

Front page. Revista Española de Derecho del Trabajo 224

2019

Núm. 224 (Octubre)

Front page. Revista Española de Derecho del Trabajo 224

NÚM. 224
OCTUBRE 2019

Derecho del Trabajo

NÚM. 224 OCTUBRE 2019

DIRECTORES

ALFREDO MONTOYA MELGAR

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

IGNACIO GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN

Un siglo de pensiones de jubilación, *Alfredo Montoya Melgar*

Alcance del deber de informar a los representantes de los trabajadores y cumplimiento de la obligación de sigilo, *Carolina Blasco Jover*

De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el RD-Ley 6/2019, *Ana María Romero Burillo*

El período de prueba y el Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, *María José Asquerino Lamparero*

Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos, *Emilio de Castro Marín*

Singularidades en la calificación del accidente de trabajo en el sector pesquero, *Nora María Martínez Yáñez*

El principio de transparencia en la ejecución automatizada del contrato de trabajo: una aproximación jurídica a la tecnología blockchain y a la inteligencia artificial, *Alicia Villalba Sánchez*

Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos.

BIB 2019\9015

Emilio, de Castro Marín. Abogado, Doctor en Derecho, Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

Publicación:

Revista Española de Derecho del Trabajo num.224/2019

Editorial Aranzadi, S.A.U.

Resumen«En el presente trabajo se analiza la problemática en relación con la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa de la Directiva 2001/23 a los supuestos de subrogaciones instauradas en convenios colectivos en el escenario de sucesiones de contratados. En este sentido, la recepción en la jurisprudencia interna de la figura de la “sucesión de empresa”, de creación jurisprudencial en el Tribunal Europeo, ha provocado la necesidad de adaptación de los criterios internos con importantes vaivenes interpretativos que, finalmente, han desembocado en el establecimiento de determinada doctrina en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a partir de septiembre de 2018 a resultas de la cual, la sucesión de empresa no resultará de aplicación automática e incondicional al exigirse la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso. No obstante lo anterior, desde una perspectiva crítica, nos parece que la interpretación excesivamente finalista del Tribunal Europeo no encuentra acomodo en el supuesto de las sucesiones de contratados, al faltar el presupuesto de la entidad económica y, más allá, del necesario mantenimiento de la identidad posterior a la transmisión para la aplicación de la Directiva. En este contexto crítico, se pretende fundamentar el por qué de esta conclusión que, a nuestro juicio, pone seriamente en cuestión el futuro de las cláusulas de subrogación pactadas en convenios colectivos.»

Abstract: «In the present work, the problem is analyzed in relation to the application of the mechanism of the transfer of company of the Directive 2001/23 to the assumptions of subrogations established in collective agreements in the scenario of successions of contracts. In this sense, the reception in internal jurisprudence of the figure of the "succession of company", of jurisprudential creation in the European Court, has caused the need to adapt the internal criteria with important interpretative fluctuations that, finally, have resulted in the establishment of a certain doctrine in the Social Chamber of the

Supreme Court as of September 2018, as a result of which, the succession of the company will not automatically and unconditionally apply when the weight of the circumstances in each case is required. Notwithstanding the foregoing, from a critical perspective, it seems to us that the excessively finalist interpretation of the European Court finds no accommodation in the case of contract successions, because the budget of the economic entity is missing and, furthermore, from the necessary maintenance of the post-transmission identity for the application of the Directive. In this critical context, it is intended to ground the reason for this conclusion, which, in our opinion, seriously puts in question the future of the subrogation clauses agreed in collective agreements.»

Palabras clave Transmisión de empresa, Sucesión de plantilla, Subrogación en convenios colectivos, Sucesión de contratados.

Company transmission, Template succession, Subrogation in collective agreements, Succession of contracts.

I. Punto de partida: la convulsa relación entre la jurisprudencia europea e interna como elemento decisivo y determinante en la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa

La transmisión de empresa figura entre las materias laborales más proclives al ejercicio de acciones ante los jueces y tribunales, presentándose como una de las cuestiones más litigiosas y nutridas de doctrina judicial¹. Conflictividad que se manifiesta sobremanera en el supuesto específico de las sucesiones de contratados y en la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa como consecuencia de cláusulas subrogatorias pactadas en convenios colectivos.

¹ GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 24.

En este contexto de extremada litigiosidad asociada a los fenómenos sucesorios, se apuntan como factores que inciden de manera decisiva en la conflictividad tanto la dificultad para describir la institución a partir de los parámetros que ofrece la dogmática jurídica, como la insuficiencia de un marco normativo que dé respuesta satisfactoria al fenómeno subrogatorio en su integridad².

² BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratados y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, p. 6 y ss.

Dicho esto, la cuestión se complica aún más cuando comprobamos que, en este convulso y probablemente inacabado debate³, la jurisprudencia europea juega un papel protagonista sobre la interna a la hora de interpretar la normativa comunitaria, en un ejemplo palpable de ese diálogo interactivo entre ambas jurisdicciones “ *que se mueve entre la leal colaboración y la implícita disidencia ...*”⁴. O, como generosamente se ha calificado, papel “revulsivo” sobre nuestra doctrina judicial de los pronunciamientos del Tribunal Europeo en materia de transmisión de empresa⁵.

³ No lo entiende así FALGUERA BARÓ, M.A., “Una –preocupada– lectura iuslaboralista de la [Ley de Contratos del Sector Público](#)”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad iuslaboralista*, número 13, diciembre 2018, Editorial Bomarzo, p. 64, máxime tras la [Sentencia del Supremo de 27 de septiembre de 2018](#).

⁴ VALDÉS DAL-RE, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, p. 17 y ss.

⁵ DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *El Foro de Labos, Toda la actualidad laboral y social*, 9 de mayo de 2019, https://forodelabos.blogspot.com/2019/05/las-paradojas-de-la-transmision-de_9.html.

Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo que cobra mayor protagonismo, si cabe, cuando se comprueba la diferente interpretación del Tribunal Europeo en importantes aspectos en la materia de la transmisión de empresa. Por ejemplo, señaladamente, a propósito de la lectura extremadamente finalista de la [Directiva](#) en lo que se refiere, por ejemplo, a la causa de la transmisión⁶, interpretación “ *elástica* ” de la causa que ha tenido como efecto que dicho elemento fuera perdiendo relevancia en la delimitación del ámbito de aplicación y que toda la problemática interpretativa haya girado, y lo siga haciendo, en torno al objeto de la transmisión⁷ . O, por ejemplo, en lo que se refiere igualmente a la expansión del concepto de la “entidad económica” en el mismo Tribunal, en cuanto objeto mínimo de la transmisión, hasta amparar dentro del ámbito de aplicación de la [Directiva](#) a supuestos para los que, probablemente, la [Directiva](#) no fuera inicialmente diseñada. Nos referimos a la teoría de la “sucesión de plantilla”, enormemente discutible y discutida. No sólo en lo sustantivo, a la vista de las importantes carencias de la interpretación sino, también, o quizá más importante aún, en la vertiente de sus efectos, probablemente no del todo ponderados⁸.

⁶ El último y más reciente ejemplo de esta interpretación, hasta el punto de desnaturalizar completamente a nuestro juicio la figura de la transmisión de empresa, la reciente [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2018](#), asunto C-194/18 –Jadran Dodič–.

⁷ LLANO SÁNCHEZ, M.: “Transmisión de empresa” en AA.VV., *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea, Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, (GARCÍA MURCIA, J., Director),

Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., año 2017, p. 722 y 723.

8 Como se ha puesto de manifiesto, “ *la aplicación de las pautas propias de la transmisión de empresa a un supuesto en el que no se transmite la empresa sino tan sólo determinados medios de la empresa y, más concretamente, los medios humanos (sucesión de plantillas), crea también algunos inconvenientes y algunas dificultades interpretativas*”, ... “ *No es lo mismo la transmisión de una organización productiva que la sucesión de dos o más empresas en la realización de una determinada actividad*”, GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019. P. 31 y 32. También en sentido crítico, FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad productiva autónoma”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019.

En este contexto, ciertamente convulso, en las próximas líneas nos proponemos efectuar una aproximación crítica a esta institución de la “sucesión de plantilla”, acercamiento para el que resulta presupuesto de todo punto inexcusable el examen de esa jurisprudencia europea y su consecuente recepción en la interna, en muchas de las ocasiones nada pacífica y con importantes giros y vaivenes interpretativos que, en definitiva, no hacen sino situar al operador jurídico laboral en una situación de inseguridad jurídica que, cuando menos, resulta ciertamente desconcertante. Sirva como ejemplo el último giro sobre la cuestión a partir de septiembre de 2018 una vez asentado de manera muy consolidada el anterior criterio establecido a partir de abril de 2016.

Todo ello probablemente fomentado por el denunciado, a nuestro juicio con acierto, “ *tal vez excesivo recurso a la cuestión prejudicial por los tribunales del orden social español que se creen obligados a plegarse a la doctrina del TJUE y para ello, manifestada su disconformidad interpretativa con el TS, usan en exceso este mecanismo del sistema de justicia multinivel, buscando el aval comunitario*”⁹.

9 SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 139.

II. La teoría de la “sucesión de plantilla” en la jurisprudencia europea y su recepción en la interna

Si queremos efectuar una aproximación a la figura de la denominada teoría de la “sucesión de plantilla”, debemos comenzar por señalar que nos encontramos ante una institución de creación jurisprudencial en el seno del Tribunal Europeo que, probablemente, se generara en su momento a la vista de las dificultades para encajar a determinados supuestos dentro del ámbito de aplicación de la [Directiva](#) de transmisión de empresas;

esencialmente, porque la propia jurisprudencia europea había tomado definitivamente partido a favor de la opción de la empresa como “organización” a los efectos de la aplicación de la [Directiva](#).

A estos efectos, y como antecedentes de la cuestión, resulta conveniente señalar siquiera brevemente que la jurisprudencia del Tribunal Europeo había transitado por diferentes etapas a los efectos de la aplicación de la [Directiva](#) en materia de transmisión de empresas: una primera, en la que se consideraba necesario que se transmitiera una entidad económica, entendida ésta como un conjunto organizado de bienes susceptibles de ser explotados por contar con una mínima autonomía funcional y organizativa que mantuviera su identidad¹⁰; una segunda etapa, en la que se abandonaba el concepto orgánico de empresa y se propugnaba su sustitución por un concepto funcional, en el que el criterio determinante vendría determinado por la continuación de la actividad¹¹; una tercera etapa, de vuelta al concepto de la empresa como organización¹², criterio éste que se consolidaría a partir de ese momento de manera definitiva en la doctrina de Luxemburgo¹³.

¹⁰ [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala Quinta\), de fecha 18 de marzo de 1986](#), en el Asunto 24/85 –Spijkers–.

¹¹ [Sentencia del Tribunal de Justicia \(Sala Quinta\), de fecha 14 de abril de 1994](#), Asunto C-392/92 –Schmidt–.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de fecha 7 de marzo de 1996, Asunto acumulados C-171/94 y C-172/94 –Mercks–.

¹³ A estos efectos, entre otros muchos, se puede consultar el periplo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, p. 35 y ss.

No obstante, a pesar de haberse asentado el criterio a favor de la empresa “organización”, surge en la jurisprudencia del Tribunal Europeo determinada excepción a la regla general en materia de transmisión de empresa a través de la denominada teoría de la “sucesión de plantilla¹⁴”, figura ésta a resultas de la cual, la asunción de una parte esencial de la plantilla de trabajadores del anterior adjudicatario de la contrata, en términos de número y de competencias, en determinados sectores donde la actividad se residiera fundamentalmente en la mera aportación de mano de obra, podría conllevar, en determinadas circunstancias, la aplicación de la [Directiva](#)¹⁵.

¹⁴ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 11 de marzo de 1997](#), asunto C-13/95 –Süzen–,

¹⁵ Esta teoría se consolida definitivamente, entre otras, en la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 10 de diciembre de 1998](#), en asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97 –Hernández Vidal–, o [Sentencia de fecha 24 de enero de 2002](#), asunto C-51/00 –Temco Service Industries SA–.

Si efectuamos un recorrido por la jurisprudencia interna en la cuestión, inmediatamente comprobamos cómo los vaivenes y giros interpretativos resultan significativos, en buena medida influenciados por los criterios hermenéuticos emanados desde el Tribunal Europeo.

Así, a partir del inicio de la década de los noventa, el Alto Tribunal va a unificar su doctrina imponiendo la transmisión de elementos patrimoniales como presupuesto necesario para la aplicación de la figura de la sucesión de empresa del [art. 44 ET](#), en lo que podemos convenir en denominar una primera etapa en la jurisprudencia interna. En esta lectura, una vez descartada la identificación de la contrata con una unidad productiva autónoma a estos efectos de una transmisión, tan solo cuando se transfirieran al nuevo empresario concesionario los elementos patrimoniales que configuraran la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación –elemento objetivo–, unido a la asunción del personal adscrito a la contrata –elemento subjetivo–, se activaría la transmisión de empresa. Descartándose por el contrario la aplicación de la figura de la sucesión de empresa en el caso de encontrarnos ante una mera sucesión temporal de actividad sin entrega del mínimo soporte patrimonial necesario para la realización de ésta¹⁶.

¹⁶ Por todas, [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 1997](#), en recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 164/1997, Ponente Fernando Salinas Molina, F.J. 4.º, con referencia a anteriores sentencias de la misma Sala de fechas 9 de julio de 1991, en recurso 146/1991, de [30 de diciembre de 1993](#), en recurso 3218/1992, de [5 de abril de 1993](#), en recurso 702/1992, de [23 de febrero de 1994](#), recurso 1065/1993, de 12 de marzo de 1996, en recurso 945/1995 y de [25 de octubre de 1996](#), recurso 804/1996.

En una segunda etapa, interpretación a la altura de octubre del año 2004, el Alto Tribunal va a cambiar diametralmente su interpretación, en un giro de 180 grados que se efectúa con enormes reservas y, según se expresa, por imperativo del Tratado de la Unión. En este sentido, a partir de sendas resoluciones¹⁷ y ¹⁸, el Tribunal Supremo va a acoger en su seno la teoría de la “sucesión de plantilla” elaborada en el Tribunal Europeo. A partir de aquí, con alguna excepción, es esta una lectura que se va a mantener de manera uniforme hasta que, a la altura de abril de 2016, se produce un inesperado giro en la jurisprudencia que cambia total y absolutamente su anterior interpretación.

¹⁷ [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 20 de octubre de 2004](#), en recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 4424/2003, Ponente Aurelio Desdentado Bonete.

¹⁸ [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de fecha 27 de octubre de 2004](#), en recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 899/2002, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

A partir de este momento, el Alto Tribunal va a concluir que, en los supuestos de asunciones de plantillas no voluntarias en sucesiones de contratas como consecuencia del cumplimiento de cláusulas subrogatorias negociadas en convenios colectivos, no aplica el

mecanismo de la sucesión de empresa del [art. 44 ET](#) por haberse asumido al personal de manera imperativa y no voluntaria, limitándose los efectos de la subrogación a lo meramente contractual en función de lo que se hubiera pactado en el convenio colectivo¹⁹. Esta lectura se va a imponer desde entonces de manera reiterada y pacífica en resoluciones posteriores hasta septiembre de 2018²⁰.

¹⁹ [Sentencia n.º 276/2016 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada en fecha 7 de abril de 2016](#), en recurso 2269/2014, Ponente Ángel Blasco Pellicer.

²⁰ A título no exhaustivo, referimos las [Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo número 365/2016, de fecha 3 de mayo de 2016](#), en recurso 3165/2014, Ponente Sebastián Moralo Gallego; la [Sentencia número 392/2016, de fecha 10 de mayo de 2016](#), en recurso 2957/2014, Ponente Jesús Souto Prieto; la [Sentencia n.º 460/2016, de fecha 1 de junio de 2016](#), en recurso 2468/2014, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer; la [Sentencia n.º 573/2016, de fecha 28 de junio de 2016](#), en recurso 322/2015, Ponente José Manuel López García de la Serrana; la [Sentencia n.º 594/2016, de fecha 30 de junio de 2016](#), en recurso 2465/2014, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer; la [Sentencia n.º 644/2016, de fecha 12 de julio de 2016](#), en recurso 349/2015, Ponente Jesús Gullón Rodríguez; la [Sentencia n.º 714/2016, de fecha 21 de julio de 2016](#), en recurso 102/2015, Ponente Ángel Antonio Blasco Pellicer. O, terminando en el año 2018, con las de [3 de mayo de 2018](#), en rec. 2346/2016, Ponente Viroles Piñol, o la de [29 de mayo de 2018](#), en rec. 2481/2016, Ponente Moralo gallego, o con la de [31 de mayo de 2018](#), en rec. 2261/2016, Ponente Sempere Navarro, entre otras muchas.

Así, una vez que el Tribunal Europeo había resuelto la cuestión prejudicial planteada en el Asunto Somoza Hermo, el Tribunal Supremo rectifica de nuevo su criterio para descartar la incidencia del convenio colectivo en la declaración de la existencia o no de la transmisión, concluyendo que el hecho de que la subrogación lo sea como consecuencia de lo previsto en el convenio no afecta al modo en que ha de resolverse el problema²¹. A partir de este momento, el Alto Tribunal afronta la problemática desde la premisa de la constatación de la existencia de una “entidad económica” como requisito previo para la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa, descartando así abordar la cuestión atendiendo a la causa de la subrogación al poner todo el énfasis en el objeto de la transmisión, en lo que podemos convenir como una vuelta atrás a la situación en el período comprendido entre el 2004 y 2016. En todo caso, con una muy importante matización, una vez que se sienta el criterio de que, la determinación de si se produce o no una transmisión, deberá efectuarse ponderando el conjunto de circunstancias concurrentes en cada caso, en lo que se denomina de manera muy expresiva como el “juicio de ponderación”.

²¹ [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2018](#), en recurso 2747/2016, Ponente Sempere Navarro.

Siendo así, ya no será posible seguir residiendo la aplicación del mecanismo del [art. 44 ET](#) única y exclusivamente a partir del denominado método indiciario, basado en la consideración de determinadas actividades como “desmaterializadas”, unido a la posterior

superación del denominado “test de sucesión de plantillas”, entendido como la asunción de una parte esencial de la plantilla que el anterior contratista tuviera destinado en la contrata. Y ello en la medida que el preceptivo “juicio de ponderación” va a exigir, siempre y en todo caso, la constatación de la existencia de una “entidad económica” preexistente a la sucesión, previa valoración del conjunto de circunstancias concurrentes.

La conclusión es de enorme trascendencia, en la medida que permite superar una imperfecta trasposición de la jurisprudencia europea efectuada de manera reiterada por nuestros juzgados y tribunales internos que, de manera excesivamente reduccionista, residían la aplicación de la institución de la “sucesión de plantilla” en el simple encasillamiento de determinadas actividades como “desmaterializadas²²”, unido a la asunción de la plantilla del personal adscrito a la contrata, sin entrar en la concreta valoración de esas otras circunstancias necesarias para la constatación de la necesaria “entidad económica” previa.

²² Presunción *iuris et de iure* a nuestro juicio.

A partir de este momento, vuelven a cobrar protagonismo las críticas que, en su momento, cuestionaron la recepción de la jurisprudencia europea en la interna al señalar que “ *el criterio delimitador de la existencia o no de transmisión de empresa en una sucesión de contrata no es exactamente la “sucesión de plantilla” cuanto la transmisión de los “factores de producción” necesarios para realizar el servicio objeto de la contrata, identificable fundamentalmente –pero no absolutamente– con la transmisión de una buena parte de la plantilla*”. Lectura ésta que, ya se apuntaba entonces, obligaría a nuestros tribunales a valorar en cada supuesto si los factores de producción se habían transmitido o no, no tratándose tanto de que la mera sucesión de parte de la plantilla configurara necesariamente una transmisión de empresa, sino de que se enjuiciara, en cada caso, según las circunstancias concurrentes²³.

²³ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, pp. 396, 397 y 398.

En parecidos términos, y en posición que compartimos plenamente, se apuntó desde otro sector doctrinal que la recepción por el Tribunal Supremo de la figura de la “sucesión de plantilla”, entendida ésta como el único elemento para determinar la existencia de una sucesión de empresas, sobrepasaba las pretensiones del TJUE. Y ello en el entendimiento de que, la aplicación de la doctrina interpretativa del Tribunal Europeo, a lo que obligaba era a valorar en cada supuesto si los “factores de producción” realmente existentes en una empresa contratista adscritos a una contrata se habían transmitido o no²⁴.

²⁴ TODOLÍ SIGNES, A.: “Acerca de la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A.): *Jurisprudencia social a debate*, colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, p. 156, quien refiere criterio de HERRAIZ MARTÍN, S.: “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratistas”, *Relaciones Laborales*, n.º 11, 2007, p. 460.

El caso es que, como acabamos de constatar, es esta última la lectura que finalmente termina por imponerse en la Sala IV del Alto Tribunal; eso sí, no sin antes importantes cambios y giros doctrinales, como hemos apuntado.

De este modo, a la altura de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo va a concluir sin ambages que la subrogación en los supuestos de sucesiones de contratistas no va a ser automática e incondicional, sino que va a resultar necesario ponderar en cada caso el conjunto de circunstancias concurrentes para concluir si nos encontramos o no ante una “entidad económica”, objeto mínimo de la transmisión que se constituye en el presupuesto inexcusable para su declaración. De manera muy elocuente, *“no se trata de algo que pertenezca al terreno de lo abstracto o dogmático sino al de los hechos y de su prueba”²⁵*. Así, en sectores donde la mano de obra constituya el elemento principal de la actividad empresarial, un conjunto de personas adscritas a la actividad “podrá” –en condicional–, constituir una unidad económica cuyo cambio de titularidad active la subrogación, pero siempre y cuando se pruebe la existencia del elemento objetivo presupuesto inexcusable para la transmisión, esto es, el de la constatación de la previa existencia de una “entidad económica”.

²⁵ F.J. 7.º de la [Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2018](#), en recurso número 2747/2016.

Contrariamente a lo que pueda deducirse, esta lectura no introduce a nuestro juicio variación alguna en la muy reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo que, desde el mismo momento de elaboración de la teoría de la “sucesión de plantilla”²⁶, había venido incidiendo en la excepción a la regla general en materia de transmisión de empresas siempre en términos condicionales²⁷, reiterando el criterio hasta nuestros días en la última de sus resoluciones²⁸. En este sentido, nunca el Tribunal de Luxemburgo manifestó, en términos absolutos e incondicionales, que una contrata fuera, sin más, una “entidad económica” a los efectos de una posible transmisión, y que la asunción de una parte esencial de la plantilla del personal de la anterior contratista, en términos de número y competencias por el nuevo adjudicatario, fuera el único elemento para el mantenimiento de la identidad. Es más, cuando el Tribunal Europeo ha rechazado la aplicación de la [Directiva](#), incluso en el supuesto de determinada contrata de limpieza revertida a cierto Ayuntamiento, expresamente ha señalado que la circunstancia de que actividad ejercida por la contratista y por el Ayuntamiento fueran similares, o incluso idénticas, no era suficiente para afirmar que se hubiera mantenido la identidad de una entidad económica. Y ello en la

medida que tal entidad no podía reducirse a la actividad que se le había encomendado, por cuanto, su identidad, resultaba también de otros elementos, como el personal que la integrara, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispusiera²⁹. De ahí que no compartamos el criterio de quienes han mantenido que, la mera asunción de una parte esencial de la plantilla del personal adscrito a la contrata, entre el que no se encontraría el personal de dirección, convertía a una subrogación convencional en legal³⁰, desde la simple perspectiva de que el Tribunal Europeo, a nuestro juicio, nunca había sentado que la asunción de plantilla fuera una condición suficiente para la aplicación del [art. 44 ET](#).

²⁶ [Sentencia del Tribunal Europeo, de fecha 11 de marzo de 1997](#), asunto C-13/95, Süzen, fundamento 21 “ *Pues bien, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aún después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata sino que, además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea* ” (Negrita del que suscribe).

²⁷ En los mismos términos condicionales, fundamento 27 de la [Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 10 de diciembre de 1998](#), asuntos acumulados C-127/96, C-299796 y C-74/97, Hernández Vidal, o en el fundamento 26 de la [Sentencia del mismo Tribunal de fecha 24 de enero de 2002](#), asunto C-51/00, Temco Service Industries SA.

²⁸ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 11 de julio de 2018](#), asunto C-60/17, Somoza Hermo, fundamento de derecho 21: “ *Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que, en la medida en que, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una entidad económica, ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y competencias, del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea* ” (Negrita del que suscribe)

²⁹ F.D. 41 de la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 20 de enero de 2011](#), Asunto C-463/2009 –CLECE-Cobisa–.

³⁰ En sentido contrario, MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, “colección Laboral”, 150, Valencia 2003.

En estos términos, no creemos que la nueva interpretación jurisprudencial, y consecuente exigencia de efectuar el “juicio de ponderación”, pudiera desembocar en una inaplicación de la [Directiva](#)³¹. Y ello desde la perspectiva de que entendemos que el requisito de la constatación de la “entidad económica” previa como presupuesto para la aplicación de la [Directiva](#) siempre ha jugado como un límite expreso para la aplicación de la misma, por mucho que se flexibilizara el concepto hasta el extremo en esos sectores en los que se argumentaba que la actividad descansaba esencialmente en la mano de obra, de ahí que

sólo se considerara como “entidad económica” al conjunto organizado de trabajadores a falta de otros factores de producción puestos en juego en la contrata³². Circunstancia ésta que correspondería examinar, en todo caso, al juzgador interno, cuestión ésta a menudo pasada por alto.

³¹ No lo entiende así algún sector doctrinal, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla ‘ex’ convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina «Somoza Hermo» (¿con matices?)”, Una mirada crítica a las relaciones laborales, 26 de octubre de 2018, <https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/>.

³² Apartado 35 de la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2018](#), C-60/17, asunto Somoza Hermo.

III. Las dificultades para la aplicación de la institución de la “sucesión de plantilla” al supuesto de las sucesiones de contratas

Dicho esto, una vez que resulta incuestionable que el elemento nuclear del debate se reside de nuevo en el objeto de la transmisión³³, que se convierte así en el instrumento esencial para delimitar el alcance de la normativa subrogatoria³⁴, las dificultades para entender comprendida dentro del mecanismo de la transmisión de empresa de la [Directiva](#), en su caso, a las sucesiones de contratas a través de la teoría de la “sucesión de plantilla”, resultan a nuestro juicio insalvables.

³³ CALVO GALLEGU, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012, p. 207.

³⁴ GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019.

Y ello desde la perspectiva de que, en el ámbito de la descentralización productiva, no se darían los presupuestos necesarios para entender que pudiéramos encontrarnos ante lo que el legislador denomina como una “entidad económica”. Menos aún, para el mantenimiento de su identidad tras la sucesión de contratas. A salvo, obviamente, el uso fraudulento de la contrata. Y ello por mucho que el Tribunal europeo haya “forzado” hasta el extremo la lectura de la [Directiva](#) para extenderla a supuestos más allá de aquéllos para los que inicialmente fue concebida, interpretación calificada como “creativa” incluso desde los sectores más favorables a su recepción³⁵, lo que, de inicio, da buena muestra de su problemática. Y ello va a ser así en la medida en que no cabe mantener que un centro de trabajo o una unidad productiva puedan funcionar por sí mismos sin contar con el soporte

de una organización empresarial entendida en sentido pleno³⁶.

³⁵ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

³⁶ GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 26.

1. El cuestionamiento de la existencia de una “entidad económica”: la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos de la aplicación de la directiva

Como punto de partida, no resulta discutible que, para que aplique la normativa en materia de transmisión de empresa, lo relevante es que se transmita un conjunto de medios que puedan funcionar como una organización productiva. En este sentido, cuando el legislador interno incorpora en la norma de trasposición de la [Directiva](#) el concepto de “entidad económica” acuñado en la jurisprudencia europea³⁷—noción de síntesis de los supuestos de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma para aludir así de manera abreviada al conjunto de posibles objetos de transmisión³⁸—, lo define como el conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria. Desde esta perspectiva, la unidad productiva autónoma, por mucho que se configure como el objeto mínimo de transmisión³⁹, debe responder de la misma manera a esta exigencia de resultar un conjunto de medios organizados.

³⁷ [Ley 12/2001, de 9 de julio](#), de medidas urgente de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en cuyo [art. 2](#) dos se procede a dar nueva redacción al [art. 44](#) ET.

³⁸ MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, “colección Laboral”, n.º 150, Valencia 2003, p. 52.

³⁹ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, año 2005, p. 222.

En este sentido, en materia de transmisión de empresa, “ *La operatividad del precepto exige que se actúe sobre, al menos, un conjunto de elementos patrimoniales susceptibles de explotación económica independiente y capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado*”, debiendo poseer lo transmitido “ *enjuicia bastante como para arrastrar consigo al trabajador*⁴⁰”. Dicho de otro modo, “ *para que exista una sucesión de empresa incluida en el [art. 44](#) ET no basta que un empresario sustituya a otro en la realización de una actividad,*

sino que es necesario que se transmita un conjunto patrimonial susceptible de explotación⁴¹”.

40 SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al [art. 44](#) del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014 y 10/2014 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, BIB 2014\90.

41 DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 38, p. 249.

A partir de aquí, las dificultades para la aplicación de la teoría de la “sucesión de plantilla” se plantean cuando trasladamos el concepto legal de la “entidad económica” al ámbito de la contrata, entendida ésta como “ *el derecho que un empresario o empresa tiene a la prestación de un servicio a un tercero⁴²*”. Y ello en la medida en que, en la contrata, no se dan en modo alguno las características para identificarla con lo que el legislador denomina como una unidad productiva autónoma⁴³.

42 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 5 de abril de 1993](#), recurso 702/1992, Ponente Julio Sánchez Morales de Castilla, F.J. 3.º.

43 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 10 de diciembre de 1997](#), recurso número 164/1997, Ponente Fernando Salinas Molina, F.J. 2.º, o la [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 29 de enero de 2002](#), recurso número 4749/2000, Ponente Moliner Tamborero, muy ilustrativa a este respecto dada la expresa referencia a la doctrina de la sucesión de plantilla en el Tribunal Europeo.

En este contexto, y a los efectos de la aplicación del [art. 44](#) ET, el Tribunal Supremo ha declarado de manera reiterada que “ *ni la contrata ni la concesión administrativa son unidades productivas autónomas a los efectos del [art. 44](#) ET, salvo que se entreguen al concesionario o al contratista la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación*”, y que “ *por lo mismo, 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 mismos⁴⁴*”. Conclusión ésta absolutamente lógica y coherente cuando tenemos en cuenta que, “ *en la sucesión de contratas no se transmiten, en principio al menos, unos elementos patrimoniales organizados y aptos para obtener una utilidad, esto es, no se transmite una unidad patrimonial con vida propia y organizada sino tan solo una actividad o tarea productiva específica a la cual están adscritos determinados trabajadores⁴⁵*”. Entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada⁴⁶, al remitir el concepto de entidad económica a un conjunto organizado de personas y elementos que permitan el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio⁴⁷.

44 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 2015](#), recurso número 91/2014,

Ponente Luis Fernando de Castro Fernández, F.J. 4.º. En el mismo sentido, [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 24 de julio de 2013](#), recurso número 3228/2012, Ponente M.ª Luisa Segoviano Astaburuaga, F.J. 3.º, o [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2014](#), recurso número 1741/2013, Ponente Jesús Souto Prieto.

45 SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratatas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 389.

46 [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 11 de marzo de 1997](#), asunto C-13/95 –Süzen–

47 Recientemente, [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2019](#), asunto C-194/18 –Jadran Dodič–, F.J. 30: “Ha de señalarse, a continuación, que, para que la [Directiva 2001/23](#) sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable. El concepto de entidad remite así a un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio (véanse, en ese sentido, las [sentencias de 10 de diciembre de 1998](#), Hidalgo y otros, C173/96 y C247/96, EU:C:1998:595, apartado 25, y de [29 de julio de 2010](#), UGTFSP, C151/09, EU:C:2010:452, apartado 26)”

De este modo, la mera circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo adjudicatario de una contrata sea similar, no resulta suficiente para afirmar que exista una transmisión de una entidad económica, en la medida que una entidad no puede reducirse a la actividad de que se ocupa, resultando su identidad también de otros elementos, como el personal que lo integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone⁴⁸.

48 F.D. 41 [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 20 de enero de 2011](#), asunto C-463/2009 –Clece-Cobisa–.

Desde esta perspectiva, la simple pérdida de una contrata de servicios en beneficio de un competidor no puede, por si sola, revelar la existencia de una transmisión en el sentido de la [Directiva](#), en la medida que la empresa de servicios no deja de existir íntegramente, sin que pueda considerarse que uno de sus centros de actividad, o una parte de sus centros de actividad, se ha cedido al nuevo adjudicatario de la contrata⁴⁹.

49 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 8 de julio de 2014](#), recurso número 1741/2013, Ponente Jesús Souto Prieto: “ Porque la contrata no es una unidad productiva autónoma a los efectos del [art. 44 del E.T.](#), como ya ha señalado esta Sala en sus [sentencias de 5 de abril de 1993 \(R. 702/92\)](#), [10 de diciembre de 1997 \(R. 164/97\)](#) y [24 de julio de 2013 \(R.3228/12\)](#). La contrata, como su nombre indica, es el contrato por el que una empresa se compromete a prestar a otra un servicio a cambio de un precio o a ejecutar la obra que se le encomienda. El contratista adquiere el derecho a prestar el servicio o a ejecutar la obra, pero no adquiere ninguna empresa, ni ninguna actividad productiva autónoma en el sentido del [art. 44-1 del E.T.](#) porque nada se transmite a quien celebra un contrato de arrendamiento de obra o de servicios”.

En definitiva, en el debate entre el concepto de “empresa organización” y “empresa

actividad⁵⁰”, la jurisprudencia europea zanja la cuestión concluyendo que, para que aplique la [Directiva](#), no es suficiente con la sucesión en la mera actividad, resultando imprescindible la existencia previa de una unidad productiva que, en cuanto tal, pudiera funcionar autónomamente⁵¹.

⁵⁰ Se puede consultar el devenir al respecto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo en VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, p. 35 y ss.; más recientemente, en BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratistas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, p. 15, o en GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, pp. 90 a 97.

⁵¹ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, año 2005, p. 226.

No podría ser de otro modo, desde la simple perspectiva de que “*Lo que caracteriza a la autonomía organizativa es la capacidad de explotación diferenciada*”⁵², autonomía organizativa que no se daría en el ámbito de una contrata salvo que se entregara a la empresa contratista entrante la infraestructura u organización básica para la explotación⁵³. Quizá precisamente por ello, consciente el intérprete comunitario de las limitaciones para aplicar la [Directiva](#) en materia de transmisión de empresa en el supuesto de las sucesiones de contratistas, en un intento realmente forzado por acomodar la supuesta protección de los trabajadores ante lo que entiende como una nueva creciente realidad empresarial, elabora en su seno la teoría de la denominada como “sucesión de plantilla”.

⁵² VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, año 2001, pg. 48.

⁵³ ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratistas y subcontratistas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Vol. 1, 2018, p. 12 de 16.

De esta manera, el Tribunal Europeo va a concluir que, en determinados sectores económicos, en los que los elementos patrimoniales se reducen a menudo a su mínima expresión al descansar la actividad esencialmente en la mera aportación de mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores, que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común, puede constituir una entidad económica cuando no existieran otros factores de producción. Y, más allá, va a poder mantener su identidad cuando el nuevo contratista se hiciera cargo de una parte esencial, en términos de número

y competencias, de la plantilla de los trabajadores adscritos a la contrata por el anterior adjudicatario. Lo que no quiere decir que hubiera optado por una conceptualización a favor de la “empresa-actividad⁵⁴”, sino por una excepción a la regla general en la que, si bien se flexibiliza el concepto de la “entidad económica” para adaptarlo a determinadas circunstancias, no se desnaturaliza hasta el punto de hacerlo irreconocible haciendo coincidir actividad con “entidad económica” a estos efectos.

⁵⁴ No nos mostramos de acuerdo, por tanto, con quienes defienden que tras Suzèn, Temco, etc. el TJUE finalmente haya acabado admitiendo la tesis de la “empresa/actividad” en estos sectores “desmaterializados” siempre que principalmente el nuevo adjudicatario asuma una parte relevante de la plantilla del anterior, BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas ‘desmaterializadas’ y [art. 44 ET: algunas notas](#)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* , 10 de marzo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratas-desmaterializadas-y-art-44-et-a-lgunas-notas/>. En el mismo sentido, LLORENS ESPADA, J.: “Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente” , *Revista de información laboral* , n.º 8, agosto 2018, Thomson Reuters.

Con estos antecedentes, la pregunta lógica es, ¿resulta factible mantener que una contrata pueda presentar esas características de resultar un conjunto organizado de trabajadores, con sus propios directivos, su propia organización del trabajo, con sus propios métodos de explotación, sin interconexión alguna con cualquier otro factor de producción de la empresa, y funcionando con plena autonomía y responsabilidad al margen de la empresa contratista, hasta el punto de mantener que podría constituir lo que se entendería como una “entidad económica” en los términos prevenidos en la norma?

La respuesta es que no, a salvo un uso fraudulento de la figura de la descentralización productiva. Negativa que se fundamenta en los siguientes argumentos.

En primer lugar, porque lo característico del negocio de la contrata, en cuanto mecanismo de interposición en el contrato de trabajo que hace que la prestación de servicios de los trabajadores del contratista no se realice únicamente en beneficio exclusivo y directo del empresario con el que han suscrito el contrato de trabajo, sino por encargo y a beneficio de otro empleador⁵⁵, es que el empresario contratista que asume el encargo debe aportar para su ejecución una organización empresarial en la que se insertan unas prestaciones laborales y éstas tienen un carácter meramente instrumental para la obtención del resultado final: “ *Con la contrata no se trata de satisfacer directamente una necesidad de mano de obra, sino de atender requerimientos productivos, que exigen no sólo mano de obra externa sino también una gestión empresarial en sentido amplio, es decir, una actividad ejecutada con medios propios, y organizada, dirigida y coordinada por el empresario contratista⁵⁶*”. Y si esto no es así, si el empresario no aporta su organización empresarial, no hablamos de descentralización productiva sino de otra figura legal. Y

precisamente para esos supuestos conserva plena validez la doctrina tradicional que establece los requisitos que permiten trazar la línea fronteriza entre una verdadera contrata y lo que no pasa de constituir una mera cesión ilegal de trabajadores⁵⁷.

⁵⁵ “ Mecanismo de interposición en el contrato de trabajo que hace que la prestación de servicios de los trabajadores del contratista no se realice únicamente en beneficio exclusivo y directo del empresario con el que han suscrito el contrato de trabajo, sino por encargo y a beneficio de otro empleador ”, RAMOS QUINTANA, M.L.: “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 25, 2017.

⁵⁶ [Sentencia n.º 651/2016 dictada en fecha 4 de febrero de 2016](#) por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en recurso 5102/2015, Ponente Isabel Olmos Pares.

⁵⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005, p. 6.

En segundo término, porque no es posible entender que en una contrata no confluyan esos otros factores de producción a los que expresamente se refiere el Tribunal Europeo de manera reiterada en su propia jurisprudencia y que, esencialmente, se residen en la puesta en juego de la estructura empresarial en cuanto soporte necesario e imprescindible para el desarrollo de la actividad. Resulta inimaginable pensar que una contrata pudiera funcionar “sola”, única y exclusivamente con el personal objeto de subrogación, al margen de cualquier soporte material o inmaterial de la empresa contratista, en la medida que su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone⁵⁸. Salvo que, como hemos apuntado, no nos encontremos ante un supuesto de descentralización productiva sino ante otra figura prohibida en nuestro ordenamiento jurídico laboral. Resulta impensable que los trabajadores adscritos a una contrata se impartan a sí mismos la formación; que organicen la preceptiva actividad preventiva en la contrata al margen del soporte de la empresa contratista en los términos, muy exigentes, especificados en la norma –en muchos casos, por el número de trabajadores de la contrata, con servicio de prevención propio o, en el mejor de los supuestos, mancomunado–; que ellos mismos negocien sus propias condiciones laborales, sin intervención alguna de los departamentos de RRHH o de RRL de las empresas contratistas; que canalicen las necesidades de material sin la intervención del correspondiente departamento de compras; que se elaboren ellos mismos sus propias nóminas; que gestionen todas las cuestiones relacionadas con las cuestiones financieras o de tesorería, imprescindibles para poder percibir sus retribuciones, etc.

⁵⁸ F.D. 15 de la [Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 11 de marzo de 1997](#), asunto C-13/95, Súzen, F.D. 30 de la [Sentencia del mismo Tribunal de fecha 10 de diciembre de 1998](#), asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y

C-74/97, o F.D. 41 de la [Sentencia de 20 de enero de 2011](#), asunto C-463/2009 –Clece-Cobisa–

Al fin y a la postre, “ *el todo que conforma la unidad económica productiva cuya transmisión determina obligaciones subrogatorias es primeramente un conjunto de elementos –parte– que presentan la característica fundamental de tener capacidad productiva* ”. Conjunto de elementos que en la contrata no son identificables, ni muchísimo menos, simplemente con el personal objeto de subrogación, sin más. Y ello por mucho que alguno de los factores productivos pudiera tener mayor o menor incidencia en función del sector o ámbito de actividad, desde la perspectiva de que “ *en mayor o menor grado, la transmisión siempre deberá involucrar factores patrimoniales (materiales y/o inmateriales) y personales para que aquélla pueda operar*⁵⁹”. Esos elementos patrimoniales, tangibles, intangibles, o ambas cosas, no se actualizan en la contrata sin la organización y estructura puesta en juego en la contrata por la propia empresa contratista. En definitiva, lo que con acierto se denomina como “transmisión relevante⁶⁰” y que, en cierto modo, podemos asimilar con lo que el Tribunal Europeo cataloga recientemente como “autonomía de conjunto”, entendida ésta como la necesidad de recurrir a los diferentes factores de producción dentro de la propia empresa para poder llevar a cabo la unidad productiva su actividad⁶¹.

⁵⁹ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad productiva autónoma”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 71 y 72.

⁶⁰ AGÍS DASILVA, M.: “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 723 y ss.

⁶¹ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(Sala tercera\), de fecha 13 de junio de 2019](#), asunto C-664/17, a propósito de unidad de producción de una empresa cuya actividad se ejercía antes de la transmisión dentro de dicha empresa, y cuya autonomía en ella era, por tanto, limitada.

En tercer lugar, porque una contrata nunca va a gozar de la necesaria autonomía previa a la transmisión, entendida ésta como las “ *facultades, conferidas a los responsables del grupo de trabajadores afectados, de organizar de manera relativamente libre e independiente el trabajo dentro del referido grupo, y más concretamente de dar órdenes e instrucciones y distribuir tareas a los trabajadores subordinados pertenecientes al grupo en cuestión, ello sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario*⁶²”. Y ello por mucho que esta exigencia se haya podido flexibilizar sobremanera en la jurisprudencia del Tribunal Europeo, hasta el punto de entender que la existencia de una entidad suficientemente autónoma no resultaría afectada por la circunstancia de que el empresario impusiera obligaciones precisas al referido grupo de trabajadores y ejerciera así una

influencia amplia en las actividades de éste, al resultar exigible en todo caso que dicho grupo conserve cierta libertad para organizar y prestar sus servicios⁶³.

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 6 de marzo 2014, asunto C-458/12 –AMATORI Telecom Italia–, apartado 32 y ss.

⁶³ CALVO GALLEGO, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012, pp. 205-226. En el mismo sentido, ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

Siendo así, aunque pudiéramos aceptar una cierta superación de la concepción estrictamente patrimonialista de la “entidad económica⁶⁴”, hasta el punto de poderla aplicar a supuestos de transmisión de elementos de carácter inmaterial y de alto valor económico⁶⁵, no resulta discutible que la contrata, en cuanto mera actividad, no encajaría en el concepto de la “entidad económica” entendida como una unidad productiva autónoma y, en cuanto tal, categoría organizativo-funcional integrada en la empresa⁶⁶.

⁶⁴ A propósito de esta “fricción” entre la jurisprudencia europea e interna en lo que se refiere al propio concepto de la “entidad económica”, ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. y RUIZ CASTILLO, M.M.: “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, pp. 524 a 530, en un toma de posición a favor de la lectura comunitaria en detrimento de la mantenida en la Sala IV que no compartimos.

⁶⁵ LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003, pp. 106 y 107.

⁶⁶ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, p. 9.

Y, en este sentido, creemos que resulta conveniente realizar algunas observaciones en relación con la denominada teoría de las actividades “desmaterializadas”. Y ello desde la simple perspectiva de que tampoco creemos que la contrata encuentre encaje en esa construcción, en la medida en que resulta muy cuestionable afirmar que resulta posible que una contrata funcione en determinados sectores con la mera aportación de mano de obra por el empresario contratista.

Probablemente parte del problema venga predeterminado por cierta confusión entre lo que se entiende como una concepción “materialista” o “espiritualista” de la empresa, dicotomía que no resulta tal, desde la perspectiva de que, lo patrimonial, entendido como el conjunto de bienes y obligaciones que corresponden a la esfera jurídica de una persona, comprende tanto lo material como lo inmaterial, que es susceptible de generar derechos

transmisibles, por ejemplo, propiedad intelectual o industrial⁶⁷.

⁶⁷ DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 38, p. 250.

En esta lectura que defendemos, aún en el escenario de una contrata en la que el valor de los elementos materiales tangibles se redujera a la mínima expresión, cuestión ésta que dependerá de cada contrata en cuestión, no es discutible que detrás de ése necesario conjunto organizado de medios necesarios para llevar a cabo una actividad esencial o accesoria en qué consiste la entidad económica, los intangibles jugarían un papel determinante. Desde esta perspectiva, no compartimos la teoría de las empresas “desmaterializadas⁶⁸”.

⁶⁸ MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, monográfico 5/2017, n.º 5, 1 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 5 de 42, con referencia a MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibdem ediciones, 1999, p. 121-122.

Y siendo así, la verdadera protección del trabajador quizá no debiera residirse tanto en la aplicación forzada de la figura de la sucesión de empresa del [art. 44](#) ET a supuestos para los que no estaría pensada, cuanto en la delimitación del uso fraudulento de la descentralización productiva. Y ello en la medida que “*Acaso, incluso, el problema nazca en ocasiones antes, esto es, a la hora de calificar la licitud de una determinada contrata de servicios y de marcar las diferencias con una cesión de trabajadores*⁶⁹”.

⁶⁹ SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 392.

Si no existe duda de que lo material abarca tanto a lo tangible como a lo intangible⁷⁰, en la línea de lo que mantiene el Tribunal Europeo desde la propia conceptualización de la teoría de la “sucesión de plantilla” –recordemos, “*En particular, en la medida en que sea posible que una entidad económica funcione, en determinados sectores, sin elementos significativos de activo material o inmaterial...⁷¹*” –, no podemos convenir en aceptar la teoría de las empresas “desmaterializadas” en lo que se denomina como sectores intensivos de mano de obra. Y ello en la medida en que, de una u otra manera, en la contrata nos encontraremos tanto con elementos materiales –los edificios, los bienes muebles, las existencias, entre otros–, como inmateriales –el conjunto de conocimientos y técnicas, el *know-how*, o la propia imagen de marca, el *good will* –⁷². Y en este sentido, aún para esos sectores típicos, que se catalogan *iuris et de iure* como “desmaterializados”, “*habría que plantear el modo*

en que ha de valorarse otros elementos patrimoniales más allá de los bienes materiales en sentido estricto, esto es, los bienes inmateriales o también denominados intangibles”, cuestión trascendental ésta “ porque en el fondo está el límite a la interpretación finalista por la que ha optado el TJUE”, en opinión que compartimos plenamente⁷³.

⁷⁰ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el [art. 44 ET \(STJUE 8/5/19, Dodic\)](#)”, 6 de junio de 2019, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2019/06/06/la-transmision-de-la-clientela-puede-ser-suficiente-para-aplicar-el-art-44-et-stjue-8-5-19-dodic/>.

⁷¹ F.D. 18 de la [Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 11 de marzo de 1997](#), asunto C-13/95 –Süzen–.

⁷² Las referencias con respecto a lo que se entienda como elementos materiales o inmateriales se toman del F.D. 91 de la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 18 de marzo de 1986](#), asunto 24/85 –Spijkers–.

⁷³ SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 149.

Dicho esto, la propia teoría de las actividades “desmaterializadas” adolece de una falta de criterio en la jurisprudencia europea e interna que resulta preocupante a estos efectos, en una prueba evidente de su propia inconsistencia. En este sentido, resulta imposible encontrar unos parámetros claros y concluyentes a tenor de los cuales determinar con un mínimo de seguridad jurídica cuándo nos encontraríamos ante lo que se considera como una actividad “materializada” o “desmaterializada⁷⁴”. Sirva como muestra la catalogación en el Tribunal Europeo de la actividad de vigilancia como actividad “materializada⁷⁵”. O, en nuestro Tribunal Supremo, de la actividad de *contact center* como “materializada⁷⁶”; o, sorprendentemente, como “desmaterializada” la actividad de servicios técnicos auxiliares en soporte informático, actividad con un muy alto valor inmaterial en los propios informáticos⁷⁷, conclusión ésta objeto de severas críticas en lo que se califica como una aplicación “ciega” de la doctrina TEMCO⁷⁸.

⁷⁴ Se puede consultar una excelente crítica al respecto en SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, pp. 146 a 156.

⁷⁵ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 19 de octubre de 2017](#), asunto C.-200/16

⁷⁶ [Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013](#), en recurso 1377/2012, Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.J. 2.º, o la [Sentencia de la misma Sala de 27 de enero de 2015](#), recurso 15/2014, mismo Ponente.

⁷⁷ [Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de abril de 2015](#), en recurso 348/2014, Ponente José Luis Gilolmo López, F.J. 3.º apartado 2.

⁷⁸ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla en contrata consistente en activo inmaterial ([STS 27 de abril 2015](#) , rec. 348/2014)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales* , 19 de mayo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratas-desmaterializadas-y-art-44-et-a-lgunas-notas/>.

2. El inexistente mantenimiento de la identidad posterior a la transmisión en el escenario de las sucesiones de contratas

No acaban aquí los problemas para incardinar el supuesto de las sucesiones de contratas en el ámbito del [artículo 1](#) apartado 1 de la [Directiva 2001/23](#) .

En este sentido, aún en el escenario de convenir que la contrata pudiera cumplir con los requisitos para entender que nos encontraríamos ante lo que se conceptúa como una “entidad económica” a los efectos de la transmisión –lo que de ningún modo compartimos, como acabamos de exponer–, aún en ése supuesto, resultaría tremendamente complicado, por no decir imposible, entender que se pudiera cumplir con el requisito del mantenimiento de la identidad de la entidad económica con posterioridad a la transmisión.

Y ello es así porque si del mantenimiento de la identidad de una entidad económica hablamos, debemos partir de una muy consolidada doctrina en el seno Tribunal Europeo en la que se reside el cumplimiento de este requisito en los siguientes presupuestos⁷⁹, exigencias que no se cumplirían a nuestro entender en el supuesto que analizamos.

⁷⁹ Desde la [Sentencia del Tribunal Europeo de fecha 19 de mayo de 1992](#) , en asunto C- 29/91 –Stichting–, fundamentos 23 y 24, a la [Sentencia de 9 de septiembre de 2015](#) , y otros, asunto C160/14 – Ferreira da Silva e Brito– apartados 25 y 26, entre otras muchas.

Así, en primer lugar, el mantenimiento de la identidad va a resultar, en particular, de que se continúe efectivamente la explotación o de que ésta se reanude. Una vez constatado este primer supuesto, para determinar si concurre el requisito del mantenimiento de la identidad deberán tomarse en consideración todas las circunstancias de hecho que caractericen la operación, en particular, el tipo de empresa o de centro de actividad de que se trate, el que se hayan cedido o no elementos materiales como los edificios o los bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya cedido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades⁸⁰. Siempre, eso sí, teniendo en cuenta que estos elementos resultan tan solo

aspectos parciales de una necesaria evaluación de conjunto, sin que puedan apreciarse aisladamente. Por último, la jurisprudencia europea se ha encargado de precisar que la importancia respectiva que debe atribuirse a los distintos criterios varía en función de la actividad ejercida, o incluso de los métodos de producción o de explotación utilizados en la empresa, en el centro de actividad o en la parte del centro de actividad de que se trate⁸¹.

⁸⁰ En sentido crítico, se ha señalado que “ *La enumeración es tan amplia que resulta poco concluyente* ”, DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* , n.º 38, p. 250. A lo que añadiríamos que poco imaginativa, pues realmente resulta incomprensible que décadas después se siga recurriendo al recurso del corta/copia pega sin mayor fundamentación.

⁸¹ Como último exponente de esta lectura, [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2019](#), asunto C-194/18 –Jadran Dodič–, fundamentos 33, 34 y 35.

Cierto es que, a partir de la [Sentencia Sūzen](#), el Tribunal va a dar reglas sobre la forma de actuar frente a la clásica matriz tipológica de indicios, dando un papel relevante al orden en que se enumeran los mismos desde la perspectiva de que, la importancia respectiva que deba atribuirse a los distintos criterios varía necesariamente en función de la actividad ejercida o, incluso, de los métodos de producción utilizados⁸². En particular, en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mera aportación de mano de obra, el Tribunal va a concluir que, ese conjunto organizado de trabajadores que podría constituir una entidad económica podría igualmente mantener su identidad cuando el nuevo adjudicatario se hiciera cargo de una parte “esencial”, en términos de número y competencias, de la plantilla de trabajadores adscritos a la contrata por el anterior adjudicatario. Conclusión ésta que, en nuestro modesto entender, se residencia sobre dos presupuestos incorrectos.

⁸² CALVO GALLEGO, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales* , núm. 114/2012.

En primer lugar, y en lo que se refiere a la parte “esencial” de la plantilla de trabajadores de la anterior contratista, de partida, son numerosos los problemas aplicativos e interpretativos que se derivan respecto de lo que deba entenderse como “esencial” a estos efectos, con una disparidad de criterios en el ámbito judicial preocupante en el que se evidencia que aunque la dimensión cuantitativa está siempre en el análisis, la atención en la cualitativa es mucho menos recurrente⁸³, habiéndose apuntado que no sería necesario acudir a un criterio estrictamente numérico y mayoritario en la medida que el número de trabajadores que ha pasado a incorporarse a la nueva plantilla tiene que ser significativo⁸⁴.

⁸³ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y

necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, p. 26.

84 ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratistas y subcontratistas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018, p. 10.

En todo caso, y a los efectos de nuestro debate, como quiera que “*la esencialidad de la parte de la plantilla asumida por el nuevo empresario ha de ser un reflejo de la valoración previa realizada respecto de la autonomía de la entidad económica transmitida*”⁸⁵, va a resultar imposible que, en el ámbito de las sucesiones de contratistas, por definición, el nuevo adjudicatario se subrogue en una parte “esencial” de los trabajadores necesarios para llevar a cabo ese encargo. Y ello en la medida en que no resulta cuestionable que, el único personal en el que se va a subrogar el nuevo adjudicatario es el asignado en exclusiva a la contrata, nunca en el personal de estructura de la empresa contratista, lo que en el “argot” se denomina como “fijo de empresa”. De modo que el nuevo contratista nunca se va a subrogar en el conjunto organizado de trabajadores necesarios para llevar a cabo una actividad esencial o accesoria.

85 SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, noviembre 2018, Editorial Aranzadi, S.A.U., p. 167.

En estos términos, el requisito de la “esencialidad”, en términos de número y de competencias, resulta imposible de cumplir en el ámbito de las sucesiones de contratistas, en una prueba más de lo forzado de la interpretación de la figura de la “sucesión de plantilla” y su consecuente aplicación a este ámbito.

Como segunda objeción a la teoría de la “sucesión de plantilla” en lo que se refiere al mantenimiento de la identidad de la entidad económica, líneas arriba hemos apuntado cómo la propia jurisprudencia europea mantiene que “*Su identidad resulta también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone*”⁸⁶. Siendo así, residir el mantenimiento de la identidad en exclusiva en la asunción de una parte esencial del personal de la contrata, supone incurrir en una evidente contradicción con el propio mandato del Tribunal Europeo cuando establece que las circunstancias a valorar son tan solo aspectos parciales de una necesaria evaluación de conjunto, por lo que no sería correcto residir todo el argumento a favor del mantenimiento de la identidad en uno de esos elementos en exclusiva.

86 [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(Sala Tercera\), de fecha 20 de enero de 2011](#), Asunto

C-463/2009, CLECE-Cobisa.

Y esto es así porque, como ha concluido el propio Tribunal Europeo, no es el mantenimiento de la organización específica impuesta por el empresario a los diferentes factores de producción transmitidos, sino del vínculo funcional de interdependencia y complementariedad entre los diferentes factores de producción transmitidos, el elemento que se constituye en pertinente para la determinación del mantenimiento de la identidad de la entidad transmitida⁸⁷. Vínculo que desaparece evidentemente en los supuestos de sucesiones de contratas, en la que cada contratista aportará sus propios factores de producción más allá del personal estrictamente subrogable: su propio personal de dirección, su personal de estructura, sus elementos patrimoniales propios, materiales e inmateriales, tangibles o intangibles, sus propios métodos de explotación, su know-how, etc... En otras palabras, la autonomía funcional, presupuesto para el mantenimiento de la identidad⁸⁸, desaparece en el escenario de sucesiones de contratas.

⁸⁷ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(Sala Tercera\), de fecha 9 de enero de 2015](#) , Asunto C-160/14, en la línea mantenida anteriormente en la [Sentencia de 29 de julio de 2010](#) , Asunto C-151/09.

⁸⁸ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea \(Sala Tercera\), de fecha 13 de junio de 2019](#) , Asunto C-664/17.

En tercer lugar, la propia circunstancia de que la subrogación del personal adscrito a la contrata lo fuera con carácter voluntario o como consecuencia de una obligación establecida en el convenio colectivo, debería a nuestro juicio servir para valorar, a mayor abundamiento, el requisito del posible mantenimiento, o no, de la identidad.

Es verdad que el Tribunal Europeo rechaza a partir de Somoza Hermo el argumento del Supremo en el sentido de que, en caso de subrogación como consecuencia del mandato establecido en convenio colectivo, los efectos de la misma debían limitarse a los términos pactados en la norma convencional⁸⁹. Criterio éste el del Alto Tribunal que, como sabemos, levantó importantes críticas en amplios sectores doctrinales, al entender que se infringía la doctrina comunitaria y, con ello, el principio de jerarquía normativa dado el carácter indisponible del [art. 44 ET](#)⁹⁰. Incluso también entre quienes entendían que el argumento podría resultar impecable desde la óptica legal y de estricta dogmática jurídica pero no respondía a la interpretación abierta y finalista del elemento causal en la jurisprudencia del Tribunal Europeo⁹¹. Ahora bien, dicho esto, una cosa es que el carácter voluntario o no de la subrogación no pueda considerarse como el elemento decisivo a la hora de declarar la aplicabilidad de la [Directiva](#) y, otra muy diferente, que no debiera tenerse en cuenta la circunstancia de la asunción voluntaria u obligatoria del personal adscrito a la contrata a los efectos de la valoración del mantenimiento de la identidad.

89 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 7 de abril de 2016](#), en recurso 2269/2014, Ponente Blasco Pellicer, F.D. 2.º

90 BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, p. 28 a 31.

91 LLANO SÁNCHEZ, M.: “Transmisión de empresa” en AA.VV., *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea, Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, (GARCÍA MURCIA, J. Director), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., año 2017, p. 728.

En este contexto, con anterioridad al planteamiento de la cuestión prejudicial en Somoza-Hermo, el Tribunal Europeo ya había mantenido que la asunción del personal como consecuencia de la obligación impuesta en convenio colectivo “ *no afecta, en cualquier caso, al hecho de que la transmisión se refiera a una entidad económica*”⁹², expresión literal ésta que se reitera en julio de 2018⁹³, y con la que, en puridad, no sabemos muy bien qué quería expresar el Tribunal Europeo, máxime cuando en ambos supuestos se alude a que el objetivo de los convenios y de la [Directiva](#) es el mismo.

92 [Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de fecha 24 de enero de 2002](#), C- 51/0, asunto Temco Service Industries SA, F.D. 27.

93 [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 11 de julio de 2018](#), C- 60/17, asunto Somoza Hermo, F.D. 38.

Este mismo debate se había planteado ya con anterioridad en nuestra jurisprudencia interna, conviviendo algún pronunciamiento en el que se descartaba la incidencia del carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla en el alcance de la obligación de la subrogación –con apoyo en el Asunto Temco⁹⁴–, con otros posteriores en los que se mantenía exactamente lo contrario –incidiendo la Sala en el carácter voluntario u obligatorio de la asunción del personal como elemento determinante para la declaración de la inexistencia de una transmisión⁹⁵–. De este modo, si la subrogación lo era como consecuencia del mandato establecido en el convenio, la extensión y límites de esa obligación debían quedar referidos a lo que se estableciera en el régimen jurídico del convenio⁹⁶.

94 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 12 de julio de 2010](#), en recurso 2300/2009, Ponente Desdentado Bonete, F.D. 2.º: “ *La parte recurrente alega que en el presente caso la asunción de la plantilla no se debe a una decisión voluntaria, sino al cumplimiento de un convenio colectivo. Así es. Pero el carácter voluntario o no de la asunción de la plantilla de la empresa saliente no afecta al alcance de la obligación de subrogación, como ya estableció la sentencia el TJCE en su [sentencia de 24 de noviembre de 2002](#) en el caso Temco Service Industries, en el que la nueva empresa se hizo cargo del personal en cumplimiento de una cláusula del convenio colectivo aplicable.*”

95 [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013](#), en recurso 1377/2012,

Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.D. 2.º. 2º “... porque no se ha transmitido un conjunto de medios organizados para llevar a cabo una actividad económica y **si se ha dado ocupación a la totalidad o parte de la plantilla anterior ha sido para cumplir lo dispuesto en el [art. 18 del Convenio Colectivo](#), norma que sólo obliga a lo que en ella se dispone, aparte que el factor humano es sólo uno de los que componen la organización productiva .” (Negrita del que suscribe)**

[96 Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 15 de julio de 2013](#), en recurso 1377/2012, Ponente José Manuel López García de la Serrana, F.D. 2.º. 2º “ En consecuencia, llegados al punto de establecer si ha lugar o no a dicha incorporación y en qué medida y cuales deberán ser sus consecuencias, es el convenio colectivo el que impone una contratación del 90% de la plantilla anterior y el resto de las condiciones y consecuencias específicas. **La recurrente no ha acogido al 90% de la plantilla por su voluntaria decisión configurando así una transmisión, sino que en virtud del mandato convencional ha operado la contratación y es dicho mandato el que debe configurar el régimen jurídico, extensión y límites de esa imposición.** Análoga cuestión a la que es ahora objeto de controversia ha sido resuelta si bien en relación a otro sector de actividad, refiriéndonos a la doctrina unificada aplicada en la interpretación del [artículo 14 del convenio colectivo de empresas de Seguridad, STS de 7-4-2016 \(RCUD 69/2014\)](#)” (Negrita del que suscribe)

Sea como fuere, la cuestión es que, a partir de septiembre de 2018, el Tribunal Supremo rectifica su anterior conclusión sentada a partir de abril de 2016 y declara que debe modificar una de las premisas de su anterior doctrina para concluir que, en contra de lo que habían venido entendiendo, “ el hecho de que la subrogación de plantilla (la asunción de una parte cuantitativa o cualitativamente relevante) sea consecuencia de lo previsto en el convenio colectivo no afecta al modo en que deba resolverse el problema ”⁹⁷. Afirmación ésta que, para cierto sector doctrinal, supone que “ se acepta de forma acrítica la premisa comunitaria de que la voluntariedad u obligatoriedad de la asunción de plantilla es un dato intrascendente a la hora de aplicar la normativa comunitaria y, por ende, la normativa nacional que la traspone, sin que dicha premisa sea fruto de una mayor explicación”, cuando realmente la obligatoriedad es un dato relevante porque, de no darse ésta, no cabría apreciar la subrogación⁹⁸.

[97 Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 27 de septiembre de 2018](#), en recurso 2747/2016, Ponente Sempere Navarro, F.D 7.º.

⁹⁸ GIL PLANA, J.: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 230 y 231.

La realidad es que no nos atreveríamos a discutir la conclusión del Alto Tribunal en términos tan contundentes, sobre todo una vez que el Tribunal Europeo se pronuncia en sentido tan amplio en lo que se refiere al elemento causal a los efectos de la transmisión. Pero, como hemos apuntado líneas arriba, una cosa es que la voluntariedad, o no, de la asunción del personal se considere como elemento determinante para la aplicación de la [Directiva](#), y otra, muy diferente, que esta cuestión no pudiera tener incidencia a la hora de

valorar el requisito del mantenimiento de la identidad. No teniendo ni mucho menos tan claro en este sentido que nos encontremos ante lo que se ha venido a denominar como un requisito de resultados y no de medios⁹⁹, consideración ésta que no creemos que se deduzca de la [Sentencia Clece-Cobisa](#).

⁹⁹ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017, p. 18.

En este debate, hace ya tiempo que desde algún sector se propuso que, “ *en actividades como la limpieza o la vigilancia y seguridad, el elemento personal –con escasa cualificación profesional y, por ende, fácilmente sustituible, y con funciones que no se desarrollan en contacto con el público o los clientes de la empresa– no constituya por si solo normalmente una entidad económica*”, por lo que a juicio de aquéllos autores “*el punto de mira debería situarse en el carácter voluntario o imperativo de la transferencia de personal, debiéndose otorgar relevancia a la asunción de personal por parte del empresario entrante únicamente cuando estemos ante una “adquisición” voluntaria de ése elemento organizativo, pues ello será revelador de la transmisión de una auténtica entidad económica*”, proponiendo trazar una distinción entre la transferencia de personal voluntaria y la impuesta al nuevo empresario por cuanto que, sólo en el primer caso, podría existir genuina transmisión de una entidad económica a juicio de los autores¹⁰⁰.

¹⁰⁰ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, año 2005, pp. 234, 235 y 236:

Y, en esta lectura, creemos que existía margen para que el Tribunal Supremo, a la altura de septiembre de 2018, hubiera podido considerar a la asunción obligatoria o voluntaria de la plantilla del anterior contratista, no como un elemento determinante para la aplicación del [art. 44](#) ET, sino como uno más dentro del conjunto de los elementos de hecho a valorar en esa necesaria evaluación de conjunto para constatar el requisito del mantenimiento de la identidad posterior a la transmisión.

IV. La problemática derivada de la forzada aplicación de la figura de la sucesión de empresa a los supuestos de subrogaciones convencionales y sus posibles efectos

En una primera lectura, bien pudiera pensarse que la aplicación del mecanismo de la transmisión de empresa del [art. 44](#) ET por la vía de la “sucesión de plantilla” a los supuestos de subrogaciones convencionales en el ámbito de las sucesiones de contratas resulta beneficiosa para los trabajadores, desde la perspectiva de que refuerza la protección de sus

derechos a través del mantenimiento de la estabilidad en el empleo.

No obstante, desde la misma recepción de la figura en la jurisprudencia interna¹⁰¹, incluso antes¹⁰², se vinieron manifestando importantes reservas sobre la figura¹⁰³; críticas que persisten a día de hoy desde algún sector doctrinal dada la artificialidad de la figura y el consiguiente riesgo de desprotección, o de menor protección para los trabajadores¹⁰⁴.

¹⁰¹ [Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 20 de octubre de 2004](#), en recurso 4424/2003, Ponente desdentado Bonete, y Sentencia de la misma Sala de fecha 27 de octubre de 2004, en recurso 899/2002, Ponente Milagros Calvo Ibarlucea.

¹⁰² DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 38, año 2002, p. 241 y ss.

¹⁰³ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona, 2005.

¹⁰⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 140.

En este sentido, la aplicación, ciertamente forzada, del mecanismo de la sucesión de empresa del [art. 44](#) ET a supuestos para los que la figura legal no fue inicialmente concebida, convirtiendo el efecto en la causa, plantea importantes interrogantes en relación con el mecanismo de responsabilidades del [art. 44](#) ET o, por ejemplo, en relación con el papel y el futuro de la negociación colectiva sectorial. En este último contexto, debemos partir de la premisa de que, la aplicación del [art. 44](#) ET en estos supuestos, se reside inexcusablemente en la existencia de una cláusula subrogatoria pactada en convenio colectivo, cuestión ésta que no se debería obviar.

Si nos referimos a la primera cuestión, régimen de responsabilidades entre empresario cedente y cesionario tras la transmisión, resulta conveniente señalar que la teoría de la “sucesión de plantilla” no responde en absoluto al modelo de la transmisión de empresa de la [Directiva](#) y, por ende, del [art. 44](#) ET. Y desde esta simple perspectiva, si bien no habría en principio inconveniente en asumir la garantía de la estabilidad en el empleo, no resultaría lo mismo con la extensión de responsabilidad a quien no habría recibido el patrimonio del anterior contratista, cuestión ésta que parecería más difícil de asumir¹⁰⁵.

¹⁰⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005, p. 6.

En esta línea crítica, aceptar la mera transferencia de plantilla como una sucesión de

empresa es alterar la significación de la garantía contenida en el [art. 44 ET](#) y en la [Directiva](#) y deteriorar gravemente las garantías de los trabajadores¹⁰⁶. En este sentido, como de manera absolutamente brillante se puso de manifiesto en su momento, *“No se es “cedente” porque se deja de ser titular de los contratos de trabajo, sino porque se es cedente de otro objeto, se pierde la cualidad de empresario en los contratos de trabajo. Y no se es “adquirente” o “cesionario” porque se adquiere la titularidad de empresario en los contratos de trabajo, sino que quien adquiere la titularidad en la explotación es subrogado “ope legis” en la cualidad de empresario en los contratos de trabajo afectados por aquella adquisición¹⁰⁷”*. Y esta circunstancia resulta evidente que no se produce en el supuesto de las sucesiones de contratas.

¹⁰⁶ DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, año 2005

¹⁰⁷ MARÍN CORREA, J.M.ª: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 48, año 2004, p. 87.

Desde esta perspectiva, si en la sucesión de contratas lo único que se transfiere del empresario cedente al cesionario es la actividad, al margen de la obligación de subrogación de la plantilla obviamente, el mecanismo de protección del [art. 44 ET](#), residido en la transmisión de la entidad económica, salta por los aires, pudiendo comprometer seriamente los derechos de los trabajadores. A título meramente ilustrativo de la situación, resulta absolutamente desproporcionado, por poner un ejemplo evidente, derivar por esta vía responsabilidad en materia de recargos de prestaciones¹⁰⁸.

¹⁰⁸ Sabemos que el Supremo recientemente cambió su interpretación sobre el particular, entendiendo que, en contra de lo que se venía interpretando, en el supuesto de sucesión de empresa por la vía del [art. 44 ET](#), el empresario cesionario responde también en materia de recargos de prestaciones, y ello a pesar de la naturaleza sancionadora de la figura, por todas, [Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 2015](#), en recurso 3426/2014, Ponente Rosa María Virolés Piñol.

En este sentido, y como tuvimos oportunidad de comprobar en todas y cada una de las intervenciones de los propios agentes sociales implicados en la negociación de este tipo de cláusulas en los sectores afectados en Jornada celebrada al efecto en junio de 2019¹⁰⁹, las incertidumbres que se plantean como consecuencia de la interpretación a favor de la subrogación legal en detrimento de la convencional resultan más que preocupantes.

¹⁰⁹ Jornada Práctica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social “Sucesión de plantilla y subrogación convencional: puntos críticos”, Madrid, 11 de junio de 2019, Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Señaladamente, y dejando de lado cuestiones más relacionadas con la competencia y el mercado, desde los sindicatos más representativos se refirieron los importantes problemas prácticos generados como consecuencia de la derivación automática de responsabilidad del empresario cedente al cesionario, señaladamente, descubiertos salariales y en materia de Seguridad Social del contratista saliente una vez que conoce su no continuidad en la contrata. Todo ello con el consiguiente riesgo, ya actualizado en algún sector, de concursos declarados desiertos al descartarse la presentación de licitaciones en esos concretos concursos en los que resultan conocidas las deudas del contratista saliente.

Igual de preocupantes nos parecen las dudas y reservas que se nos plantean en relación con la segunda cuestión planteada, la referida a la situación en que queda la negociación colectiva tras tan significativa alteración de las reglas del juego, con el consecuente desequilibrio de los convenios, situación ésta advertida desde los propios agentes sociales negociadores. En este sentido, el paulatino y forzado proceso de desnaturalización de la figura de la transmisión de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo¹¹⁰, no parece que se presente como la opción más favorable a la protección de los trabajadores¹¹¹.

¹¹⁰ [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 8 de mayo de 2019](#), asunto C-194/18 –Jadran Dodič–,

¹¹¹ DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 38, p. 251: “*Frente a lo que suele imaginar el progresismo ingenuo no siempre la sucesión es la solución más favorable para los trabajadores*”.

En primer lugar, porque no parece en absoluto desdeñable que se termine por desincentivar la negociación de este tipo de cláusulas subrogatorias en los convenios colectivos, más con la actual regulación en materia de vigencia de los convenios. Y no sólo en aquellos sectores donde resulta una larga tradición de negociación en este sentido sino, más allá, cortando de raíz cualquier intento de extensión de las cláusulas subrogatorias hacia otros sectores donde este tipo de garantías no han estado hasta el momento presentes. O, en el mejor de los escenarios, mantenimiento de las cláusulas subrogatorias en el contexto de una renegociación global de los convenios a la baja.

En segundo término, más preocupante aún nos parece la situación en que *de facto* pudieran quedar los convenios. En este sentido, si aplicamos literalmente lo manifestado por el Tribunal Supremo en la resolución en la que se rectifica criterio y se acoge la doctrina Somoza Hermo¹¹², debe considerarse ilegal el convenio colectivo que desconozca la doctrina europea.

¹¹² F.D 7.º, apartado 2 B) de la [Sentencia de 27 de septiembre de 2018](#) en recurso 2747/2016.

Siendo así, ¿quiere esto decir que, cualquier convenio colectivo que impusiera, por ejemplo, unos límites de permanencia mínima en la contrata para proceder a la subrogación, cuestión ésta que aparece en todos ellos, resultaría nulo de pleno derecho por ilegal, al disponer *in peius* de la [Directiva](#) ¹¹³? Si lo entendemos así, ¿conllevaría esa ilegalidad la del concreto artículo en el que se estipulara la cláusula subrogatoria, o la de la totalidad del convenio colectivo? Más allá aún, y para el supuesto de entender no nulo el convenio, ¿la alteración de equilibrio del convenio debería conducir inexorablemente a la renegociación inmediata del mismo, pudiendo incluso alguna de las partes solicitar la revisión del mismo ¹¹⁴? Incluso, en el supuesto de depositarse un convenio colectivo en la oficina pública para su registro y publicación, en el escenario de contener una cláusula subrogatoria de este tipo, ¿debería la autoridad laboral denegar su inscripción bajo la premisa de que empeoraría el régimen legal al imponer ciertos límites y reservas para la subrogación?

¹¹³ AGÍS DASILVA, M.: “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 723: “ Pero, es más, si como acostumbra, tales disposiciones convencionales contemplan ciertas limitaciones al principio general de subrogación... habría que afirmar su nulidad, aunque la regla colectiva hallara su justificación en la protección de los derechos generales, la defensa del empleo o, incluso, la libertad de empresa ”.

¹¹⁴ GIL PLANA, J.: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 231.

Porque si esto es así, la consecuencia sería la de que, al no existir cláusula subrogatoria, no aplicaría la figura de la “sucesión de plantilla” ni la subrogación convencional, con lo que creemos que no caben mayores comentarios a este respecto.

El problema desde luego es de trascendencia dado el volumen de sectores y de trabajadores afectados y, en cuanto tal, debería afrontarse una decidida solución, en modo alguna sencilla en nuestra opinión.

En este sentido, más allá de lo que los interlocutores sociales decidieran en el ámbito de la negociación colectiva con respecto a la posible pervivencia o no de las cláusulas subrogatorias –con la recomendación en todo caso a las partes negociadoras de los convenios colectivos de redacción de las cláusulas subrogatorias expresando claramente su intención de regular una subrogación distinta de la legal en un régimen de suplementariedad–, dos serían a nuestro juicio los posibles escenarios de actuación. El primero, en el ámbito de los Tribunales; el segundo, en su caso, en el ámbito normativo, a través de la correspondiente reforma legislativa ¹¹⁵.

115 ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. y RUIZ CASTILLO, M.M.: “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 537, quienes reseñan a SANGUINETI RAYMOND, W.: *Redes empresariales y Derecho del Trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2016, p. 113.

En el primer escenario, tenemos muy reciente la solución para el tan traído asunto “De Diego Porras¹¹⁶”, lo que nos puede dar una pista sobre el modo de proceder. En este sentido, quizá pudiera recurrirse desde el Alto Tribunal al planteamiento de cuestión prejudicial de conformidad con lo prevenido en el [art. 267](#) párr. 3.º del [TFUE](#), para el caso de que se estuviera de acuerdo con lo artificial y problemático de la figura, proponiendo una profunda reflexión en torno a la figura de la “sucesión de plantilla” y sus presupuestos habilitantes desde una perspectiva crítica.

116 [Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 25 de octubre de 2017](#), en recurso 3970/2016, Ponente Lourdes Arastey Sahún.

En el segundo escenario, el de una reforma legal que respondiera a las exigencias de esta nueva interpretación, ya desde tiempo atrás se viene planteando la posibilidad de acoger esta figura en el texto del [art. 44](#) ET¹¹⁷, configurando en la norma los elementos que integraran esta modalidad¹¹⁸.

117 MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018, pp. 15 y 16.

118 SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019, p. 164 y 165.

Desde luego es ésta una cuestión que excede con mucho de nuestra competencia. No obstante, debemos manifestar en este punto nuestras serias reservas sobre la posibilidad de una reforma legal en la que se pudiera disponer de la garantía de responsabilidad del nuevo contratista limitando, en su caso, los efectos a los vinculados exclusivamente con el mantenimiento del empleo, no así desde luego los efectos de la responsabilidad solidaria del empresario entrante y saliente instaurada como mejora en nuestra norma interna. En estos términos, el [art. 3.1](#) de la Directiva resulta a nuestro juicio determinante cuando refiere que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos a cesionario, por lo que no creemos que exista margen alguno en este sentido para limitar la responsabilidad del contratista entrante.

A mayor abundamiento, se nos presentan igualmente importantes reservas en relación

con el derecho a la libertad de empresa del [art. 38 CE](#) para el caso de pretender “encajar” en la norma de la sucesión de empresa a un supuesto que, en esencia, no respondería al modelo de la transmisión de empresa.

En este contexto, descartando la vía del convenio colectivo como norma de transposición¹¹⁹, o la limitación de los efectos sin más a los vinculados con la estabilidad en el empleo al entender que nos encontraríamos ante una transmisión a los efectos de la [Directiva](#) pero no del [44 ET](#)¹²⁰, la problemática se encuentra servida, aventurando una más que previsible conflictividad futura en el ámbito de negociación de los convenios colectivos que, a nuestro juicio, resultaba a todas luces innecesaria, toda vez que los propios interlocutores sociales, desde hace décadas, se habían encargado de autorregular la cuestión¹²¹.

119 LUQUE PARRA, M.: “Subrogación convencional y STJUE 11.7.2018 (Somoza Hermo): entre aplicar el [artículo 44.3 ET](#) o transitar el –hasta ahora– inerte camino del convenio colectivo como norma de trasposición”, *IUSALabor*, 2/2018, pp. 240 y 241.

120 NORES TORRES, L.E.: “Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la [STS de 7 de abril de 2016](#)”, *Revista de Información Laboral*, n.º 9, septiembre 2019.

121 Y, en este sentido, no compartimos en absoluto el criterio de quienes mantienen que la instauración de un régimen subrogatorio en convenio supone una deslegalización de la institución, VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Barcelona, 2016, p. 57

V. Bibliografía

AGÍS DASILVA, M.: “Apuntes y comentarios en torno a la noción comunitaria de transmisión de unidades empresariales”, en VV.AA. (Coord. Ángel Blasco Pellicer), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ARASTEY SAHÚN, L.: “Sucesión de contratas y subcontratas de obras y servicios”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas ‘desmaterializadas’ y [art. 44 ET](#): algunas notas”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 10 de marzo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratas-desmaterializadas-y-art-44-et-a-lgunas-notas/>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla en contrata consistente en activo inmaterial ([STS 27 de abril 2015](#), rec. 348/2014)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 19 de mayo de 2015, <https://ignasibeltran.com/2015/03/10/sucesion-de-contratas-desmaterializadas-y-art-44-et-a-lgunas-notas/>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de contratas y transmisión de empresa: conflictos interpretativos y necesidades de reforma”, *Iuslabor*, 1/2017

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “Sucesión de plantilla ‘ex’ convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina «Somoza Hermo» (¿con matices?)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, 26 de octubre de 2018, <https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/>.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I.: “La transmisión de la clientela puede ser suficiente para aplicar el [art. 44](#) ET (STJUE 8/5/19, Dodic)”, 6 de junio de 2019, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales*, <https://ignasibeltran.com/2019/06/06/la-transmision-de-la-clientela-puede-ser-suficiente-para-aplicar-el-art-44-et-stjue-8-5-19-dodic/>.

CALVO GALLEGO, J.: “Transmisión de empresas, sucesión de contratas y sector público”, *Temas Laborales*, núm. 114/2012.

CAVAS MARTÍNEZ, F. “Algunos puntos críticos en el régimen jurídico de la transmisión de empresas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 14/2005, parte Tribuna, Editorial Aranzadi SA, Pamplona 2005.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Las paradojas de la transmisión de empresas: ¿puede haber sucesión aun cuando no se transmita nada?”, *El Foro de Labos, Toda la actualidad laboral y social*, 9 de mayo de 2019, https://forodelabos.blogspot.com/2019/05/las-paradojas-de-la-transmision-de_9.html.

DEL REY GUANTER, S. DEL, MARTÍNEZ FONS, D. Y SERRANO OLIVARES, R.: “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 58, año 2005.

DESDENTADO BONETE, A.: “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo [artículo 44](#) del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 38, año 2002.

ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J. y RUIZ CASTILLO, M.M.: “Transmisión de empresa y fraude de ley”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019

FALGUERA BARÓ, M.A., “Una –preocupada– lectura iuslaboralista de la [Ley de Contratos del Sector Público](#)”, *Ciudad del Trabajo, Actualidad iuslaboralista*, número 13, diciembre 2018, Editorial Bomarzo, pág. 64, máxime tras la [Sentencia del Supremo de 27 de septiembre de 2018](#).

FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O.: “El objeto de la transmisión: el concepto de unidad productiva autónoma”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019.

GARCÍA MURCIA, J.: “Presentación. Aspectos esenciales y puntos críticos en la transmisión de empresa”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019

GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: “Transmisión de empresa, externalización de servicios y segregación de actividades”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019.

GIL PLANA, J.: “La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019.

HERRAIZ MARTÍN, S.: “De nuevo reflexiones en torno a la sucesión de contratas”, *Relaciones Laborales*, n.º 11, 2007.

LLANO SÁNCHEZ, M.: “Transmisión de empresa” en AA.VV., *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea, Un Estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, (GARCÍA MURCIA, J. Director), Thomson Reuters, Editorial Aranzadi S.A.U., año 2017

LLORENS ESPADA, J.: “Las cláusulas de subrogación convencional y sus efectos a la luz de la jurisprudencia más reciente”, *Revista de información laboral*, n.º 8, agosto 2018, Thomson Reuters

LÓPEZ ANIORTE, M.C., *La descentralización productiva y su incidencia en la relación individual de trabajo*, Ediciones Laborum, Murcia, 2003.

LUQUE PARRA, M.: “Subrogación convencional y STJUE 11.7.2018 (Somoza Hermo): entre aplicar el [artículo 44.3](#) ET o transitar el -hasta ahora- inerte camino del convenio colectivo como norma de trasposición”, *IUSLabor*, 2/2018.

MARÍN CORREA, J.M.ª: “La sucesión de empresas. Reflexión a la luz de la Directiva CE 2001/23”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 48, año 2004.

MONEREO PÉREZ, J.L.: *La noción de empresa en el Derecho del Trabajo y su cambio de titularidad. Estudio del ordenamiento interno y comunitario*, Madrid, Ibidem ediciones, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Identidad de las empresas multiservicios: régimen jurídico y responsabilidades”, *Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial: XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Santiago de Compostela, 31 de mayo y 1 de junio de 2018*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 1, 2018.

MONEREO PÉREZ, J.L.: “Tratamiento jurídico-laboral de la transmisión de empresa: funciones y disfunciones ante los “casos difíciles” en la jurisprudencia reciente”, *Trabajo y Derecho*, monográfico 5/2017, n.º 5, 1 de junio de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

MORENO GENÉ, J.: *El nuevo régimen jurídico-laboral de la sucesión de empresa*, Tirant lo Blanch, “colección Laboral”, n.º 150, Valencia 2003

NORES TORRES, L.E.: “Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016, *Revista de Información Laboral*, n.º 9, septiembre 2019).

RAMOS QUINTANA, M.L.: “La condición de empresario en los procesos de descentralización productiva”, *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 25, 2017.

SALA FRANCO, T. y PEDRAJAS MORENO, A.: “Los problemas laborales de la sucesión de contratas”, en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor CAMPS RUIZ con motivo de su jubilación*. Coord. Ángel Blasco Pellicer, Tirant lo Blanch, Valencia 2010.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “Sucesión de empresa por sucesión de plantilla: conflictos interpretativos derivados de una doctrina controvertida”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 214, noviembre 2018, Editorial Aranzadi, S.A.U.

SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas”, en VV.AA. (Dir. GARCÍA MURCIA, J.), *Transmisión de Empresa y Sucesión en el desarrollo de Actividades Empresariales*, Editorial Aranzadi, Thomson Reuters, 1.ª edición, año 2019.

SEMPERE NAVARRO, A.: “Un comentario al [art. 44](#) del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9/2014 y 10/2014 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 2014, [BIB 2014, 90](#).

TODOLÍ SIGNES, A.: “Acerca de la sucesión de contratistas”, en AA.VV. (SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E., TODOLÍ SIGNES, A.): *Jurisprudencia social a debate*, colección Laboral Práctico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: *La transmisión de empresas y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, número 34, 2001.

VICENTE PALACIO, A.: *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Ed. Atelier, Barcelona, 2016.