibrio adecuado. Tarea que, ante la ambigüedad con la que está redactada, se traslada al órgano judicial que conoce el caso. De ahí que no sea difícil hallar respuestas contradictorias frente a asuntos prácticamente iguales o, al menos, equiparables<sup>44</sup>.
- b) Sin embargo, considero que la mayor crítica que puede formularse al régimen jurídico de la transmisión de empresa deriva de la aplicación de la doctrina de la «sucesión de plantillas». Y es que, si en las actividades materializadas la acción protectora de la norma se produce *ope legis* tras la apreciación de una serie de indicios objetivos, en las actividades basadas en la mano de obra la estabilidad en el empleo pende de la autonomía de la voluntad individual o colectiva. A mayor abundamiento, la realidad muestra que en estas actividades basadas en la mano de obra, que con frecuencia llevan anudada también la característica de baja cualificación, pueden advertirse mayores dosis de precariedad e inestabilidad laboral. Y es que esta división del régimen jurídico aplicativo de la transmisión de empresa perpetúa una suerte de «efecto mateo», mediante el cual los trabajadores empleados en contratas y concesiones que más desprotegidos están serán más proclives a quedar privados de las garantías que proporciona la institución laboral (Monereo Pérez, 2017, p. 4/42). Se trata de un hecho que parece ser constatado tanto por los que defienden la extensión de las garantías laborales de la transmisión de empresa a los cambios de contratistas, como por aquellos que ven en estos casos una simple sucesión de actividades no constitutiva de transmisión (Pérez de los Cobos Orihuel, 2020, p. 100). En consecuencia, aunque en un primer momento esta doctrina creada por el Tribunal de Luxemburgo supusiera un paso importante para la protección de

<sup>44</sup> De hecho, se pone de relieve la carga ideológica que subyace bajo esta institución laboral (Gómez Abelleira, 2002, p. 12/19; Beltrán de Heredia Ruiz, 2017, p. 4/40).

este tipo de trabajadores, en la actualidad es insuficiente para la consecución del objetivo que persigue la norma.

- c) En síntesis, es necesaria la búsqueda de otros criterios que permitan inferir con un mínimo de certeza cuándo se ha transmitido una entidad económica. Además, junto con reforzar la tutela de los trabajadores será necesario mantener el justo equilibrio entre los intereses sociales y económicos que subyacen bajo la normativa sucesoria.

### 3. NUEVOS ELEMENTOS PARA EL DEBATE SOBRE UNA REFORMA LEGAL

#### 3.1. El punto de partida: la necesidad de cuestionar viejos dogmas aprendidos

- a) Uno de los principales escollos que hemos encontrado en nuestra jurisprudencia para garantizar la continuidad en el empleo de los trabajadores de empresas contratistas es el entendido generalizado de que la empresa transmisible ha de tener un carácter «eminentemente patrimonialista» (Garrido Pérez, 1999, p. 106). De ahí, deriva la interpretación restrictiva imperante desde la década de los noventa mediante la cual las modificaciones subjetivas en la prestación de una actividad descentralizada se configuran como una suerte de regla general de «no-transmisión». En efecto, no será difícil comprobar cómo la mayoría de análisis judiciales comienzan con la afirmación de que “ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET”, o bien, con una fórmula equivalente que se repite como una cláusula de estilo en todas las sentencias<sup>45</sup>. Es verdad que, seguidamente, se matiza esta tajante aseveración reconociendo que estos cambios de titularidad también pueden actualizar art. 44 ET si concurren ciertos requisitos necesarios<sup>46</sup>. Pero no es menos cierto que esta idea repetida como un *mantra* configura la transmisión de empresa en los casos de contratas como una excepción a la regla general de ineficacia del precepto estatutario. El matiz no es baladí, pues acaba introduciendo un sesgo negativo que ha generado numerosos pronunciamientos que niegan la existencia de sucesión empresarial aun concurriendo de modo efectivo los presupuestos necesarios<sup>47</sup> o, cuanto menos, eleva las exigencias para que haya transmisión de empresa en ciertas actividades.

<sup>45</sup> Véanse las SSTs de 5 de abril de 1993, rec. 702/92; de 10 de julio de 2000, rec. 923/99; de 12 de febrero de 2013, rec. 4379/11; de 21 de abril de 2015, rec. 81/14; de 20 de mayo de 2021, rec. 145/20, etc.

<sup>46</sup> STS de 20 de marzo de 2020, rec. 1916/17.

<sup>47</sup> Por ejemplo, SSTs de 19 de marzo de 2002, rec. 4216/00 (entre otras muchas sobre el mismo supuesto); de 17 de junio de 2011, rec. 2855/10; de 11 de julio de 2011, rec. 2861/10; de 19

- b) Para empezar, a nuestro juicio, esta negación de que la contrata o concesión se pueda identificar con una unidad productiva autónoma es, por de pronto, muy discutible.
- La introducción del concepto de «unidad productiva autónoma» en el Estatuto de los Trabajadores de 1980 no condujo, en sus primeras interpretaciones, al entendido de que necesariamente tuviera una dimensión patrimonial, sino que su nota consustancial era y debe ser la «autonomía», en el sentido de tener un «auto-fin productivo» separable del resto de la actividad de la empresa y susceptible de explotación unitaria (Monereo Pérez, 1987, p. 241). Esta conceptualización permite diferenciarla del «centro de trabajo», pues si bien este sí que tiene implícitamente un carácter patrimonial en la medida en que presupone la existencia de un establecimiento comercial o industrial dado de alta ante la autoridad laboral, no necesariamente ha de ser autónomo y explotable de modo separable del conjunto de la empresa (González Biedma, 1989, p. 105). Así pues, las distintas nociones empleadas por el legislador en el art. 44 ET obedecen a algo más que a ser meras realidades ordenadas por su dimensión y su subsunción unas dentro de otras<sup>48</sup>.
  - Durante esos primeros años de vigencia del nuevo texto legal, si bien no había un criterio unívoco, la posición mayoritaria de la jurisprudencia identificaba la contrata con esta noción entendiendo que “la contrata juega a los efectos del precepto como una unidad productiva autónoma”<sup>49</sup>. Este entendimiento se vio notablemente influenciado por la jurisprudencia de los años setenta y ochenta referida a las concesiones administrativas, en las que se deja constancia de que la propia configuración del servicio público adquiriría un papel significativamente definitorio y delimitador a efectos de constatar una sucesión de empresa, al entenderse el servicio como una unidad de producción cuya explotación puede ser continuada por otro titular<sup>50</sup>. Incluso, en la medida en que era frecuente que cuando el servicio requiriese de un equipamiento patrimonial fuera este puesto a disposición por el ente público, el propio Tribunal Supremo comienza a mostrarse proclive a aplicar la transmisión de empresa en las reversiones de servicios públicos, porque se recupera la unidad productiva autónoma<sup>51</sup>.

de septiembre de 2012, rec. 3056/11; de 25 de febrero de 2014, rec. 646/13; de 9 de diciembre de 2016, rec. 1674/15, etc. Los ejemplos son considerablemente más numerosos si nos adentramos en la doctrina judicial (STSJ Andalucía, Granada, de 10 de mayo de 2018, rec. 1471/17).

<sup>48</sup> STS de 19 de julio de 1986.

<sup>49</sup> STS de 27 de octubre de 1983.

<sup>50</sup> SSTS de 9 de julio de 1987; de 25 de febrero de 1988; de 20 de julio de 1988; de 19 junio 1989; etc.

<sup>51</sup> SSTS de 13 de marzo de 1990; de 24 de julio de 1990; de 10 de junio de 1991, rec. 719/90; de 9 de julio de 1991, rec. 146/91; de 3 de octubre de 1998, rec. 5067/97.

- Por tanto, durante este periodo imperaba, tanto entre la jurisprudencia como entre buena parte de la doctrina, un entendimiento bastante extendido de que la concesión y la contrata eran equivalentes a la noción de «unidad productiva autónoma». Tiene sentido que así fuese, tomando en consideración el contexto en el que es aprobado el Estatuto de 1980, en el cual emerge el fenómeno organizativo y productivo conocido como «descentralización productiva» y que ya había suscitado dudas en los tribunales al hilo de la posible transmisión parcial de la empresa (Monereo Pérez, 1987, p. 90 y ss.).
  - Ahora bien, en el momento en el que dicho fenómeno «explota» y se extiende masivamente (finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa), el Tribunal Supremo introduce el requisito de que necesariamente la unidad productiva autónoma entraña un componente patrimonial, en el marco de la jurisprudencia restrictiva a la aplicación del art. 44 ET a los cambios de titularidad del prestador de la contrata<sup>52</sup>. Desde entonces, es un criterio harto reiterado que “la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del artículo 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado”<sup>53</sup>. Esta necesaria identificación de la unidad productiva autónoma como una organización necesariamente patrimonial se refuerza con el intelecto de que la contrata se reduce únicamente a su dimensión subjetiva: el título jurídico por el que se encarga a una empresa su realización. En efecto, se argumenta que “la pretendida transmisión de contratas no es tal, sino la finalización de una y comienzo de otra distinta, aunque materialmente la contrata sea la misma en el sentido de que los servicios prestados siguen siendo los mismos”. Se obvia, así, cualquier valoración sobre el elemento objetivo de la contrata (el servicio o actividad sobre el cual recae) como realidad productiva que permite su explotación separada de forma independiente del conjunto de actividad de la comitente.
- c) Y ello, básicamente, porque nuestra jurisprudencia sigue anclada en una noción desfasada de empresa que poco tiene que ver con las realidades productivas

<sup>52</sup> STS de 5 de abril de 1993, rec. 702/92, que consolida la línea hermenéutica iniciada por las anteriores SSTs de 22 de enero de 1990 y 13 de marzo de 1990. La más antigua de ellas, sobre la externalización del servicio de limpieza de una Mutua; la segunda, sobre la reversión del servicio del servicio público de recaudación y su asunción directa por el Ministerio de Hacienda; y la más reciente, que recopila las bases argumentales de las anteriores, sobre la sucesión de concesionarios del servicio público de limpieza viaria.

<sup>53</sup> Cfr. STS de 27 de octubre de 1994, rec. 3724/93. Reiterada por SSTs de 20 de octubre de 2004, rec. 4424/03; de 29 de mayo de 2008, rec. 3617/06; de 28 de abril de 2009, rec. 4614/07; de 14 de febrero de 2011, rec. 130/10.

predominantes en la actualidad. De este modo, al delimitar el concepto de empresa transmisible parece que se ha olvidado de las reglas hermenéuticas contempladas en el art. 3.1 Código Civil, que dispone que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”.

- Pues bien, el art. 44 ET no distingue entre empresas transmisibles o no transmisibles, la diferencia se basa en una interpretación jurisprudencial restrictiva de la norma (Cruz Villalón y Rodríguez-Ramos Velasco, 1998, p. 19).
- Tampoco la distinción puede derivarse de la interpretación del art. 1.2 ET y de las nociones de «empresa-empresario» que establece. El concepto de «empresario» es instrumental y reflejo y viene definido como el sujeto que recibe la prestación de servicios en los términos dispuestos por el artículo 1.1 ET, sin que sea necesario que sea el titular de los eventuales bienes de la empresa y sin que sea un obstáculo para adquirir tal condición el hecho de que ni siquiera existan bienes de esa naturaleza. Ni el citado precepto, ni el art. 44 ET, ni el resto de la norma estatutaria permiten inferir que haya un concepto unívoco de «empresa» o que deba reunir característica alguna. Es más, la empresa en el ET viene configurada como un «ámbito de organización y dirección», lo que la identifica con un conjunto de relaciones entre los diversos factores de producción y quien los organiza, que pueden transmitirse mediante cualquier título, adquiriendo el nuevo empresario la posibilidad de continuar explotando una estructura organizativa, sin predeterminedar o prejuzgar la cantidad o cualidad de los elementos que la componen. Bajo esta noción estatutaria, entendida como un conjunto de trabajadores sometidos a los poderes de dirección y organización, con una fisonomía cada vez más compleja y poliédrica, se hace difícil defender que la aplicación del art. 44 pueda referirse únicamente a un concreto tipo de empresa, aquel que precise la existencia de activos materiales (De la Puebla Pinilla, 2005, p. 63).
- Las empresas contratistas que realizan una actividad intensiva en mano de obra son, a todos los efectos, empresas para el ordenamiento jurídico fiscal, mercantil, etc. Y también lo son para el ordenamiento laboral en la medida en que se presupone que existe una organización real que permite distanciarse de un fenómeno interpositorio ilícito. En este sentido, se ha criticado que si una contrata basada en la mano de obra no suscitó recelos sobre la posible existencia de una cesión ilegal en su momento constitutivo, no se comprende que esa inteligencia de la existencia de una empresa real se desvanezca a la hora de un eventual traspaso (Sala Franco y Pedrajas Moreno, 2010, p. 397).

- Por su parte, la Directiva 2001/23/CE es bastante ilustrativa cuando prevé el traspaso de centros de «actividad» o partes de centros de «actividad», toda vez que define la entidad económica como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria.
- d) Ante todos estos hechos se hace difícil sostener esta dualidad del régimen jurídico aplicativo de la transmisión de empresa en atención a la mera circunstancia diferencial de la necesidad o no de bienes del activo material o inmaterial para prestar sus servicios. Debe tenerse en cuenta que las tutelas previstas por el art. 44 ET van dirigidas al trabajador «subjétivamente» considerado, con independencia del tipo de empresa en que presten servicios y con independencia del destino que se le dé a la unidad transmitida, no admitiéndose más excepciones que las derivadas de la Directiva 2001/23/CE. Y es que los trabajadores de las empresas adjudicatarias de contratos y concesiones quedan sometidos al mismo régimen jurídico-laboral que en cualquier otra empresa, sin que haya motivo objetivo alguno que permita introducir diferencias<sup>54</sup>. Por ello, no parece razonable que unos tengan un «derecho más reforzado» que otros a la conservación del empleo, según su empresa requiera bienes materiales o no para poder explotar la actividad.

Incluso, ha de llamarse la atención sobre una situación paradójica que se produce con frecuencia. Y es que en el caso de una actividad intensiva en infraestructura ni siquiera se requerirá que la contratista la aporte o realice una inversión para adquirirla. De modo que, en sectores como la limpieza viaria, el transporte de enfermos, la restauración en un centro educativo –o de una empresa cualquiera– habrá transmisión de empresa aunque la contratista se limite a aportar la mano de obra y la organización del trabajo, porque el equipamiento ya lo cede la empresa comitente. Mientras que en una actividad como la limpieza o la vigilancia se precisará de la intervención de la autonomía de la voluntad para que los trabajadores conserven su puesto de trabajo cuando, en realidad, están aportando ni más ni menos que lo mismo: un conjunto de trabajadores organizados de forma estable. Este condicionamiento de la garantía a la asunción previa de la plantilla, además de elevar considerablemente las exigencias jurisprudenciales para extender las tutelas del precepto estatutario, debe hacernos reflexionar sobre aquel viejo argumento vertido en torno a la aplicación de la doctrina de la sucesión de plantillas mediante el cual se destacaba una confusión del efecto con la causa de la norma.

<sup>54</sup> La STC n.º 8/2015, de 22 de enero (FJ 9) ha admitido diferencias de trato compatibles con el principio de igualdad del art. 14 CE atendiendo al diverso régimen jurídico del empleador. No parece que, no cumpliéndose esta premisa, sea razonable introducir diferencias de trato, y menos jurisprudencialmente.

e) Algunos autores vienen sosteniendo, desde hace tiempo, que el cambio de contratista o la reversión de la actividad actualizar el art. 44 ET sobre la base de que el derecho de explotación del servicio objeto de la contrata o concesión debería ser suficiente para provocar la transmisión. En este sentido, se critica la limitada cobertura de la doctrina de la sucesión de plantilla, toda vez que se defiende “una interpretación extensiva de la noción de «entidad económica» que permitiera incluir a los supuestos de cambio de titularidad en contrata y concesiones administrativas cuyo objeto son actividades o servicios desmaterializados”, para lo cual se requeriría “de *lege ferenda* incluir expresamente estos cambios de titularidad en el art. 44 del ET dotándolos de las peculiaridades que se estimen pertinentes”. Así las cosas, se considera que se precisa una normativa o una interpretación judicial renovada que prescinda del criterio de la asunción de plantilla para la aplicación automática del sistema de garantías individuales y colectivas de la transmisión de empresas. Dicho con otras palabras, se defiende que debería generalizarse la aplicación de las de garantías laborales en los supuestos de cambio de titularidad de empresas desmaterializadas del sector terciario, sin necesidad de recurrir a la doctrina de la «sucesión de plantillas» (Monereo Pérez, 2017, p. 21/42). En sentido similar, se ha defendido que “lo relevante en materia laboral hoy en día, particularmente en el sector servicios y más aún en los supuestos de externalización donde se mantiene el contacto permanente y estable con la empresa principal, es, justamente, la transmisión del propio servicio, que viene a ser, por otra parte, el capital central de la empresa” (Cruz Villalón, 2000, p. 286). Ello debería conducir a que, tanto ante una inicial externalización, como cambio de contratista y también en caso de una eventual reversión haya subrogación laboral (Cruz Villalón y Rodríguez-Ramos Velasco, 1998, p. 22 y 33).

En definitiva, estas posiciones doctrinales que, todavía hoy son minoritarias entre la doctrina científica, recrean una consideración de la contrata o concesión objeto del servicio similar a la que la propia jurisprudencia interna empezó a admitir en un primer momento –equivalente a la noción de «unidad productiva autónoma»–, por lo que debería desencadenar siempre la transmisión de empresa ante un cambio de empresa prestataria (San Martín Aguilar, 1997, p. 43; Martínez Moreno, 1999, p. 6/40, 2007). Así pues, se entiende que el derecho de explotación que la contrata es el “elemento patrimonial básico e insoslayable para el ejercicio de una actividad productiva” (Monereo Pérez, 1987, p. 404. En este sentido también Rodríguez Fernández, 2000, p. 8/13; Gómez Abelleira, 2002, p. 11/19; Sanguinetti Raymond, 2004, p. 9/18; Vicente Palacio, 2016, p. 169 y ss.).

Quienes avistan el problema desde una óptica contraria han señalado que las razones que fundamentan este posicionamiento son esencialmente (Sempere Navarro, 1997, p. 1/6): 1) que la titularidad del servicio forma parte de la actividad normal y habitual de la empresa principal (motivo intrínseco); 2) que la actividad

objeto de la contrata o concesión constituye una unidad productiva autónoma para la empresa ejecutante (motivo extrínseco); y 3) que lo que se pretende es garantizar la continuidad de la relación y evitar que los trabajadores queden desvinculados por su adscripción al servicio que pasa a manos de otro empresario (motivo teleológico).

En efecto, es cierto que existe un sector doctrinal considerablemente más amplio que entiende la postura antes expuesta como excesiva, por cuanto que se pretenden imponer unas consecuencias laborales desproporcionadas ante una «mera sucesión de actividades» (González Biedma, 1989, p. 116; García Ortega, 2000, p. 346; Desdentado Bonete, 2004; Herraiz Martín, 2007, p. 5/21). Y es que se destaca, a juicio de estos autores, que “no resulta aceptable una interpretación finalista del ámbito aplicativo de la Directiva que conduzca a una aplicación indiscriminada de la misma a través de la defensa de la tesis de la «empresa-actividad»”, circunstancia que se daría si se produce una sucesión automática por la mera adjudicación de la contrata (Serrano Olivares, 1997, p. 18/27). Así, no faltan voces que resaltan los «efectos perversos» que se darían de “entender indiscriminadamente que la sucesión de contratas o la asunción directa por el empresario principal de la actividad hasta entonces subcontratada desencadenan, sin más, la aplicación del artículo 44 del ET, incluso cuando ninguna infraestructura material y organizativa transmita la anterior contratista”(Gárate Castro, 2004, p. 182)<sup>55</sup>.

A modo de síntesis, las resistencias para entender que la contrata en sí misma pueda constituir una entidad económica pueden agruparse en tres lógicas argumentales (Gómez Abelleira, 2002, p. 7/19): 1) inercial por parte de la jurisprudencia, en tanto que se parte del entendimiento de una empresa compuesta por activos materiales; 2) técnica por parte de la doctrina, que se resiste a que las nuevas realidades de empresa puedan alterar la dogmática jurídica clásica de la institución; y 3) ideológica, pues se trata de primar, desde una óptica neoliberal, las libertades económicas sobre la protección de los trabajadores, empleando, con no poca frecuencia, un «razonamiento economicista» con «matiz alarmista» para permitir el traspaso de la empresa sin ningún tipo de «ataduras laborales».

Pudiera dar la impresión de que se trata de un debate antiguo y concluso, pero nada más lejos de la realidad. Lo cierto es que la evolución de la propia

<sup>55</sup> Dichos efectos aparecerían en diversos planos: 1) el desincentivo de la descentralización productiva y la limitación de la libertad de empresa; 2) la desatención al interés de la empresa principal de obtener la mayor eficiencia posible; 3) las consecuencias negativas que tendría sobre el empleo; y 4) la consideración de que no es la mejor forma de tutelar al trabajador por cuanto que se obvian otras circunstancias que pueden interesar a aquel, como permanecer en la empresa con mayor solvencia, tener mayores posibilidades de promoción profesional, una mayor probabilidad de adquirir fijeza contractual o de contar con representación sindical por el tamaño de la empresa. Aunque todas y cada una de estas razones han sido razonadamente contestadas por otros autores (Sanguinetti Raymond, 2007, pp. 26 y ss.).

jurisprudencia parece estar avivando en tiempos recientes las opiniones enfrentadas. En este sentido, cada vez surgen más voces críticas con las lagunas de protección del régimen actual en materia de sucesión de empresas en tanto que no es igual de exigente la doctrina tradicional que la relacionada con la sucesión de plantillas para garantizar la continuidad en el empleo (Falguera Baró, 2017, pp. 161-162). Así las cosas, se critica la excepcionalidad de la sucesión de plantilla, con base en la sólida doctrina jurisprudencial que determina que lo decisivo para que exista subrogación es que el nuevo empresario asuma el personal, cosa que no puede depender únicamente de su voluntad, sino que es preciso hallar un «criterio más seguro» (Rodríguez Escanciano, 2017, p. 6/27). Por tanto, se vuelve a poner sobre la mesa la posibilidad de que la contrata o concesión puedan ser equivalentes al concepto de «unidad productiva autónoma» (Castillo Blanco, 2017, p. 71; Gorelli Hernández, 2019, pp. 50-51). Y es que, pocas realidades empresariales pueden acomodarse mejor a dicha noción que una contrata desde la óptica de su nota distintiva originaria: su «auto-fin productivo» separable del resto de la empresa y explotable de forma independiente. Al respecto, se ha afirmado con acierto que “la autonomía de las contrata, subcontratas y concesiones están claramente acreditadas desde el momento en que se trata de empresas autónomas e independientes a aquellas que ejecutan su obra o servicio, con la capacidad de permanecer en esa empresa principal o en otra” (Kahale Carrillo, 2011, p. 127).

### **3.2. El riesgo empresarial como criterio determinante para la transmisión de empresa: principales manifestaciones**

Es por ello que, en lugar de buscar nuevos criterios para ordenar la transmisión de empresa en el marco de las contrata, quizás sea suficiente con rescatar viejas ideas acerca de la institución laboral que resultan más acordes a la realidad social actual que las que vienen aplicándose, toda vez que responden mejor al espíritu y finalidad de la norma. Así, la consideración de que la contrata o concesión administrativa es una verdadera unidad productiva autónoma permite garantizar la continuidad de la plantilla. Es probable que para muchos esta aplicación automática de la institución sucesoria en el ámbito de las contrata pueda parecer desproporcionada, pero lo cierto es que la ejecución de una actividad externalizada no puede compararse al emprendimiento de una actividad empresarial en términos de riesgos asumidos por el empleador. Del mismo modo que no debería compararse cualquier tipo de transmisión de empresa con la que se produce a consecuencia de un cambio del empresario que explota la contrata o concesión.

- a) Y ello, porque en estos casos, a mi parecer, el riesgo empresarial que asume la contratista entrante en la actividad es bastante limitado, apreciándose, a mayor abundamiento, un desplazamiento del mismo hacia el trabajador en la medida en que la interpretación judicial vigente de la norma otorga una protección débil en materia de sucesión empresarial en las actividades desmaterializadas que

entraña un alto riesgo de pérdida del empleo si no interviene la negociación colectiva<sup>56</sup>. Y el riesgo empresarial es limitado porque en la práctica totalidad de estos supuestos la contraprestación económica de la contrata será pactada como un precio cierto y determinado y no, por el contrario, como un derecho de explotación frente a terceros. En consecuencia, el empresario que resulta adjudicatario de la contrata verá garantizado, durante la ejecución de la misma, un determinado volumen de negocios. Es decir, el riesgo que asume en el mercado se relativiza en tanto que tendrá certidumbre sobre los ingresos que percibirá durante la realización del encargo, a menos que se produzca un incumplimiento contractual por parte de la empresa auxiliar o surjan circunstancias excepcionales que permitan resolver la relación interempresarial. Esta seguridad será todavía más intensa en el ámbito de la contratación pública por la existencia de unas casusas tasadas y unos requisitos procedimentales para la resolución contractual. Además, la contratista no debe aportar ninguna infraestructura que entrañe riesgo en la realización de inversiones patrimoniales. Ni tampoco parece factible, en estos casos, que cuente con una «plantilla de reserva» por si en algún momento resulta adjudicataria de una nueva contrata, siendo lo más probable que se disponga su contratación en el momento en que reciba el encargo.

b) Pues bien, ante este estado de cosas, no parece en absoluto desproporcionado imponer la subrogación automática de la plantilla para garantizar el principio social y constitucional de la estabilidad en empleo que desarrolla la norma legal sucesoria. Por consiguiente, para los cambios de titularidad en contratas y subcontratas debería haber una normativa específica que invirtiera las reglas de la transmisión. Esto es, se parte del entendimiento de que cualquier cambio de titularidad en la prestación de una actividad externalizada produce una transmisión de la unidad productiva autónoma a los efectos del art. 44 ET, salvo que se pruebe que la misma no constituye una entidad económica. Y ello ocurrirá, al menos, en tres ocasiones en las que el nuevo prestador de la contrata asume una cota de riesgo relevante en la actividad que se dispone a realizar:

- Cuando la empresa contratista precise, para la ejecución de la actividad, una infraestructura patrimonial que sea su titularidad y para la cual haya realizado de una inversión patrimonial relevante cuyo coste no esté asegurado que vaya a recuperar. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con las reglas clásicas de la transmisión de empresa, la adquisición del equipamiento empleado por el cedente implica la actualización del

<sup>56</sup> Sin que esta intervenga en todos los casos por una razón de vinculación funcional del convenio, por lo que, con alta probabilidad, será ineficaz en supuestos de externalización y reversión de actividades (entre otras, SSTS de 15 de diciembre de 1997, rec. 184/97; de 10 de diciembre de 2008, rec. 2731/07).

art. 44 ET y de la Directiva. Si bien, no será habitual en el marco de la subcontratación que la nueva empresa prestadora adquiera la propiedad de dicha entidad económica. Cuando el equipamiento sea necesario e inherente al servicio o actividad, será la empresa comitente quien lo aporte, cediendo su uso a la contratista y recuperándolo al finalizar el encargo<sup>57</sup>. En cambio, cuando no sea inherente a la actividad, cada contratista dispondrá de su propia infraestructura patrimonial sin que se transmita nada ante un cambio del titular de la actividad<sup>58</sup>. En consecuencia, el uso de las instalaciones, maquinarias, vehículos, etc. puestos a disposición por la empresa comitente revela que la empresa auxiliar no asume riesgos mediante la realización de una inversión económica relevante, toda vez que no hay dudas de que emplea la misma entidad económica que usaba el cedente.

- Cuando no asuma a la plantilla del anterior empresario y la misma sea necesaria para asegurar la viabilidad de la contrata o servicio adjudicado. En este sentido, disponer de los trabajadores que venían desarrollando la misma actividad antes del cambio de empresario, además de que permite mantener la identidad de la entidad económica, muestra que el riesgo que asume la empresa entrante será limitado por cuanto que se asegura la continuidad y el buen desarrollo de esa actividad.

Ahora bien, lógicamente este criterio no es extrapolable a cualquier actividad basada en la mano de obra, lo que implica que no puede aplicarse la doctrina de la «sucesión de plantillas» tal y como la conocemos en la actualidad. En efecto, este criterio solo tendrá sentido si los trabajadores en cuestión tienen una cualificación, conocimientos o experiencia elevada, de modo que para el garantizar el éxito de la actividad asumida sea necesario esa transferencia de *know how* de una empresa a otra. En estos casos, la plantilla será el factor de producción clave para garantizar el éxito de la actividad, de modo que de no disponer de este preciado factor de producción, el nuevo empresario asume un riesgo en el suministro, en el bien entendido de que puede que el bien o servicio ofertado no se ajuste a las demandas del mercado o a las necesidades de la empresa cliente<sup>59</sup>.

Pero es obvio que esto no ocurre en actividades intensivas en mano de obra de baja cualificación en la que los trabajadores son fácilmente reemplazables. En estos casos, emplear la asunción de plantilla como criterio único y determinante para imponer la transmisión de empresa causa una notable

<sup>57</sup> SSTs de 22 de abril de 2021, rec. 148/20; de 20 de mayo de 2021, rec. 145/20; de 10 de junio de 2021, rec. 4926/18.

<sup>58</sup> STS de 24 de mayo de 2021, rec. 155/20, sobre un supuesto reciente de catering externo.

<sup>59</sup> Así ocurre en algunos asuntos recientes ya citados: SSTs de 22 de enero de 2019, rec. 3975/16; de 24 de septiembre de 2020, rec. 300/18; STJUE de 27 de febrero de 2020, *Grafe y Pohle*, asunto C-298/18.

desprotección, pues la empresa tendrá pocos incentivos para asumir estos trabajadores en lugar de otros nuevos con menos derechos adquiridos y un régimen jurídico menos oneroso. Incluso, puede ocasionar un «efecto bumerán» desincentivando la contratación voluntaria de la plantilla en aquellos ámbitos en los que la negociación colectiva no lo imponga. Es obvio, en consecuencia, que en estos casos la plantilla no es el factor de producción esencial para el mantenimiento de la identidad de la empresa. En síntesis, considero necesario «dar un paso atrás» con la aplicación de la polémica doctrina de origen comunitario, pues todavía hay, como se verá a continuación, otro factor de producción que se transmite en estos casos y que resulta un criterio más objetivo y seguro que la sucesión de plantillas por cuanto que no hace pender la continuidad de la plantilla de la autonomía de la voluntad.

- En efecto, este criterio será la toma en consideración de la transmisión de la clientela como criterio privilegiado, especialmente, en aquellas actividades en las que no haya más elementos cuya transmisión pueda darse. Este elemento incluido en el clásico listado de indicios o circunstancias de hecho relevantes para apreciar el mantenimiento de la identidad, y cuya relevancia –y a la vez infravaloración– en el ámbito de las contrata ya ha sido destacada por parte de la doctrina científica (Todolí Signes, 2015, p. 156; Yagüe Blanco, 2019a, p. 16/20; García Blasco, 2021, pp. 130-134), permite asegurar el volumen de negocios durante el periodo de ejecución de la actividad y mitiga, por tanto, el riesgo en el mercado. Es claro que en una actividad basada en equipamiento ha de valorarse conjuntamente con otros elementos que pueden denotar la asunción del riesgo en la actividad (por ejemplo, las inversiones patrimoniales), pero en los casos en los que no existen más elementos del activo material o inmaterial la transmisión de la clientela supone la transmisión de la fuente de ingresos que garantiza la certidumbre económica durante la explotación de la actividad. Este acceso a la demanda de bienes y servicios gracias a la adjudicación de la contrata es lo que permite mantener el volumen de negocios y lo que hace que se requiera mano de obra para su prestación. Es por tanto, esta transmisión de la clientela lo que permite el mantenimiento de la identidad y no la presencia de una mano de obra poco cualificada y fácilmente reemplazable. Esta garantía de contar con una clientela fija y más o menos estable es el motor de la actividad, por ello la doctrina antes citada se refería a la ejecución de la actividad o servicio objeto de la contrata en términos como el «elemento patrimonial básico» o el «capital central de la empresa» que se transmite con la mera adjudicación de la actividad. Es, a todas luces, un activo de la empresa a efectos económicos y contables y, en consecuencia, es transmisible. Lo importante será determinar cuándo se transmite la clientela en el marco de las contrata y concesiones de obras y servicios.

Para empezar, debe aclararse que el concepto de clientela que debe manejarse ha de ser el económico o mercantil, como el sujeto que paga por la adquisición de un bien o la prestación de un servicio. Este es el sentido que ha otorgado el Tribunal Supremo en una sentencia reciente, cuando afirma que “en economía el concepto [clientela] permite referirse a las personas que acceden a un producto o servicio a partir de un pago, lo cual no acaece en la concreta actividad externalizada y posteriormente revertida”<sup>60</sup>. Es importante esta distinción porque no siempre el cliente se va a corresponder con el usuario o destinatario final del servicio. En esencia, la determinación de quien es el cliente dependerá de la configuración del contrato público o privado entre la empresa principal y la contratista y de la procedencia de los ingresos de esta última. Pues, en unos casos, procederán de los pagos efectuados por la empresa principal o cliente, mientras que en otros vendrán del derecho de explotación del servicio frente a terceros.

En este sentido, en una sucesión de empresa pueden darse tres situaciones diversas respecto a la clientela que se deben contemplar en una posible transmisión (Gómez Abelleira, 2002, p. 6/19): 1) que el cliente sea la propia empresa principal receptora del servicio, por ejemplo, las contrata de limpieza, seguridad, mantenimiento, etc.; 2) que la clientela se encuentre «cautiva», en el sentido de que haya una ausencia de competidores en la dispensación del servicio o se deduzca una la falta de libertad o capacidad de decisión del usuario para cambiar de suministrador del servicio –por ejemplo, en la explotación de concesiones administrativas en las que el adjudicatario es el único prestador del servicio para un colectivo de clientes cerrado (servicio de restauración de un hospital, servicio de cafetería en estación de autobuses, usuarios del servicio de transporte urbano de autobús, etc.)–; y 3) cuando existan más prestadores de servicios que otorguen a los potenciales clientes la libertad de elegir entre uno u otros, esto es, cuando el titular de la contrata actúe en un mercado de bienes o servicios abierto a la competencia.

En el primer y segundo caso habrá siempre transmisión de la clientela a efectos de la Directiva, sin embargo el tercero requerirá un análisis pormenorizado para verificar hasta que punto el nuevo titular de la actividad objeto de la contrata o concesión ha captado la clientela en virtud de ciertas acciones llevadas a cabo por cedente y/o cesionario para posibilitar el traspaso: cesión de listas de clientes, mantenimiento de canales de contacto, promociones de fidelización, etc. En este sentido, recientemente el TJUE determinó que hubo cesión de la clientela en un supuesto en el que el 91% de los clientes de la empresa cedente aceptaron, de forma individual, seguir vinculados a la nueva empresa gracias a las ventajas que se les permitía

<sup>60</sup> STS de 26 de septiembre de 2017, rec. 3533/15.

mantener<sup>61</sup>. Se trata de un asunto prejudicial que, pese a no producirse en el ámbito de las contrata, considero que puede tener una fuerte influencia sobre casos futuros en tanto en cuanto permite desvincularse del criterio de la sucesión de plantillas.

- c) El concepto de riesgo que se sugiere en este trabajo se asemeja a la noción de «riesgo operacional» que la nueva Ley de Contratos del Sector Público emplea para distinguir entre los contratos de concesión de obras o de servicios y los contratos públicos de obra o de servicios (Sahún Pacheco, 2019, p. 132 y ss.)<sup>62</sup>. A nuestro juicio, ofrece un parámetro legal que puede emplearse tanto en el ámbito público como privado a efectos de valorar si se ha transmitido una empresa pues, si se piensa bien, todas las manifestaciones del riesgo empresarial que se han apuntado vienen a concretarse en que el nuevo empresario no ha recibido del anterior los medios necesarios para desarrollar una actividad económica en el sentido de la normativa laboral sucesoria.

A nuestro juicio, poner el acento en el concepto del riesgo permite apreciar hasta qué punto el mantenimiento del empleo de los trabajadores en este tipo de actividades es una cuestión de justicia social. Desde un óptica liberal y economicista es entendible que sea más atractivo para las empresas auxiliares resultar adjudicatarias de las contrata sin las «cargas laborales» que supondría subrogar a la plantilla, pero la obtención de un mayor beneficio empresarial no justifica el sacrificio de un principio básico del derecho del trabajo como la estabilidad en el empleo que se plasma con la sucesión de empresa.

### 2.3. El (re)equilibrio de los intereses empresariales y sociales

Ahora bien, ello no impide que todavía formularse ciertos «retoques» en la institución laboral que permitan compatibilizar este claro refuerzo de la estabilidad en el empleo con el lícito interés empresarial a obtener la mayor eficiencia y rentabilidad económica posible. A tales efectos considero necesarias las siguientes medidas:

- a) En primer lugar, la norma debe aclarar que la transmisión de empresa se impone únicamente ante la efectiva continuación o reanudación de la actividad y no ante la mera recuperación de medios sin retomar la actividad económica, acabando con una línea judicial que impone unas consecuencias desproporcionadas y

<sup>61</sup> STJUE de 8 de mayo de 2019, *Dodic*, asunto C-194/18.

<sup>62</sup> Art. 14 de la *Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014* (BOE n.º 272 de 09-11-17).

“4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo

totalmente desajustadas a la doctrina del Tribunal de Justicia en interpretación de la Directiva.

- b) En segundo lugar, parece oportuno introducir un parámetro temporal que aporte seguridad jurídica en el tráfico económico de empresas a efectos de determinar cuánto tiempo puede durar una eventual interrupción de la actividad para estimar que la reanudación puede desencadenar una sucesión empresarial. Ahora bien, dicho plazo, para cumplir con las exigencias comunitarias, no puede ser estricto, sino que deberá admitir que mediante las pruebas que se consideren oportunas se justifique que una suspensión mayor no afecta al mantenimiento de la identidad de la unidad traspasada. Y es que también debe tenerse en cuenta que dicha suspensión puede llegar a utilizarse de modo fraudulento para impedir la eficacia del art. 44 ET. Por ello, parece conveniente la introducción de un criterio legal a modo de presunción *iuris tantum*. Por otro lado, también sería recomendable una actuación del legislador para garantizar que la suspensión temporal de la actividad no va a truncar las posibilidades de defensa de los trabajadores, lo cual implicaría acabar con las dudas sembradas por una línea hermenéutica cada vez más consolidada que entiende que la extinción previa de los contratos de trabajo impide que se produzca una transmisión de empresa.
- c) Y, en tercer lugar, se propone una revisión de la garantía de la responsabilidad solidaria. Recordemos que esta garantía es una mejora introducida por el derecho español en el art. 44.3. 1º ET que establece que “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos «inter vivos», responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas”. En efecto, este mecanismo constituye una previsión más favorable en la medida en que el art. 3.1. 2º de la Directiva señala que “los estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieran su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso”. Así, la jurisprudencia nacional entiende que “el legislador español, yendo más allá del comunitario, ha establecido que, en caso de sucesión empresarial no sólo se

de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

produce la subrogación de la nueva en los derechos y obligaciones del anterior respecto de los trabajadores cedidos, sino que ha mantenido la responsabilidad solidaria de ambas empresas respecto de las deudas laborales que la empresa cedente tuviera pendientes de abonar<sup>63</sup>.

Ahora bien, esta garantía de protección del crédito no se corresponde con el mecanismo previsto en la Directiva pues, sin contemplar la responsabilidad solidaria, también obliga al nuevo empresario a asumir las deudas ocasionadas por el anterior respecto de los contratos de trabajo transmitidos. En efecto, el TJUE ha considerado, desde sus primeros pronunciamientos, que el “artículo 3 de la Directiva 77/187 debe interpretarse en el sentido de que engloba las obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de Trabajo o de una relación laboral nacida antes de la fecha de la transmisión”. Así lo determinó respecto del salario del mes en que se produjo la transmisión, la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones<sup>64</sup>. En consecuencia, la posibilidad de que los Estados miembros prevean una garantía de solidaridad es para que, con el fin de salvaguardar los créditos de los trabajadores ante el cambio de empresario, el cedente no quede desvinculado de las mismas una vez efectuado el traspaso. Y es que, no cabe duda de que para el Tribunal comunitario las deudas pendientes anteriores a la transmisión se transmiten por mor del mecanismo subrogatorio previsto en el art. 3.1 primer párrafo de la Directiva. Mientras que el párrafo segundo “que autoriza a los Estados miembros a prever la responsabilidad del cedente, junto al cesionario, «después de la fecha del traspaso», indica que, en primer lugar, es responsabilidad del cesionario hacerse cargo de las obligaciones existentes en el momento de la transmisión y que se deriven de los derechos de los trabajadores”. Con todo, cabe resaltar que el tenor literal de dicho precepto antes de la reforma operada por la Directiva 98/50/CE era mucho más clarificador en la medida en que establecía que “los Estados miembros podrán prever que el cedente continúe siendo, después de la fecha del traspaso tal como se define en el apartado 1 del artículo 1, y junto al cesionario, responsable de las obligaciones que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral”<sup>65</sup>.

- En cambio, la interpretación jurisprudencial nacional es diversa. Entendiendo de forma totalmente autónoma y separada la garantía de subrogación en todos los derechos y obligaciones (art. 44.1 ET) de la

<sup>63</sup> Por todas, SSTS de 15 de julio de 2003 (3), rec. 3442/01 y 1973 y 1872/02.

<sup>64</sup> Y ello, a pesar de que el gobierno neerlandés, en aquel asunto, sostenía que los créditos laborales que ya eran exigibles al anterior empresario no son transmisibles al cesionario, salvo cuando el legislador nacional prevea la responsabilidad solidaria (STJUE de 7 de febrero de 1985, *Abels*, asunto C-135/83).

<sup>65</sup> Esta interpretación comienza a abrirse camino en la doctrina judicial (STSJ Galicia de 26 de julio de 2018, rec. 2310/16).

responsabilidad solidaria (art. 44.3 ET) asume, como se deja constancia más arriba, que mientras que la primera cubriría la transmisión material al empresario cedente de los contratos de trabajo vigentes y las condiciones de trabajo que le dan contenido, las obligaciones pendientes de cumplimiento se transmitirían a través del mecanismo de la solidaridad (Altés Tárrega, 2019, p. 54). Sin embargo, esta separación entre ambas garantías, ha propiciado, por otro lado, que la segunda se haya expandido notablemente distorsionando su sentido y finalidad originaria, convirtiéndose en uno de los mayores inconvenientes al aplicar la sucesión de empresa en tanto que incorpora, como la misma Sala Cuarta ha manifestado, “un régimen muy severo de responsabilidad solidaria en las obligaciones laborales y de Seguridad Social”<sup>66</sup>.

Y es que, mientras que bajo el ámbito material de la subrogación en todos los derechos y obligaciones se transmitirían las deudas pendientes de satisfacción de aquellos trabajadores que han pasado a depender del cesionario, la solidaridad, vía interpretación judicial, ha permitido incluir también las de aquellos otros cuyo contrato se extinguió con anterioridad al traspaso y por una causa extintiva ajena al mismo<sup>67</sup>. Además, dicha responsabilidad, no se circunscribe solo a las obligaciones pecuniarias, sino que puede abarcar las consecuencias de la calificación judicial de ilicitud del despido, aunque la declaración de la nulidad o improcedencia –según el caso– no traiga causa en una maniobra empresarial por eludir la aplicación de la subrogación contractual<sup>68</sup>.

De no existir esta garantía, los trabajadores no subrogados o despedidos con anterioridad tendrían igualmente derecho a articular judicialmente su defensa contra la cesionaria en tanto que la mencionada subrogación en todos los derechos y obligaciones incluiría así mismo una sucesión en los procesos judiciales *sub judice* (art. 17 LEC). Ahora bien, no quedando acreditado que su despido obedeció al fin ilícito de evitar la subrogación, el nuevo empresario no debería responder de deuda alguna con los trabajadores no subrogados ni soportar las consecuencias de un despido ilícito por una

<sup>66</sup> STS de 27 de octubre de 2004, rec. 899/02.

<sup>67</sup> Así, las SSTS de 15 de julio de 2003 (citadas), antes de la reforma operada por la Ley 12/2001, cuando la responsabilidad solidaria se contenía todavía en el apartado 1 del art. 44, afirmaban “1) Que la literalidad de la apostilla final del art. 44.1 ET no contiene distinción alguna respecto de trabajadores anteriores o posteriores; 2) Que una interpretación que solo refiera aquella garantía a los trabajadores cedidos hace inoperante el párrafo final del precepto, en una interpretación conjunta de la norma general existente en materia de sucesores en nuestro derecho”. En el mismo sentido, la STS de 4 de octubre de 2003, rec. 585/03.

<sup>68</sup> STS de 30 de noviembre de 2016, rec. 825/15, que versa sobre un despido disciplinario en el que no se acredita la causa, pero realizado varios meses antes de producirse el cambio de contratista.

causa que no guarda relación con el traspaso<sup>69</sup>. Esta configuración de la responsabilidad solidaria laboral que también existe en la legislación laboral y tributaria –toda vez que no acaba de encajar con las instituciones propias del derecho civil–, tiene como fin esencial establecer una garantía reforzada para el cobro de los créditos laborales, de seguridad social y fiscales, así como prevenir sobre posibles fraudes (Desdentado Bonete, 2002, p. 258). Sin embargo, aunque *prima facie* mejore la protección de los trabajadores –y también de las instituciones administrativas–, puede indirectamente impedir su estabilidad en el empleo al desincentivar las transmisiones de empresa (Altés Tárrega, 2019, p. 55).

Por tanto, parece pertinente una revisión del sistema de responsabilidad solidaria, en el sentido de prever únicamente la responsabilidad del cedente sobre las deudas que generó, lo que permitiría que si bien la nueva empresa garantizase la satisfacción del crédito a los trabajadores, más tarde pudiera reclamar la deuda a quien la originó mediante una acción de regreso. Esto es, de esta manera se dejaría claro qué empresario es el deudor principal y cual el responsable solidario. En cambio, la responsabilidad solidaria tal y como se configura actualmente, conlleva “una «extensión del área de responsabilidad», produciendo con ello la adición de un nuevo sujeto responsable a la relación obligatoria simple y, consiguientemente, una pluralidad de deudores. En efecto lo que se produce jurídicamente es una «accesión legal» de responsabilidad o «asunción legal» de la deuda por el nuevo titular, en virtud de la cual al titular precedente no le sustituye el nuevo, sino que se le yuxtapone. El art. 44 ET deja subsistir como relación de solidaridad *ex lege* [...] el débito preexistente, sin que la ley absorba la deuda preexistente en la del nuevo sujeto como ocurre en la sucesión legal de la deuda” (Monereo Pérez, 2012, p. 614).

- En otro orden de cosas, la finalidad histórica de tutelar los créditos laborales en las transmisiones de empresa, ya sea vía subrogación o vía responsabilidad solidaria, ha sido que, además de facilitar su cobro, el nuevo empresario pueda responder frente a los trabajadores con el patrimonio adquirido (Rivero Lamas, 1962, p. 32; González Biedma, 1989, p. 298)<sup>70</sup>. Pues bien, quizás esta garantía ha perdido virtualidad en las empresas intensivas en mano de obra que desarrollan su actividad en el ámbito de

<sup>69</sup> STJUE de 7 de agosto de 2018, *Colino Sigüenza*, asunto C-60/17.

<sup>70</sup> Esta idea subyace también en algunas resoluciones judiciales: “la asunción «ope legis» de las deudas laborales, asunción que no puede constreñirse a las derivadas de relaciones laborales subsistentes al tiempo de la cesión, sino que ha de extenderse a todas las que graviten sobre el patrimonio de la cedente por no haber sido satisfechas y ser exigibles, y ello por cuanto la finalidad del precepto estatutario no es otra que servir de garantía a los créditos laborales pendientes al tiempo de la transmisión empresarial, poniéndolos a cubierto de maniobras elusivas patrimoniales, que precisamente a través de la cesión puedan hacer desaparecer el soporte material o económico

las contratas, pues no cuentan con una estructura patrimonial que quede afectada al cumplimiento de las deudas. Y en la medida en que el cesionario no recibe activos patrimoniales del cedente, tal vez no debería subrogarse tampoco en los créditos laborales pendientes de cumplimiento que deberían permanecer en la esfera de responsabilidad de quien los originó. De hecho, ha sido vista con buenos ojos por parte de la doctrina más crítica con la aplicación de la sucesión de empresas en casos en los que no se transmite un equipamiento patrimonial, la exclusión en estos concretos supuestos de la responsabilidad solidaria pero manteniéndose en atención a su finalidad originaria en actividades materializadas (Desdentado Bonete, 2004; De la Puebla Pinilla, 2005, p. 169).

Esta sería, a mi parecer, una buena fórmula de reequilibrar los intereses subyacentes bajo la institución laboral priorizando la continuidad de los contratos sobre otras garantías. Sería, no obstante, una vía no pacífica –pues como se ha expuesto, en el ordenamiento comunitario dichas deudas pendientes de satisfacción también se traspasan al nuevo empresario a través de la subrogación– pero que merece la pena explorar.

Al respecto, considero que esta exención de las deudas podría ser una competencia atribuida a la negociación colectiva. Es harto conocida la polémica desencadenada en los últimos años respecto a la facultad del convenio colectivo de excluir la responsabilidad solidaria, cuando en virtud de la cláusula pactada se materialice la asunción de una parte esencial de la plantilla que reconduzca la operación al supuesto del art. 44 ET<sup>71</sup>. Corregida esta interpretación, tras resolver el Tribunal de Luxemburgo el correspondiente asunto prejudicial, queda meridianamente claro ahora que el convenio colectivo no puede disponer de una medida prevista por el marco normativo legal<sup>72</sup>. Ahora bien, aunque el TJUE se declaró incompetente sobre la posibilidad de que el convenio excluya la responsabilidad del cesionario, en tanto que requeriría un pronunciamiento sobre la compatibilidad entre sí de disposiciones nacionales, sí que apuntó que el examen de la cuestión prejudicial no contestada implicaría “valorar cuestiones de jerarquía de las normas en el derecho interno”. Es claro que, mientras que el art. 44 ET establezca la asunción de deudas del nuevo empresario el convenio colectivo no «descolgarse» o disponer de ella. Pero tal vez no sea así si la ley le habilita para ello. En este sentido, una de las críticas que se ha formulado a la doctrina *Somoza Hermo* es que deja sin margen de maniobra a la negociación colectiva cuya única función sería ahora decidir si procede o no imponer la subrogación, ya que en todo caso se reconducirá siempre al art. 44 ET. Por tanto, aquí surge un nuevo ámbito

de la empresa, verdadera destinataria de los frutos de trabajo” (STSJ Navarra de 29 de diciembre de 1995, núm. 638/96).

<sup>71</sup> STS de 7 de abril de 2016, rec. 2269/14.

<sup>72</sup> STS de 27 de septiembre de 2018, rec. 2747/16.

material en el que convenio colectivo podría tener un papel relevante al regular la subrogación laboral. En efecto, podría, junto con otras materias, limitar la responsabilidad en la asunción de deudas anteriores al traspaso por el cesionario en aquellos casos en que, por razón de la actividad, no se ajuste esta garantía a la que era su finalidad inicial. De este modo, de nuevo, se privilegia la estabilidad en el empleo sin imponer la subrogación del resto de obligaciones derivadas de aquellos, que pueden suponer una carga excesiva para el nuevo empresario injustificada hoy día en ciertos sectores de actividad.

#### **4. LA PROPUESTA NORMATIVA**

Las consideraciones expuestas a lo largo del trabajo podrían plasmarse mediante la introducción de un nuevo art. 44 bis ET que contemplaría las especialidades de la institución sucesoria en el ámbito de las contrata y concesiones de obras y servicios. A tales efectos, se propone la siguiente redacción:

##### **Artículo 44.bis. La sucesión de empresas en el ámbito de las contrata y concesiones**

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 44 ET, se presumirá que hay sucesión de empresa cuando para la ejecución de una actividad económica encomendada por un tercero solo sea necesario aportar un conjunto de trabajadores organizados de forma estable, fijándose la contraprestación del encargo como un pago determinado y cierto referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, y en la que el nuevo prestador no asuma el riesgo en la explotación de la actividad.

Se entenderá que existe riesgo en la explotación cuando para asumir o reasumir la ejecución de la actividad económica sea necesario que el nuevo prestador aporte un conjunto de elementos patrimoniales propios del activo material o inmaterial que no hayan sido cedidos o transmitidos por el anterior empresario, sin que quede garantizada la recuperación de las inversiones o los costes de entidad relevante en los que hubiera incurrido para poder atender la explotación de la actividad. Asimismo, existe riesgo operacional cuando la contraprestación recibida venga conformada por la propia explotación de la obra o servicio objeto del encargo asumiendo el riesgo de la demanda, del suministro, o ambos, en los términos establecidos por el artículo 14.4 de la Ley de Contratos del Sector Público.

2. La presente disposición se aplicará tanto a empresas privadas como públicas, con o sin ánimo de lucro, que participen como cesionarias en un cambio de titularidad en la prestación de un servicio o actividad económica en el marco de un proceso de externalización, cambio de contratista o reasunción de la actividad por la empresa comitente. Las Administraciones Públicas únicamente quedarán

exceptuadas cuando se produzca una reorganización de autoridades públicas administrativas o un traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. En cambio, no quedarán exceptuadas cuando se traspase una actividad o un servicio económico de interés general susceptible de explotación en el mercado.

3. Existirá transmisión de empresas, concurriendo los anteriores requisitos, tanto cuando el nuevo prestador asuma la actividad sin solución de continuidad como cuando reanude o reemprenda su desarrollo tras un periodo de suspensión, con independencia de la causa que motive la interrupción. A tales efectos, se presumirá que no hay transmisión de empresa cuando haya habido una interrupción del servicio superior a 6 meses, salvo que pueda probarse de otra forma que un periodo de inactividad mayor no ha afectado al mantenimiento de la identidad de la entidad económica empleada por el nuevo titular tras el reinicio de la explotación.

La previa extinción de los contratos de trabajo con ocasión del presunto cierre del negocio o finalización de la actividad no constituirá obstáculo para que judicialmente se determine que ha existido una sucesión de empresa. Las extinciones contractuales realizadas con la sola intención de romper la unidad del vínculo laboral, aun cuando se supere el plazo de suspensión previsto de el párrafo primero de este artículo, serán consideradas en fraude de Ley.

4. La negociación colectiva podrá intervenir en la regulación de la subrogación laboral a través de alguna de las siguientes modalidades:

- a) Mejorando las garantías establecidas en el artículo 44 ET.
- b) Imponiendo la obligación de subrogación en aquellos casos en los que no concurren los presupuestos establecidos en el apartado 1 del presente artículo, en cuyo caso las partes tendrán libertad para pactar un régimen de garantías diverso al previsto por el artículo 44 ET.
- c) Limitando la responsabilidad del nuevo prestador por subrogación de deudas anteriores a la transmisión en aquellas actividades para las que no se precise un conjunto de bienes patrimoniales susceptibles de quedar afectos al cumplimiento de los créditos y obligaciones laborales pendientes de pago por el anterior titular.

En relación a la garantía de la responsabilidad solidaria, considero necesario reformular el párrafo primero del art. 44.3 ET para que tenga la siguiente redacción:

3. Sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, el cedente responderá durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas.

## BIBLIOGRAFÍA

ALTÉS TÁRREGA, J. A. (2019) «La responsabilidad del adquirente en la transmisión de empresa laboral: subrogación contractual y responsabilidad solidaria», *Trabajo y derecho* (50), pp. 39-60.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2017) «Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma», *Iuslabor* (1), pp. 1-40 pdf descargado.

(2021) *Índice sistemático sobre «subrogación de empresa», en su blog (Una mirada crítica a las relaciones laborales)*. Disponible en <https://ignasibeltran.com> (20-12-21).

CASTILLO BLANCO, F. (2017) *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. CEMICAL.

CRUZ VILLALÓN, J. (2000) «Outsourcing y relaciones laborales», AEDTSS (ed.) *Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo (X Congreso Nacional)*. Ministerio de Trabajo e Inmigración, pp. 249-326.

CRUZ VILLALÓN, J. y RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO, P. (1998) «Problemática laboral de la privatización y externalización de los servicios públicos», *Revista de derecho social* (3), pp. 9-38.

DESDENTADO BONETE, A. (2002) «La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (38), pp. 241-266.

(2004) «Transmisión de empresas: final no demasiado feliz para una divergencia [Ref. LA LEY 2747/4]», *La Ley* (5), pp. 1-2 pdf descargado. BD La Ley Ditigal (03-02-16).

FALGUERA BARÓ, M. Á. (2017) «Sucesión de empresas y contratas: nuevos interrogantes tras las SSTJUE en los asuntos Aira Pascual y Securitas», *Ciudad del Trabajo* (1), pp. 147-162.

GÁRATE CASTRO, F. J. (2004) «Algunas cuestiones laborales y de seguridad social de la descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios, en especial, de las que corresponden a la “propia actividad”», en Gárate Castro, F.J. (Coord.) *Las relaciones laborales en las administraciones locales*. Fundación Democracia y Gobierno Local.

GARCÍA BLASCO, J. (2021) «Transmisiones de empresas: de la protección del patrimonio jurídico de los trabajadores a los “umbrales” de efectividad del Derecho del Trabajo», AEDTSS (ed.) *Reestructuraciones empresariales (XXXI Congreso Anual)*. Ministerio de Trabajo y Economía Social, pp. 87-136.

GARCÍA ORTEGA, J. (2000) «La sucesión de contratistas», en AAVV *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas. Estudios en recuerdo del profesor Blat Gimeno*. Tirant lo Blanch, pp. 341-382.

GARRIDO PÉREZ, E. (1999) «Mantenimiento de los derechos de los trabajadores en supuestos de sucesión y rescate de contratas de servicios: la discutible aplicación de la Directiva 77-187 y del artículo 44 ET», *Revista de derecho social* (7), pp. 89-108.

GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (2002) «Cambio de contratista y sucesión de empresa, en especial a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [Ref. LA LEY 1875/2002]», *Actualidad laboral* (1), pp. 1-19 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

GONZÁLEZ BIEDMA, E. (1989) *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2019) «La reversión por la administración de las contratas: perspectiva desde el derecho del trabajo», *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (21), pp. 41-60.

HERRAIZ MARTÍN, M. S. (2007) «De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas [Ref. LA LEY 1860/2007]», *Relaciones laborales* (1), pp. 1-21 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

KAHALE CARRILLO, D. T. (2011) *Descentralización productiva y ordenamiento laboral. Un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*. Aranzadi.

DE LA PUEBLA PINILLA, A. (2005) *La Empresa como Objeto de Transmisión en la Nueva Economía*. Aranzadi.

MARTÍNEZ MORENO, C. (1999) «Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación [Ref. LA LEY 5831/2002]», *Relaciones laborales* (1), pp. 1-40 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

MONEREO PÉREZ, J. L. (1987) *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

(2012) «Art. 44. La sucesión de empresa», en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) *El nuevo Estatuto de los Trabajadores*, Comares, pp. 579-625.

(2017) «Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente», *Trabajo y derecho* (5). BD La Ley Digital (18-12-17).

MONTOYA MELGAR, A. (1978) «El principio de estabilidad en el empleo en el Derecho del Trabajo en España», *Revista de Política Social* (118), pp. 45-67.

MORENO GENÉ, J. (2001) «Puntos críticos de la sucesión de empresa en las administraciones públicas», en AEDTSS (ed.) *Las relaciones laborales en las administraciones públicas (XI Congreso Nacional)*, Vol. 1. Ministerio de Trabajo y Economía Social, pp. 421-457.

(2003) *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*. Tirant lo Blanch.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (2020) «Sobre cuándo la sucesión de concesiones administrativas y contratos constituye sucesión de empresa», en Gárate Castro, J. y Maneiro Vázquez, Y. (Dir.) *Las respuestas del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales sobre política social planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. Estudios ofrecidos a M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde*. USC, pp. 95-100.

DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R. (2005) «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 e Inmigración* (58), pp. 221-286.

RIVERO LAMAS, J. (1962) «Las relaciones de trabajo ante el cambio de titular y las transformaciones de la empresa», *Revista de Política Social* (55), pp. 29-73.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. (2017) «Implicaciones jurídico laborales de la reasunción de servicios públicos: la aplicación del principio de subrogación empresarial y sus excepciones [Ref. LA LEY 3831/2017]», *Trabajo y Derecho* (29), pp. 1-27 pdf. BD La Ley Digital (18-05-17).

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L. (2000) «El concepto de transmisión de empresas en la jurisprudencia española [Ref. LA LEY 5876/2002]», *Relaciones laborales* (2), pp. 1-13 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

SAHÚN PACHECO, R. (2019) *Riesgo operacional y servicio público*. Agencia Estatal BOE.

SALA FRANCO, T. Y PEDRAJAS MORENO, A. (2010) «Los problemas laborales de la sucesión de contratos», en Pellicer), Blasco Pellicer, A. (Dir.) *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al profesor Camps Ruiz*. Tirant lo Blanch, pp. 385-412.

SAN MARTÍN AGUILAR, L. F. (1997) «Aspectos laborales del cambio de titularidad en los supuestos de rescate de concesiones administrativas y de sucesión de contratos», *Temas laborales* (43), pp. 37-76.

SANGUINETI RAYMOND, W. (2004) «El régimen laboral de la sucesión de empresa: puntos críticos tras su reforma [Ref. 2351/2004]», *Relaciones laborales* (2), pp. 1-18 pdf. BD La Ley Digital (03-02-16).

(2006) «Cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales». Disponible en: <https://wilfredosanguineti.files.wordpress.com/2008/09/art-suc-contratas-observatorio-wsr.pdf> (07-06-19).

(2007) «Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo», *Revista Derecho Social* (39), pp. 21-50.

SEMPERE NAVARRO, A. V. (1997) «La sucesión de contratas como subrogación empresarial [Ref. BIB 1997/805]», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*(13), pp. 1-6 pdf. BD Aranzadi Insignis.

SERRANO OLIVARES, R. (1997) «La noción de “empresa” a los efectos de su transmisión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea [Ref. LA LEY 6201/2002]», *Relaciones laborales* (2), pp. 1-27 pdf. Disponible en BD La Ley Digital. (03-02-16).

TODOLÍ SIGNES, A. (2015) «Acerca de la sucesión de contratistas [Ref. TOL4.659.301]», en Sala Fanco, T. y otros *Jurisprudencia Social a debate*. Tirant lo Blanch, pp. 1-7 pdf. BD Tirant Online (16-04-17).

VALDÉS DAL-RÉ, F. (2001) *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo.

VICENTE PALACIO, A. (2016) *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*. Atelier.

YAGÜE BLANCO, S. (2018a) «Reversión de actividades externalizadas en el sector público y sucesión de empresa. Algunas cuestiones en torno a la delimitación del supuesto de hecho», *Derecho de las Relaciones Laborales* (9), pp. 991-1009.

(2018b) «Reversión de contratas públicas. Divergencias interpretativas en la identificación de las circunstancias de hecho relevantes para apreciar la sucesión de empresa», *Trabajo y derecho* (40), pp. 81-92.

(2019a) «A vueltas con la subrogación empresarial derivada de una sucesión de plantillas: la precariedad laboral del trabajador externalizado [Ref. BIB 2019/6130]», *Nueva Española de Derecho del Trabajo* (220), pp. 1-20 pdf. BD Aranzadi Insignis (30-11-20).

(2019b) «Entre subrogación convencional y transmisión de empresas: la sucesión de plantillas», *Trabajo y derecho* (52), pp. 37-55.